

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
**DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Constitución Económica:
Desarrollo, Medio Ambiente
y Conflicto Social

5 | NUEVA ÉPOCA | 2012
Edición especial

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 5, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2012

Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social

PRESENTACIÓN	13
--------------------	----

ESTUDIOS

Oscar Súmar Albuja <i>Protección de libertades económicas por el Tribunal Constitucional del Perú: Un análisis estadístico y econométrico</i>	17
Raffo Velasquez Melendez <i>Notas para una teoría general de garantías en la expropiación forzosa</i>	35
Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama <i>Minería y conflicto social en el Perú: Los principios de la Constitución Económica peruana en materia de inversión</i>	85
Daniel Yacolca Estares <i>Concepto jurídico de medio ambiente en el Perú</i>	111
Eddie Cóndor Chuquiruna <i>Conflictividad socio-ambiental y marco constitucional</i>	135
Roque Benavides Ganoza y Vanessa Farah Chávez <i>La minería en el contexto de las actividades de explotación de recursos naturales</i>	147
Areli Valencia Vargas <i>Salud, derechos y desarrollo extractivo: Revelando interconexiones a propósito del caso peruano</i>	153
José Francisco Gálvez <i>El desarrollo del derecho indígena en el Perú</i>	181

Vanessa Tassara Zevallos <i>¿Cuál es la finalidad constitucional que persigue el artículo 149º de la Constitución?</i>	203
Nadia Iriarte Pamo <i>Derechos colectivos de los pueblos indígenas</i>	219
Juan Ramón Rivero Mejía <i>Apuntes sobre el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos indígenas</i>	233
Juan Carlos Ruiz Molleda <i>Una aproximación al derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios</i>	255
Martha Cecilia Paz <i>La protección constitucional de las comunidades indígenas en riesgo de extinción y la consulta previa como derecho fundamental. El caso colombiano.</i>	287
Avigail Eisenberg <i>El Test de Distintividad Cultural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá</i>	305

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2005-2012)

1) <i>STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI, de fecha 27 de setiembre de 2005. Sobre la competencia de un Gobierno Regional para legalizar el cultivo de la hoja de coca. Por Evelyn Chilo Gutiérrez.</i>	315
2) <i>STC 03343-2007-PA, de fecha 20 de febrero de 2009. El Caso Cordillera Escalera y la primera piedra sobre la consulta previa. Por Cynthia Vila Ormeño.</i>	325
3) <i>STC 04611-2007-PA, de 15 de abril de 2010. Legitimidad activa de las comunidades nativas en los procesos de tutela de derechos y titularidad del derecho al honor: aspectos procesales y sustantivos. Por Fabiana Orihuela Silva.</i>	333
4) <i>STC 00022-2009-PI, de fecha 17 de junio de 2010. Derecho de consulta: contenido, características y elementos. Por Jaime de la Puente Parodi.</i>	341
5) <i>STC 06316-2008-PA, de fecha 30 de junio de 2010. El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario. Caso AIDESEP I. Por Aldo Blume Rocha.</i>	349

6) <i>STC 05427-2009-PC, de fecha 23 de agosto de 2010. Sobre el control de la inconstitucionalidad por omisión en el caso de la consulta previa.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez.	357
7) <i>STC 00025-2009-PI, de fecha 17 de marzo de 2011. Derecho de consulta de pueblos indígenas y la Ley de Recursos Hídricos N.º 29338.</i> Por Susana Távora Espinoza.	365
8) <i>STC 0001-2012-PI, de fecha 17 de abril de 2012. Conga: un problema minero aún sin solucionar.</i> Por Victorhugo Montoya Chávez.	369
9) <i>STC 00316-2011-PA, de fecha 20 de julio de 2012. Carácter autoaplicativo de las normas, prohibición de dragas y derecho de propiedad.</i> Por Fabiana Orihuela Silva.	377
10) <i>STC 1126-2011-PHC, de fecha 24 de setiembre de 2012. La garantía constitucional de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas.</i> Por Javier Adrian Coripuna.	385

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Francisco Balaguer Callejón <i>Crisis económica y crisis constitucional en Europa</i>	391
Rolando Luque Mogrovejo <i>La solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	409

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Laura Rangel Hernández <i>Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	443
---	-----

REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i>	457
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i>	459
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>	461

MINERÍA Y CONFLICTO SOCIAL EN EL PERÚ: LOS PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA EN MATERIA DE INVERSIÓN

ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA*
CAROLINA CANALES CAMA**

SUMARIO: *I. Introducción. II. El marco constitucional de la Inversión. III. Propuesta de diseño constitucional de tratamiento y gestión del conflicto social. IV. A manera de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Perú, es la segunda economía más grande de Latinoamérica de acuerdo con el *2013 Doing Business Report* del Banco Mundial (sólo después de Chile), Según el INEI la producción nacional en el año 2012 registró un crecimiento de 6,29%, con lo que se contabilizan 14 años de expansión ininterrumpida, sustentada por el resultado positivo de casi todos los sectores, con excepción del sector pesca^[1]. Lo cual se ve reforzado con solidez macroeconómica que se expresa en bajas tasas de inflación, superávit fiscal y comercial, y adecuado nivel de las reservas internacionales netas.

Nuestro país es el tercer productor mundial de cobre y zinc, y en el año 2011, las exportaciones de minerales, petróleo y gas natural ascendieron a un

* Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional y Doctor en Derecho por la Universidad San Martín de Porres

** Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Profesora de la Universidad San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Egresada de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP.

[1] Ver: www.inei.gob.pe

total \$32 billones, lo que representa el 69.7% de las exportaciones totales del país^[2].

No obstante, hoy más de 200 diferentes proyectos de explotación de recursos naturales están inmersos en conflictos sociales, y las principales discordancias se dan en el ámbito del daño ambiental y la contaminación del agua. De acuerdo con la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE) en el 2013 se invertirá 13% menos de lo proyectado debido a los altos índices de conflictividad social.

A manera de referencia, en junio del año 2012 los \$5 billones invertidos por *Newmont Mining Corp* en el proyecto “Conga” se paralizaron, culminando la permanente tensión con el saldo lamentable de la muerte de 5 personas. Otras empresas que han suspendido proyectos mineros son *Southern Copper Corp.*, *Zijin Mining Group Co. Ltd.* y *Bear Creek Mining Corp.*

El escenario viene determinado por la evaluación constante de “riesgos sociales” y “movimientos antimineros”. Nosotros no pretendemos una visión maniqueísta que conduce a la polarización y a la imposibilidad de construir mecanismos de diálogo. Creemos que corresponde al Estado la determinación de las vías institucionales a fin que los grupos nucleados puedan ejercer sus pretensiones jurídicas, sociales y culturales. Sólo de esta forma se promoverá el ejercicio deseable de la defensa de derechos y búsqueda de reconocimiento a través de cauces sistémicos, evitando que estos grupos recurran a la violencia.

A fin de lograr ilustrar estas ideas, daremos un breve recuento acerca de lo que nosotros entendemos como el marco constitucional de la inversión. Así, veremos las relaciones existentes entre la inversión privada en el modelo del Estado social y democrático de Derecho y la economía social de mercado. Inmediatamente, enfocaremos la aplicación de dichos conceptos a la explotación de recursos naturales, con especial referencia a las actividades extractivas. En el siguiente apartado, desarrollaremos las fuerzas sociales que se vinculan con la inversión minera, para lo cual realizaremos una propuesta de diseño constitucional de tratamiento y gestión del conflicto social. Finalizaremos con algunas reflexiones sobre el modelo económico peruano en clave de perspectiva y prospectiva constitucional.

[2] Ver: <http://www.mincetur.gob.pe>

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA INVERSIÓN

2.1. *Inversión y regulación*

La Constitución garantiza la inversión privada, reconociendo la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59°). De igual modo brinda protección a la iniciativa privada (artículo 58°) y facilita y vigila la libre competencia (artículo 61°), entre otras libertades. Su reconocimiento lleva aparejado el establecimiento de límites, pues su ejercicio “no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública” (artículo 59°). Es por ello que desde el ordenamiento se protege determinada actividad empresarial, dejando sin protección a aquella que contravenga los límites impuestos en el artículo 59°, y además, a aquellas que vulneran los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

La inversión puede ser definida como aquella acción mediante la cual los agentes económicos –personas e instituciones involucradas en el proceso económico por medio de fondos propios o ajenos– realizan la compra de activos físicos, bonos, acciones, etc., con el propósito de obtener una serie de beneficios futuros. Es decir, significa el ingreso de dinero, insumos, equipos, etc. La razón por la cual se protege es porque facilita la dinámica económica de un país; conllevando aportes tecnológicos, coadyuvando para fomentar una más eficiente organización empresarial y trasladando su *know how* –conocimientos, procedimientos, métodos de elaboración, utilización de medios necesarios o aportes de información secreta, entre otros–^[3].

El Tribunal Constitucional además ha insertado la inversión privada en el modelo del Estado social y democrático de Derecho y la economía social de mercado, expresando:

La Economía Social de Mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

Lo “social” se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidari-

[3] STC N.º 0018-2003-AI.

dad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida^[4].

El carácter social de nuestro régimen determina que el Estado no pueda permanecer indiferente ante las actividades económicas de los particulares, pero hay una idea esencial: toda limitación a un derecho constitucional (incluidos los de contenido económico) debe estar justificada en su razonabilidad y proporcionalidad.

En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

De esta manera suscribimos la idea de base que, “por un lado, el mercado no es perfecto, por lo que la regulación puede ser requerida; por el otro, debe admitirse que el bienestar económico –si bien es un valor pasible de protección constitucional– no es el único valor querido ni perseguido por la sociedad. Estas pretensiones (tanto la existencia de fallas como la persecución de otros valores), sin embargo, deben estar ampliamente sustentadas en la realidad, no bastando su mera invocación”^[5]. Con lo cual llegamos al reconocimiento que los valores e intereses esenciales que integran el orden público constitucional deben ser tutelados por el Estado en el marco dado por del cumplimiento de sus deberes (artículo 44° de la Constitución) y del principio de subsidiaridad (artículo 60° de la Constitución).

Desde la teoría económica del Derecho se ha postulado que las normas se justifican en tres tipos de razones: las de *eficiencia económica*, las *preferencias distributivas* y otras consideraciones de *justicia*, como la moral y la compatibilidad de las normas con el respecto de derechos fundamentales^[6]. Por ejemplo, una norma que prohibiera la inversión privada en minería en alguna zona del país podría ser querida por pretensiones de justicia, pero sería incompatible con la eficiencia.

[4] STC N.º 0048-2004-PI (fundamentos 15 y 16).

[5] SÚMAR ALBÚJAR, Óscar. “Derecho empresarial y Constitución: Límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos)”. En: *Themis*, Lima, N.º 55, 2008, p. 267.

[6] CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982; también se puede revisar del mismo autor, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1970, pp. 24-33.

Los tres tipos de justificaciones interactúan en el texto constitucional buscando consensos en torno a su aplicación y sustentando la intervención estatal. Los reguladores –el Parlamento, los jueces al resolver casos concretos, entre otros– deberán respetar el marco de reglas de juego establecido a nivel constitucional, evitando ser “capturados” por los intereses particulares de grupos organizados en torno al poder. Lo cuales pueden provenir, por ejemplo, en el caso del sector minero de las propias empresas, las comunidades campesinas, frentes de defensa y otras colectividades, además de diversos agentes del Estado, desde funcionarios del Gobierno central hasta autoridades locales y regionales, todos ellos entran en relaciones complejas, enfrentado sus propios puntos de vista y posiciones sobre los procesos que los afectan.

2.2. *La explotación de recursos naturales. El caso de la inversión minera*

Luego de establecido el marco constitucional de la inversión, nos centraremos ahora en desarrollar algunas de las especificidades de la explotación de recursos naturales, con especial referencia a la minería.

El carácter esencial de los recursos naturales, conforme al artículo 67° de la Constitución, permite justificar la reserva de su titularidad, con la finalidad última de ordenar o regular el uso general y explotación de los recursos (p. ej. las minas), fijando un orden de preferencia, en función del interés público, y de establecer límites en cuanto al posible alcance del derecho de propiedad privada sobre el suelo, cuando los recursos se encuentran en el subsuelo^[7].

Así establecida la reserva constitucional de determinados bienes al dominio público atendiendo a su carácter esencial -normalmente escasos y no renovables, como son los minerales-, cumple la función de ordenar y racionalizar su explotación y utilización; mas ello no justifica una reserva en términos absolutos, y que tenga tal entidad y naturaleza que pueda desvirtuar los principios del modelo económico contenido en la Constitución, la libertad de empresa y demás libertades económicas (artículo 59°), el principio de justicia social, de igualdad jurídica y los derechos y libertades de los administrados^[8].

De acuerdo a la *Ley N.° 26821, Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*, serán leyes especiales dictadas para el aprovechamiento sostenible de cada recurso natural las que precisarán las condiciones, términos, criterios y plazos para el otorgamiento de los derechos, incluyendo los mecanismos de retribución económica al Estado por su otorgamiento, el

[7] GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”. En: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V: Economía y Hacienda. Madrid: Civitas, 1991, pp. 3825-3826.

[8] STC N.° 0048-2004-PI (fundamento 107).

mantenimiento del derecho de vigencia, las condiciones para su inscripción en el registro correspondiente, así como su posibilidad de cesión entre particulares.

Dicha norma dispone también que los recursos naturales deban *aprovecharse en forma sostenible* que implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso. Para los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

De las industrias extractivas (minería, petróleo o gas) que se encuentran inscritas dentro del esquema de la explotación de recursos naturales del subsuelo, haremos referencia a la minería porque es la que ha causado el mayor impacto económico y social en nuestro país. La *inversión minera* llegó a Sudamérica entre 1990-2001, siendo Chile y Perú los países que recibieron la mayor parte. Estos dos países se vieron favorecidos no sólo por su especial geografía, sino, y sobre todo, por las profundas reformas neoliberales en el ámbito económico que implementaron sus respectivos gobiernos.

En el Perú, la mayor parte de esta actividad se encuentra concentrada en las regiones altoandinas caracterizadas por economías agrarias históricamente postergadas y significativas poblaciones de indígenas y campesinos. Cuando se inició la etapa de explotación minera en la década del 90, hubo un elemento importarte. Las inversiones en el sector eran percibidas como necesarias por su aporte para dinamizar una economía moribunda. A partir de entonces a la fecha, su importancia creciente en la economía del país se ve reforzada por los altos precios internacionales de los metales y la generación de rentas por el pago de tributos y en algunos casos, por naturaleza de canon.

Sin embargo, la inversión minera se encuentra puesta en entredicho. Desde una visión económica diremos que lo que está en discusión son los costos a la sociedad (costos de transacción) que genera esta actividad económica. La dinámica de los agentes en el mercado para producir riqueza no siempre será compatible con otros valores que la sociedad estima de primer orden (recogidos en la propia Constitución) como la tutela de los derechos fundamentales, la protección del medioambiente o la justicia distributiva. Desde este punto de vista, “la regulación no es un sustituto del mercado, sino una condición para la preservación de valores de la sociedad, que no pueden ser alcanzados y hasta pueden ser contradichos por el mercado”^[9]. Diremos nosotros, la regulación es el presupuesto para la preservación del orden público constitucional.

[9] SÚMAR ALBÚJAR, Óscar. “Derecho empresarial y Constitución: Límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos)”. En: *Themis*, Lima, N.º 55, 2008, p. 268.

De allí, que la inversión minera deba ser estructurada, funcionalizada y disciplinada normativamente, a fin de establecer un marco general que reduzca sus costos aunque sin impedir la actividad misma. En este punto referiremos un ejemplo que grafica bien lo señalado. La extracción de recursos naturales pone en evidencia un vínculo, y por supuesto también la tensión, entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado adecuado al desarrollo de la vida. Por ello, estas actividades económicas tienen una relevancia especial, y deberán estar sujetas a principios propios^[10]:

- i) el principio de desarrollo sustentable
- ii) el principio de prevención
- iii) el principio de restauración
- iv) el principio de mejora
- v) el principio precautorio
- vi) el principio de compensación

El respeto de estos principios, que son desarrollados e implementados por el Legislador, debe enmarcar la minería –a saber, también, el resto de industrias extractivas en el país–. En suma, resultan superadas las visiones que pretenden apoyar su razonamiento en el derecho de igualdad y las libertades económicas para configurar un sector económico que esté sujeto a una regulación especial, e incluso, desregulado. Nuestro orden constitucional admite leyes especiales siempre que la naturaleza de las cosas así lo exija (artículo 103° de la Constitución).

Por tanto, la explotación de recursos naturales no renovables como los minerales, desde luego no está desregulada y tampoco cuenta con licencias especiales que lo eximan de la compensación o indemnización de daños cuando estos ocurrieran. Además en los casos dispuestos por la Constitución debe garantizarse la co-participación de las riquezas, tal como se señalará en el punto siguiente.

2.3. El esquema de la inversión privada deseada por la Constitución

La Constitución peruana protege la inversión. La razón de invertir en términos contemporáneos no es sólo una tasa de rendimiento, sino el ejercicio de la libertad financiera manteniendo la exposición de riesgos en niveles razonables como en estructura temporal. Lo perseguido entonces es que la regulación, la Administración y la propia actuación de las empresas se orienten hacia principios y criterios que busquen la reducción de riesgos.

[10] STC N.º 0048-2004-PI (fundamento 18).

Mediante la sentencia recaída en el Caso Conga^[11], el Tribunal Constitucional desarrollo un planteamiento sobre qué tipo de inversión privada, en materia de extracción de recursos naturales con particular alusión a la minería, es la que se encuentra protegida por la Constitución.

Así, deben considerarse cuatro puntos esenciales que son evaluados al realizarse un análisis de este tipo. Siendo que a continuación haremos mención a cada una de estas reglas con un examen crítico.

2.3.1 Aspectos relativos a la prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales

La Responsabilidad Social Empresarial (RSE) alude a la gestión que imbrica la relación ética y transparente de la empresa con todos los públicos con los cuales se relaciona y por el establecimiento de metas empresariales que mantengan una correspondencia con el desarrollo sostenible de la sociedad. En el mismo sentido, la RSE ha sido definida por la Comisión Europea como “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”^[12].

En este punto quisiéramos hacer una precisión de concepto. El Tribunal Constitucional ha señalado que “la RSE constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa”^[13]. Al respecto, esta afirmación de principio que busca fijar una obligación jurídica no la suscribimos, en tanto desnaturaliza el alcance y contenido de la RSE: su voluntariedad y no exigibilidad por terceros, especialmente por los beneficiarios de esa acción. Por tanto, cubre por excelencia los ámbitos no regulados,

La RSE es de naturaleza eminentemente voluntaria, y ello es deseable porque promueve la participación, y la búsqueda creativa de necesidades no atendidas o emergentes de la comunidad. Este carácter hace que no deba ser entendida como una obligación legal o como un procedimiento administrativo. La responsabilidad social implica así “la incorporación de acciones coherentes, organizadas de manera sistémica, pero a su vez de conductas, filosofía de acción, actitudes”^[14].

[11] STC N.º 0001-2012-PI.

[12] COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, 18.7.2001, COM/2001/0366 final, párrafo 20. En: <http://eur-lex.europa.eu>

[13] STC N.º 03343-2007-PA, fundamento 21; STC N.º 0001-2012-PI (fundamento 45).

[14] PULGAR VIDAL, Manuel. “Responsabilidad social y política ambiental: complementariedades y retos”. En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, N.º 64, 2010, pp. 223.

La actividad empresarial esencialmente lucrativa no se opone a asumir una responsabilidad social que tiene diversos ámbitos de aplicación, como el interno: relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno^[15].

En cuanto a las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales, especialmente las mineras, como parte de la RSE deben establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad. El ámbito externo, que interesa para efectos de nuestro análisis, podría incluir las siguientes obligaciones:

- i) desarrollar una estrategia previsoras del impacto ambiental;
- ii) internalizar ciertos costos que le permitan prevenir el origen o escalamiento de conflictos sociales;
- iii) revelar completamente la información acerca de los costos y beneficios del proyecto;
- iv) facilitar a la comunidad el acceso de expertos independientes; y,
- v) plantear un primer nivel de consenso con los pobladores de la zona a fin de apreciar sus preocupaciones.

De forma que, una correcta política de RSE en su componente externo puede conducir a obtener lo que ha venido en denominarse la *licencia social*, que se define como el grado de aprobación que el entorno social, la comunidad o la población le otorgan a la actividad minera. Su consecución no permite obtener un documento de certificación, y su obtención no garantiza un plazo determinado de vigencia. Ese es el reto de la licencia social, ya que su naturaleza obliga a mantener las condiciones de forma tal que el entorno no prive a la actividad de esta licencia; ello requiere seguimiento, adaptación, diálogo permanente y participación^[16].

Empero, este carácter voluntario de la RSE no significa que no deban dictarse algunas regulaciones especiales que la promocionen, en marcos como el tributario, entre otros. De forma que corresponde al Estado crear las condiciones adecuadas para que la RSE pueda realizarse^[17], a saber:

[15] STC N.º 0001-2012-PI (fundamento 47).

[16] PULGAR VIDAL, Manuel. "Responsabilidad social y política ambiental: complementariedades y retos". En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, N.º 64, 2010, pp. 223

[17] PWC Perú. "Corporate Social Responsibility in the Peruvian mining sector" (enero 2012). Disponible en: <http://www.pwc.com/pe>

- i) fortalecer la capacidad gubernamental;
- ii) definir y delimitar claramente las zonas mineras; y,
- iii) reconocer y garantizar los derechos fundamentales de las partes en conflicto: derecho de consulta y libertades económicas, principalmente.

Analizando el mismo fenómeno en clave de teoría económica diremos que el razonamiento de este tipo de inversionistas –los que incorporan componentes de RSE–, cuya satisfacción es mayor a la de aumentar su rentabilidad neta, favorece al Estado y a toda la sociedad dado que generan resultados más cercanos al Óptimo de Pareto^[18].

Si X invierte en el fondo de empresas mineras (Fondo Minero) obtendrá una rentabilidad de 10% de lo invertido, mientras que si lo hace en empresas que tengan en común la práctica de la RSE (Fondo RSE) obtendrá una rentabilidad de 9%. La decisión más eficiente para X, en principio, será invertir en el Fondo Minero. Mientras tanto, la sociedad, destinataria de sus fondos, recibirá un monto mínimo proveniente de la recaudación tributaria después de descontar los daños ambientales que las empresas generan. Por otro lado, si X decide invertir en el Fondo RSE, su rentabilidad como inversionista será de 9% de lo invertido en principio, mientras que para el Estado será un monto alto, obtenidos a partir de la recaudación tributaria y de la inversión social (RSE) realizada por las empresas constituyentes del fondo. Esto se explica porque la inversión en una empresa que genera externalidades negativas promueve, a su vez, que más empresas las generen a efectos de aumentar su rentabilidad y obtener el financiamiento necesitado. En el futuro, las externalidades negativas generadas por las empresas aumentarían hasta llegar a afectar al propio inversionista y serían al final de cargo del Estado, y por tanto de los contribuyentes, entre estos el inversionista y las empresas.

En conclusión, la Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que persigue la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales o sociales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no estarán dispuestos a soportar. La RSE es un excelente instrumento que surgiendo del ámbito de la autonomía de la voluntad, demuestra ser adecuada para la consecución de fines sociales y realización del orden público constitucional.

[18] El ejemplo que se presenta ha sido tomado de: ASPÍLLAGA ALAYZA, Víctor. “La responsabilidad social empresarial: conciencia, solidaridad y eficiencia” En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, Fondo Editorial PUCP, N.º 64, 2010, pp. 358-359.

2.3.2 *Fiscalización estatal de la actividad privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales e internacionales de protección*

Es el Estado, y particularmente la Administración la que debe fiscalizar el cumplimiento de los estándares nacionales y también los estándares internacionales, a fin de evitar extralimitaciones por parte de las empresas que invierten en el país. El Estado tiene el deber de vigilar su cumplimiento así como su maximización. De igual forma debe diseñar políticas, que según el caso, beneficien la principal actividad económica de las poblaciones afectadas, como por ejemplo, la actividad agrícola, de pastoreo, o la pesca.

Este es un aspecto neurálgico, ya que no puede negarse que en varios casos, la ausencia fiscalizadora del Estado ha puesto en evidencia su debilidad institucional. En tal sentido, la Administración debe elaborar verdaderos planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales. Y es que de nada sirve tener reglas claras en un contexto en que el problema histórico ha sido la implementación de tales medidas. La imposición de multas así como la utilización de tales montos debería ser más transparente a fin de que la población pueda fiscalizar tal actividad estatal.

En este punto, cabe referir la experiencia del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE) que son actualmente los órganos del Estado que tienen la responsabilidad de revisar los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) de los grandes proyectos de industrias extractivas^[19].

Sin embargo, encontramos aún un escenario de debilidad institucional, pues de los S/. 76 millones en multas impuestas por el OEFA, sólo se ha pagado el 10.5%. El 85.6% de las multas fueron suspendidas judicialmente, y el saldo de 3.9% está en trámite^[20].

Compartimos la observación que SENACE debió atraer a los especialistas del Ministerio de Energía y Minas. Además, se debe institucionalizar el concurso de las mejores consultoras ambientales para apoyar al Estado en una fiscalización ambiental efectiva. El paradigma que se propone es claro: la evaluación y la supervisión ambiental deben hacerse con la asesoría de las mejores empresas privadas, asociados con los mejores técnicos estatales de nuestro

[19] La situación bajo comentario ha sido presentada y analizada por: SECADA, Pablo. *Fiscalización ambiental y leyes (formalistas)*. Blog Reformas incompletas del Instituto Peruano de Economía. Diario Gestión (27/03/2013). Disponible en: <http://blogs.gestion.pe/reformasin-completas/>

[20] Informe del Ministro del Ambiente, Manuel Pulgar Vidal ante la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso (Marzo 2013).

país. Pero para ello se requiere acción política del Congreso, el Ministerio del Ambiente y la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) para evitar que desde el Poder Judicial se siga menoscabando el sistema de fiscalización ambiental que nuestro país necesita.

2.3.3. Reparaciones integrales en caso de afectación a la población

Se dirige a atender las situaciones en caso de la ocurrencia de daños contra terceros. En tal sentido, si la actividad empresarial genera daños estos no sólo deben ser sancionados por la Administración, sino que deben generar una reparación inmediata, justa y proporcionada, a las personas directamente afectadas^[21].

Para lo cual el Estado deberá poner a disposición de los ciudadanos información y asistencia legal gratuita para que pueda demandarse en sede judicial sus derechos. Por su parte, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de considerar los daños provocados de manera integral a fin de, si es que se determinara fehacientemente, ordenar el pago indemnizatorio proporcional a los daños sufridos.

2.3.4. Concretización del principio de co-participación de la riqueza

Este principio establece que las poblaciones desde donde se han extraído determinados recursos naturales se vean directamente beneficiadas con las rentas de dicha explotación. La explotación de recursos sin co-participación contraviene no sólo el artículo 66° de la Constitución sino también el principio de solidaridad. La consecuencia esperada de su aplicación es que tales recursos sean utilizados a fin de empoderar a las sociedades circundantes al área de donde se extraen los recursos naturales. Concretizar esta idea, no obstante, requiere no sólo de tales recursos financieros sino de recursos humanos preparados para poder plantear las políticas de desarrollo verdaderamente necesarias y técnicamente idóneas. Por ejemplo, debería estar considerado que las entidades que reciben el canon, tengan personal realmente capacitado para poder administrar la riqueza, privilegiándose proyectos de inversión a favor de la educación y la salud^[22].

Cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio com-

[21] STC N.º 0001-2012-PI (fundamento 54).

[22] STC N.º 0001-2012-PI (fundamentos 60 y 61).

partido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello la continuidad de su existencia y, sobretodo, el mejoramiento de la calidad de vida. Sólo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre^[23].

Si bien el actual Gobierno está trabajando para brindar amplios programas sociales en las comunidades más alejadas del país (por ejemplo, el Programa JUNTOS). Creemos que debe haber a su vez un mayor nivel de compromiso directo de las empresas mineras para generar riqueza entre las poblaciones alejadas a los proyectos extractivos, auspiciadas por políticas claras y coherentes del Estado.

Evidentemente alcanzar el equilibrio entre inversión y justicia distributiva no es consecuencia de la labor de una sola entidad pública sino del Estado, de la sociedad y de las empresas en su conjunto dentro de un plan de acción que progresivamente comience a brindar prestaciones y servicios adecuados para el bien común

III. PROPUESTA DE DISEÑO CONSTITUCIONAL DE TRATAMIENTO Y GESTIÓN DEL CONFLICTO SOCIAL

3.1. *Conflictividad social en el Perú y minería*

La tierra siempre ha sido un factor de disputa política en el Ande. Las actividades mineras requieren de extensiones superficiales de tierra, limitando el uso tradicional que las comunidades daban a estas tierras, en su mayoría, actividad agrícola de subsistencia.

Por ejemplo, esto es lo que sucedió con las minas de tajo abierto que demandan grandes extensiones de tierra en Cajamarca, desde el principio el primer punto de descontento con la población. Sin embargo, durante la década del 90 hubo un adecuamiento a esta dinámica, siendo que las comunidades vendían sus tierras a precios elevados para el mercado local a medida que

[23] STC N.º 0022-2009-PI (fundamento 52).

iban dándose cuenta de la real capacidad de pago de la empresa y sus representantes.

A partir del año 2000 se inicia una nueva etapa en medio de un contexto internacional favorable, en el que los desequilibrios entre la oferta y la demanda minera a nivel mundial han mantenido niveles excepcionalmente altos en las cotizaciones de los principales metales, las inversiones mineras volvieron a aumentar de manera significativa, sobre todo en exploración. ¿Sin embargo, era posible pensar en una nueva etapa de expansión minera como la que se vivió en la década de 1990, sin cambios sustantivos en las reglas de juego?^[24]

Los hechos nos demostraron que no. Incidentes como los reportados en el cerro Quilish, en el campamento de La Granja o en Combayo (Cajamarca), en Tintaya (Cusco) o Tambogrande y Majaz (Piura), entre otros, fueron señales de un clima de tensión, con episodios de violencia abierta. Además, con la difusión mediática de los acontecimientos de 2009 ocurridos en Bagua, la ciudadanía tuvo la oportunidad de colocar en el debate público la actuación de los movimientos sociales amazónicos. Determinando un aparente punto de no retorno con visos de radicalización.

Siendo que siempre ha habido conflictos sociales alrededor de la inversión minera en nuestro país. La pregunta que corresponde plantear es: ¿cuáles son los factores que han conducido a la exacerbación de estos conflictos en los últimos años? La lógica de estos conflictos es difícil de descifrar por la cantidad de factores que comprenden. Esta situación es un reto para todos los actores involucrados: representantes del Estado, de la sociedad civil, del empresariado y de la población en general. Algunas de las posibles explicaciones ensayadas es que el conflicto ha sido copado por sectores radicales y populistas marcando una fuerte ideologización. Otra lectura reconoce que estamos ante el fenómeno de grupos que se han nucleado para canalizar su tradicional disconformidad frente a un Estado centralista.

Se suman, además, otros elementos psicológicos bajo formas cotidianas de resistencia de amplio espectro. Por ejemplo, las poblaciones por desconfianza se niegan a usar el agua que viene de la mina, incluso si está tratada y certificada. De otro lado, rechazan el cuestionamiento de la habilidad para controlar en “su” territorio lo que entienden como recursos “propios”. Incluso, el sentimiento de desposesión^[25] proveniente de la “colonización” de la tierra; los recursos

[24] DE ECHAVE, José y Otros. *Minería y conflicto social*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, CIPCA, Centro Bartolomé de las Casas, DES, 2009, pp. 341.

[25] BEBBINGTON, Anthony y Otros. “Mining and social movements: struggles over livelihood and rural territorial development in the Andes”. En: *World Development*, Vol. 36, N° 12, Elsevier, 2008, pp. 2888-2905.

en sí mismos (agua, minerales); sus formas de vida; y, los beneficios legales y excepciones a favor de las empresas inversoras.

Ahora, ¿acaso no es posible descifrar la dinámica del conflicto social? Creemos que sí, y ese es el esfuerzo al cual debemos orientarnos. Para ello, tomemos como punto de partida la agenda actual de los conflictos sociales. Ésta se encuentra determinada por el reclamo frente a las empresas mineras, de un lado, por el daño ambiental causado, y de otro, la insuficiente inversión de las empresas en programas de responsabilidad social diseñados a beneficiar a las comunidades en las cuales operan.

Reconocemos que el medio ambiente y el desarrollo son los elementos que marcan la pauta actual de los conflictos. Lo cual nos parece importante anotar porque pareciera haberse efectuado un cambio cualitativo en las reivindicaciones sociales. Frente a las tesis que pretenden reconducir sus reivindicaciones a la de grupos emotivos, nosotros sostenemos que estamos asistiendo a un fenómeno inicial de organización racional en torno a pretensiones claras y definidas. El cual debe ser promovido, por los motivos que sostendremos en el siguiente apartado.

3.2. Propuesta para el tratamiento y gestión del conflicto social en el sector minero

Delimitado los ámbitos de la conflictividad social en el Perú frente a la minería, lo que se requiere es una respuesta organizada no sólo de las instituciones públicas y el sistema democrático, sino también del conjunto de la sociedad misma. En los últimos años las acciones estatales han tenido resultados que revelan que nos encontramos en un proceso de aprendizaje de nuestros errores y búsqueda de respuestas solventes que puedan mantenerse en el tiempo a fin de superar acontecimientos que permanecen socavando la gobernabilidad y el desarrollo integral del país.

Siendo que este proceso adquiere visos de relevancia constitucional corresponde plantearse un diseño para el tratamiento y la gestión de la conflictividad social que responde a la pregunta sobre cómo es posible sentar las bases para que el Gobierno canalice institucionalmente los conflictos. Al respecto, caben dos reflexiones.

Primero, asumiendo la inevitabilidad del conflicto de forma que desde el Estado no se pretenda erradamente anularlo, sino transformarlo y encauzarlo a través de políticas públicas y gobernabilidad. El objetivo debe ser realista, pretendiendo evitar que las incompatibilidades transiten de una situación de conflicto de baja intensidad a conflictos donde la violencia se ejerce de modo directo y abierto^[26].

[26] DE ECHAVE, José y Otros. *Minería y conflicto social...*, *Op. cit.*, pp. 9-11.

Segundo, el rol que cumple el Estado es determinante a través de las modalidades de actuación administrativa en la vida económica: de policía, de fomento, de prestación o servicio público, de gestión económica, de planificación y programación, y arbitral^[27]. Partimos de la premisa que el Estado regula, y en el caso de los conflictos asociados a la inversión minera, es necesario, pues, “mientras que los intereses individuales están siempre listos para tomar ventaja de cualquier apertura que pudieran encontrar, las personas pueden en algunos períodos lograr un consenso suficientemente fuerte como para imponer un nivel más alto de dirección. Las sociedades son capaces de comportamientos variados y algunas veces aún de balances constructivos entre metas que compiten entre sí”^[28].

Qué duda cabe, nos encontramos en el momento que nuestra sociedad requiere una dirección clara, eficiente y consecuente, de forma que se llegue a un balance inclusivo. Por tanto, nuestra propuesta se realiza desde los principios de la Constitución Económica, que deben informar los procesos políticos y de acción colectiva asociada a la inversión minera. No desde el voluntarismo, sino desde una concepción estratégica^[29] que sirva para anticipar diseños institucionales que optimicen los efectos de la natural presión de grupos de interés. Necesitamos de autoridades que no pierdan de vista la cuestión social, pero que también consideren criterios de eficiencia, planeamiento y responsabilidad en la toma de decisiones públicas.

Establecidas las premisas y convencidos que sólo desarrollaremos políticas exitosas si somos capaces de identificar todos los factores involucrados, las propuestas que se presentan son las siguientes:

3.2.1. *Formación y fortalecimiento de los movimientos sociales*

Las comunidades a través de sus representantes pueden discutir los actuales patrones de acceso y control de los recursos, y desafiar las estructuras institucionales que determinan la distribución social de los bienes. En el marco del Estado Constitucional existe el espacio para la crítica, sin embargo ésta deberá canalizarse institucionalmente. De forma que quedan excluidos los discursos violentistas y anti-sistémicos.

En última instancia, se trata de empoderar a las comunidades haciéndoles partícipes de la administración de los recursos. El ejercicio mismo de las li-

[27] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 1999, pp. 329-340.

[28] SHEAHAN, John. *La Economía peruana desde 1950: buscando una sociedad mejor* (Traducción del inglés de Pilar Gavilano). Lima: IEP, 2001, p. 39.

[29] COOTER, Robert. *The Strategic Constitution*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

bertades y derechos –subjetivos y colectivos– de los que son titulares permite garantizar ello (vgr: el derecho de consulta).

No obstante, en el Perú a pesar de los importantes esfuerzos por nuclear a estos grupos con similares intereses, aún la estructura formal es muy precaria. El objetivo hacia el cual debemos ir es claro: fortalecer los denominados *movimientos sociales*. Éstos se definen como el proceso de acción colectiva que se sostiene en el tiempo y en el espacio, para reflejar su protesta alrededor de injusticias percibidas, y constituir y perseguir agendas alternativas^[30]. Estos movimientos frecuentemente dependen de organizaciones formales (Ong's, la Iglesia, universidades), en particular, porque sus acciones requieren de financiamiento, recursos humanos e información que redes informales son incapaces de movilizar.

La experiencia real ha demostrado que no resulta sencilla la formación de estos movimientos sociales porque entran en conflicto las presiones internas por conciliar la visión y los remedios propuestos, la vulnerabilidad de sus líderes a la cooptación, las posturas del Estado acerca del desarrollo minero y el derecho de protesta. Además, los grupos encuentran sus contrapartes entre los propios miembros de una misma colectividad. Podemos referir, el Caso Tintaya (2005), donde hubo marcha en contra de la compañía australiana *BHP Billiton* y otra a favor de los propios trabajadores originarios de Cusco y Arequipa.

Una vez que pueda superarse estos problemas, la formación de movimientos sociales organizados de base étnica y/o campesina como interlocutores válidos, sin duda, propiciará el entendimiento que se construye en clave de diálogo y respeto por la diferencia. Además, permitirá que los acuerdos arribados se mantengan en el tiempo.

En suma, se cambiará el reclamo y el caos por una incidencia política siguiendo las reglas de juego democráticas^[31].

3.2.2. *Gestión de la riqueza a favor de las comunidades*

Promover las condiciones que demuestren sobre una base económica y fáctica que es posible expandir los bienes y activos de las comunidades a través de su inserción como beneficiarios de la actividad minera. Todo lo cual deberá hacerse en el marco de una mayor transparencia en la distribución de las rentas que producen las industrias extractivas en los ámbitos local, regional y nacional.

[30] BEBBINGTON, Anthony y Otros. "Mining and social movements: struggles over livelihood and rural territorial development in the Andes". En: *World Development*, Vol. 36, N° 12, Elsevier, 2008, pp. 2888-2905.

[31] SCURRAH, Martin. "Incidencia política y conflicto: algunos temas comunes a los casos extractivos". En: *Defendiendo derechos y promoviendo cambios. El Estado, las empresas extractivas y las comunidades locales en el Perú*. Lima, Martin Scurrah, Instituto de Estudios Peruanos y OXFAM América, 2008, pp. 301-361.

Estas oportunidades pueden ser creadas a través de:

- i) promoción de mercados locales de bienes y servicios;
- ii) incrementando la demanda de la economía local por el gasto de los empleados de la mina;
- iii) programas de responsabilidad social; e,
- iv) incluso el Estado en su rol promotor puede implementar políticas públicas con programas de transferencias fiscales y de recursos.

Para ello se requiere enfocar los esfuerzos en promover experiencias exitosas que sean posteriormente difundidas, creando confianza y modelos a seguir. Un mecanismo que proponemos son los denominados *tributos medioambientales*^[32], que responden a la relación entre el principio de solidaridad^[33] y los fines extrafiscales de los tributos^[34]. La solidaridad permite admitir una mayor adaptación y contemporización de la figura impositiva a las necesidades sociales, lo que sucede en el caso de los tributos medioambientales orientados primordialmente a un fin distinto del recaudatorio (en Estados Unidos los “derechos de contaminación”, en la Unión Europea “impuestos verdes o ecológicos”).

Este tipo de tributos permitirían canalizar sistémica y razonablemente algunos de los costos derivados de la conflictividad social creciente en nuestro país asociada a la inversión en actividades de explotación de recursos naturales. Pues, a través de ellos evitaremos continuar con estrategias de control directo de fiscalización, sobre las cuales, incluso los órganos competentes no encuentran maneras para ponerse de acuerdo en su diseño y aplicación. En el año 2012, figuramos en un modestísimo puesto 81 en el *Environmental*

[32] ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto. “Los principios tributarios constitucionales desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 63, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2013, pp.171 y 172.

[33] Sobre el principio de solidaridad el Tribunal Constitucional ha señalado que se encuentra consagrado, implícitamente, en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado social de Derecho (artículo 43° de la Constitución).

[34] Naturaleza y función que el Tribunal Constitucional ha validado, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, señalando que las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido no incentivar (STC N°. 0009- 2001-AI). Así, desde la dogmática constitucional la extrafiscalidad se legitima cuando se persigue la realización de otros bienes de relevancia constitucional, tales como, el derecho al medio ambiente, a la salud o fines propios de la política económica y social, entre otros. Desde nuestra perspectiva estamos de acuerdo con la imposición de fines extrafiscales, pues consideramos que son admisibles siempre que se manejen dentro de los vértices que establece la Constitución, que se respete la capacidad contributiva y el límite máximo de tributación.

Performance Index^[35], justamente por carecer una adecuada gestión de la contaminación.

Además, estos tributos medioambientales se insertan en el marco constitucional peruano, porque permite corregir los desequilibrios originados por la polución producida por los agentes contaminadores, traducéndose en externalidades negativas y en economías que se generan para los agentes que no contaminan o tienen un nivel óptimo de contaminación (*vgr.* Impuesto sobre la contaminación atmosférica, Tasa sobre Residuos Sólidos Urbanos). También jugará un papel constructivo en el sistema fiscal y se proporcionará mayores incentivos al desarrollo de nuevas tecnologías en el país para reducir la contaminación.

Consideramos que con ello la ciudadanía, y especialmente las poblaciones afectadas de manera directa por el impacto de actividades económicas contaminantes, percibirán el interés decidido del Estado en mecanismos de control indirecto, además de la generación de beneficios (vía impuestos o contribuciones especiales) que pueden ser redistribuidos a favor de sus necesidades reales y de justicia.

3.2.3. *La competencia por los recursos naturales*

i) Respecto a la tierra

No existiendo en el país un sistema de ordenamiento territorial que permita la clasificación de la aptitud y uso del territorio, el Ministerio de Energía y Minas divide al país en polígonos y los ofrece a las empresas como posibles concesiones. Por un lado, este sistema genera la posibilidad de dar en concesiones áreas que pueden no ser aptas para la minería –aunque existiesen depósitos de minerales en ellas– por razones sociales, ambientales o de otra índole, algo que tal vez no se descubra hasta que se haya realizado un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o hasta que se haya generado un conflicto social. Por otro lado, dado que no hay procedimiento de consulta en el otorgamiento de concesiones, normalmente el propietario del suelo no se entera de la concesión del subsuelo hasta que el concesionario se acerca a negociar el ejercicio de su derecho^[36].

El ordenamiento legal prevé: a) el derecho de servidumbre (cesión en uso del suelo); o, b) la compra de la tierra. Lo adecuado sería promover negociaciones equitativas e informadas, de forma que estos procedimientos no generen insatisfacción y desigualdad al estar solamente sujetos a la capacidad de negociación de cada comunidad máxime, tal como hemos referido, no todas están organizadas y estructuradas para ello.

[35] Ver: <http://epi.yale.edu/epi2012/rankings>

[36] SCURRAH, Martin. “Incidencia política y conflicto: algunos temas comunes a los casos extractivos”. En: *Defendiendo derechos y promoviendo cambios...*, *Op.cit.*, p. 305.

ii) Respecto al agua

El agua es un recurso utilizado por actividades económicas y por las comunidades, entonces el primer conflicto identificable es respecto a la competencia por el agua como un bien escaso^[37]. Todavía la normativa es ausente y contradictoria, en un país cuya economía es minera y de agroexportación se requiere establecer pagos por uso del agua, además de fiscalizar la razonabilidad de la disposición que se hagan de las fuentes de agua potable. Este problema que se agudizará en los años venideros debido al cambio climático y la afectación de las principales fuentes de abastecimiento por deshielo y variabilidad de la cantidad y estacionalidad de las lluvias. Lo cual demanda que se diseñen desde ahora políticas del Estado sobre las prioridades económicas y humanas para el uso progresivo e idóneo, manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras. Por ende, la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se deben “financiar” incurriendo en “deudas” sociales para el porvenir.

Otro punto relevante en el conflicto es la calidad del agua y su afectación por la actividad minera. El problema se genera cuando al dato científico de las empresas se contraponen la observación empírica ancestral de las comunidades sobre la calidad del agua. En este punto, es donde surge el Estado como el tercero imparcial que debe establecer estándares que deben ser fiscalizados y sancionándose ejemplarmente el incumplimiento; de forma que se pueda generar confianza de las partes involucradas, por ejemplo, a través de los planes de monitoreo participativo en las micro cuencas de los ríos. En el mismo sentido, podemos referir la experiencia de “Gestión del Agua en Cajamarca” de la Autoridad Nacional del Agua, que viene impulsando la creación y fortalecimiento de las organizaciones de usuarios en la Provincia de Celendín, para facilitar la formalización de sus derechos de uso de agua^[38].

Finalmente, a ello corresponde se sume la política de transparencia de las empresas que deberán permitir el ingreso de observadores y expertos designados por las comunidades.

iii) Respecto al aire

La preocupación por el aire se refiere a su calidad, y a los posibles riesgos de la diseminación por los vientos de sustancias tóxicas de las operaciones a tajo abierto y de los depósitos de relaves^[39].

[37] *Ibidem*, p. 306.

[38] Ver: <http://www.ana.gob.pe>

[39] SCURRAH, Martin. “Incidencia política y conflicto: algunos temas comunes a los casos extractivos”. En: *Defendiendo derechos y promoviendo cambios...*, *Op.cit.*, p. 309.

Al respecto, lo que se debe tutelar en primer orden es la salud de la población centrándose en el impacto de estas emisiones. En este punto, en el Caso La Oroya, el Tribunal Constitucional en el año 2006, tuvo un pronunciamiento contundente respecto a la afectación que infringía este complejo metalúrgico en la vida y salud de las personas:

En el caso concreto de la población de la ciudad de La Oroya, sobre todo de los niños y mujeres gestantes, ocurre que desde 1999, año en que se realizaron los primeros estudios que determinaron la existencia de población contaminada con plomo en la sangre, hasta la actualidad, han transcurrido más de 7 años sin que el Ministerio de Salud implemente un sistema de emergencia que proteja, recupere y rehabilite la salud de la población afectada. Por ello, cabe preguntarse: ¿cuánto más se debe esperar para que el Ministerio de Salud cumpla su deber de dictar las medidas indispensables e inmediatas para que se otorgue atención médica especializada a la población de La Oroya cuya sangre se encuentra contaminada con plomo?

El mandato contenido en las referidas disposiciones, cuyo cumplimiento es responsabilidad del Ministerio de Salud, se encuentra indisolublemente ligado a la protección del derecho fundamental a la salud de los niños y mujeres gestantes de La Oroya, cuya sangre se encuentra contaminada con plomo, tal como se ha acreditado en autos. No es válido sostener que la protección de este derecho fundamental, por su dimensión de derecho social, deba diferirse en el tiempo a la espera de determinadas políticas de Estado. Tal protección debe ser inmediata, pues la grave situación que atraviesan los niños y mujeres gestantes contaminados, exige del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, dado que, en este caso, el derecho a la salud se presenta como un derecho exigible y, como tal, de ineludible atención. Por tanto, debe ordenarse al Ministerio de Salud que, en el plazo de 30 días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas con plomo, en el caso de la ciudad de La Oroya, a efectos de lograr su inmediata recuperación^[40].

Además, urge el control, y cuando sea necesario la redefinición, de los estándares de calidad del aire y los límites máximos permisibles para las emisiones.

3.2.4. *Control y sanción de la minería informal*

En este cambio de esquema confiamos plenamente que las empresas formales puedan coadyuvar sus esfuerzos técnicos y humanos. Lo cual trae aparejado el rechazo a la ilegalidad que no sólo se coloca al margen de sistema, sino que

[40] STC N.º 2002-2006-PC (fundamentos 60 y 61).

obstaculiza el desarrollo. Son las mineras informales las que generan la mayor cantidad de pasivos ambientales.

Por ejemplo, el caso de la explotación informal aurífera en la región de Madre de Dios ha traído devastadores efectos, con la amenaza de que estos se agudicen aun más. Los principales problemas que se generan, como ha advertido el Ministerio del Ambiente, no es solo la degradación del ecosistema, sino también la superposición de lotes mineros con reservas naturales, otras propiedades y territorios indígenas y la contaminación a la cual se encuentra expuesta la población circundante a la zona de extracción de minerales. De igual modo, la actividad minera informal tiene un impacto social a tomar en consideración, como es la deserción estudiantil cerca de los campamentos mineros y la apertura de locales en donde se ejerce la prostitución clandestina^[41].

Con fecha 18 de febrero de 2012, se ha aprobado el *Decreto Legislativo N.º 1100, que Regula la Interdicción de la Minería Ilegal en Toda la República y establece Medidas Complementarias* que prohíbe el uso de dragas, y prevé como acciones de interdicción la destrucción o demolición de bienes, maquinaria o equipos utilizados en estas actividades, siempre que por sus características no sea viable su decomiso. Cabe precisar que la constitucionalidad de esta norma y sus efectos fue declarada por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Caso Dragas^[42]. A consideración del Colegiado, la prohibición del uso de dragas cumple con el objetivo de evitar el impacto que su utilización produce en el ambiente. Las dragas ocasionan graves impactos de corto y largo plazo al ecosistema, puesto que al remover ingentes cantidades de sedimentos de los ríos se genera contaminación, alteración del cauce de los ríos, impactos biológicos, destrucción de los hábitats acuáticos, alteración de ecosistemas inundables y destrucción de la vegetación ribereña.

Este pronunciamiento reviste especial importancia porque crea doctrina jurisprudencial en la materia. Siendo que los amparos en trámite en los cuales las empresas que actúan al margen de la legalidad invoquen supuestas afectaciones al derecho de propiedad y la libertad de empresa, deberán ser declarados infundados. Manteniendo así una legislación que es asegurada y potenciada por el sistema de justicia, desincentivando con ello la informalidad y el fraude a la ley.

Se hace necesario mantener la decisión de implementar una política seria y coherente. Incluso proyectándonos para cuando el cambio de factores como la baja del precio de los metales en el mercado internacional determine que estas empresas ya no vean atractiva la extracción de oro, pues en ese momento destinarán sus recursos a otras actividades. Ellas abandonarán la minería y se

[41] STC N.º 0316-2011-PA (fundamento 8).

[42] STC N.º 0316-2011-PA.

dedicarán al contrabando, la siembra de coca, la tala de árboles u otros, en busca de mayor rentabilidad. De esta forma se generan riesgos para la población y el ambiente que el Estado debe prevenir.

3.2.5. *Rol de la jurisdicción constitucional*

La función del Tribunal Constitucional no sólo se limita a la defensa de la supremacía de la Constitución y a la tutela de los derechos fundamentales, sino que también debe contribuir, por un lado, a preservar valores constitucionales como la dignidad, la igualdad, la pluriculturalidad, y de otro, al fortalecimiento democrático y la economía social de mercado.

De esta forma, el tratamiento y la gestión de los conflictos sociales también requiere de la consolidación de una política pública integral que comprometa a los poderes clásicos del Estado –Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial–, a la cual se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del garantía jurisdiccional de la Constitución.

A manera de ejemplo tenemos el importante rol que ha cumplido este Alto Tribunal en materia del derecho de consulta. A pesar de que el Estado ratificó el Convenio 169 OIT en 1994, seguramente sin tener una clara idea de sus posibles consecuencias para los proyectos de inversión en el Perú, no se había aprobado norma legal de desarrollo e implementación. Sin embargo, es hasta junio de 2010 que el Tribunal Constitucional regula por vez primera los alcances y los principios que regulan el procedimiento de consulta a través del Caso Tuanama I^[43], reconociendo que lo esencial es que el Convenio 169 se ha incorporado al sistema jurídico nacional y, en lo referido al contenido esencial del derecho de consulta a la propia Constitución.

Es recién un año después que en el debate legislativo se logra la aprobación de la Ley de Consulta, siguiendo la pauta del derrotero establecido por la sentencia constitucional. A la fecha son varias las demandas de inconstitucionalidad y de amparo resultas por el Tribunal; y todavía quedan temas cruciales que atender, tales como, el caso de la Comunidad Campesina Arboleda respecto a la consulta previa al otorgamiento de las concesiones mineras; la eficacia directa del Convenio 169 sobre la actividad minera realizada con anterioridad a la aprobación de la Ley de Consulta; entre otros.

De esta forma, el Tribunal Constitucional resolviendo dentro del marco de sus competencias sobre un tema de derechos fundamentales, a la vez buscó plantear en clave contemporánea la reivindicación de inclusión en el desarrollo de los pueblos indígenas. Se trata, en suma, de compatibilizar, de un lado, el

[43] STC N.º 00022-2009-PI.

esquema de apertura a la inversión y a la seguridad jurídica para las concesiones otorgadas, y de otro, los principios de la justicia distributiva. Ambos esquemas deberán interactuar a fin de lograr la explotación razonable de recursos y el bien común, principio inspirador de la actual Constitución y tributario de la Doctrina Social de la Iglesia, aceptado plenamente por las corrientes socialdemócrata y socialcristiana mayoritarias en la Constituyente de 1978, y que encuentran su continuidad y afirmación vía desarrollo jurisprudencial de los preceptos de la actual Constitución de 1993.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La economía de nuestro país está basada, esencialmente, en la extracción de recursos naturales. Siendo estos recursos finitos son asignados en función de la suma cero, y están controlados por empresas particulares. Si alguien tiene una concesión minera luego nadie más puede tenerla. Por tanto, como los espacios de extracción son limitados, sólo determinada cantidad de riqueza puede ser creada a partir de ellos.

Sin embargo, el reto que nos impone las necesidades de grandes sectores de la población es mayor. Se trata en suma de hacer coincidir el mapa de inversión minera, con el de desarrollo rural y de los medios de vida de las comunidades nativas y campesinas. Un mapa que deberá reemplazar al actual que presenta una riesgosa identidad del trinomio: inversión, pobreza y conflicto social. Creemos que es posible.

Lo que estamos afirmando, sin duda, excede el ámbito estrictamente normativo. Se inserta en el concepto más amplio de “desarrollo rural”^[44] que requiere de modernización productiva e institucional, así como también esfuerzos conscientes por articular esos procesos de modernización como una concepción que reconoce las conexiones entre las economías urbanas y rurales, de forma que se pueda asegurar que estas poblaciones están en capacidad real de participar de este crecimiento económico.

Por tanto, urge apuntar a un modelo diferente. Un modelo basado principalmente en institucionalidad, conocimiento e ideas, e inclusión; éstos son recursos renovables y disponibles para todos. De hecho, mientras más personas tenemos conocimiento útil, mejor educados y entrenados, más productivos llegamos a ser.

[44] BEBBINGTON, Anthony y Otros. “Mining and social movements: struggles over livelihood and rural territorial development in the Andes”. En: *World Development*, Vol. 36, N° 12, Elsevier, 2008, pp. 2888-2905.

Estamos convencidos que de esta forma se generaran economías de escala, creando trabajos más remunerados y proveyendo de mejores estándares de vida. El espacio urbano y rural no pueden ser mimetizados, pero tampoco distantes. Deben encontrar una interacción dinámica, a favor de un desarrollo para todos.

Va llegando el momento que no nos detengamos en los efectos de la movilización social, y en cuanta fuerza deberá emplearse para repelerla, sino que reconociéndola como un factor podamos asumir el reto que implica para el Gobierno generar confianza en los agentes, como única vía para el afianzamiento de un modelo distinto de desarrollo.

En suma, se trata de balancear los objetivos de un lado, de respeto de los derechos e intereses de las minorías políticas, sociales y culturales, y de otro, los beneficios de la expansión económica a un amplio sector de la población. Esperamos que el esquema presentado y las recomendaciones que lo acompañan desde la teoría constitucional propicien, sobre la base de los *principios de esperanza, de tolerancia y de responsabilidad*^[45], reubicar la actividad minera en el marco de un proyecto de desarrollo nacional compartido por todos los peruanos.

Al terminar este trabajo llegamos a una importante convicción. Los conflictos sociales son también conflictos sobre valores, la apuesta pendiente implica comprometer a todos los agentes involucrados dentro de la estructura axiológica y la ideología constitucional, que tiene como fundamentos la dignidad, libertad, igualdad y solidaridad; en tanto, expresión de los acuerdos básicos que nos definen como sociedad, y que garantizan nuestra propia permanencia como tal.

* * * * *

[45] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, 1era. reimpresión. México D.F.: UNAM, 2003, pp. 48-56.