



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Estudio sobre la libertad de empresa de las mineras y el
derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado de
las comunidades campesinas a raíz del caso Conga**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Manuela Mercedes de los Milagros Andrade Flores

**Asesor(es):
Dra. Susana María Mosquera Monelos**

Piura, diciembre de 2021



Aprobación

La tesis titulada “Estudio sobre la libertad de empresa de las mineras y el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado de las comunidades campesinas a raíz del caso Conga”, presentada por la bachiller Manuela Mercedes de los Milagros Andrade Flores en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de Tesis Dra. Susana María Mosquera Monelos.



Directora de Tesis





Dedicatoria

Dedico este trabajo de investigación a mis padres, Paula Mercedes y Pedro Gerardo, porque me enseñaron a luchar contra las adversidades y a nunca darme por vencida





Agradecimientos

Agradezco a Dios que ha sido mi guía y protector en este arduo camino de aprendizaje jurídico, porque sin Él nada es posible.

Agradezco también a mis padres por su amor incondicional y su admirable esfuerzo para que yo pueda llegar a esta etapa de mi formación profesional.

Agradezco especialmente a la Dra. Susana María Mosquera Monelos, una gran profesional que ha colaborado con sus comentarios y asesorías en este trabajo, a quien debo manifestar mi eterna gratitud por su paciencia y sapiencia, porque tuvo la gentileza de brindarme su apoyo en la realización de esta investigación.





Resumen

Se analizará el caso Conga, en referencia al derecho de libertad de empresa de las mineras frente al derecho a un medioambiente equilibrado y adecuado de las comunidades campesinas. Este proyecto iba a ser una de las más importantes inversiones en el país, pero no pudo ejecutarse por el conflicto socioambiental que se originó entre los diferentes actores, los mismos que hasta la fecha no han podido alcanzar un diálogo que permita solucionar este conflicto.

En el Perú, los recursos mineros son considerados patrimonio de la nación, y la actividad minera empresarial se otorga a particulares mediante concesiones, siendo que el Estado solo puede participar subsidiariamente. En el ejercicio de la actividad minera, si no se toman las medidas idóneas se pueden ocasionar problemas ambientales, configurándose de esta manera un ilícito penal; lo que en el Perú se ha regulado mediante la aplicación de la técnica legislativa denominada “ley penal en blanco”, la que consiste en una tipificación penal que reenvía a disposiciones administrativas para la configuración del delito.

La Constitución peruana regula el derecho a la libertad de empresa. No obstante, no existe en nuestro ordenamiento una definición de empresa; pero si se puede conceptualizar la figura del empresario, que sería aquella persona natural o jurídica que ejerce este derecho. La actividad empresarial se caracteriza por cuatro notas: es una actividad económica, de carácter privado, se da mediante una planificación u organización, y, se ejerce con profesionalidad. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado indicando que este derecho no es absoluto, por lo que la actividad empresarial debe realizarse con sujeción a la ley, y por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

Las comunidades campesinas, en el Perú, han sido usualmente ignoradas al momento de tomar las decisiones de otorgar las concesiones a empresas mineras, debido a que no se ha establecido un diálogo tripartito entre la comunidad, el Estado y las empresas mineras para que puedan alcanzarse soluciones que beneficien a todas las partes; sobre todo porque son las comunidades las que sufren las consecuencias ambientales negativas de esta actividad. En ese sentido, se analiza también el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, que puede ser exigido por toda persona en la búsqueda de un desarrollo pleno, especialmente los miembros de estas comunidades campesinas, por lo que resulta necesario poder escucharlos, sin que la asimetría existente en la capacidad negociadora anule su voluntad y les impongan una decisión en el ámbito nacional. En consecuencia, los diálogos deben darse en sede internacional, donde las comunidades campesinas y las empresas sean consideradas actores no estatales en la negociación de futuras inversiones mineras, en una posición de igualdad frente al Estado.



Tabla de contenido

Introducción.....	17
Capítulo 1 Estudio del caso Conga	21
1.1 Datos generales	21
1.2 Problemas sociales y ambientales debido al proyecto Conga.....	22
1.3 Sentencias del Tribunal Constitucional a raíz del caso Conga	28
Capítulo 2 Actividad minera y libertad de empresa	39
2.1 Actividad minera.....	39
2.1.1 Antecedentes	39
2.1.2 Impacto ambiental en la actividad minera	54
2.1.3 Conflicto minero e impacto ambiental en las comunidades	65
2.2 Libertad de empresa.....	78
2.2.1 Concepto de empresa	78
2.2.2 Protección constitucional	79
2.2.3 Desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la libertad de empresa	81
Capítulo 3 Comunidades campesinas y el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado.....	83
3.1 Comunidades campesinas	83
3.1.1 Definición.....	83
3.1.2 Tratamiento legislativo	85
3.1.3 Consulta previa y participación de los pueblos indígenas	86
3.1.4 Imprescriptibilidad de las tierras de las comunidades nativas y campesinas a la luz del Convenio N° 169 de la OIT	93
3.2 Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado	94
3.2.1 Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado	94
3.2.2 Protección constitucional	96
3.2.3 Desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano sobre la protección del medio ambiente	97
3.2.4 Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucionalmente protegido de libertad de empresa y del medio ambiente.....	99

Capítulo 4 Propuesta de solución a los conflictos socioambientales	103
4.1 Interpretación de derechos involucrados y posible solución al problema planteado....	103
4.1.1 Interpretación armónica del derecho a libertad de empresa y el derecho a un medio ambiente equilibrado.....	104
4.1.2 Uso de herramientas jurídicas del derecho internacional como propuesta de solución a los conflictos socioambientales	105
4.2 Actores no estatales en el caso Conga	106
4.2.1 Las autoridades distritales y provinciales electas como actores no estatales....	109
4.2.2 Los líderes de las organizaciones civiles como actores no estatales.....	111
4.2.3 Las comunidades campesinas como actores no estatales.....	113
4.2.4 La minera Yanacocha como actor no estatal	116
4.3 Rol del Estado frente a actores no estatales en caso Conga.....	118
4.3.1 Rol del Estado de cara a la configuración de comunidades campesinas como actores no estatales.....	120
4.3.2 Rol del Estado de cara a la minera Yanacocha como actor no estatal	121
Conclusiones	123
Lista de abreviaturas	125
Lista de referencias	127

Lista de tablas

Tabla 1 Inversiones mineras en US\$ 2001-2016..... 52





Lista de figuras

Figura 1	Panorama de conflictos sociales y minería.....	53
Figura 2	Tendencia de los conflictos sociales (2006 – 2011).....	69
Figura 3	Conflictos sociales (2011-2015).....	70
Figura 4	Relación entre la tasa de crecimiento de la inversión.....	71
Figura 5	Perú: Número de casos de conflictos sociales registrados por mes (septiembre, 2018-septiembre, 2019).....	71
Figura 6	Perú: Número de casos de conflictos socioambientales activos relacionados a la actividad minera registrados por mes (septiembre, 2018-septiembre, 2019)	72
Figura 7	Indicador PTP de viabilidad de desarrollo (2015-2017)	73
Figura 8	Reparto de canon minero.....	76





Introducción

El Perú, es un país rico en recursos naturales, mineros e hidrocarburos. En el caso de los primeros se tiene que asegurar su sostenibilidad en el tiempo, respecto de los otros, se busca asegurar el máximo beneficio, sin descuidar el ambiente o a las personas que habitan lugares cercanos a las zonas de explotación. Es necesario precisar que las personas no son elementos extraños al ambiente, sino que se encuentran conformando parte de este; requiriendo que el mismo se encuentre equilibrado y adecuado para la vida humana debido a que no somos extraños al mismo; configurándose de esta manera el primer derecho que se estudiará en la presente investigación, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

Lamentablemente en el Perú, la pobreza golpea muchas zonas del interior del país, curiosamente como juego del destino, algunas de estas se encuentran cercanas a las zonas de explotación, pero, no siempre se ha visto que la zona beneficiada con los recursos mineros o los hidrocarburos se vea beneficiada de la explotación realizada, en ese sentido, se debe preguntar si el derecho para ejercer la actividad minera solo se encuentra limitado en el país por la autorización que debe brindar el Estado peruano, o si por el contrario la libertad de empresa en el sector minero encuentra otros límites, cómo el ya mencionado derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado.

En este orden de ideas, es coherente interrogarse sobre la existencia de un eventual conflicto de derechos. No obstante, la pregunta que refleja el problema central de esta investigación tiene otra orientación, pues se cuestiona sobre si el acuerdo de explotación que el Estado firma con la empresa minera, ¿solo debe discutirse entre ambas partes (Estado y empresa), o si, por el contrario, existe una tercera parte que no haya sido escuchada en la negociación de estos contratos?, resultando insuficiente esa negociación bilateral.

La respuesta resulta evidente, aunque poco aplicada por parte de las autoridades, la cual consiste en que debe escucharse a las comunidades directamente afectadas a la puesta en marcha del proyecto realizado por la empresa minera con aprobación del Estado, en consecuencia, se comprende que, en estos supuestos, la negociación no debe ser bilateral sino trilateral. Pero, estas comunidades usualmente constituyen el punto débil del diálogo tripartito que debería existir entre éstas, las empresas mineras y el Estado. En la mayoría de los casos, se trata de un diálogo que es solo aparente, y la decisión es tomada por el Estado, sin tener en consideración la posición de estas comunidades; a las cuales les queda solo recurrir a manifestaciones públicas para evitar la ejecución de los proyectos, que el Estado acuerda con la empresa minera. Por lo que es necesario preguntarse ¿Cómo pueden participar estas comunidades peruanas de modo efectivo al momento de aprobar un proyecto minero que afecte el lugar que habitan?

Es momento de precisar aún más el tema estudiado en la presente investigación, y con ello determinar de una manera efectiva cual es el problema investigado, y su respectivo objetivo de estudio. Por ello, se debe indicar que el supuesto de estudio es el caso Conga, en consecuencia, el análisis realizado será a partir de las comunidades campesinas que habitan la zona del proyecto. Por lo tanto, luego de haber reconocido que las negociaciones para la concesión minera deben tener un carácter tripartito, es necesario preguntarse ¿Cómo participan las comunidades campesinas, cercanas de la zona de explotación, en la negociación de la concesión minera, en el Perú?; en ese sentido, el objetivo general es la determinación de la forma de participación de la comunidades campesinas, del lugar, en la negociación de la concesión minera, para garantizar la igualdad de condiciones en la negociación de las comunidades campesinas en el Perú.

En concordancia, la primera respuesta posible es la ley de consulta previa, sin embargo, las autoridades peruanas, en su mayoría, la han considerado como una medida obstruccionista de la inversión en el país; mientras que las comunidades campesinas la observan como un mecanismo procedimental, insuficiente, que no les garantiza ser realmente escuchados. Una segunda respuesta es la vía del Tribunal Constitucional peruano, pero éste renunció en el caso Conga a analizar el fondo del asunto, negándole a los gobiernos locales y con ello a las comunidades campesinas el derecho a ser escuchadas.

En ese sentido, como tercera respuesta posible, debido a la insuficiencia de las dos primeras, se propondrá en esta tesis, devolverles a las comunidades campesinas la voz sobre este asunto, en razón a que son las principales afectadas por las inversiones mineras, y como en sede nacional no se les permite participar de modo efectivo en las negociaciones de las mismas, se propondrá que puedan participar en la comunidad internacional adquiriendo la calidad de actores no estatales, con legitimación activa para reclamar en sede internacional sus derechos participando en pie de igualdad en el diálogo tripartito sobre estas inversiones realizadas en su localidad. Logrando que el diálogo entre comunidades campesinas, empresas mineras y Estado sea realmente trilateral, con los tres actores en igual posición de fuerza y capacidad de decisión.

Es por ello, que a partir del caso Conga, se analizará el rol de las comunidades campesinas al momento de negociar los acuerdos mineros, buscando que puedan ostentar en sede internacional el rol de actor no estatal para que dialogue en igualdad con las empresas y el Estado. Debe señalarse que la presente investigación es de carácter jurídico, en la misma se analizarán conceptos constitucionales y ambientales; pero por el objetivo general que se ha planteado, propiamente se trata de una tesis de derecho internacional público.

Este documento se encuentra estructurado en cuatro capítulos, los mismos que se explicarán brevemente a continuación para que se puedan orientar al momento de la lectura de esta tesis. En el primero, titulado “Estudio del caso Conga”, se empieza indicando la localización geográfica del proyecto Conga dirigido por la empresa Yanacocha, y señalando el conflicto socioambiental producido por éste, materializado en las movilizaciones sociales realizadas por los pobladores de las comunidades campesinas aledañas debido a que indicaban que no había sido correctamente escuchados al momento de decidir el otorgamiento de dicha concesión minera. En el 2010, los detractores de este proyecto minero indicaban que elegir en este contexto era como elegir entre el agua o el oro, siendo el primero la vida y el segundo la muerte para el medioambiente de la zona y para la comunidad misma. Para finalizar este capítulo se analizará la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso Conga.

En el segundo capítulo denominado “Actividad minera y libertad de empresa”, se estudiará la naturaleza de la actividad minera y como se desarrolla el derecho de la libertad de empresa. En el primer apartado dedicado a la actividad minera, primero se desarrollará el transcurrir histórico legislativo de la misma. Asimismo, se señala que deberá preverse el impacto ambiental de la actividad minera, y se analizará el conflicto minero que surge en respuesta al impacto ambiental que producirá el ejercicio de esta actividad. Adicionalmente, debe señalarse que los conflictos no han disminuido, sino que por el contrario han aumentado, en consecuencia, puede concluirse que las poblaciones cercanas a las áreas de influencia de los proyectos mineros continúan sintiendo desconfianza producto de la desinformación sobre éstos, así que las técnicas empleadas por las autoridades para que la situación cambie no han sido las adecuadas, y no han dado los resultados esperados. Por su parte, en el apartado segundo de este capítulo, se empezará definiendo al empresario y a la empresa, para luego pasar a señalar la protección constitucional de la que se ve beneficiada esta libertad; finalmente se indicará el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la libertad de empresa.

En el tercer capítulo titulado “Comunidades campesinas y el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado” se analizará en un primer apartado a las comunidades campesinas, y en un segundo momento el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado. En ese sentido en el primer apartado se iniciará definiendo a las comunidades campesinas, seguido de la explicación de su tratamiento legal en el Perú, luego se analizará la consulta previa y su aplicación en nuestro país, finalmente se verá el tema de la imprescriptibilidad de tierras nativas y campesinas a la luz del Convenio N° 169 de la OIT. En el segundo apartado, se iniciará definiendo el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, para luego analizar su protección constitucional y el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la protección

del medioambiente. Finalmente, se estudiará el desarrollo jurisprudencial del supremo intérprete de nuestro texto constitucional respecto a la relación entre la libertad de empresa y el derecho a gozar de un medioambiente equilibrado y adecuado.

En el cuarto, y último capítulo, denominado “Propuesta de solución a los conflictos socioambientales”; como su nombre indica se realizará la propuesta personal que aporta esta investigación. Por ello, primero se analizarán los derechos constitucionales involucrados, planteando posibles soluciones en sede nacional, para luego pasar a estudiar a los actores no estatales que se encuentran presentes en el caso Conga, concluyendo de esta manera que las comunidades campesinas deben asumir un rol de actores no estatales para negociar en igualdad de fuerzas con la empresa minera y el Estado al momento de la negociación de la concesión minera. Finalmente, se señalará el rol del Estado frente a los actores no estatales, los cuales son la comunidad campesina y la empresa minera, se debe indicar que las negociaciones al respecto no deben realizarse de manera separada, sino que las tres partes deben encontrarse debidamente representadas al momento de negociar la concesión.

Esta investigación ha permitido llegar a valiosas conclusiones que serán presentadas luego de finalizar el desarrollo de los capítulos. Las mismas que pretenden colaborar con el entendimiento de las comunidades campesinas en el rol de actores no estatales para que puedan dar a conocer su voz, permitiéndoles que sean escuchadas en una negociación junto a las empresas del sector minero y el Estado, de manera previa a aprobar cualquier concesión. Favoreciendo, que los habitantes de estas comunidades se vean realmente beneficiados del ejercicio responsable de la actividad minera.

Capítulo 1

Estudio del caso Conga

1.1 Datos generales

El proyecto Conga se localiza a 73 km al noreste de la ciudad de Cajamarca y a 585 km de la ciudad de Lima, en los distritos de Sorochuco y Huasmín de la provincia de Celendín, distrito de Bambamarca en la provincia de Hualgayoc y en el distrito de la Encañada en la provincia de Cajamarca; el área de desarrollo del proyecto se encuentra en la región Jalca, a una altitud que varía desde los 3700 a 4262 m.s.n.m.¹. Se debe precisar que el titular de este proyecto es la minera Yanacocha S.R.L., la misma que fue legalmente constituida en 1992.

Luego de casi dos décadas de actividades de la minera, las autoridades, los representantes de las organizaciones de la sociedad civil y los comuneros de las provincias de Cajamarca, Celendín y Hualgayoc demandaron² que se declare la inviabilidad de este proyecto³, por los impactos ambientales negativos susceptibles de generarse en el ambiente, ante la presunta afectación a cuatro lagunas⁴, cabeceras de cinco cuencas hidrográficas⁵: de las quebradas Alto Chirimayo, Toromacho y Chugurmayo; y de los ríos Chailhuagón y Alto Jadibamba, a una altitud promedio de 4080 m.s.n.m.⁶.

¹ Cfr. KNIGHT PIÉSOLD CONSULTORES S.A. *Informe Final: Minera Yanacocha S.R.L. Proyecto Conga Estudio de Impacto Ambiental*. Febrero 2010. En: Web del Congreso de la República del Perú, https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8945402C7A86188B05257A39005AAFCF/%24FILE/ProyectoConga.pdf, visto el 01 de octubre de 2021.

² Los actores son: 1.Primarios: Gobierno Regional de Cajamarca, Frente de Defensa Ambiental de Cajamarca, Frente de Defensa de los Intereses de Cajamarca, asociación civil Plataforma Interinstitucional Celendina, empresa minera Yanacocha S.R.L., Municipalidad Distrital de Huasmín, Municipalidad Distrital de Sorochuco, Municipalidad Provincial de Celendín, Municipalidad Distrital de Bambamarca, Municipalidad Provincial de Cajamarca, Municipalidad Distrital de La Encañada, Ministerio de Energía y Minas, Ministerio del Ambiente, Presidencia de Consejo de Ministros, Central Única de Rondas Campesinas del Perú. 2.Secundarios: Gobernador de la Región Cajamarca, Autoridad Nacional del Agua, Presidente de la Cámara de Comercio de Cajamarca, Decano del Colegio de Abogados de Cajamarca, Universidad Nacional de Cajamarca, Ministerio del Interior, Ministerio de Inclusión y Desarrollo Social, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Vivienda y Saneamiento, Grupo de Formación e Intervención para el Desarrollo Sostenible. 3.Actores terciarios: los sacerdotes Miguel Cabrejos y Gastón Garatea, Defensoría del Pueblo. Cfr. GRUFIDIS, Grupo de Formación e Intervención para el Desarrollo Sostenible, Observatorio de Conflictos Cajamarca, <http://grufides.org/casos/caso-proyecto-minero-conga>; visto el 01 de junio de 2021.

³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Reporte de conflictos sociales N° 179*. Enero 2019. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/02/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-179-Enero-2019.pdf>, visto el 01 de octubre de 2021.

⁴ El entonces Gerente de Recursos Naturales del Gobierno Regional de Cajamarca, Sergio Sánchez Ibáñez indicó que la zona genera anualmente 292 millones de soles por año en el sector agrícola y surte de agua a cinco provincias de Cajamarca. En: SERVINDI, *Comunicación Intercultural para un mundo más humano y diverso*, <https://www.servindi.org/actualidad-noticias/24/01/2017/la-lucha-por-las-lagunas-de-alto-peru-llega-al-tribunal>; visto el 24 de febrero de 2020.

⁵ Cfr. DELGADO, G. *Ecología política del extractivismo en américa latina: casos de resistencia y justicia socioambiental*. Diciembre de 2013. <http://extractivismo.com/wp-content/uploads/2016/07/EcologiaPoliticaExtractivismoAL.pdf>, visto el 01 de octubre de 2021.

⁶ En: GRUFIDIS, Grupo de Formación e Intervención para el Desarrollo Sostenible, Observatorio de Conflictos Cajamarca, <http://grufides.org/casos/caso-proyecto-minero-conga>; visto el 01 de junio de 2021.

1.2 Problemas sociales y ambientales debido al proyecto Conga

La empresa Yanacocha es encargada de la mina de oro más grande de América Latina. Esta compañía inició sus operaciones en 1993, afirmando estar a la cabeza de la nueva minería respecto al cuidado del medio ambiente y su genuina preocupación por el desarrollo local⁷.

Las actividades de exploración del proyecto Conga en los depósitos de Chailhuagón y Perol iniciaron en 2004. Teniendo como base los resultados obtenidos del 2005 al 2007 es que se empezaron los estudios de línea base ambiental, pero se actualizaron recién a partir del 2008 para iniciar con el desarrollo de la ingeniería del proyecto, mientras se continuaba con actividades de perforación en el 2009; es oportuno indicar que en el 2008 se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd) del Proyecto de Exploración Conga, mediante la Resolución Directoral N° 243-2008-MEM/AAM. Posteriormente, en abril de 2009, mediante la Resolución Directoral N° 081-2009-MEM/AAM, se aprobó la Primera Modificación del EIASd del Proyecto de Exploración Conga y luego se presentó una segunda modificación⁸.

En marzo del 2010, con la finalidad de presentar el EIA de Conga, se realizó una audiencia pública en el caserío Chailhuagón; sin embargo, la población manifestó que la aprobación del EIA tenía irregularidades⁹ por lo que pidió su revisión. Además, se denunció que este proyecto afectaría a cuatro lagunas: Azul, Perol, Mala, Chica que abastecen al río Jadibamba. Por ello, Yanacocha señaló que para reemplazar las lagunas construiría cuatro reservorios que abarcarían tres veces más su capacidad, a favor del consumo humano y las actividades agrícolas; no obstante, empezó el conflicto porque la población no le creyó¹⁰.

Los detractores de la minería señalaban que esto era como “elegir entre el agua y el oro”; que para los pobladores de los distritos de Huasmín y Sorochuco, de la provincia de Celendín, y de Encañada, de la provincia de Cajamarca, tenía el mismo significado que escoger entre la vida o la muerte. Básicamente, los pobladores han rechazado el proyecto minero Conga,

⁷ Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?: conflicto y desarrollo en regiones mineras del Perú*. Instituto de Estudios Peruanos (IEP); Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Lima, 2011, p. 145.

⁸ Cfr. *Conga: cronología de un conflicto*. En: Noticias Ser.Pe, <https://web.archive.org/web/20180412102607/http://www.noticiasser.pe:80/14/12/2011/informe/conga-cronologia-de-un-conflicto>; visto el 01 de marzo de 2018.

⁹ Lo primero es el mecanismo de aprobación del EIA; éstos son realizados por consultoras contratadas y pagadas por las empresas interesadas, y presentados ante el Ministerio de Energía y Minas, encargado de aprobar los EIA; sin embargo, este ministerio se encarga de promover la inversión en minería, por lo que desempeñaría dos funciones incompatibles, debiendo ser una institución independiente quien se encargue de la aprobación del EIA para evitar que el sujeto controlado (MEM y las empresas), y el sujeto controlante (MEM) recaiga en un mismo órgano del Estado, por ello debería ser el Ministerio del Ambiente quien se encargue de la aprobación de los EIA, con el objetivo de no comprometer la independencia, objetividad y validez de éstos. Cfr. RUIZ, J. “Análisis de la sentencia en el caso Conga: lo que el Tribunal Constitucional no quiso ver”. *Revista Gaceta Constitucional*. Gaceta Jurídica. Tomo 53, mayo 2012, pp. 281-282.

¹⁰ Cfr. *Conga: cronología de un conflicto...* op. cit.

porque consideraban que era una amenaza para los recursos hídricos; por ello descartaron su ejecución, a pesar de que suponía una inversión de 4 mil 800 millones de dólares, que se consideraba en ese momento como una de las más grandes en la historia del país¹¹.

El entonces presidente Humala expresó que: “El proyecto Conga es un proyecto importante para el Perú, porque le va a permitir realizar la gran transformación. Rechazamos posiciones extremas. Nosotros planteamos una posición sensata: el agua y el oro”¹². Mientras Olmedo Auris, era dirigente de la Confederación General de Trabajadores del Perú, señaló que el proyecto Conga de Yanacocha “rompe el equilibrio ecológico”¹³. En consecuencia, Salomón Lerner, el entonces presidente del Consejo de Ministros, invitó a los alcaldes provinciales y distritales de la región Cajamarca a un diálogo para construir consensos, en torno a la propuesta de un Plan de Desarrollo Regional y el proyecto minero Conga¹⁴.

Por la expansión, el Proyecto Conga, según su EIA, constaría de 2 tajos abiertos, uno de los cuales se cuestionaba debido a que estaría ubicado sobre la laguna el Perol. Además se removería 92,000 toneladas de roca al día por diecisiete (17) años, depositando desmontes sobre la laguna Azul¹⁵; por esa razón, el titular de este proyecto se ha visto afectado por una serie de conflictos, donde la causa principal es la oposición de las comunidades campesinas y los habitantes de Cajamarca a la ejecución del proyecto, debido al convencimiento de que la operación pondría en riesgo los acuíferos que abastecen de agua a la región¹⁶, que impediría el desarrollo de la agricultura, principal actividad económica de Cajamarca¹⁷, esto debe tenerse como un aspecto relevante.

¹¹ Cfr. HIDALGO, M. *Proyecto Conga busca reubicar lagunas de Cajamarca: Entre el oro y el agua*. En: Diario La República, <http://larepublica.pe/politica/587814-proyecto-conga-busca-reubicar-lagunas-de-cajamarca-entre-el-oro-y-el-agua>; visto el 24 de febrero de 2020.

¹² En el discurso brindado por el expresidente peruano Ollanta Humala del 23 de junio del 2012. En: Diario La República, <http://larepublica.pe/politica/590515-ollanta-humala-sobre-conga-queremos-el-agua-y-el-oro>; visto el 24 de febrero de 2020.

¹³ *Olmedo Auris afirma que proyecto Conga “rompe el equilibrio ecológico”*. En: RPP, Radio Programa del Perú, <http://rpp.pe/politica/actualidad/olmedo-auris-afirma-que-proyecto-conga-rompe-el-equilibrio-ecologico-noticia-423317>; visto el 24 de febrero de 2020.

¹⁴ Cfr. *Salomón Lerner pide que el diálogo prime en Cajamarca*. En: Diario La República, <http://larepublica.pe/politica/591591-salomon-lerner-pide-que-el-dialogo-prime-en-cajamarca>; visto el 24 de febrero de 2020.

¹⁵ Cfr. VERÁSTEGUI, R. *Proceso de Construcción de la Nación y Democracia en el Perú: Los Casos de Bagua y Conga*. Salamanca, 2016. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/131982/DDPG_VerasteguiLedesmaR_Construccionnacion.pdf;jsessionid=8B2BFA562E37F8634D811AC27FD6005B?sequence=1, visto el 01 de octubre de 2021.

¹⁶ En el 2015, se determinó que, en Cajamarca, el sector agricultura era quien consumía más agua, aproximadamente 87% del consumo total; mientras que en segundo lugar se ubica el consumo de la población con casi 9%; dejando en tercer puesto a la minería con 4%. Cfr. MINISTERIO DE AGRICULTURA, AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA, SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS. *Compendio nacional de estadísticas de recursos hídricos 2015*. 1era ed. Lima, 2016, p. 82.

¹⁷ En: GRUFIDIS, Grupo de Formación e Intervención para el Desarrollo Sostenible, Observatorio de Conflictos Cajamarca, <http://grufides.org/casos/caso-proyecto-minero-conga>; visto el 01 de junio de 2021.

En el 2012¹⁸, a raíz de estos conflictos, el gobierno regional manifestó una voluntad política de apoyar la ejecución del proyecto minero, en tanto se realice una estricta Evaluación de Impacto Ambiental y se despliegan además todos los esfuerzos necesarios para que las relaciones entre la empresa Yanacocha y las comunidades que se encuentran en la zona de influencia del proyecto se restablezcan. Sin embargo, entre las noticias más relevantes que se tuvieron en esos años fue que el presidente regional de Cajamarca, en ese momento, Gregorio Santos¹⁹ junto al entonces vicepresidente regional, César Aliaga, encabezaron la marcha de protesta como parte del inicio del paro indefinido contra el desarrollo del Proyecto Minero Conga. Los líderes del Pacto de Unidad de Organizaciones indígenas representativas de alcance nacional acordaron respaldar y apoyar el paro indefinido de esta región. Gilberto Fernández, el presidente del Consejo Regional para el Desarrollo de Cajamarca, de esa época, manifestó que: “Entre peruanos no puede haber confrontaciones, la población y las autoridades de Cajamarca debemos tener como único horizonte el desarrollo de nuestra región y alentar las inversiones”²⁰.

Es decir, el gobierno daba a entender que existía mucha desinformación respecto al marco legal que se aplica a la minería, y del aporte que brinda en el desarrollo de la región. Por ello, el ministro de Energía y Minas de ese entonces, Jorge Merino, señalaba: “que la oposición a la inversión está llevando a Cajamarca a ser más pobre. Lo que queremos para los cajamarquinos es mayor desarrollo, y la única forma de conseguirlo es mediante la inversión, porque sin inversión no se generan los recursos para combatir a la pobreza”²¹. Además, pedía a la población que reflexione sobre cuál es el rol que desempeñan aquellos que no quieren el desarrollo; y qué alternativas han ofrecido hasta el momento, haciendo alusión indirectamente al entonces presidente regional de Cajamarca. Ante estas declaraciones, la Defensoría del Pueblo se pronunció demandando el diálogo; así, pidió canalizar las tensiones que subsisten en

¹⁸ En ese mismo momento, otro problema surgía, el enfrentamiento entre los pobladores de Cuzco y la minera Xstrata Tintaya. El jefe de Gabinete, Óscar Valdés, expresó: “Tenemos que voltear la página, curar nuestras heridas y sentarnos a conversar, pero dejando de lado las ideologías extremas”. Cfr. Declaración publicada en el Diario Oficial El Peruano. Lima, 02 de junio de 2012, p. 3. El jefe de Gabinete señalaba que eran un gobierno de diálogo, donde se deben cumplir las leyes. Agregó también que la nueva minería en el país contempla el trabajo de calidad, el desarrollo socioeconómico, las inversiones y la protección al medioambiente; ello con la finalidad de exhortar a la población a mantener el diálogo, y resolver el enfrentamiento entre éstos y la minera Xstrata Tintaya, con el propósito de sacar de la situación de pobreza a miles de peruanos que son los únicos perjudicados con las diferencias políticas. Cfr. Diario Oficial El Peruano. Lima, 02 de junio de 2012, p. 3.

¹⁹ Gregorio Santos fue presidente regional de Cajamarca del 2011 al 2014. En julio del 2014 le dictaron prisión preventiva por los delitos de cohecho pasivo, asociación ilícita, colusión en agravio del Estado, debido al otorgamiento de millonarias concesiones. No obstante, en octubre de 2014, fue reelegido como presidente regional de Cajamarca para el período 2015-2018, pero provisionalmente asumió el cargo Medina Vásquez, porque él no podía asumirlo. A finales del 2015 el partido político Democracia Directa lo eligió, como su candidato presidencial para el proceso electoral del 2016, ubicándose en el sexto lugar.

²⁰ Diario Oficial El Peruano. Lima, 01 de junio de 2012, p. 3. (En sección: Política).

²¹ *Ibidem*.

torno al Proyecto Minero Conga, en el marco de la legalidad, a través del diálogo democrático y de buena fe; agregando que la violencia es incompatible con el respeto, la protección de los derechos fundamentales, y con el objetivo de fortalecer el sistema democrático²².

La empresa Yanacocha se pronunció respecto a la viabilidad del Proyecto Conga condicionado al cumplimiento de exigencias sociales y medioambientales en Cajamarca, y en un comunicado a la opinión pública, la Gerencia de Comunicaciones de la empresa se comprometió a evaluar alternativas técnicas y económicas, así como mecanismos de compensación hidrológicos y ambientales. Asimismo, resaltó que el peritaje internacional²³ del 2012 habría convalidado el EIA presentado por la Consultora *Knight Piesold* que se realizó en el año 2010, pero, admitió que todo estudio puede ser mejorado de acuerdo con los requerimientos del Estado y la población cajamarquina.

Sin embargo, el Informe N° 001-2011 emitido por el Ministerio del Ambiente, indica que el impacto ambiental del Proyecto será sobre ecosistemas que se interrelacionan entre sí, y con la parte baja de la cabecera de cuenca²⁴, estos ecosistemas son reconocidos como frágiles legalmente en la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611²⁵. Asimismo, el citado el Informe N° 001-2011 precisaba que: “si tomamos en cuenta el enfoque ecosistémico, no se puede comparar una laguna, que es un ecosistema completo, con un reservorio o presa, que es un cuerpo artificial con solo algunas características de un ecosistema y que a largo plazo puede tener otras funciones y servicios. Es importante reconocer que el Proyecto contempla la desaparición de 4 lagunas, lo cual implica un impacto irreversible que se intenta compensar en parte con las 4 represas”²⁶. En consecuencia, este informe realiza dos observaciones que son fundamentales: el proyecto Conga afectará ecosistemas frágiles y que dicha afectación será muy significativa e irreversible²⁷.

²² Cfr. *Ibíd.*

²³ “Es necesario tener en cuenta que el peritaje internacional solicitado por el Estado peruano concluyó: i) optimizar las condiciones de conservación de los suelos orgánicos, para preservar mejor las semillas; ii) conservar adecuadamente los materiales procedentes de los bofedales; iii) evaluar la reubicación de los desmontes del tajo Perol; iv) mejorar la disponibilidad del agua; v) encapsular los rechazos de la planta de aguas ácidas; vi) emplear técnicas de tratamiento y refinado de aguas ácidas; vii) ampliar la capacidad de los reservorios de agua”. RUIZ, J. “Análisis de la sentencia en el caso Conga...”, op. cit., p. 273.

²⁴ Cfr. Informe N° 001-2011, del 21 de noviembre de 2011, dirigido al Despacho Ministerial del Ministerio del Ambiente, cuya referencia es Comentarios al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto CONGA aprobado en octubre de 2010.

²⁵ MINISTERIO DEL AMBIENTE. *Compendio de la legislación ambiental peruana*. Volumen I Marco normativo general. Enero, 2011. https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/10/compendio_01_-_marco_normativo_general_2.pdf, visto el 01 de octubre de 2021.

²⁶ Cfr. Informe N° 001-2011, del 21 de noviembre de 2011, dirigido al Despacho Ministerial del Ministerio del Ambiente, cuya referencia es Comentarios al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto CONGA aprobado en octubre de 2010.

²⁷ Resulta necesario señalar que con la ejecución del Proyecto desaparecerán cuatro lagunas que son cabecera de cinco cuencas hidrográficas. Cfr. RUIZ, J. “Análisis de la sentencia en el caso Conga...”, op. cit., pp. 273-274.

No obstante, la existencia del Informe del Ministerio del Ambiente N° 001-2011 de fecha 21 de noviembre de 2011 fue negada en términos oficiales por el Ministro del Ambiente de aquella época y su antecesor²⁸, lo que implicaría que no se pueda reconocer la validez y contenido de dicho documento²⁹; sin embargo, no se puede dejar de mencionar que tanto el Informe N° 001-2011, como el peritaje internacional son estudios técnicos; por lo tanto, deben ser objetivos al basarse en ciencias exactas, por eso resulta contradictorio que uno afirme tajantemente el daño irreversible a un ecosistema definido, y otro realice recomendaciones, evaluaciones y exhortaciones de mejoramiento³⁰.

En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, se debe tener como referencia la economía social de mercado y del desarrollo sostenible que se ha implementado en el país, para comprender que la responsabilidad social³¹ constituye una conducta exigible a todas las empresas, especialmente a aquellas que realizan actividades extractivas³². Sin embargo, “la

“En efecto, la empresa Yanacocha sostiene que 1.4 millones de metros cúbicos de agua se tomarán de las lagunas: Mala, Chica, Azul y El Perol, pero que será compensada con la construcción de reservorios con 3.2 millones de metros cúbicos de capacidad”. MARTÍNEZ, S. “El derecho al medio ambiente y a la consulta previa: la solución al problema de fondo en el caso Conga. A propósito de la STC Exp. N° 0001-2012-PI/TC”. *Revista Gaceta Constitucional*. Gaceta Jurídica. Tomo 53, mayo 2012, p. 288.

²⁸ Sin embargo, fue el Ministerio del Ambiente, el que remitió una carta de fecha 27 de febrero de 2012, a los miembros del peritaje internacional, transfiriendo un documento de fecha 21 de noviembre de 2011, el cual se había titulado: “Comentarios al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Conga aprobado en octubre de 2010”, no se ha podido acceder a este documento y así verificar si es el mismo referido en el Informe N° 001-2011. Cfr. MARTÍNEZ, S. “El derecho al medio ambiente y a la consulta previa...”, op. cit., p. 292.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cfr. NOVOA, B. “El caso Conga, a propósito de la STC. Cabeza fría y propuestas de solución”. *Revista Gaceta Constitucional*. Gaceta Jurídica. Tomo 55, julio 2012, p. 76.

³¹ En el 2009, las 10 primeras posiciones según el ranking de financiamiento-MEM, la obtuvieron empresas del Régimen General, gracias a sus mayores recursos para emprender actividades sociales. La Minera Yanacocha fue el titular que mayor financiamiento realizó, con S/. 40,7 millones, representando el 20% del total. Surge la inquietud de determinar porque si todo está “tan bien” los conflictos siguen incrementando; al parecer en la práctica no toda la población goza de dichos beneficios, o están en la búsqueda de una mejor distribución de los recursos. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana: Contribución al desarrollo económico y social*. IIMP. Lima. 2011, p. 81.

³² Además de la contraprestación obligatoria existe un Programa Minero de Solidaridad con el Pueblo (PMSP), denominado Aporte Minero Voluntario; que consiste en un compromiso de contribución económica voluntaria, extraordinaria y temporal, celebrado entre empresas mineras y el Estado, representado por el MEM y el MEF. El objetivo de este programa es promover el bienestar y desarrollo social, además de contribuir a la mejora de las condiciones de vida de las poblaciones de la zona mineras; por medio de ejecución de obras, proyectos o programas, en este orden de prioridad: nutrición y alimentación de menores y madres gestantes; educación primaria y programas de apoyo educativo y de capacitación técnica; salud; desarrollo y fortalecimiento de capacidades de gestión pública; promoción de cadenas productivas y/o proyectos de desarrollo sostenible; infraestructura básica; obras de impacto local o regional con uso intensivo de mano de obra local, financiadas por los fondos constituidos por las empresas mineras a nivel regional y local. Es necesario acotar que entre los titulares mineros aportantes al PMSP la Minera Yanacocha S.R.L. fue la tercera con mayores depósitos en 2009. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., pp. 121 y 126. Este instrumento es una medida alternativa al pago de regalías y al impuesto a sobreganancias; Alan García, el presidente en 2006 hizo público el PMSP, para que las compañías mineras se comprometían a invertir en proyectos de desarrollo social en las zonas de influencia de sus operaciones, y las mismas empresas serían responsables de la gestión de esos recursos, siguiendo unas reglas mínimas acordadas por el Estado, no obstante, dicho acuerdo incrementó el descontento popular porque ponía de manifiesto una clara subordinación del gobierno a los intereses mineros. Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, op. cit., pp. 46 y 47.

protección ambiental no es ni debe presentarse como antónimo del legítimo derecho de los pueblos a su desarrollo social y económico, sino que está pensada para posibilitar justamente dicho progreso en términos de calidad. Cualquier otra visión, hablando en términos jurídicos, no cabe en los actuales arquetipos del derecho ambiental internacional”³³.

Desde esta perspectiva, Andaluz señala que las cláusulas de protección del ambiente y los recursos naturales³⁴, establecen el marco de actuación y la responsabilidad de los actores económicos en la preservación de los recursos y medios indispensables para nuestra subsistencia como especie. Por ende, la actividad de las empresas mineras, al estar vinculadas a la explotación de recursos naturales, comparten una responsabilidad de primer orden en la implementación de políticas públicas orientadas a la preservación del ambiente, debido a los riesgos que supone su actuación en el ámbito de la exploración y la explotación minera misma³⁵.

Pero es relevante también tener en cuenta, que la libertad de empresa no posee un contenido absoluto, de forma que el interés general condiciona el ejercicio de la iniciativa económica privada. La libertad de empresa tiene ciertos límites que modelan su contenido, entre ellos, la protección del medio ambiente, por esa razón es necesario examinar con atención la razonabilidad y proporcionalidad de las normas que establezcan límites al ejercicio de la libertad de empresa. Motivo por el cual, sería conveniente concretar en cada caso cuáles son los fines ambientales inmediatos que se persiguen al limitar la libertad de empresa, pues no se puede pretender no exigir ningún límite y permitir de ese modo que este derecho colisione con otros al expandirse ilimitadamente, o ser muy extremistas y simplemente limitar tal derecho.

En Cajamarca, si bien las comunidades y, en general, la población cajamarquina alzó su voz de protesta para que se declare inviable la ejecución del proyecto Conga, sustentando su pedido en supuestas inconsistencias técnicos-legales del EIA presentado por el Proyecto y aprobado en octubre de 2010 mediante la Resolución Directoral N° 351-2010-MEM, debido a que no se logró un consenso con la población, el caso pasó a manos del Tribunal Constitucional para determinar si procede o no la viabilidad del Proyecto; además del pedido de un nuevo EIA.

³³ JUNCEDA, J. *Derecho ambiental en el Amazonas Un reto para Sudamérica*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2010, p. 57.

³⁴ Las mismas que se encuentran en nuestra Constitución, en el art. 66 (“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son Patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”), art. 67 (“El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”), art. 68 (“El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”) y art. 69 (“El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada”).

³⁵ ANDALUZ, C. *Manual de Derecho Ambiental*. IUSTITIA. Lima, 2011, p. 26.

Es oportuno conocer qué es lo que dicen las comunidades que se encuentran en las zonas de influencia; pero más importante aún es tener como principal instrumento el diálogo, el cual debe ser franco, directo y transparente donde no se piense en la ganancia (intereses económicos y políticos) sino en el derecho de esas comunidades a ser realmente escuchadas y tomadas en cuenta, a ser consultados, a su salud y a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado. Definitivamente, el diálogo acerca posiciones y permite un tratamiento de colaboración de los problemas. En conclusión, la preservación del medioambiente y la relación con las comunidades campesinas que habitan en el área de influencia serán siempre temas sensibles, pero respetando los límites impuestos, el ejercicio de la iniciativa empresarial podrá ser compatible con el medio ambiente y siempre bajo una política minera responsable en el que de manera preventiva se realice el EIA y un plan de manejo social y ambiental.

Por último, resulta menester precisar que las medidas de fuerza solo generan tensión y situaciones de riesgo y distanciamiento entre los distintos actores; en consecuencia, será necesario adoptar soluciones de manera armónica donde se impongan la razón sobre la fuerza, y donde se priorice el bien de la comunidad en concordancia con el medio ambiente, y no solo intereses o posturas ideológicas o de origen económico.

1.3 Sentencias del Tribunal Constitucional a raíz del caso Conga

El Fiscal de la Nación interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional de Cajamarca N° 036-2011-GR.CAJ-CR, publicada el 28 de diciembre del 2011 en el diario oficial El Peruano, que declara inviable la ejecución del proyecto minero Conga³⁶. Entre los argumentos presentados en la demanda por el fiscal, cuestionaba que el gobierno regional de Cajamarca al emitir dicha ordenanza se había extralimitado en sus funciones invadiendo competencias propias del gobierno nacional, indicando que actuó fuera del ámbito de sus competencias. Cuestionando específicamente: a) la declaración del interés público regional respecto a la protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la región Cajamarca; b) la declaración de la inviabilidad del Proyecto Conga; c) el encargo dado al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca para que canalice ante el Congreso de la República, los procesos investigatorios sobre el Estudios de Impacto Ambiental (EIA)³⁷ que aprobó dicho proyecto; y d) que se deje sin efecto cualquier norma que se oponga a tal Ordenanza Regional³⁸.

³⁶ MI MINA CORRUPTA. *MINEM: oficializan inconstitucionalidad de ordenanza regional sobre proyecto conga*. Abril del 2012, <http://aguamina.blogspot.com/2012/04/minem-oficializan-inconstitucionalidad.html>, visto el 01 de octubre de 2021.

³⁷ La Resolución Directoral N° 351-2010-MEM/AAM, del 27 de octubre de 2010, fue la que aprobó el EIA.

³⁸ Cfr. EXP. N° 0001-2012-PI/TC, del 17 de abril de 2012, F.J. 1-3.

En la contestación de la demanda el gobierno regional de Cajamarca indicó que si bien el artículo 203 inciso 2 de la Constitución le otorga al Fiscal de la Nación la atribución de interponer demandas de inconstitucionalidad, solamente podrá hacerlo para cuestionar aspectos que afecten al ámbito de su competencia; afirmando que según el artículo 159 de la Constitución³⁹, el Fiscal de la Nación carece de atribuciones necesarias para interponer dicha demanda porque no está cuestionando aspectos relativos al ámbito de su competencia. Además, precisó que en los artículos de la Constitución que se hace referencia al gobierno, no se determinan las atribuciones propias, porque únicamente se refiere a competencias genéricas, resultando “casi imposible contrastar un ejercicio de atribuciones de órganos constitucionales distintos con las atribuciones del Legislativo y el Ejecutivo”⁴⁰.

En este sentido, debe señalarse que después de que la Ley N° 28607 introdujera la reforma constitucional, se determinaron las competencias de los gobiernos regionales y locales; estimando que en lo que se refiere a la minería, compete al gobierno regional otorgar licencias y autorizaciones respectivas. Asimismo, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR) les reconoce específicas atribuciones en materia ambiental⁴¹; en concordancia, debe afirmarse que el artículo 66 de la Constitución peruana requiere reglamentación, porque si bien el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, está conformado por varios niveles de gobierno. No obstante, debe tenerse en cuenta el respeto que merecen las propiedades de las comunidades indígenas, así como la protección de sus derechos en general.

El 17 de abril del 2012 el Tribunal Constitucional emitió la sentencia respectiva, recaída en el expediente 0001-2012-PI/TC, respecto a la cuestión previa sobre la falta de competencia del Fiscal de la Nación para interponer la demanda de inconstitucionalidad, resolvió que la resolución del 16 de enero del 2012, que admitió a trámite la demanda, pudo ser cuestionada por el Gobierno Regional⁴² mediante el recurso de reposición; según lo previsto en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional⁴³; sin embargo, como solo en la contestación de la

³⁹ Artículo 159 de la CP: “Corresponde al Ministerio Público: 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. 2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. 3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad. 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. 6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. 7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación”.

⁴⁰ Cfr. EXP. N° 0001-2012-PI/TC, del 17 de abril de 2012, F.J. 1-3.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Esta resolución le fue notificada el 01 de febrero del 2012 al Gobierno Regional de Cajamarca; y dentro del plazo de tres días pudo ser cuestionada.

⁴³ Artículo 121 del Código Procesal Constitucional: “contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, solo procede (...) el recurso de reposición ante el propio Tribunal. El recurso puede interponerse en el plazo de tres

demanda de fecha 13 de marzo se cuestiona la competencia del Fiscal de la Nación, y habiendo transcurrido el tiempo para interponer dicho recurso, se debe tener por consentida la admisibilidad de la demanda. No obstante, el TC hace una observación e indica que dicha norma constitucional no dispone limitación alguna a la legitimidad del Fiscal de la Nación⁴⁴.

Acerca de la Ordenanza Regional analizada por el TC, éste señaló que se podían distinguir dos tipos de argumentos: aquellos dirigidos a sustentar la conservación e intangibilidad de la protección de cabeceras de cuencas, como de interés público regional; y los que se dirigían a sustentar la inviabilidad de la ejecución del proyecto Conga al cuestionar su EIA aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales (DGAA) del Ministerio de Energía y Minas (MEM). En este sentido el TC precisa que el proceso de inconstitucionalidad es en esencia un conflicto de competencias⁴⁵. Entonces, delimita los ámbitos competenciales en conflicto, indicando que los efectos normativos de la Ordenanza en mención se despliegan dentro del ámbito regulatorio de las actividades mineras, respecto al impacto ambiental que dichas empresas podrían tener en determinada área (cabeceras de cuenca); por eso estimó necesario considerar cómo la Constitución ha repartido las competencias normativas entre los gobiernos regionales y el nacional, en el ámbito del sector minero. Con esa finalidad, resalta que si bien el Estado peruano es unitario⁴⁶, también es descentralizado, por eso los gobiernos regionales tienen competencias normativas autónomas; acotando que en el artículo 13 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD) se explica que existen competencias exclusivas y compartidas de los gobiernos regionales.

Desde esta perspectiva el TC aplica el test de competencia señalando que el Gobierno Regional de Cajamarca no posee competencia normativa para intervenir en la ejecución de los proyectos de gran minería⁴⁷, como es el proyecto Conga; según lo dispuesto por el artículo 36 numeral c) de la LBD; y el artículo 10 inciso 2 literal c) de la LOGR, que menciona como competencias compartidas entre el gobierno regional y nacional, la promoción, gestión y regulación de la minería y medio ambiente. Resaltando que estas disposiciones se deben complementar con lo señalado en el artículo 59 de la LOGR, donde se establece que son funciones específicas de los Gobiernos Regionales, en materia de energía y minas e

días a contar desde su notificación. Se resuelve en los dos días siguientes. Lo anterior no afecta el derecho a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

⁴⁴ Cfr. EXP. N° 0001-2012 PI/TC, del 17 de abril de 2012, F.J. 1-3.

⁴⁵ Cfr. *Ibíd.*, F.J., 7 y 8.

⁴⁶ Artículo 43 de la CP: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

⁴⁷ Titulares mineros que tienen una capacidad instalada de producción y/o beneficio mayor a 5000 TM al día. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 14.

hidrocarburos: a) “Formular, aprobar, ejecutar, evaluar fiscalizar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de energía, minas e hidrocarburos de la región, en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales. (...); y f) Otorgar concesiones para *pequeña minería* y *minería artesanal* de alcance regional”. Por ese motivo el TC consideró que el Gobierno Regional de Cajamarca se excedió en sus funciones y contravino la repartición de competencia establecida por la Constitución. Incluso el TC hace referencia al artículo 5 y 6 del Decreto Ley N° 25962, Ley Orgánica del Sector de Energía (LOSE), que determina que corresponde al MEM formular las políticas de alcance nacional en materia de minería, como otorgar concesiones⁴⁸ y celebrar contratos en nombre del Estado.

El TC también mencionó que en la contestación de la demanda se señala que la Ordenanza Regional cuestionada pretendía regular la protección de las cabeceras de cuenca, que implicaba además la protección de un ambiente equilibrado y adecuado; pero en la práctica dicha ordenanza generaba además la invalidación del EIA aprobado por la Dirección de Asuntos Ambientales; generando que se declare inviable la ejecución del citado proyecto. Ante esto, el Supremo Intérprete precisa que según el artículo 4 de la Ley de Recursos Hídricos (LRH)⁴⁹, el organismo encargado de determinar la intangibilidad de una zona de cabecera de cuenca es la Autoridad Nacional del Agua (ANA); por ende, el Gobierno Regional de Cajamarca no tenía la competencia para realizarlo.

Respecto a la afirmación del Gobierno Regional de Cajamarca acerca de que el Proyecto Conga vulneraría lo previsto en el Decreto Supremo N° 020-2008-EM⁵⁰, que prohíbe que la actividad de exploración pueda atravesar bofedales o humedales⁵¹ con caminos de acceso o

⁴⁸ La concesión minera es el derecho que otorga el Estado para la realización de la actividad minera en las etapas de exploración y producción en un área determinada. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 13. Es preciso indicar que el régimen de concesiones es de derecho público, a pesar de que los contratos mineros, sus alcances y funcionamiento, esté dominado por el derecho privado; según la libertad contractual prevista en el artículo 66 de la CP. (“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”) Y el artículo 1354 del Código Civil (Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo).

⁴⁹ Es necesario indicar que el artículo 75 de la LRH reconoce la especial importancia de las cabeceras de cuenca; pero, además, determina de manera taxativa cuáles son las entidades involucradas en declarar qué cabeceras de cuenca son intangibles: “(...) La Autoridad Nacional, con opinión del Ministerio del Ambiente, puede declarar zonas intangibles en las que no se otorga ningún derecho para uso, disposición o vertimiento de agua”.

⁵⁰ Por el que se aprueba el Reglamento Ambiental para las actividades de Exploración Minera (RAAEM).

⁵¹ Se debe tener en cuenta el Convenio Ramsar de Humedales de Importancia Internacional especialmente de Aves Acuáticas de 1971, que rige desde 1976; sin embargo, en Perú entró en vigor el 30 de marzo de 1992. La misión de este convenio es la conservación y el uso racional de los humedales mediante acciones locales, regionales y nacionales, y gracias a la cooperación internacional, como contribución al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo. Cfr. SORIANO, J. & BRUFAO, P. *Claves de Derecho Ambiental*. Vol. I. Primera Edición. IUSTEL. Madrid, 2010, p. 126. En este sentido, resulta necesario determinar la definición de humedales, el Convenio mencionado, en su artículo 1 inciso 1 brinda un concepto muy amplio debido a la

mediante la colocación de materiales residuales o de cualquier otra materia o sustancia sobre ellos. Asimismo, debe tenerse en cuenta la afirmación del Gobierno Regional de Cajamarca acerca de que, “no existe reglamentación asertiva y directa respecto al órgano competente de la protección, conservación e intangibilidad de cabeceras de cuenca ecosistemas frágiles, ya que las normas hacen referencia al Estado en general (...) quedando habilitado el Gobierno Regional de Cajamarca a normar estos supuestos de hecho (...)”⁵². Respecto a ello, el TC manifestó que el Gobierno Regional no ha tenido en consideración lo dispuesto por el artículo 3 del Reglamento Ambiental para las actividades de Exploración Minera (RAAEM), que establece al MEM como la entidad competente para evaluar, aprobar o desaprobar los EIA para el desarrollo de las actividades de exploración de la gran y mediana minería, por medio de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM). Por lo tanto, el Gobierno Regional de Cajamarca no tendría tal competencia. Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 0001-2012 PI/TC resolvió declarar fundada la demanda de inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional de Cajamarca N° 036-2011-GR.CAJ-CR.

Después de emitida dicha sentencia muchos expresaron su desacuerdo, así en el ámbito académico, Novoa indicó que el TC resolvió basándose en la teoría de la legalidad, porque no hizo más que citar diversas leyes, reglamentos y decretos para solucionar el conflicto, por eso indicó que aunque existía un conflicto de competencias de relieve que debía ser resuelto, también se esperaba que el Supremo Intérprete de la Constitución se pronuncie sobre el fondo del asunto, para sentar un precedente, donde el punto de referencia que lo guíe sea la Constitución; sin embargo, en esta sentencia las normas infraconstitucionales le son bastante útiles; pues esta salida formal, centrándose únicamente en la dimensión objetiva del proceso de inconstitucionalidad, le permitió evadir el análisis de la legalidad o constitucionalidad de actos

variedad de ecosistemas, siempre dinámicos y variados a nivel mundial, de forma que se entiende por humedales: “las extensiones de marismas, pantanos y turberas o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros”. Este concepto engloba un sinfín de sistemas naturales cuya afinidad es la presencia de masas de agua; sin embargo, su delimitación se podrá extender a los márgenes de río y de costas adyacentes, incluso a islas o a conjuntos de agua marina de una profundidad superior a seis metros a marea baja rodeadas por el humedal, sobre todo cuando estas zonas tengan importancia para el hábitat de las aves acuáticas. Cfr. DELGADO, F. *Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales*. Editorial Tecnos. Madrid, 1992, p. 43. La actividad planificadora sobre los humedales se sustenta en tres pilares fundamentales: el uso racional de los humedales, la designación y manejo de sitios Ramsar, y la cooperación internacional. No obstante, la tarea pendiente con este instrumento internacional es la dación de cuentas, previa inspección y valoración; porque sin un régimen jurídico de observaciones, calificaciones e incentivos, el régimen de protección resulta insuficiente, de forma que se debe acudir siempre a un recurso jurídico interno, en aplicación de esta legislación internacional, con todas las complicaciones que ello supone. Cfr. SORIANO, J. & BRUFAO, P. *Claves de Derecho Ambiental...*, op. cit., pp. 127–129.

⁵² EXP. N° 0001-2012 PI/TC, del 17 de abril de 2012, F.J. 40.

administrativos como el referido EIA, o analizar el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado respecto a las comunidades campesinas⁵³.

Al respecto, Sar precisó que, si bien se trataba de un conflicto competencial, se tramitó como un proceso de inconstitucionalidad, debido a lo previsto en el artículo 110 del Código Procesal Constitucional (CPC), porque el conflicto versa sobre una atribución expresada en una norma con rango de ley; por esa razón el proceso de inconstitucionalidad es la vía adecuada. Además, menciona que al tener como referencia el artículo 75 del CPC donde se establece que la inconstitucionalidad puede ser directa o indirecta, total o parcial, por la forma o por el fondo; se puede determinar que la Ordenanza Regional de Cajamarca N° 036, constituye una inconstitucionalidad indirecta⁵⁴, total⁵⁵ y por la forma.

Sin embargo, la aplicación del test de competencias⁵⁶ ha sido una estrategia argumentativa poco convincente, donde el TC no ha respetado los pasos que él mismo propuso; lo que configura una gran deficiencia porque al mencionar un “test” se hace referencia a un mecanismo racional que permite decidir una controversia, brindando niveles secuenciales de análisis y parámetros concretos de decisión. No obstante, menciona que de los cuatro principios que constituyen este test, tres de ellos –principio de unidad; principio de efecto útil y poderes implícitos; y principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencias de recursos– podrían mantenerse invariables cualquiera sea la disputa, porque siempre se parte de un modelo de Estado unitario-descentralizado, diseñado por la Constitución; por ello, los principios antes mencionados aportan poco, limitándose el test al principio de competencia, que analiza la distribución de competencias y el bloque de constitucionalidad.

También, precisa que el TC solamente señaló los principios, pero no realizó el análisis debido; sino que se limitó a concluir que la competencia en el ámbito de la minería resulta

⁵³ Cfr. NOVOA, B. “El caso Conga, a propósito de la STC...”, op. cit., pp. 78 y 79.

⁵⁴ Para juzgar la conformidad de una disposición con el parámetro de control resulta indispensable tomar en cuenta normas del rango de la controlada, resaltando que al excederse en las competencias previstas en la ley se vulnera la Constitución. Cfr. SAR, O. “La inconstitucionalidad de la ordenanza de Cajamarca sobre Conga y el test de competencia desarrollado por el Tribunal Constitucional”. *Revista Gaceta Constitucional*. Gaceta Jurídica. Tomo 53, mayo 2012, pp. 267-268.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 268. Es oportuno recalcar que a pesar de que no se declaró inconstitucional la competencia de encargar al presidente regional que canalice investigaciones parlamentarias, se considera una inconstitucionalidad total porque esta disposición no es separable de los dos primeros considerandos, de la mencionada ordenanza, declarados expresamente inconstitucionales.

⁵⁶ El TC aclara las competencias de los órganos constitucionales pueden ser: exclusivas, compartidas y delegadas. Es en el supuesto de conflicto en el ejercicio de las competencias compartidas cuando se debe emplear como mecanismo para resolverlo, el *test de competencia*, cuya estructura y principios son: 1) *principio de unidad*, que comprende 3 subprincipios: a) principio de cooperación y lealtad nacional y regional, b) principio de taxatividad y cláusula de residualidad, c) principio de control y cautela; 2) *principio de competencia*, que está constituido por 2 subprincipios: a) distribución de competencias, b) bloque de constitucionalidad; 3) *principio de efecto útil y poderes implícitos*; y 4) *principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencias de recursos*. Cfr. EXP. N° 00020-2005-PI/TC, del 01 de marzo de 2017, F.J., 33.

compartida entre el gobierno central y los gobiernos regionales, quienes deben operar en la pequeña minería y la minería artesanal⁵⁷. Si bien hubiera sido interesante que el TC se pronuncie acerca del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado de las comunidades campesinas; también se debe tener en cuenta que la acción de inconstitucionalidad no era el mecanismo adecuado, porque se trata de un pronunciamiento sobre la forma. No obstante, el 01 de diciembre del 2011 con la finalidad de obtener una interpretación sobre el asunto de fondo, Carlos Rodríguez interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas; los funcionarios del MEM⁵⁸; Ricardo Gutiérrez, funcionario del Ministerio de Agricultura; Ricardo Baca, funcionario de la ANA; y la Minera Yanacocha; con el objetivo de que se declare nula la Resolución N° 351-2010-MEM/AAM de fecha 27 de octubre del 2010, que aprobó el EIA del proyecto de explotación minera Conga, alegando la amenaza de violación de sus derechos al agua, a la salud, al medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, a la diversidad biológica y a las áreas naturales protegidas.

El demandante afirma que esa resolución constituye una autorización ambiental para el inicio de actividades de explotación minera, por lo que resulta una amenaza de violación de los derechos invocados. Además, alega que en el informe del 21 de noviembre del 2011 del Ministerio del Ambiente (MA), las observaciones realizadas al EIA demuestran que existe una amenaza cierta a los derechos invocados en la demanda; y que la respuesta de Yanacocha fue muy genérica, lo que no permitía garantizar que el ecosistema no se vea afectado.

Pero, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima había declarado improcedente la demanda por considerar que no existía amenaza cierta e inminente de afectación de los derechos invocados porque el proyecto Conga ha sido suspendido⁵⁹. Y consideraba que la resolución administrativa cuestionada debe ser impugnada a través del proceso contencioso administrativo. Al respecto, la sala revisora confirmó la apelada por considerar que no existe vulneración ambiental porque el EIA no otorga autorizaciones, permisos u otros requisitos legales que debe

⁵⁷ Cfr. SAR, O. “La inconstitucionalidad de la ordenanza...”, op. cit., pp. 267-270.

⁵⁸ Funcionarios del MEM: Clara García Hidalgo, Walter Alfaro López, Carlos Azurín Gonzáles, Carmen Maza Córdova, Ramón Burga Casas, José Carranza Valdiviezo, Raúl Santollo Tello, Michael Acosta Arce, Maritza León Iriarte, Pedro Ruesta Ruiz. EXP. 02621-2013-PA/TC, del 10 de noviembre de 2015, F.J., 1.

⁵⁹ Por lo tanto, para la efectiva vigencia del derecho al medio ambiente no es suficiente su reconocimiento en las normas nacionales e internacionales, sino que deben existir mecanismos especiales que aseguren su adecuada protección ante cualquier amenaza o violación. En el Perú, se reconoce el proceso de amparo en el artículo 200 inciso 2 de la Constitución, y es desarrollado en el CPC, que contiene el mecanismo judicial previsto para la tutela de este derecho, es necesario resaltar que este proceso debe ser realmente idóneo y eficaz para que pueda afirmarse que a través de este se concreta una tutela del derecho al medio ambiente. Cfr. HUERTA, L. *Protección Judicial del Derecho Fundamental al Medio Ambiente a través del Proceso Constitucional de Amparo* (Tesis de Doctorado). Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Lima, 2012, pp. 699-700.

cumplir el titular del proyecto minero para iniciar actividades; e indicó que la impugnación de una resolución administrativa se dilucida en el proceso contencioso-administrativo.

Sin embargo, en mérito a la admisión a trámite de la demanda de amparo promovida por Marco Antonio Arana Zegarra, donde se solicitaba la nulidad de la referida Resolución N° 351-2010-MEM/AAM, que aprueba el EIA del proyecto de explotación minera Conga, que fue declarada improcedente liminarmente por los jueces inferiores; el TC emitió el auto, publicado en el portal del TC el 13 de marzo del 2015, recaído en el EXP. N° 3673-2013-PA/TC⁶⁰, donde precisó que no se estaba atendiendo a la lógica finalista, amparista y antiformalista que informa los procesos constitucionales, ni a la observancia estricta de la jurisprudencia constitucional en materia medioambiental, ni a un uso adecuado de los mecanismos procesales que deben utilizarse para lograr certeza sobre la existencia de la amenaza cierta e inminente del derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida⁶¹.

En este contexto, el TC indicó que: el CPC “contempla mecanismos que el juez debe utilizar para dilucidar si hay vulneración del derecho constitucional o si la amenaza de violación es cierta o inminente, según sea el caso, contemplando la eventual realización de actuaciones probatorias que considere indispensables (artículos 9 y 53); la incorporación de medios probatorios sobre hechos nuevos (artículo 22); la citación a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios (artículo 53); o el pedido de informes y documentos para arribar a una resolución que ponga fin a la controversia (aplicación extensiva, artículo 119)⁶²”; y que el *a quo* ordene, de oficio, la actuación probatoria que corresponda, para procurarse una mayor convicción sobre los cuestionamientos del accionante, verificándose además, entre otros asuntos, los siguientes⁶³:

- a) Se identifique el estado actual del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Conga, aprobado por R.D. N° 351-2010-MEM/AAM, del 27 de octubre de 2010.
- b) Si el proyecto Conga se encuentra ejecutándose total o parcialmente.

⁶⁰ Debido al auto emitido por el TC, el Primer Juzgado Especializado Civil de Cajamarca expidió la Resolución N° 46, del 16 de octubre del 2015, donde se dispuso a calificar nuevamente la demanda de Marco Antonio Arana por mandato supremo del TC, admitiéndola a trámite. Además, en el considerando quinto, ordenó de oficio la actuación probatoria correspondiente una vez que se recabe el material probatorio de la parte demandada, mencionando también la importancia de verificar los cuatro asuntos que el TC había sugerido.

⁶¹ EXP. 3673-2013-PA/TC, del 11 de diciembre de 2014, F.J. 5. Este auto declaró nulo todo lo actuado a partir de fojas 288; ordenó admitir a trámite la demanda y remitir los actuados a la Corte Superior de Justicia de Cajamarca para los fines de ley.

⁶² *Ibidem*, F.J. 9.

⁶³ *Ibidem*, F.J. 11.

- c) Si los reservorios que viene construyendo la Minera Yanacocha S.A. forman parte del proyecto Conga y si dichos reservorios son parte de las denominadas “medidas de mitigación y compensación” establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental.
- d) Verificar la existencia y validez del Informe 001-2011, del 21 de noviembre de 2011, dirigido al Despacho Ministerial por la Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental, Dirección General de Calidad Ambiental, Dirección General de Diversidad Biológica, entre otras, sobre “Comentarios al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Conga aprobado en octubre de 2010”.

Entonces, en atención a la similitud de ambos procesos, el TC emitió el auto respectivo el 10 de noviembre del 2015, recaído en el EXP. N° 2621-2013-PA/TC, conservando los puntos referidos por el TC en el párrafo precedente, declarando nulo todo lo actuado a partir de fojas 189, además ordenó admitir a trámite la demanda y remitir los actuados a la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

No obstante, antes de conocer el fallo del Tribunal Constitucional, los miembros de Comité Interinstitucional para la Conservación y Turismo Lagunas de Alto Perú y Anexos de la Cuenca del Jequetepeque advirtieron que emprenderían un “segundo paro regional o provincial en defensa de las lagunas” y que declararían como “persona no grata” al Presidente del TC, si dicho organismo falla a favor de la empresa; pues a su criterio estaría parcializado debido a que el magistrado a cargo del caso, José Luis Sardón⁶⁴, trabajó por 10 años en la ONG Reflexión Democrática, presidida por el dueño de Yanacocha, Roque Benavides. Así mencionaron que un veredicto a favor de la minera generaría “un terrible conflicto social”, pues “el principal problema en estos últimos años es la escasez y el agua contaminada”⁶⁵.

Debe señalarse, que el magistrado José Luis Sardón emitió un voto singular⁶⁶ en ambos pronunciamientos del TC (EXP. 3673-2013-PA/TC y EXP. 2621-2013-PA/TC), donde declaraba improcedente la demanda debido a que la ejecución del Proyecto Conga se encuentra

⁶⁴ José Luis Sardón fue miembro del consejo directivo de la ONG Reflexión Democrática, en el 2014 renunció al ser elegido miembro del TC por el Congreso, a pedido de la bancada fujimorista Fuerza 2011. Cfr. HERRERA, I. “Vocal infiltrado” en el TC favorecería a Yanacocha en caso de Lagunas de Alto Perú. En: SERVINDI, Comunicación Intercultural para un mundo más humano y diverso, <https://www.servindi.org/actualidad-noticias/26/04/2017/vocal-infiltrado-en-el-tc-favoreceria-yanacocha-en-caso-de-lagunas-de>; visto el 25 de febrero de 2020.

⁶⁵ En: SERVINDI, Comunicación Intercultural para un mundo más humano y diverso, <https://www.servindi.org/actualidad-noticias/02/06/2017/ronderos-vigilaran-lagunas-de-alto-peru-ante-posible-fallo-favorable>; visto el 25 de febrero de 2020.

⁶⁶ El TC manifestó que “si algún Magistrado o un grupo de Magistrados *no comparte la ratio decidendi de la sentencia expedida* -lo que es perfectamente posible y legítimo- ello ha de expresarse en un voto singular, que, sin embargo, no puede ni debe entenderse como un voto de la mayoría contra la minoría (o a la inversa), sino la de un Magistrado o la de un grupo de Magistrados con respecto del Tribunal Constitucional”. EXP. N° 005-96-I/TC, del 22 de diciembre de 1996, F.J., 7.

suspendida *sine die*; considerando que no existe amenaza cierta e inminente al derecho invocado; y que la pretensión de declarar inaplicable la Resolución Directoral cuestionada se debió plantear en vía administrativa, y agotar en vía contencioso-administrativa, debido a que poseen etapa probatoria para dilucidar cuestiones de fondo⁶⁷.

A pesar de que las actividades exploratorias del Proyecto Conga iniciaron en 2004, el mismo no ha podido ejecutarse hasta la fecha debido a los problemas socioambientales que han surgido. En concordancia, el informe de marzo de 2021 de la Defensoría del Pueblo, denominado “Reporte de conflictos sociales N° 205”, señala en su página 39, que el Caso Conga, originado en el 2010, sigue siendo un conflicto socioambiental activo, y al mismo tiempo concluye que no existe diálogo entre los actores de este para llegar a una solución.

La inversión minera en Conga estaba proyectada como una de las más importantes que se realizarían en suelo peruano, lo que redundaría en beneficios económicos para Cajamarca y el país. Sin embargo, debido a la negativa de la población para la ejecución del proyecto minero Conga, resulta necesario estudiar la naturaleza y realidad de la actividad minera, así como el derecho de todo empresario (persona o empresa) de poder dedicarse de manera libre a dicha actividad, lo que se analizará en el siguiente capítulo con miras de establecer los fundamentos para el análisis de la libertad empresarial en el ejercicio de la actividad minera en el Perú.

⁶⁷ Resulta oportuno señalar que dicho magistrado del TC también emitió voto singular en el mismo sentido en el EXP. N° 3673-2013-PA/TC, del 11 de diciembre de 2014.



Capítulo 2

Actividad minera y libertad de empresa

2.1 Actividad minera

2.1.1 Antecedentes

El Perú es rico en recursos minerales, lo que se evidenció en junio de 2012 debido a que el 20.3% de su territorio estaba concesionado para actividades mineras. Según un informe de la ONG Cooperación elaborado con datos del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET)⁶⁸; por eso la actividad minera⁶⁹ ha sido y sigue siendo una de las actividades económicas más importantes del país, resaltando además que la tendencia de producción metálica se presenta ligada a sus regiones naturales⁷⁰. En América Latina, el Perú llegó a ocupar el segundo lugar en producción de cobre, primero en producción de oro y zinc⁷¹ y estaño⁷².

Es indispensable hacer referencia a la historia de la minería en el Perú, la cual se desarrolló desde épocas inmemoriales, investigación que se sustenta en las piezas de orfebrería y ornamento halladas en las culturas preincaicas trabajadas en material de oro y plata⁷³; así, en la época incaica, se utiliza el término “propiedad⁷⁴ exclusiva del Inca”⁷⁵ al hacer referencia a estas minas, siendo el pueblo quien prestaba un servicio organizado a través del sistema de obligaciones laborales denominado mita, que consistía en la obtención de minerales⁷⁶.

Luego, en la época de la colonia, desde los primeros años hasta mediados del siglo XVII no se elaboraron trabajos mineros con excepción del descubrimiento de Potosí (1545), luego de ello, se tiene el descubrimiento de la mina de mercurio “Santa Bárbara” (1566). Vela señala que se “procedió a distinguir las minas ricas o de la nación, que se reservaron al monarca, y las

⁶⁸ Es el organismo del Estado encargado de la recaudación y posterior transferencia hacia los gobiernos locales, regionales e instituciones gubernamentales. Concepto extraído de: INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 50.

⁶⁹ Son acciones conducentes, al evidenciar indicios de mineralización, que buscan demostrar dimensiones, características, reservas y valores del área de interés geológico. Las etapas que implica son: exploración, construcción, producción, beneficio, comercialización y operación paralizada, y cierre. Concepto extraído de: INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 13.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁷¹ Cfr. RÍOS, M. & ARMAS, H. *Participación y vigilancia ciudadana en la actividad minera: implicancias en el derecho a la salud*. CIES; Universidad Peruana Cayetano Heredia. Lima, 2006, p. 14.

⁷² Perú logró ubicarse en tercer lugar a nivel mundial en estaño. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 24.

⁷³ *Historia*. En: INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ, <http://www.iimp.org.pe/mineria-en-el-peru/historia>, visto el 31 de diciembre de 2019.

⁷⁴ Según Basadre, la propiedad concebida bajo el derecho romano no existió en la sociedad de la época incaica. Cfr. BASADRE, J. *Historia del Derecho Peruano*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 114. Conforme Rostworowski, el sistema económico inca estaba basado en la reciprocidad. Cfr. ROSTWOROWSKI, M. *Historia del Tahuantinsuyu*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2014, p. 251.

⁷⁵ LASTRES, E. *Derecho de Minería y Energía*. Editorial Primera Fuente, Lima 2009, p. 40.

⁷⁶ Cfr. VELA, T. *Vinculación de dominio de los recursos minerales en el Perú*. Asesor: ABRUÑA, A. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú, 2017. p. 24.

minas ordinarias, que fueron entregadas a cualquier persona siempre que esta pague el quinto real. Por otra parte, la capacidad para adquirir minas fue plena para los españoles, en cambio los naturalizados o extranjeros debían obtenerla mediante una licencia especial. Asimismo, el descubridor tenía derechos preferenciales para obtener el dominio minero”⁷⁷.

Debe tenerse en cuenta, que, para la aplicación del sistema hispánico en la América virreinal, se estableció el principio del derecho originario del Rey de España sobre el suelo y el sobresuelo, lo que conllevaba a que ningún particular podría aprovechar una mina sin autorización de los funcionarios reales competentes, y para mantener el derecho se debía realizar el pago a la Corona del quinto real (veinte por ciento sobre la producción bruta)⁷⁸.

Asimismo, la mita incaica se conservó, debido a que el Virrey Toledo (1574) estableció el sistema de la “Pueblo” o amparo por el trabajo, lo que consistía en que el yacimiento minero no debía estar despoblado, es decir, que debía mantener poblada la mina con un mínimo de ocho trabajadores “indios” o cuatro trabajadores de “raza negra”, y solo se le permitía como máximo que suspenda la labor seis días consecutivos, o veinte en el curso de un año⁷⁹. En ese sentido, para mantener el derecho de propiedad sobre la concesión, y el derecho de propiedad sobre lo extraído, el único medio posible era mantener la mita incaica.

En 1680, se dio la Novísima Recopilación de las Leyes de Indias la cual recogió “todas las disposiciones dictadas para las colonias españolas, limitándose a reiterar los principios establecidos en los anteriores ordenamientos”⁸⁰, no se realizaron adiciones, pero si se eliminaron las contradicciones normativas. Frente a la Novísima recopilación, se tiene a la recopilación de continental Iberoamericana, denominada Ordenanzas de Ballesteros de 1683⁸¹, de carácter liberal que permitió el progreso de la minería en el Perú, por lo cual se procedió a fijar con firmeza la extensión de las pertenencias mineras, garantizando los derechos de los indios de la mita, pudiendo cualquier persona buscar libremente minas en heredades ajenas, sin embargo, se mantiene el procedimiento Concesional para registrar y pedir licencias mineras⁸².

En mayo de 1783, el Rey Carlos III dictó las Ordenanzas de Nueva España, las que fueron aplicadas al Virreinato del Perú mediante la Real Cédula del 8 de diciembre de 1785⁸³. Estas normas buscaban incentivar el desarrollo económico. Se les conoce también como las “Declaraciones de Escobedo”, debido a que fueron adaptadas por Jorge Escobedo, las mismas

⁷⁷ *Ibidem*. p. 25.

⁷⁸ Cfr. LASTRES, E. *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., p. 42.

⁷⁹ Cfr. VELA, T. *Vinculación de dominio de los recursos minerales...*, op. cit., pp. 26-27.

⁸⁰ VERGARA, A. *Principios y Sistema del Derecho Minero*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992. p. 46.

⁸¹ Cfr. BASADRE, J. *Derecho de minería y del Petróleo*, Editorial San Marcos, Lima, 2001. p. 110.

⁸² Cfr. VELA, T. *Vinculación de dominio de los recursos minerales...*, op. cit., p. 29.

⁸³ Cfr. *Ibidem*. p. 30.

que tuvieron gran importancia por ser fuente del derecho minero en Hispanoamérica⁸⁴, y por su prolongada vigencia. En el Perú, su aplicación fue a partir del 1 de agosto de 1786 hasta 115 años después de la Independencia, con el Código de Minería de 1901⁸⁵.

Sobre el sistema de pertenencia de la propiedad minera no se realizaron cambios⁸⁶. La mina podía perderse por una breve caducidad en el tiempo prescrito, se comprende que la propiedad y posesión otorgada a los vasallos era un dominio limitado y modificado, de suerte que la Corona mantiene siempre el "dominio radical"⁸⁷. Basadre, sostiene que esta regulación significó un sistema de libertad de minas⁸⁸, que evidenciaba las ideas progresistas del despotismo ilustrado de Carlos III, en ese sentido, la adjudicación de la mina era para quien las descubriera, y si han estado abandonadas por sus poseedores, estas podrían ser denunciadas libremente⁸⁹. Sin embargo, en contraposición con sus disposiciones liberales, se estableció la prohibición del denuncia minero para los extranjeros, sacerdotes, funcionarios públicos y sirvientes u operarios de las minas⁹⁰.

En el Perú, luego de la independencia no se realizaron modificaciones legislativas sustanciales en el sector minero, el nuevo Estado sería el dueño originario de los yacimientos⁹¹, pero se mantuvieron vigentes las Ordenanzas de Minería de Nueva España, ratificadas por Bolívar, el 20 de julio de 1824⁹² cuando mediante sus decretos ejecutivos estableció que las minas de azogue (mercurio) pertenecían a sus descubridores, asimismo, se suprimió el sistema de la mita, ordenando que los trabajadores debían ser tratados como hombres libres⁹³. Posteriormente, un Decreto del 2 de agosto de 1825 estableció que las minas abandonadas o despobladas pertenecían al Estado para ser arrendadas a sus acreedores en pago de créditos⁹⁴.

El 15 de diciembre de 1829 se realizó una fuerte liberalización tributaria, pues se derogó la contribución del quinto real que ya había sido reducida a un décimo, así como también en general todo impuesto y contribución a la producción de oro y plata⁹⁵. La ley de 12 de enero de

⁸⁴ Cfr. LASTRES, E. *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., p. 45.

⁸⁵ Cfr. VELA, T. *Vinculación de dominio de los recursos minerales...*, op. cit., p. 30.

⁸⁶ Cfr. LASTRES, E. *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., p. 45.

⁸⁷ GONZÁLEZ, M. *Ordenanzas de la Minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal*, 1ra. Ed., Universidad Autónoma de México, México 1996, p. 69.

⁸⁸ Cfr. BASADRE, J. *Derecho de minería y del Petróleo...*, op. cit., p. 111.

⁸⁹ Cfr. BELAUNDE, M. *Derecho Minero y Concesión*, 4ta. Edición, San Marcos, Lima, 2011, p. 41.

⁹⁰ Cfr. LASTRES, E. *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., p. 46.

⁹¹ Cfr. GARCÍA, G. *Derecho de Minería: Curso universitario*. Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965. p. 33.

⁹² Cfr. *Ibidem*.

⁹³ Cfr. BALDEÓN, J. *Apuntes de Historia del Derecho Minero Peruano*, https://www.academia.edu/8842059/APUNTES_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_MINERO_PERUANO, visto el 20 de septiembre de 2021, p. 8.

⁹⁴ Cfr. BASADRE, J. *Derecho de minería y del Petróleo...*, op. cit., p. 112.

⁹⁵ Cfr. LASTRES E. *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., p. 49.

1877 realizó fuertes modificaciones a las Ordenanzas de Nuevo Méjico, se suprimió el denuncio y pérdida de las minas por falta de trabajo, aunque se siguió cobrando un impuesto pecuniario como condición para conservar el derecho a explotar⁹⁶. Esta ley, se separó de instituciones tradicionales sobre la propiedad minera en nuestro ordenamiento, para facilitar las condiciones al concesionario sobre el ejercicio de sus derechos mineros autorizados, reforzando su carácter liberal al eliminar la prohibición sobre los extranjeros. Igualándolos en condiciones con los nacionales⁹⁷. Estos cambios fueron producidos como consecuencia de una nueva concepción sobre la propiedad privada⁹⁸.

La ley del 21 de diciembre de 1888 reguló el denuncio de los yacimientos de salitre, bórax, nitratos, cloruros, sulfatos y sales potásicas, los cuales forman un bien distinto y separado del terreno en que se encontraban⁹⁹. La propiedad de dichos yacimientos corresponde a la nación y a los particulares la posesión para explotarlos¹⁰⁰. La ley del 8 de noviembre de 1890 estableció un plazo de 25 años (hasta 1915) respectos a los impuestos sobre la propiedad minera y sus utilidades, salvo la contribución o fomento de la minería creado en la ley de 1877¹⁰¹, por ello, no se crearían nuevos impuestos en este periodo ni se incrementarían los ya fijados para favorecer la inversión privada en la minería¹⁰².

El siglo XX comenzará con importantes modificaciones, especialmente respecto al tema de la propiedad minera, las que se darán principalmente por el Código de Minería de 1901, que entró en vigor el 01 de enero de ese año, y logró unificar las dispersas regulaciones existentes hasta la fecha. Mediante este documento legal, el Estado se reservaba la propiedad de los

⁹⁶ Estas disposiciones crearon un impuesto de 15 soles semestrales sobre cada pertenencia, estableciendo que el pago debe realizarse de manera puntual y continua (solo un semestre de falta de pago) como condición resolutoria para la posesión y propiedad de la mina, (Cfr. BELAUNDE, M. *Derecho Minero y Concesión...*, op. cit., p. 43). BASADRE, A. señala que quedaba exonerado del pago si la mina estuviese amparada por socavón, máquina o cualquier obra, (Cfr. *Derecho de minería y del Petróleo...*, op. cit., p. 115). Este tributo tenía la calificación de contribución, (Cfr. LASTRES, E. *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., p. 53).

⁹⁷ Cfr. BELAUNDE, M. *Derecho Minero y Concesión...*, op. cit., p. 42 y DEL PINO, H., "El Estado y la propiedad minera en la legislación peruana", *Revista de Derecho Minero*, año 5, N° 7, Lima noviembre 1956, p. 8. BASADRE, J. indica que en el derecho indiano virreinal los extranjeros podían adquirir minas mediante una licencia especial, (Cfr. *Derecho de minería y del Petróleo...*, op. cit., p. 107).

⁹⁸ "En el campo de los principios y la legislación, inspirado sustancialmente por los ideólogos de la revolución francesa y por las normas legales que la siguieron, no se concebía la propiedad sin seguridad. La Revolución que había proclamado la libertad, consideraba propiedad y libertad individuales como valores consustanciales. Por ello era indispensable otorgarle a la propiedad la solidez requerida para el logro de sus fines y el antiguo régimen no se compadecía de estas ideas", (Cfr. DEL PINO, H. *El Estado...*, op. cit., p. 9).

⁹⁹ Cfr. BASADRE, J. *Derecho de minería y del Petróleo...*, op. cit., p. 115.

¹⁰⁰ Cfr. MINISTERIO DE FOMENTO, DIRECCIÓN DE MINAS Y PETRÓLEO. *Código de Minería del Perú anotado y concordado*, Imp. Torres Aguirre, Lima 1924, p. 205.

¹⁰¹ Cfr. VILDÓSOLA, J. *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*, Editorial Latina S.A., Caracas, 1999, p. 247.

¹⁰² BALDEÓN, J. *Apuntes de Historia...*, op. cit., p. 12. A partir de entonces el único impuesto que pesó directamente sobre la minería fue la modesta contribución semestral de 15 soles por pertenencia establecida en 1877, (Cfr. SOTOMAYOR, M. *Algunos principios fundamentales...*, op. cit., p. 38).

yacimientos de guano y salitre. Reforzó el dominio minero de los particulares al instituirlo con las características de irrevocabilidad y perpetuidad, en ese sentido, se puede concluir que intentaba asimilar la propiedad minera a la civil¹⁰³. Asimismo, abandona cualquier postura de carácter “regalista” que le dé el dominio originario al Estado sobre los recursos mineros, en ese sentido, Vildósola señala que el Código de Minería de 1901 sustituyó de raíz toda inspiración española del sistema del dominio regalista patrimonial del Estado¹⁰⁴.

El Código de Minería de 1901, también trajo consigo un sistema de accesión sobre los minerales no metálicos, lo que favorecía al beneficiario del suelo, debido que señala que quien era el dueño del suelo también lo era del contenido del subsuelo (granitos, mármoles o areniscas valiosas). Solo si estos minerales estaban en terrenos del Estado o de Municipalidades, sería necesario entregar concesiones especiales. Respecto a los minerales metálicos la propiedad de la mina se separa del terreno superficial, es decir, la propiedad de la mina solo puede ser concedida por el Estado, y los extranjeros tienen las mismas condiciones para la adquisición de las minas que los nacionales¹⁰⁵.

El código de 1901 significó un cambio importante en la regulación minera, pero debe analizarse en concordancia con las constituciones del país. Primero, se indica que ninguna de las constituciones mineras peruanas antes de 1920 conceptualiza el dominio o la propiedad de los recursos minerales o naturales. En ese sentido, la Constitución de 1920 es la primera que establece una titularidad del Estado sobre todos los recursos minerales, lo que se comprendió como un regreso al sistema regalista que se diferenciaba del carácter liberal del código de 1901, vigente en ese momento. Por ello, solo sería posible entregar una concesión en posesión y en usufructo, pero no en propiedad a los particulares. Del Pino señala que en esta Constitución inicia la nacionalización de las minas, pues según su exposición de motivos, la riqueza minera no era un producto humano sino de la naturaleza, y debe orientarse al provecho común¹⁰⁶.

Posteriormente, la Ley N° 6611 de marzo de 1929, permitió la libre denunciabilidad de los materiales de construcción y de todos los fijados en el artículo 2 del Código de Minería de 1901, siempre que no estuvieran previamente explotados por el propietario del terreno, aboliendo el principio de accesión sobre los minerales no metálicos. De esta manera, el

¹⁰³ Incluso GARCÍA, G. reconoce que hay diferencia entre un derecho de explotación (que permitiría cautelar con mayor eficacia el interés público) y el derecho de propiedad sobre los yacimientos que sí otorgaba el Código de Minería de 1901, (Cfr. *Derecho de Minería...*, op. cit., p. 53).

¹⁰⁴ VILDÓSOLA, J. *El dominio minero y el sistema concesional...*, op. cit., p. 115.

¹⁰⁵ Cfr. BELAUNDE, M. *Derecho Minero y Concesión...*, op. cit., p. 45.

¹⁰⁶ Cfr. DEL PINO, H. *El Estado...*, op. cit., pp. 10-12.

propietario del terreno tiene derecho de preferencia para explotar todos los minerales que se encuentren en el terreno, también en los casos que un tercero sea quien haga el denuncia.

La Constitución del Perú de 1933 mantiene la línea establecida por su antecesora respecto de la propiedad de los recursos minerales, la misma que le corresponde al Estado, pero agrega que este también puede aprovechar por sí mismo la riqueza mineral¹⁰⁷, aprovecha lo establecido por la Ley N° 6611 respecto a la adquisición y al derecho de preferencia. Esta Constitución establece mediante una norma con rango legal las condiciones para la concesión en usufructo o en propiedad -esto es contradictorio con la afirmación de que los recursos naturales pertenecen al Estado¹⁰⁸- con la finalidad de ser utilizados por los particulares.

El artículo 41 de esta Constitución establecía que el Estado percibirá parte de las utilidades minera; sin embargo, no se señala si estos ingresos tienen carácter tributario o es una especie de regalía establecida por el título de pertenencia que ostentaba el Estado. Por lo tanto, las minas serían parte de un dominio público estatal, pero también tendrían características de un bien patrimonial del Estado, puesto que éste percibe regalías, o daciones en pago a favor del Estado, en virtud de su aprovechamiento por los particulares.

El Código Civil de 1936 en su artículo 822 inciso 4, concordado con el artículo 37 de la Constitución de 1933 señala que las minas y demás fuentes naturales de riqueza son del Estado. En consecuencia, la concesión establece un importante límite entre la propiedad minera del Estado y del particular. Asimismo, el artículo 812 de este código otorga la calidad de bien inmueble tanto a las minas públicas como a las concedidas a los particulares.

Desde el año 1924 el poder legislativo había autorizado la redacción de un nuevo Código de Minería que reemplace al de 1901, con la intención de satisfacer las nuevas condiciones sociales y económicas¹⁰⁹; y de poder adecuar la legislación minera con la Constitución de 1933, cuyo artículo 37 reforzaba el sistema regalista al señalar que toda fuente natural o mineral de riqueza pertenecían al Estado, salvo los derechos adquiridos¹¹⁰. En consecuencia, se promulgó el Decreto Legislativo N° 11357, que aprobó el nuevo Código de Minería de 1950, que entró en vigor el 01 de julio de dicho año. Los recursos minerales son dominio del estado debido a

¹⁰⁷ LASTRES, E. señala que esto se desarrolló “en sintonía con las corrientes que prevalecían en torno a la mayor injerencia del Estado en la actividad económica”, (Cfr. “Los recursos naturales en la Constitución vigente”, *Revista Ius et Veritas*, año 5, N° 9, Lima, noviembre 1994, pág. 139).

¹⁰⁸ Este hecho fue decisivo para que la *International Petroleum Company* (si bien no sobre recursos mineros, sino hidrocarbúricos) iniciara un conflicto jurídico frente al Estado, pues alegaba propiedad sobre los recursos petroleros sobre el yacimiento de la Brea y Pariñas.

¹⁰⁹ Así lo reconoce GARCÍA, G. al señalar que “la tendencia legislativa está orientada a restringir los derechos del particular, no a ampliarlos”, (Cfr. *Derecho de Minería...*, op. cit., p. 53).

¹¹⁰ “...desde hacía algunos años se sostenía en los medios profesionales, universitarios y políticos que el Código Minero del año 1900 debía ser modificado para adecuarlo a la Constitución Política de 1933...”, (Cfr. VILDÓSOLA, J. *El domino minero y el sistema concesional...*, op. cit., p. 249).

que son una propiedad de la nación administrada por el Estado¹¹¹. Además, este código se desligó del sistema de accesión del régimen anterior; asimismo, se continuó protegiendo los derechos adquiridos por los particulares bajo regímenes anteriores.

Se otorgó un año a los propietarios del suelo para denunciar preferencialmente y con exclusión de terceros los yacimientos de las sustancias minerales comprendidas en el artículo 1 de la Ley N° 6611¹¹²; en consecuencia, a partir del 01 de julio de 1951, se derogó definitivamente la ley que otorgaba un derecho preferencial a estos. Adicionalmente, esta norma reconoce una exoneración tributaria a los propietarios que hayan adquirido los yacimientos no metálicos de acuerdo con la Ley N° 6611, puesto que no pagarían el impuesto territorial que establecía el artículo 49 del nuevo Código. Si el titular minero no ejercía su derecho a explotar, se imponía el pago de un canon territorial, a partir del quinto año se debía pagar un sobre canon, esto con el objetivo de incentivar las actividades de extracción minera. Finalmente, el derecho de explotar el yacimiento minero caducaba a solicitud de un tercero, si estos tributos no se habían pagado por dos años consecutivos.

Con el nuevo código la minería empezó a ser catalogada como una actividad de utilidad pública, según lo señala su artículo 1, debido a que se consideraba que en todos los casos reportaría un beneficio a la colectividad mediante el pago de los tributos señalados. Por ello, se vio reforzada la posición del concesionario frente a la del propietario superficial¹¹³, sobre todo en los casos que este se dedicaba al sector agrícola¹¹⁴. La concesión siguió considerándose irrevocable y a tiempo indefinido caducando solamente por falta de pago del canon y sobre canon. Y estableció, en su artículo 5, que las concesiones de exploración y las de explotación, eran bienes inmuebles que confieren derechos reales y pueden ser objeto de hipoteca.

¹¹¹ Cfr. *Ibíd.*, p. 249.

¹¹² GARCÍA, G. dice que, con esta disposición del Código de Minería de 1950, quedó abolido en el Perú el rezago del sistema de accesión. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente (pp. 57 y 58), se cree que tal sistema fue abolido en realidad ya con la misma Ley N° 6611, la cual instituyó el sistema de libre denunciabilidad para los minerales no metálicos, otorgándoles a los propietarios tan solo un derecho de preferencia de otorgamiento de la concesión minera frente a terceros denunciantes. Asimismo, el propio GARCÍA, G. manifestó que con la Ley N° 6611 el superficiario no poseía ningún derecho especial sobre las mismas, (Cfr. *Derecho de Minería...*, op. cit., pp. 49-50).

¹¹³ Entre las ventajas del concesionario se encuentra la estabilidad tributaria sobre todo gravamen creado o por crearse sobre el concesionario minero dentro de un lapso de 25 años, tal y como lo establecía, en tiempos liberales, la ley del 8 de noviembre de 1890; o la reserva por agotamiento de concesiones metálicas (artículo 54) que no gravaba hasta el 15% del valor bruto del producto libre de todo impuesto. Cfr. BASADRE, J. *Derecho de minería y del Petróleo...*, op. cit., p. 121. Se debe anotar que la reserva por agotamiento quedará derogada con el Gobierno de Velasco en el año 1970 con el Decreto Ley N° 18225, porque no conciliaban con el sistema de dominio originario en el que los yacimientos minerales pertenecían en propiedad al Estado.

¹¹⁴ BASADRE, J. indica que el agricultor desconfió de la norma por las franquicias otorgadas y por la utilidad pública conferida a la minería (Cfr. *Derecho de minería y del Petróleo...*, op. cit., p. 120). BELAÚNDE, M. señala que hubo una “clarísima preferencia a favor del concesionario minero sobre el propietario del terreno superficial”, (Cfr. *Derecho Minero y Concesión...*, op. cit., p. 46).

Este código fue parcialmente modificado por las Ley N° 15584, promulgada el 11 de junio de 1965, y la Ley N° 16066, promulgada el 18 de febrero de 1966, las cuales establecieron que el sobre canon regulado en el artículo 51 del Código de 1950 se convierta en más oneroso, y que dicha obligación se duplique anualmente mientras persista la inoperatividad.

En septiembre de 1969, a inicios del gobierno militar de Velasco Alvarado se promulgó el Decreto Ley N° 17792¹¹⁵, el que señaló que el pago de canon y sobre canon había permitido que un gran número de depósitos minerales no se hayan explotado por décadas, por lo que esta norma exigía la necesidad de una producción mínima para conservar la concesión¹¹⁶. Posteriormente mediante el Decreto Ley N° 182225, de abril de 1970, se estableció los lineamientos de la futura Ley General de Minería, haciendo referencia a un nuevo sistema de concesiones mineras, buscando asegurar que los minerales sean “intensamente aprovechados con el máximo beneficio para el país”¹¹⁷. Por otra parte, la norma también reguló e incentivó una participación directa del Estado dentro del sector; así, mediante el artículo 17 se creó la “Empresa Minera del Perú”, que sería la encargada de las actividades estatales mineras.

El 08 de junio de 1971 se promulga el Decreto Ley N° 18880, Ley General de Minería; por medio de la cual el nacionalismo revolucionario, de Velasco, intentó recuperar los recursos mineros¹¹⁸, ampliando el papel del Estado en la economía y restringiendo la libertad de empresa de los particulares¹¹⁹. Esta ley tuvo tres fundamentos: 1) Todo yacimiento debía considerarse como un bien de propiedad estatal, inalienable e imprescriptible; 2) El Estado puede intervenir directamente en la exploración y explotación minera (no en la comercialización), por lo que se desarrollaron empresas estatales de derecho privado¹²⁰; y, 3) El estado podía seguir otorgando concesiones mineras de exploración y explotación a los particulares, pero sujetas al sistema de amparo por el trabajo como condición principal para mantener dicho derecho.

¹¹⁵ Promulgado el 2 de setiembre de 1969.

¹¹⁶ Se debe recordar que esta obligación se conocía en la antigüedad como “Pueblo” o condición de trabajo mínimo, institución que había sido derogada desde la ley de 12 de enero de 1877.

¹¹⁷ Cuarto párrafo de los considerandos del Decreto Ley N° 18825.

¹¹⁸ Cfr. VILDÓSOLA, J. *El domino minero y el sistema concesional...*, op. cit., p. 250. Ya en 1965, el Doctor GARCÍA, G. destacaba que “el capital extranjero controla apreciablemente nuestra industria minera y el Perú no se beneficia en consonancia... porque la participación estatal es inferior a la de otros países y la actividad minera no está orientada a la transformación del Perú en un país industrial... Urge, por consiguiente, la adopción de una decidida política minera nacionalista”. (Cfr., *Derecho de Minería...*, op. cit., pp. 22-23).

¹¹⁹ Cfr. BASADRE, J. *Derecho de minería y del Petróleo...*, op. cit., p. 124.

¹²⁰ La política del Gobierno Militar privilegiaba la intervención directa del Estado en el aprovechamiento de los recursos minerales. (Cfr. LASTRES, E. *Derecho de Minería y Energía...*, op. cit., p. 61). Sobre esta referencia, el Artículo III del Decreto Ley N° 18880 estableció que: “La actividad empresarial del Estado es factor fundamental en el desarrollo de la industria minera”, acotando en sus considerandos: “para que el pueblo peruano obtenga de sus riquezas naturales el beneficio a que tiene derecho”, y para su regulación La Ley General de Minería le dedicó todo un Título entero.

Asimismo, la propiedad minera se le señalaba como un inmueble distinto y separado de la superficie, otorgándole al titular un derecho real. También, el estado se podría reservar la explotación de ciertas sustancias para sus empresas estatales argumentando razones de interés nacional. Adicionalmente, se podían constituir derechos especiales a favor del Estado sobre áreas de reserva nacional o sobre concesiones caducas o renunciadas (inciso c, artículo 29), o sobre las que se declaren nulas, asignándose las a la Empresa Minera del Perú o a otras dependencias públicas. Esta política estatista perjudicó sobre todo a la mediana y pequeña minería que podían por diversas razones perder sus concesiones, y al conjunto de la industria minera debido a la inestabilidad y a la desmesurada expansión estatal en la industria minera¹²¹.

Por otro lado, la Constitución de 1979, aseguraba el dominio de los recursos naturales¹²², por ello, en su artículo 118 le otorgaba la calidad de Patrimonio de la Nación a los recursos naturales renovables y no renovables. La nueva Constitución, al igual que la anterior, establecía que los minerales pertenecen al Estado, y que por ley se establecen las condiciones de su utilización y su otorgamiento a los particulares, pero no señala que salvaguardará los derechos legalmente adquiridos¹²³, tampoco menciona si la forma del otorgamiento sería en propiedad o en usufructo. Esta Constitución significó para el Perú, que muchas disposiciones de la Ley General de minería que solo tenían rango de Ley pasaron a tener rango constitucional.

Como consecuencia de la Constitución de 1979, se promulgó en septiembre de 1981 el Decreto Legislativo N° 109, denominado Ley General de Minería, que derogaba la anterior Ley general del sector. Entre sus principios destaca: 1) La propiedad de todos los recursos minerales pertenece al Estado, de manera inalienable e imprescriptible; 2) El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza mediante el otorgamiento de derechos a particulares, sin que ello signifique que el Estado no pueda realizar actividad empresarial¹²⁴; 3) El Estado se proclama protector de la pequeña y mediana minería, lo que se evidencia con el otorgamiento de un régimen tributario más ventajoso que a la gran minería; y, 4) El estado conserva la facultad de

¹²¹ Cfr. BELAÚNDE, M. *Derecho minero...*, op. cit., p. 48.

¹²² Párrafo 10 del preámbulo de la Constitución Política del Perú de 1979: “Animados por el propósito de... defender su patrimonio cultural; y de asegurar el dominio y la preservación de sus recursos naturales...”.

¹²³ FIGALLO, G., citando a Marcial Rubio y Enrique Bernal Ballesteros, opina satisfactoriamente sobre esta supresión a proteger los derechos legalmente adquiridos sobre los recursos naturales, ya que era inaceptable frente al dominio que el Perú debe tener sobre aquellos (Cfr., *Régimen de los Recursos naturales en la Constitución de 1979*, Derecho-PUCP, N° 43-44, Lima, 1989- 1990, p. 319).

¹²⁴ Mediante Derechos Especiales otorgados al Estado, los cuales poseen la misma forma que las concesiones mineras (art. 27 del Decreto Ley 190).

declarar por ley expresa la reserva de ciertas sustancias minerales de interés nacional¹²⁵, con lo cual su aprovechamiento lo realizaría exclusivamente el Estado.

La concesión minera tuvo un régimen similar al de la Ley General de Minería de 1971 porque seguía siendo un inmueble distinto y separado de la superficie donde está ubicada (artículo 15). Asimismo, se otorga un derecho real al concesionario, de carácter irrevocable siempre que este cumpla con las obligaciones impuestas por la ley (artículo 17). Las concesiones de exploración se otorgaron por un plazo de cinco años, pudiendo convertirse en concesiones de explotación, dentro de ese periodo de vigencia, por su parte, las concesiones de explotación si confieren el derecho de propiedad de las sustancias extraídas, y siempre que cumplan con sus obligaciones (amparo por el trabajo y tributos) se mantienen indefinidamente hasta el agotamiento de la mina o renuncia. En ambas, el incumplimiento de la obligación del amparo por el trabajo conllevaba una causal de caducidad; sin embargo, la falta de pago del canon territorial no fue considerada como una causal de caducidad, lo que manifiesta una flexibilización respecto a la ley general anterior¹²⁶.

La industria minera nuevamente fue considerada bajo la categoría de utilidad pública, adicionalmente el concesionario podía solicitar la expropiación del terreno o la imposición de cargas sobre el mismo, a pesar de ser propiedad de terceros. Y se les prohibió a los extranjeros adquirir directa o indirectamente derechos mineros dentro de 50 kilómetros de las fronteras, excepto que una ley declare lo contrario motivada por la necesidad nacional.

El gobierno peruano recién en los primeros años de la década de los noventa reimpulsó la promoción de la inversión privada, asegurando prioritariamente la estabilidad jurídica para las inversiones; y estas condiciones se establecieron a través de derechos, garantías y obligaciones. Además, se empezó la privatización de empresas estatales¹²⁷. De ese modo, la Constitución Política del Perú de 1993 trajo nuevos cambios consigo considerando de manera neoliberal la propiedad minera. El primer cambio significativo es el cambio de visión del papel del Estado en la economía de la nación, de tal forma que en su artículo 60 señala que el estado solo puede realizar actividad empresarial mediante la autorización de una ley expresa, es decir, el papel del estado adopta una naturaleza subsidiaria, abandonando el rol protagónico que se

¹²⁵ En específico, según el inc. 2 del art. 29, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de declarar la reserva de sustancias minerales de interés nacional; aunque ya no por Decreto Supremo, como en la Ley General de Minería anterior (en razón a que era un Gobierno Militar), con lo cual, restringe las facultades de la administración pública.

¹²⁶ Que establecía en el inciso a del art. 104 del D. L. N° 18880, como recuerdan BELAÚNDE, M., (Cfr., *Derecho Minero...* op. cit., p. 50) y BASADRE, J. (Cfr., *Derecho de minería y del Petróleo...*, op. cit., p. 127).

¹²⁷ La privatización se inició con la promulgación de los Decretos Legislativos N° 662 (Ley de promoción de las inversiones extranjeras), de fecha 2 de setiembre de 1991; Decreto Legislativo N° 674 (Ley de promoción de inversión privada de las empresas del estado), de fecha 27 de setiembre de 1991; y Decreto Legislativo N° 757 (Ley marco para el crecimiento de la inversión privada), de fecha 13 de noviembre de 1991.

había dado asimismo en las anteriores legislaciones. En ese sentido, solo razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional habilitarían que el estado participe en la actividad empresarial minera.

En consecuencia, se promueven las libertades económicas de los particulares, dentro de un orden económico y social. A pesar de la apertura de la nueva Constitución, esta estableció que los recursos naturales, incluyendo los no renovables, entre los que se encuentran los recursos mineros, tienen calidad de “Patrimonio de la Nación”, tal cual lo hizo su predecesora de 1979. Y señala que su aprovechamiento se encuentra vinculado a intereses nacionales; por lo tanto, el Estado será quien otorgue a los particulares el derecho a explotar un derecho minero a cambio de determinadas obligaciones que van a significar un beneficio para el Estado como representante de la Nación¹²⁸ y para determinado grupo particular (canon minero, regalías¹²⁹ y otras condiciones que se han establecido para la explotación del recurso natural), de este modo se establece la participación de ingresos y rentas¹³⁰ que el Estado debe recibir por la explotación de los recursos de los gobiernos subnacionales¹³¹.

Este ímpetu promocional vino acompañado del desarrollo e implementación de la regulación acerca de los aspectos ambientales asociados, de esta forma, en 1993 se dictó la primera reglamentación sectorial sobre medio ambiente, debiéndose exigir para las operaciones

¹²⁸ Artículo 66 de la CP: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

Artículo 77 de la CP: “La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon”.

¹²⁹ La regalía minera es la contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado como compensación por la explotación de los recursos minerales extraídos, que se determina sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional. En el Perú, las regalías mineras varían entre el 1% y 3% del valor comercial del mineral extraído, dependiendo del valor total de las ventas de cada mina. Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, op. cit., p. 44. El monto que los gobiernos regionales y municipales reciban por regalía deberá ser utilizado exclusivamente para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos de inversión productiva que articule la minería al desarrollo económico de cada región para asegurar el desarrollo sostenible de áreas urbanas y rurales. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., pp. 58-59.

¹³⁰ Dentro del pago de tributos que debe realizar la minería se encuentran los impuestos y las contribuciones, fuera de los tributos normados como: Impuesto a la Renta (IR), Impuesto General a las Ventas (IGV), Impuesto Selectivo al Consumo (ISC), Aranceles de Importación, Impuesto Temporal a los Activos Netos (ITAN) e Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF). Además, el sector minero debe realizar el pago del Derecho de Vigencia y Penalidad (aplicable al otorgamiento y vigencia de una concesión minera) y de la Regalía Minera. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana*, op. cit., p. 47.

¹³¹ Cfr. *Ibidem*, p. 47.

antiguas la presentación del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) y también para todo nuevo proyecto minero, el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental¹³² (EIA)¹³³.

Previo a la Constitución de 1993, en noviembre de 1991 se promulgó el Decreto Legislativo N° 708, en el marco de las facultades legislativas otorgadas a Alberto Fujimori. Esta norma modificó gran parte del articulado de la Ley General de Minería (Decreto Legislativo N° 109). Se declara la promoción de inversiones en la actividad minera como un asunto de interés nacional, por lo que se otorga a los concesionarios múltiples beneficios para el desarrollo de sus actividades, entre los que tenemos, fiscales, cambiarios y administrativos¹³⁴.

Asimismo, se abandona la posición empresarial del Estado frente a la actividad minera, conservándose los derechos adquiridos de esas empresas; no obstante, los derechos de exploración serían subastados públicamente. El estado conserva la pertenencia de los recursos mineros, esta propiedad tiene la característica de ser inalienable e imprescriptible, asimismo, conserva la prerrogativa de otorgar el título habilitante de la concesión minera, con la sola constatación del cumplimiento de los requisitos para la obtención del derecho de explotación¹³⁵.

En consecuencia, a la derogación parcial o total de más de 100 artículo de la antigua Ley General de Minería, se aprobó por Decreto Supremo N° 014-92-EM, el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, norma que se encuentra actualmente vigente. Las concesiones de exploración y de explotación, anteriormente separadas se unificaron en un solo título habilitante, denominado concesión minera, que permite realizar ambas actividades, según las necesidades del concesionario; quedando como única clasificación de las concesiones mineras, si éstas son metálicas o no metálicas¹³⁶. Para los denuncios y concesiones otorgados anteriormente, se decidió que continuarían manteniendo sus mismos efectos. Se mantiene un

¹³² Cfr. *Ibíd.*, p. 19.

¹³³ Decreto Supremo N° 016-93-EM, del 28 de abril de 1993, Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades Minero-Metalúrgicas.

¹³⁴ Como la deducción de tributos internos que incidan en su producción (inc. c del art. 2), o la presunción de veracidad y silencio administrativo positivo en los trámites administrativos dentro de un marco de simplificación administrativa (inc. k del art. 2), la libre comercialización de su producción (inc. c del art. 8) y la posibilidad de realizar contratos de riesgo compartido (*joint venture*) para cualquiera de las actividades mineras (art. 4), entre otros beneficios.

¹³⁵ Cfr. BASADRE, J. *Derecho de minería y del Petróleo...*, op. cit., p. 128. Según HUAPAYA, R. “esto obedeció a una figura de liberalización en el sector minero, la cual se manifestó en la derogación de la gran mayoría de las normas que concedían atribuciones y derechos al Estado para participar en la industria minera como agente económico. ... El Decreto Legislativo N° 708 concedió un distinto papel al Estado en la regulación del sector, dándole un rol de autoridad en el sistema, y relegando su posición de agente empresarial en el mercado minero”, (Cfr. CAMPOS, H. & CHÁVEZ, S. “La Regulación del Sector Minero en el Perú: Reflexiones y propuestas desde una visión administrativa”, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 29, Lima 2012, p. 221).

¹³⁶ “... los anteriores textos mineros peruanos insumieron las sustancias mineras en tres y hasta en cuatro categorías. La simplificación en el método clasificatorio es debido al intento del legislador en evitar los problemas que nacen de la superposición entre las diversas categorías...”, (Cfr. BASADRE, J. *Derecho de minería y del Petróleo...*, op. cit., p. 130).

tributo con naturaleza de tasa denominado “derecho de vigencia”, la ausencia de pago oportuno durante dos años consecutivos o tres alternados es causal de caducidad de la concesión¹³⁷.

A partir de estas normas, la obligación del amparo por el trabajo no se configura como la reserva de los yacimientos sino como la obligatoriedad de una producción mínima anual¹³⁸, la que se encuentra regulada en el artículo 38 del T.U.O. de la LGM que era acreditada mediante las liquidaciones de la venta de sustancias minerales, según las hectáreas de la concesión.

El 05 de enero de 2017, se promulga el Decreto Legislativo N° 1320, en el marco de las facultades otorgadas al entonces presidente Pedro Pablo Kuczynski, el cual tenía la finalidad de asegurar la continuidad de las actividades e inversiones mineras¹³⁹ mediante la eliminación de disposiciones que desincentiven la inversión en la industria minera¹⁴⁰, argumentando que no resulta sostenible aumentar los pagos que deben hacer los titulares mineros por falta de producción teniendo como referencia la tendencia de precios de la mayoría de los minerales, pues se pone en peligro la subsistencia de las operaciones y la inversión en la exploración de nuevos recursos minerales. Estas disposiciones entraron en vigor el 1 de enero de 2019.

La propiedad de los recursos minerales extraídos sin derecho de expropiación, es decir, ilícitamente, se encuentra regulada en el artículo 52 del T.U.O. de la LGM que establece que: “La persona que extraiga sustancias minerales sin derecho alguno, devolverá al Estado los minerales indebidamente extraídos, o sus valores, sin deducir costo alguno y sin perjuicio de la acción judicial a que hubiere lugar”. En este supuesto, el artículo 19 del T.U.O. de la LGM sostiene que el Estado conserva el dominio sobre los Recursos Naturales, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.

Debemos recordar, que el Perú fue líder en el debate climático en la veinteaava conferencia de las partes (COP20) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), desarrolladas en el 2014, hecho que le permitió establecer objetivos más claros para su desarrollo¹⁴¹. Y el 25 de septiembre del 2015, el Perú fue uno de los 193 líderes que se reunieron en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre la Agenda de Desarrollo Sostenible 2015, cuyo objetivo era que se comprometan a conseguir un desarrollo sostenible en los próximos 15 años, materializado a través de 17 objetivos con 169 metas que

¹³⁷ La caducidad por el incumplimiento del canon territorial -derecho de vigencia-, era una condición que no existía en el régimen anterior (D. Leg. N° 109), pero sí en el Decreto Ley N° 18880.

¹³⁸ Sobre la producción mínima anual exigida, el quantum ha sido constantemente modificado, debiendo precisar que dichos incrementos se corresponden con el alza de precios de los minerales, principalmente en el año 2008.

¹³⁹ Segundo párrafo del considerando del Decreto Legislativo 1320.

¹⁴⁰ Quinto párrafo del considerando del Decreto Legislativo 1320.

¹⁴¹ Perú. Ministerio del Ambiente. *Perú 2030: La visión del Perú que queremos*. Ministerio del Ambiente; Lima, 2016, p. 19. En: Ministerio del Ambiente, http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2016/07/Peru-2030_la-visi%C3%B3n-del-Per%C3%BA-que-queremos.pdf, visto el 5 de marzo de 2020.

son de carácter integrado e indivisible, y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental. Además, como parte de los compromisos internacionales, el Perú se sometió voluntariamente a una evaluación de su desempeño ambiental bajo las reglas de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE); con esta decisión se identifica con claridad el reto a seguir, por eso, la Evaluación del Desempeño Ambiental (EDA) representa un primer paso del proceso para ser parte de la OCDE porque establece las pautas para ser ambientalmente más sano y con mejor calidad de vida¹⁴².

En el marco del desarrollo sostenible, se entiende que “los recursos naturales son activos de capital natural que, junto con los activos de capital físico y humano, constituyen la base del crecimiento y desarrollo de un país. En la medida en que esos recursos se entienden como activos, y en el marco de un esquema de desarrollo sostenible cuyo objetivo es que las actividades económicas de hoy no comprometan el bienestar de las futuras generaciones”¹⁴³.

De modo que, en las últimas décadas, la producción minera peruana ha ido evolucionando, permitiendo así que su economía se vaya consolidando, en gran medida por el adecuado manejo de las políticas financieras de parte del Estado, pues la normatividad vigente promueve la inversión nacional y extranjera, al punto de que en 2009 el Perú se ubicó en primer lugar como destino de inversiones mineras con 25% en Latinoamérica¹⁴⁴; especialmente porque se brindan ventajas al inversionista frente a otros países de la región¹⁴⁵.

Tabla 1
Inversiones mineras en US\$ 2001-2016

Año	Inversión total
2001	1146
2002	529
2003	305
2004	396
2005	1086
2006	1610
2007	1249
2008	1708
2009	2822
2010	4068
2011	3774
2012	8504
2013	9924
2014	8873
2015	7525
2016*	1325

Nota. * Datos disponibles hasta abril del 2016

Fuente: MEM

¹⁴² *Ibidem*, pp. 19-20.

¹⁴³ BARRANTES, R. “Minería, desarrollo y pobreza en el Perú, o de cómo todo depende del cristal con que se mire”. *Te quiero, pero no: minería, desarrollo y poblaciones locales*. IEP; OXFAM. Lima, 2005, p. 20.

¹⁴⁴ Según el *Metals Economics Group* (MEG). Cfr. *Ibidem*, p. 40.

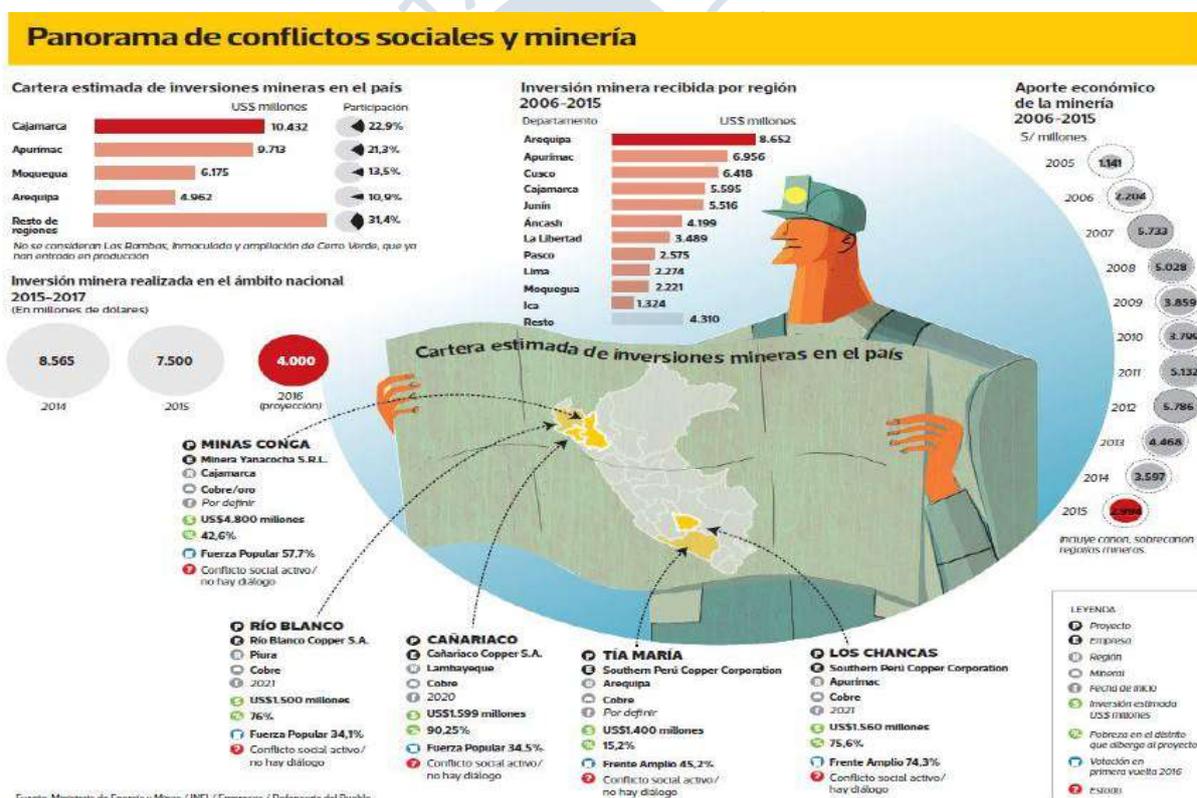
¹⁴⁵ Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 38.

En la tabla precedente se aprecia que la inversión destinada al sector minero ha mostrado una tendencia creciente durante el período 2001-2015, pues la inversión minera pasó de US\$ 1,146 millones (2001) hasta US\$ 7,525 millones (2015), lo cual representa un incremento de 400%, motivado por la culminación de la inversión de importantes proyectos mineros.

Sin embargo, “quizás un aspecto menos conocido de este auge minero es como se viene manejando la relación entre las empresas y las comunidades. El aumento acelerado en estos años de las hectáreas que ocupa la minería ha provocado, el resurgimiento de algunos viejos conflictos”¹⁴⁶, entre los que se pueden encontrar no solo el uso de las tierras y recursos, sino también la distribución de los beneficios¹⁴⁷, la contaminación ambiental, el derecho de las poblaciones a decidir sobre su destino, entre otros temas

Figura 1

Panorama de conflictos sociales y minería



Fuente: Ministerio de Energía y Minas/ INEI/ Empresas/ Defensoría del Pueblo

¹⁴⁶ YOUNG, A. *Minería y comunidades: la experiencia de Canadá. Cooperación; Acción Solidaria para el Desarrollo*. Lima, 1999, p. 1.

¹⁴⁷ Desde el punto de vista de los habitantes de las regiones mineras, los distintos gobiernos del país y la élite económica sí se han aprovechado de la exportación de los minerales; condenando a la población de esos lugares a la miseria, impidiendo que se beneficien de la increíble riqueza de su tierra natal; además manifiestan que las transferencias del canon minero no han logrado compensar ni los problemas que ha generado la minería, ni todo lo que han extraído de esas tierras. Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, op. cit., p. 76.

Según lo ha mencionado Roxana Barrantes¹⁴⁸, el crecimiento económico por sí mismo no necesariamente viene acompañado de desarrollo, especialmente cuando sus frutos se concentran en pocas manos. Pues “a pesar del aumento de políticas de gestión ambiental y medidas ambientales, se podrían decir voluntarias, adoptadas por empresas y asociaciones mineras, la erosión de un sistema eficaz de regulación representa una amenaza ecológica y económica al público y a las empresas (...)”¹⁴⁹.

Las relaciones entre las empresas y su entorno están caracterizadas por su complejidad; por ende, requieren de un marco regulatorio idóneo, donde se refleje una visión y filosofía del desarrollo empresarial, reflejados en políticas que aseguren que la actividad minera contribuya de manera sustentable y equitativa al desarrollo económico, social, ambiental y cultural¹⁵⁰.

2.1.2 Impacto ambiental en la actividad minera

La Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, establece en su artículo 24.1 que: “Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo con ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental”. La actividad minera no queda exenta de esta disposición.

Por eso, en este punto, se debe hacer referencia al Organismo de Evaluación y Fiscalización¹⁵¹ (OEFA), ya que este organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio del Ambiente, es el encargado de la fiscalización ambiental y de asegurar el adecuado equilibrio entre la inversión privada en actividades económicas y la protección ambiental; es bajo su competencia que se encuentra el sector minero. Además, es el ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA)¹⁵². También es necesario mencionar que la fiscalización ambiental que desarrolla el OEFA¹⁵³ es un

¹⁴⁸ BARRANTES, R. “Minería, desarrollo y pobreza en el Perú...”, op. cit., p. 19.

¹⁴⁹ YOUNG, A. *Minería y comunidades: la experiencia de Canadá...*, op. cit., p. 12.

¹⁵⁰ PULGAR, M. & AURAZO, A. *Mejorando la participación ciudadana en el proceso de evaluación de impacto ambiental en minería*. Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo. Lima, 2003, p. 9.

¹⁵¹ Este organismo se creó en el año 2008, mediante Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y funciones del Ministerio del Ambiente; e inició sus actividades de fiscalización ambiental directa en el año 2010. En: Institucional de Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, OEFA, <https://www.oefa.gob.pe/que-es-el-oefa>, visto el 25 de febrero de 2020.

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ “Básicamente, el OEFA realiza una fiscalización ambiental que promueve una protección ambiental efectiva; por medio de la transparencia, la participación ciudadana y la capacitación en fiscalización ambiental. Cuenta con el Servicio de Información Nacional de Denuncias Ambientales (SINADA), a través del cual los ciudadanos pueden presentar denuncias respecto a hechos que podrían constituir infracciones ambientales; también, realiza diversos talleres y foros dirigidos a la población en general. Por eso, su labor es de suma

macroproceso integrado por cuatro funciones específicas: evaluadora, de supervisión directa, de fiscalización y sanción, y, la de aplicación de incentivos¹⁵⁴.

2.1.2.1 Regulación penal frente a la contaminación ambiental. En el modelo penal liberal se privilegiaba la esfera de la libertad; por lo tanto, se consideraba un instrumento de protección de bienes jurídicos individuales, enfocado en una dogmática funcional, que se centraba en el respeto de los principios de legalidad y lesividad, donde la relación de causalidad era indispensable; por esa razón se requería la individualización entre el autor y la víctima¹⁵⁵. No obstante, esta perspectiva resulta inidónea para controlar los nuevos riesgos originados por la civilización técnica¹⁵⁶. Por ello, aquellos riesgos artificiales incorporados, en caso de concretarse en una lesión efectiva, no lesionan a un sujeto sino a un conjunto de ellos¹⁵⁷.

En ese sentido, una sociedad de riesgo¹⁵⁸ implica el reconocimiento de actuaciones arriesgadas, en la que los ciudadanos se encuentran en expectativa de un peligro probable, vigilando los riesgos existentes que pueden originarlo pero que el derecho positivo vigente considera riesgos “permitidos”¹⁵⁹, teniendo el deber de neutralizarlos incorporándolos a la

importancia porque permite la pronta identificación de incumplimientos a la normativa ambiental y el inicio de conflictos socioambientales; sin embargo, cuando persiste la conflictividad, brinda la información técnica en los espacios de diálogo, con el objetivo de facilitar la adopción de acuerdos.” *Ibidem*.

¹⁵⁴ Función evaluadora: constituida por la vigilancia y monitoreo de la calidad del ambiente y sus componentes. Comprende la identificación de pasivos ambientales del subsector Hidrocarburos. Función de supervisión directa: implica la verificación del cumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables. Además, comprende la facultad de dictar medidas preventivas, mandatos de carácter particular y requerimientos de actualización de instrumentos de gestión ambiental. Función de fiscalización y sanción: está constituida por la investigación de la comisión de posibles infracciones administrativas, y la imposición de sanciones, medida cautelares y correctivas. Función de aplicación de incentivos: es la administración del Registro de Buenas Prácticas; y se otorgan incentivos para promover el sobrecumplimiento de la normativa ambiental. *Ibidem*.

¹⁵⁵ Cfr. SCHÜNEMANN, B. *¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*. Traducido por TORRE, A. Cuadernos de conferencias y artículos N° 38. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá; Lima, 2007. pp. 7-9, 15, 22, 23. En el derecho penal –como ámbito del sistema jurídico que regula la imposición de sanciones negativas a una o más personas con motivo de un suceso desagradable que vulnera un bien jurídico– el nexo entre persona y suceso ha pasado por un largo proceso, pasando de un primitivo derecho penal, donde era suficiente un nexo mágico entre suceso y persona, hasta el moderno. En este camino, Birnbaum distinguió con bastante precisión los delitos contra bienes individuales de aquellos contra bienes colectivos. Así, se llegó incluso a la primera sistematización de los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal, donde Wohlers desarrolló una triada de delitos que traspasaban los límites de punibilidad del delito de lesión clásico (delitos de puesta en peligro concretos, delitos cumulativos y preparatorios).

¹⁵⁶ Cfr. CARO, D. “Técnicas de protección en el derecho penal del ambiente.” *Revista de la Academia de la Magistratura “Justicia & Democracia”*. N° 11/2013. Fondo Editorial, p. 16.

¹⁵⁷ VILELA, P. *Determinación del riesgo penal en el delito de contaminación ambiental y sus consecuencias: a propósito del Principio de Lesividad*. Tesis para optar el título de abogado. Asesor: VILCHEZ, R. Facultad de Derecho de la Universidad Piura. Piura, 2018. p.36.

¹⁵⁸ Cfr. MENDOZA, B. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Primera Edición. Madrid, Civitas Ediciones, S.L. 2001, pp. 21-34.

¹⁵⁹ Para delimitar con exactitud los límites de lo que está dentro del riesgo permitido, será necesario tener en cuenta si la ley prohíbe una conducta como abstractamente peligrosa; pues existirán determinaciones legales del límite entre la conducta permitida y la que no lo está. Generalmente, entran en juego normas técnicas de los sectores profesionales. Por ello, en ciertos ámbitos donde la sociedad se transforma, cabe discutir sobre los límites de

sociedad mediante mecanismos o planes de acción que considere apropiados. Este es el caso concreto de la minería, cuyo impacto ambiental es importante, pero que, al ser una actividad económica de gran relevancia para nuestro país, no se puede prescindir de la misma. De ahí la importancia de su regulación resaltando que tal valoración de licitud no permite actuaciones que superen los límites de tolerancia permitidos¹⁶⁰.

En el caso concreto del medio ambiente, que es el bien jurídico que se ve principalmente comprometido con este tipo de actividades extractivas, existe un gran debate doctrinal respecto a su integración conceptual, surgiendo una serie de teorías¹⁶¹ que tratan de darle un contenido al mismo, entre las que se encuentra la teoría antropocéntrica y la eco-céntrica. En el ámbito nacional prima la perspectiva antropocéntrica, por resultar como criterio predominante el aprovechamiento sostenible del mismo, que se pone en evidencia por el requisito para la configuración del ilícito penal de la vulneración de disposiciones administrativas dictadas en pro de dicho aprovechamiento económico, de manera que el daño grave sobre el bien mismo no resulta suficiente para la configuración del tipo penal, rasgo predominante en las legislaciones de carácter eco-céntrico¹⁶².

Según Caro, se trata de garantizar la vida en el tiempo y en el espacio, asegurar el crecimiento económico o mejorar la calidad de vida en condiciones naturales. Se exige mirar hacia el individuo en función de las condiciones necesarias para su desarrollo digno y en sociedad¹⁶³. Y como nuestro país es un lugar rico en recursos naturales, el medio ambiente recibe especial protección en nuestro ordenamiento, así la Constitución señala que el Estado está obligado a promover el uso sostenible de sus recursos naturales o la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas y reconoce en toda persona el derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Sancionando los actos que se cometan contra el medio ambiente, en diferentes ámbitos del derecho civil, administrativo y penal, siendo que en el presente apartado se pondrá énfasis en este último.

El legislador peruano en el ámbito penal ha optado por dos técnicas específicas de tipificación para la protección del medio ambiente, debido al bien jurídico protegido: a) delitos de peligro abstracto, como los delitos cumulativos; y b) la técnica de accesoriedad

lo permitido. Cfr. GÜNTHER, J. *Estudios de derecho penal*. Traducido por: PEÑARANDA, E.; SUÁREZ, C.; & CANCIO, M. Editorial Civitas S.A. Primera Edición. Madrid, 1997, pp. 213-214.

¹⁶⁰ Cfr. PEÑA-CABRERA, A. "Los delitos ambientales". *Revista de la Academia de la Magistratura "Justicia & Democracia"*. N° 11/2013. Fondo Editorial, p. 53.

¹⁶¹ Cfr. CASTILLO, M. *La legitimación penal de los delitos contra el Medioambiente*. Tesis para optar el título de abogado. Asesor: VILCHEZ, R. Facultad de Derecho de la Universidad Piura. Piura, 2019.

¹⁶² Cfr. VILELA, P. *Determinación del riesgo penal en el delito de contaminación ambiental...*, op. cit., p. 36.

¹⁶³ CARO, D. *El Derecho penal del ambiente - Delitos y técnicas de tipificación*. Horizonte S.A, Lima, 1999.

administrativa, que permite definir las conductas penalmente relevantes (ley penal en blanco)¹⁶⁴; de modo que no se va a castigar como delito las conductas realizadas conforme a la normativa administrativa, ni los actos que solamente van contra las funciones de supervisión de la autoridad administrativa ambiental.

Entre las técnicas de tipificación señaladas, se hará un breve desarrollo de la ley penal en blanco, debido a su utilidad para esta investigación; porque se suele emplear en la regulación de determinadas actividades peligrosas, como las relacionadas con materia ambiental; pues, un sector de la doctrina, señala que está fuertemente condicionada por las circunstancias histórico-sociales concretas, que podría implicar una actividad legislativa incesante, de manera que a una ley le sigue otra que poco después la modifica, o un reglamento que la desarrolla, etc. Por esa razón, para evitar el deterioro legislativo de la norma penal, se usa dicha técnica¹⁶⁵ porque si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción de esta, se le tendría que reformar continuamente, para que no se quede sin aplicación¹⁶⁶.

Concretamente, en la realidad peruana se puede apreciar que existe, en la asignación de las normas incriminadoras en materia ambiental, una proliferación en todas las descripciones típicas, donde se distingue entre la “norma sancionadora” que es la remitente, y la “norma completante” hacia la cual se dirige la remisión¹⁶⁷. Cabe indicar que ello no vulnera el principio de legalidad porque los elementos básicos (conducta y consecuencia jurídica) están previstos en el tipo penal; porque a pesar de que la ley penal en blanco supone de hecho una delegación¹⁶⁸ de la potestad legislativa en materia ambiental, será solo para especificar aspectos técnicos. Entonces, una vez integrado el tipo penal, el precepto administrativo pasa a ser también, norma penal, quedando sometido a los mismos principios de interpretación¹⁶⁹.

¹⁶⁴ En el caso del delito cumulativo, se opta por la técnica legislativa del peligro abstracto por la dificultad probatoria para demostrar la relación de causalidad entre la conducta realizada y la afectación al medio ambiente. Además, se debe precisar que esta técnica se aparta del estándar regular de incriminación, porque permite que se sancionen conductas cuya peligrosidad sobre el medio ambiente es insignificante, ya que se realiza una prognosis de futura realización de conductas similares; así que se le ve como una situación de conjunto, que muestra potencial destructivo relevante. Cfr. GARCÍA, P. *Derecho penal económico. Parte Especial*. Volumen II. Segunda edición. Pacífico Editores S.A.C. Instituto Pacífico S.A.C. Lima, 2015. pp. 841-842. En ese sentido, la imposición de la pena en materia ambiental encontrará sustento en un “desvalor de la acción o el resultado por encima de la mera infracción de las normas administrativas”. GARCÍA, P. *Derecho penal económico. Parte General*. Tercera edición. Jurista Editores. Grijley. Lima, 2014, p. 844.

¹⁶⁵ Las leyes penales en blanco constituyen un caso especial de normas penales incompletas porque requieren la determinación del supuesto de hecho. Esta técnica debe ser excepcional. Cfr. REÁTEGUI, J. *Tratado de Derecho Penal*. Parte Especial. Volumen 2. Legales Ediciones. Primera edición. Lima, 2016. pp. 1022-1023.

¹⁶⁶ Cfr. MUÑOZ, F. *Introducción al derecho penal*. Segunda edición. Editorial Bdef. Buenos Aires, 2014, p. 13.

¹⁶⁷ Cfr. REÁTEGUI, J. *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., pp. 1021-1023.

¹⁶⁸ Este aspecto genera gran controversia respecto a la legitimidad, o reserva de ley en materia penal, porque el legislador penal ostenta el monopolio de la criminalización. Cfr. *Ibidem*, pp. 1025-1026.

¹⁶⁹ Como la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos y de retroactividad de disposiciones favorables, respetando el principio de jerarquía normativa del sistema de fuentes. Cfr. *Ibidem*, pp. 1022-1024.

Por ende, teniendo en cuenta que el medio ambiente penalmente protegido se encuentra definido con base a parámetros administrativamente establecidos¹⁷⁰, la función de la accesoriad administrativa será concurrir en la delimitación del riesgo permitido; a través de los valores-límites¹⁷¹, que obliga a la regulación penal de los delitos ambientales a decidir cómo influyen estos referentes administrativos en la imputación penal¹⁷². La sanción penal solo será aplicada cuando las conductas percibidas como peligrosas, y por principio permitidas, rebasen los márgenes de permisión o se desvíen del estándar aprovechándose de las ventajas del propio sistema; convirtiéndose en intolerables y, por tanto, en objeto de persecución penal¹⁷³.

Estamos ante una situación en la que se criminalizan conductas no porque sean socialmente inadecuadas, sino para que pasen a serlo, con la finalidad de prevenir futuras perturbaciones de gran magnitud. Es decir, ante una situación en la que se busca prevenir un daño, se trata de controlar o asegurar el futuro, utilizándose de esa forma el Derecho Penal como instrumento de transformación social a través de la funcionalización de los bienes jurídicos, creando nuevos bienes jurídicos distintos a los tradicionales¹⁷⁴

a) Tipificación. El legislador peruano ha optado por crear delitos que sancionan específicamente conductas contrarias al medio ambiente, incorporándolos al Código Penal, siguiendo el modelo de protección general, que tiene por función reforzar la conciencia de la población sobre la antijuridicidad penal de los delitos regulados¹⁷⁵. Así, en el capítulo Decimotercero se tipifican una serie de figuras delictivas, divididas en cuatro capítulos: 1) delitos de contaminación, 2) delitos contra los recursos naturales, 3) responsabilidad funcional e información falsa, 4) medidas cautelares y exclusión o reducción de penas¹⁷⁶.

En el marco de esta investigación, será indispensable hacer referencia únicamente a los delitos de contaminación ambiental¹⁷⁷, que según la sistemática legislativa del Cód. P. se

¹⁷⁰ A la Administración Pública se le ha asignado la labor técnica de determinar, con una vocación claramente restrictiva, qué conductas contaminantes están permitidas y en qué condiciones o hasta qué límites lo están. Cfr. GARCÍA, P. *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 853.

¹⁷¹ Dentro de las innovaciones propuestas en la parte especial, el numeral 11 de la Exposición de Motivos del Código Penal, prescribe que: "Toda actividad humana por sí misma es contaminante máxime si es industrial. Por ello, a fin de establecer un criterio que compatibilice la explotación industrial con la protección del medio ambiente, el Código Penal precisa que el acto contaminante, debe sobrepasar los límites establecidos". En: Código Penal, <https://wipolex.wipo.int/es/text/202244>, visto el 2 de marzo de 2020.

¹⁷² Cfr. CASTILLO, M. *La legitimación penal de los delitos...*, op. cit., pp. 33-47.

¹⁷³ VÍLCHEZ, R. *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*. Palestra Editores, Lima, 2018, p. 165.

¹⁷⁴ FEIJOO, B. "Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad de riesgo" un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI". (137-176). En: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI; liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006.

¹⁷⁵ Cfr. GARCÍA, P. *Derecho Penal económico...*, op. cit., p. 834.

¹⁷⁶ Cfr. REÁTEGUI, J. *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., pp. 997-999.

¹⁷⁷ Se trata de delitos de dominio, que se imputan por una defectuosa organización de los riesgos de deterioro ambiental, bajo una lógica cumulativa. Cfr. GARCÍA, P. *Derecho Penal económico...*, op. cit., p. 855.

encuentran en un lugar preferencial, pues preside el Capítulo I del Título XIII del Libro Segundo, de la Parte Especial. La razón de ser de esto es que los procesos contaminantes constituyen la forma más tradicional de ataque al ecosistema terrestre¹⁷⁸. Estos delitos tienen una cantidad considerable de factores, en consecuencia, una mayor complejidad del tipo penal la cual reside en la conducta típica. Esto es así, porque en el plano natural se alude a una conducta que engloba diversas formas de causación de modificaciones en el ámbito natural del medioambiente (descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas subterráneas)¹⁷⁹.

El tipo penal de contaminación ambiental consiste en la emanación de agentes extraños que afectan la existencia o las condiciones de idoneidad del medioambiente natural¹⁸⁰, por lo que debe realizarse una doble remisión: a la infracción de las normas de protección del medio ambiente y a la violación de los valores-límites¹⁸¹. Esa doble remisión consiste en un primer requerimiento, el segundo versa sobre que el resultado producido sobre el medioambiente debe significar un perjuicio o peligro de perjuicio al mismo, sus componentes, la calidad o la salud ambientales¹⁸². Además, se debe enfatizar que ese bien jurídico¹⁸³ goza de resguardo penal, frente a las conductas depredadoras emprendidas por las empresas de producción masiva¹⁸⁴.

Sin embargo, cabe acotar que la regulación ambiental no tiene como finalidad prohibir las actividades contaminantes o el uso industrial de los recursos naturales; sino que busca establecer ciertos estándares que aseguren un medio ambiente de calidad¹⁸⁵. En el artículo 304 del Cód. P.¹⁸⁶ se prevé el delito de contaminación ambiental¹⁸⁷, donde se desarrolla la conducta

¹⁷⁸ REÁTEGUI, J. *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., p. 1000.

¹⁷⁹ Cfr. GARCÍA, P. *Derecho Penal económico...*, op. cit., p. 863.

¹⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 853.

¹⁸¹ Cfr. REÁTEGUI, J. *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., p. 1035; y, Cfr. GARCÍA, P. *Derecho Penal económico...*, op. cit., pp. 843 y 844.

¹⁸² Cfr. GARCÍA, P. *Derecho Penal económico...*, op. cit., p. 863.

¹⁸³ El bien jurídico penalmente protegido en los delitos ambientales es el medio ambiente natural, que influye de manera directa e indirecta en la vida y desarrollo de las personas; donde básicamente se resguarda la estabilidad del medio ambiente o los ecosistemas. Por lo tanto, la función de la pena es devolver la vigencia social de la expectativa normativa defraudada debido a la realización del delito ambiental; pues se espera que las actividades humanas no generen un impacto desestabilizador en el medioambiente, haciéndolo impropio para el desarrollo de las personas. Cfr. GARCÍA, P. *Derecho Penal económico...*, op. cit., pp. 839-840.

¹⁸⁴ Esta particularidad social es la que les trasmite a los delitos ambientales el entorno propio de un delito económico. Cfr. *Ibidem*, p. 835.

¹⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 832, 834 y 835.

¹⁸⁶ Se debe indicar que, si bien este tipo penal de protección del medio ambiente defiende intereses ajenos a la economía, y su criterio de legitimación no depende de las estructuras económicas, su protección jurídico penal se enmarca en estas estructuras, por ello se justifica que esté inmerso en los criterios de imputación propios del derecho penal económico. Cfr. *Ibidem*, pp. 132-133.

¹⁸⁷ El delito de contaminación ambiental es un problema multidisciplinario que exige soluciones de corte político y social, pues se precisa de una mediación constante y regular para poder resolver el conflicto. REÁTEGUI, J. *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., p. 996.

típica prevista a través de los verbos rectores “contaminar” mediante “vertidos residuales”, que necesitarán de una adecuación típica, condicionada a una serie de elementos normativos y descriptivos, entre los que se destaca la dependencia a las infracciones de la legislación administrativa; es decir, se deberá determinar el desvalor de la acción sancionada en términos administrativos¹⁸⁸.

Para finalizar, debe indicarse que autores como Vilela, no consideran necesario recurrir a la ley penal en blanco por parte del legislador peruano, debido a que se ocasionan diferentes inconvenientes en la tipificación de delitos ambientales por la deficiente labor normativa de la administración, atando las manos al juez en la determinación de la punibilidad y el dictado de penas¹⁸⁹. En ese sentido, para este autor, el eliminar la ley penal en blanco garantiza mayor libertad en el juzgador garantizando a su vez una adecuada protección del bien jurídico protegido. No obstante, se comprende que la crítica se encuentra en la técnica normativa de la autoridad administrativa, pero qué pasa si la redacción de un nuevo artículo comete errores por la impericia de un legislador penal, también se caería en situaciones de desprotección de este bien jurídico, por lo que la crítica no se puede basar solo en el posible error del legislador; dado que todo el derecho en general puede ser víctima de dicha situación. En ese sentido, se reafirma la postura que favorece el uso de leyes penales en blanco para la regulación de los delitos ambientales, debido a que una correcta redacción de parte de la autoridad administrativa permite un mayor alcance; en consecuencia, una mayor protección del medioambiente.

2.1.2.2 Evaluación de impacto ambiental. En este apartado se debe señalar que este instrumento se sustenta jurídicamente en el principio precautorio que ordena que todas las actuaciones del hombre y el Estado deben estar enfocados en salvaguardar la vida del ser humano en un medio ambiente sano y en equilibrio. Si bien existe división en la doctrina sobre la obligatoriedad de este principio, así como sus efectos limitantes del ejercicio de derechos constitucionales como el derecho a la empresa y al trabajo, se debe entender que este principio no busca frenar el crecimiento económico del país sino garantizar el desarrollo natural del hombre sin estar expuesto a riesgos serios que afecten su salud de manera irreversible; por ello se puede decir que se trata de una medida garantista de los derechos constitucionales del hombre. En la realidad nacional, los operadores judiciales emplean poco este principio en sus argumentos jurídicos debido a que es un principio jurídico que no ha sido desarrollado en la

¹⁸⁸ Cfr. *Ibíd*em, pp. 996, 1003 y 1005.

¹⁸⁹ Cfr. VILELA, P. Determinación del riesgo penal en el delito de contaminación ambiental..., op. cit., p. 36.

jurisprudencia ni en la doctrina, siendo relegada su utilización por su poca efectividad en los procesos judiciales¹⁹⁰.

La Evaluación Ambiental (EA), data de 1969, fecha en que se institucionalizó de manera formal este instrumento de gestión ambiental en la legislación federal de Estados Unidos a través de la *National Environmental Policy Act* (NEPA), donde se le conoce como la Carta Magna del Medio Ambiente. Es decir, en esta norma el propósito principal era perfeccionar el procedimiento administrativo para mejorar la calidad de la toma de decisiones desde la perspectiva ambiental y social, pues antes las decisiones solo se basaban en los factores técnicos y económicos¹⁹¹.

En cambio, en los países latinoamericanos este proceso de institucionalización de la EA respondió especialmente a la necesidad de satisfacer los requisitos para obtener créditos de los organismos financieros. Por eso, se priorizaba el enfoque de la presentación de estudios o informes de impacto ambiental, en lugar de centrar la atención en el procedimiento para mejorar el sistema de decisiones públicas. Probablemente, debido a este defectuoso enfoque inicial se puede explicar, en parte, la razón de los actuales conflictos y desconfianza que la población muestra en los resultados de su aplicación, pues se ha perdido la confianza en la EA como instrumento fundamental para una decisión confiable para determinar los verdaderos impactos de la actividad minera.

Es preciso indicar que el proceso de toma de decisiones implica cumplir una serie de etapas sucesivas como la notificación, consulta, decisión, implementación y revisión, por esa razón, la EA debe ser considerada como una herramienta de gestión ambiental y social que favorece la participación en la selección de proyectos de acuerdo con sus impactos ambientales y sociales, en el diseño de estos y en el proceso de toma de decisiones. Básicamente, la EA debe aspirar a ser un proceso destinado a mejorar el sistema de toma de decisiones públicas y a resguardar que las opciones de proyectos, programas o políticas en consideración sean ambiental y socialmente sostenibles, porque en la actualidad es considerada solamente como un mero requisito para la obtención de créditos o permisos de la banca o del Estado.

En este sentido, la EA constituye un instrumento central de la gestión ambiental. Por eso, es oportuno acotar que es de naturaleza preventiva, como se ha señalado en el primer párrafo de este apartado, por estar sustentada en el principio precautorio. Por ende, está

¹⁹⁰ Cfr. OTINIANO, K. *Pautas para una eficaz regulación del principio precautorio en el Derecho Peruano desde la experiencia del Derecho Comunitario Europeo*. Asesor: MOSQUERA, S. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú. 2016, pp. 147-148.

¹⁹¹ Cfr. ANDALUZ, C. *Manual de Derecho Ambiental...*, op. cit., p. 464.

direccionada a otorgar los elementos necesarios para un proceso informado de toma de decisiones, en el que se den a conocer los potenciales y previsibles impactos que un proyecto puede generar, además ayuda a planificar las medidas que se deben tomar a fin de prevenir, disminuir, mitigar o eliminar esos impactos, en la medida de lo posible. Es decir, para el ciudadano, la EA es fundamentalmente una herramienta de información oportuna, adecuada y suficiente para conocer las características ambientales y sociales de un proyecto propuesto, la misma que podrá emplear en el momento en que sea consultado sobre sus inquietudes respecto a él; por lo tanto, se trata de un proceso eminentemente participativo.

En ese orden de ideas, el proceso de consulta debe ser parte del proceso de EA y no posterior a él, porque éste permite que las comunidades ejerzan su derecho de preferencia; por eso, en él se debe determinar cuáles y cuántas comunidades se verían afectadas y en qué medida, con la finalidad de tomar las decisiones y prevenciones necesarias. Además, permite definir el acuerdo de compensación y la participación en los beneficios, con el objetivo de empezar la elaboración del proyecto de sostenibilidad para la localidad.

No obstante, la participación ciudadana no puede limitarse a permitir que el ciudadano acceda a la información contenida en la EA, a la justicia en defensa de sus derechos ambientales o al proceso; sino que dicha participación implica acceder al verdadero nivel donde se desarrolla el proceso de toma de decisiones; por lo tanto, se debería garantizar el derecho de rechazar un proyecto como parte del mecanismo participativo; o por el contrario, poder participar de manera efectiva en los beneficios que el proyecto pueda generar y a exigir objetividad y representatividad en la decisión, por parte de las autoridades.

En consecuencia, resulta indispensable contar con mecanismos de participación ciudadana claros, sistemáticos y accesibles a toda la comunidad desde el principio para lograr que un proceso de EA resulte exitoso; pero, además quienes se encarguen de realizar dicho proceso también deberán suministrar datos confiables y claros, pues será la referencia que todos los actores, agencias de gobierno, comunidad afectada, municipalidad, las ONG, entre otros, tendrán para poder tomar decisiones acertadas.

2.1.2.3 Estudio de impacto ambiental (EIA). Resulta oportuno indicar que es tan solo una de las etapas de la EA, por eso debe tenerse en cuenta que está diseñado para identificar, predecir, interpretar y comunicar información acerca de los impactos que producen las propuestas legislativas, políticas, programas, proyectos y los procedimientos operacionales sobre el ambiente bio-geofísico, salud humana y bienestar; por lo tanto, el EIA también debe comprender un análisis técnico e interdisciplinario, porque no basta solamente con proponer las

acciones y medidas para prevenir, controlar o corregir los efectos degradantes de los impactos ambientales.

Cabe resaltar que la EA es un proceso formal conducido y controlado por una autoridad gubernamental, mientras que los EIA son responsabilidad del proponente del proyecto, que puede ser del sector público o privado; es decir, el EIA es un análisis pormenorizado de las características del proyecto o actividad, de sus impactos, por ese motivo puede ser el instrumento más valioso para lograr una relación de confianza entre la actividad minera y las comunidades locales. En ese sentido, la participación ciudadana en esta etapa constituye un requerimiento necesario para aprobar el EIA; no obstante, en la mayoría de los casos ésta se realiza de manera extemporánea.

El proceso de evaluación de impacto ambiental estaba previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 613¹⁹², Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales¹⁹³ (CMA), promulgado el 7 de septiembre de 1990, donde se mencionaba la obligación de los proponentes de los proyectos, de realizar Estudios de Impacto Ambiental (EIA). Básicamente, la promulgación de este código llegó para cubrir los vacíos existentes, posibilitando así que las normas preexistente se conviertan en instrumentos importantes para una gestión ambiental adecuada; sin embargo, el mencionado artículo fue derogado un año más tarde por el inciso a) de la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada¹⁹⁴, publicado el 13 de noviembre de 1991.

Entonces, el artículo 51 del D. Leg. N° 757, con la finalidad de suplir el vacío dejado por la derogación del artículo 8 del CMA, estableció que: “La autoridad sectorial competente determinará las actividades que por su riesgo ambiental pudieran exceder los niveles o estándares tolerables de contaminación o deterioro del medio ambiente, de tal modo que requerirán necesariamente la elaboración de estudios de impacto ambiental previos al desarrollo

¹⁹² Artículo 8 del D. Leg. N° 613: “Todo proyecto de obra o actividad, sea de carácter público o privado, que pueda provocar daños no tolerables al ambiente, requiere de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) sujeto a la aprobación de la autoridad competente. En particular, deberá elaborarse un EIA con respecto a las siguientes actividades: (...) f. Actividades mineras, pesqueras y forestales. (...)”.

¹⁹³ “El Código es una ley marco o general y no el resultado de una codificación de las leyes ambientales vigentes en ese momento. Su importancia radica en que establece los principios jurídicos básicos que se desprenden del artículo 123 de la CP. Entre ellos el derecho de los ciudadanos a presentarse al Poder Judicial para exigir el cumplimiento de las normas ambientales, sin requerir demostrar, para ello, la existencia de un interés personal o económico tan solo basta el interés moral y la obligación constitucional de todos los peruanos a conservar el ambiente (...). Este principio inspira a todo el Derecho Ambiental en el Perú y el mundo, y se basa en la realidad misma del fenómeno ambiental: los daños ambientales normalmente afectan a la colectividad”. FERRERO, E. *El Perú, El Medio Ambiente y el Desarrollo*. CEPEI. Lima, 1992, p. 206.

¹⁹⁴ Así también se dispuso la derogación del artículo V del título preliminar, de los artículos 17, 18, 56, 57, 58, 89, 107, y 115; y, de los capítulos XXI y XXII del Decreto Legislativo N° 613.

de dichas actividades (...). De este modo, se señaló que cada autoridad sectorial competente se encargaría de la determinación de los casos ante los cuales procedía presentar un EIA.

Es decir, esta norma generó que las diferentes autoridades sectoriales competentes empezaran a dictar normas específicas sobre la materia, con el objetivo de regular el EIA en su sector. Sin embargo, esta reglamentación tan sectorial, sumada a la falta de coordinación entre los diferentes sectores causó que la regulación del EIA difiera en cada sector¹⁹⁵. Respecto a este tema, algunos autores han manifestado que, si en el Perú se mantiene ese enfoque fragmentado, se va a seguir perjudicando la gestión ambiental, pues resulta indispensable que se coordinen las actividades en áreas en las que tienen injerencia varios ministerios; debido a que la problemática ambiental se trata por sectores¹⁹⁶.

Fue hasta el 12 de mayo del año 1998 que se promulgó la Ley N° 26786, Ley de Evaluación de Impacto Ambiental para obras y actividades, cuyo artículo 1, modificó el artículo 51 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, indicando que las autoridades sectoriales competentes debían comunicar al Consejo Nacional del Ambiente¹⁹⁷ (CONAM), sobre las actividades que desarrollan en su sector, que por su riesgo ambiental, pudiera exceder los niveles o estándares tolerables de contaminación o deterioro del ambiente, y que deberán presentar obligatoriamente Estudios de Impacto Ambiental, previos a su ejecución.

Se establece además que la autoridad sectorial competente propondrá al CONAM¹⁹⁸ los requisitos para la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental y Programas de requisitos para elaborar los estudios de Impacto Ambiental y Programas de Adecuación del Manejo Ambiental; así como, también el trámite para la aprobación¹⁹⁹, y la supervisión correspondiente a los Estudios y otras normas vinculadas con el Impacto Ambiental²⁰⁰.

¹⁹⁵ PULGAR, M. & AURAZO, A. *Mejorando la participación ciudadana...*, op. cit., p. 96.

¹⁹⁶ CALDERÓN, G. [et. al.]. *El medio ambiente en el Perú. Año 2002*. Instituto Cuánto. Lima, 2003, p. 17.

¹⁹⁷ Es un organismo descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno, el cual cuenta con autonomía funcional, económica, financiera, administrativa y técnica; depende del Presidente del Consejo de Ministros, y al ser el organismo rector de la política nacional ambiental tiene por finalidad planificar, promover, coordinar, controlar y velar por el ambiente y el patrimonio natural de la Nación. Cfr. Artículo 1 y 2 de la Ley N° 26410, Ley del Consejo Nacional del Ambiente.

¹⁹⁸ Si bien, con la creación del CONAM se posibilitaba la coordinación intersectorial para la definición de los límites de permisibilidad (art. 4 c de la Ley N° 26410); es necesario indicar que una de las grandes deficiencias es el casi absoluto silencio respecto a los límites de tolerabilidad legalmente definidos en muchos sectores de la actividad industrial; a pesar del Reglamento Nacional (D.S. N° 044-98-PCM) para la aprobación de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP); un Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del aire (D.S. N° 074-2001-PCM); y el D.S. N° 069-2003-PCM que establece el valor anual de concentración de plomo. Cfr. REÁTEGUI, J. *Tratado de Derecho Penal...*, p. 1033.

¹⁹⁹ “El estudio ambiental aprobado debe ser actualizado por el titular en aquellos componentes que lo requieran, al quinto año de iniciada la ejecución del proyecto o por periodos consecutivos y similares, debiendo precisarse sus contenidos, así como las eventuales modificaciones de los planes que lo integran”. Cfr. ANDALUZ, C. *Manual de Derecho Ambiental...*, op. cit., p. 468.

²⁰⁰ La necesidad de desarrollo económico impide la protección con carácter exclusivo y absoluto de los recursos naturales. Cfr. REÁTEGUI, J. *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., p. 1030. No obstante, se debe recalcar

2.1.3 *Conflicto minero e impacto ambiental en las comunidades*

Resulta necesario indicar que, en el Perú, el panorama usual de los conflictos sociales se ha visto fuertemente influenciado por la dinámica de crecimiento económico que ha tenido el país en los últimos años²⁰¹, que no ha implicado necesariamente, el establecimiento de medidas que generen una percepción de bienestar social y de representatividad política de ciertos sectores de la sociedad²⁰². Generalmente en los estudios sobre conflictos mineros²⁰³ se hace hincapié en el impacto negativo de la minería sobre los medios de vida de las comunidades para justificar su rechazo.

Incluso, muchos detractores de la minería emplean la frase “*La maldición de los recursos*”²⁰⁴ para hacer referencia a una gama de consecuencias negativas que los países altamente dependientes de la explotación de sus recursos naturales pueden padecer²⁰⁵, así se

que si bien el crecimiento económico actual se ha conseguido debido a la fuerte injerencia transformadora del hombre sobre el medio ambiente; no cabe duda que un crecimiento económico que signifique un elevado costo lesivo sobre el medio ambiente no puede ser aceptado, pero ello no implica que se dejen de realizar actividades económicas para dejar inmutable el medio ambiente; sino que se debe concientizar para compatibilizar la actividad económica con la conservación de un medio ambiente adecuado y sostenible a lo largo del tiempo. Cfr. GARCÍA, P. *Derecho Penal económico...*, op. cit., p. 831.

²⁰¹ Debido a las constantes manifestaciones sociales realizadas en contra de las empresas extractivas, el Estado colocó en agenda nacional este tema social, buscando medidas que lleven a dar una solución factible a las inquietudes de la población; sin embargo, a pesar de que existió un compromiso de las instituciones estatales y el sector empresarial por contribuir al desarrollo local, éste no ha sido cuantificado ni monitoreado. Incluso el MEM estableció como requisito el *compromiso previo* del peticionario en forma de declaración jurada (Declaración Anual Consolidada – DAC), para realizar actividades de Desarrollo Sostenible durante las actividades mineras. Dentro de la política preventiva del MEM sobre conflictos sociales, en el 2010 emitió el D.S. N° 052-2010-EM, en el que se establece que el diálogo debe tener una posición privilegiada, y también buscaba revertir la percepción de que la minera no genera beneficios a las poblaciones involucradas; sin embargo, en la realidad estos esfuerzos no fueron exitosos ya que no disminuyeron los conflictos socioambientales, debido a la falta de supervisión del Gobierno; no obstante, el Estado se empeñó en exaltar las ventajas que trae consigo la minería, generando desconfianza en las comunidades, fruto a los continuos precedentes de impacto ambiental, por la ineficiencia de las empresas mineras y la inoperancia del Estado para fiscalizar. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 79.

²⁰² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 156: Violencia en los conflictos sociales*. Marzo de 2012.

²⁰³ Los últimos informes de la Defensoría del Pueblo vienen mostrando un incremento sostenido de la conflictividad social. Entre diciembre 2017 y mayo 2018 los conflictos han pasado de 169 a 198 (el nivel más alto de los últimos doce meses). Cfr. OBSERVATORIO DE CONFLICTOS MINEROS EN EL PERÚ (OCM). *22° Observatorio de Conflictos Mineros en el Perú, reporte primer semestre 2018*, <http://conflictosmineros.org.pe/wp-content/uploads/2018/07/Revista-Informe-de-Conflictos-Mineros-VII.pdf>, visto el 2 de noviembre de 2019.

²⁰⁴ Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, op. cit., pp. 48-50.

²⁰⁵ Sin embargo, en el campo académico se han realizado investigaciones para superar la maldición de los recursos, entre las que se encuentran: desarrollar buenas políticas para que la explotación de los recursos naturales genere ingresos que potencien el crecimiento del país y reduzcan la pobreza; desarrollar la capacidad de los Estados para que puedan negociar efectivamente con las empresas mineras, pero que además logren gestionar adecuadamente los recursos públicos; aplicar políticas macroeconómicas y fiscales consistentes; implementar mecanismos para asegurar la transparencia administrativa y el control de la corrupción; reformar la burocracia estatal para mejorar la provisión de servicios públicos; y crear fondos de estabilización para amortiguar la volatilidad de los ingresos fiscales. Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, op. cit., pp. 50-52.

tiene el Informe Extraordinario²⁰⁶ de la Defensoría del Pueblo titulado: “*Los Conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú*” que señala la existencia de una fuerte tendencia en la población, que viven cerca donde se desarrollan las actividades extractivas, de rechazar la minería debido a “que la actividad minera no ha permitido superar la pobreza (...) toda vez que existe una población que se debate entre la pobreza y la extrema pobreza en las regiones donde se desarrollan estas actividades”, lo que demuestra que los efectos negativos son mayores o quizás son de mayor intensidad, de modo que son advertidos por los pobladores y repudiados. La literatura académica se ha centrado en cuatro problemas²⁰⁷:

- a) El impacto negativo de la explotación intensiva de minerales y petróleo sobre el crecimiento económico; pues un fuerte aumento de las inversiones en industrias extractivas o en el precio internacional de las materias primas, genera un ingreso de capital en el país que eleva el tipo de cambio, incentiva el consumo, anima el gasto público y eventualmente genera inflación porque la concentración de capital y de la fuerza de trabajo cualificada en el sector extractivo priva a otros sectores de esos recursos, debilitando la economía e incrementando la dependencia en el sector extractivo;
- b) Autoritarismo y falta de respuesta del Estado a las necesidades de la población, que tiende a reducir el gasto público en servicios sociales;
- c) Dificultad para convertir la riqueza mineral en reducción de los niveles de pobreza, debido al estancamiento económico, altas tasas de inflación que afectan más a los sectores pobres, la falta de trabajos no especializados en el moderno sector extractivo y el débil vínculo de este con otros sectores de la economía dificulta la generación de empleo y explica la persistencia de la pobreza en países ricos en recursos minerales; y
- d) El aumento de conflictos violentos, donde la codicia o el agravio suelen ser factores inductores de conflictos armados, pero además la renta generada y las maneras en que esta puede ser controlada son más importantes para explicar la relación entre recursos y conflicto, que la pura dependencia económica.

Por lo tanto, tal como lo indica el segundo problema, ese impacto es agravado por una serie de limitaciones y fallos institucionales. Acusándosele al Estado de relajar el cumplimiento de las normas que pueden afectar o molestar a las compañías, debido a su gran interés en

²⁰⁶ DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Los Conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú*, del 16 de abril del 2007, incluye notas aclaratorias presentadas al Congreso de la República en la misma fecha. p. 51.

²⁰⁷ Si bien se puede corroborar la existencia de estos problemas, es oportuno enfatizar que a pesar de que las consecuencias negativas son probables, no están fatalmente determinadas; pues mientras las empresas desarrollen sus actividades dentro del respeto de los derechos humanos y cuente con la colaboración de las autoridades y las comunidades locales (comunidades campesinas en el caso del proyecto conga) este panorama se puede evitar. Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, op. cit., pp. 50-52.

promover la inversión minera. Por ello, no es extraño que el Estado sea percibido como el aliado de las empresas, ante los ojos de las poblaciones directamente afectadas; en lugar de verlo como un árbitro ecuánime en el que puedan confiar²⁰⁸. Por ello, la población local entiende que el conflicto es la única forma de hacer frente a la alianza entre el Estado y las empresas²⁰⁹.

Por esa razón, una de las características más resaltante del conflicto minero es la polarización de las posiciones de las comunidades locales debido a prácticas empresariales que no tienen en consideración la opinión de las poblaciones y a la ausencia del Estado en esas localidades. A lo que se debe incorporar la falta de información y las condiciones estructurales de pobreza; sin embargo, lo que agrava la situación es cuando el Estado deja de asumir un rol fiscalizador de la gestión ambiental, priorizando la inversión sobre la mejora de la calidad de vida de las poblaciones, olvidando su rol de garante sobre las condiciones ambientales²¹⁰.

Un claro ejemplo donde la población sintió la parcialización del Estado a favor de las empresas mineras fue el Decreto Legislativo N° 1015²¹¹, que facilitaba la adquisición y

²⁰⁸ En este sentido, cabe indicar que el gran problema de la economía *-por qué algunos países son ricos y otros pobres-* según Acemoglu y Robinson, no es un problema estrictamente económico, sino también político, atribuyendo su causa a las instituciones económicas y políticas, que se encargan de crear incentivos para los habitantes, para los emprendedores y para las empresas que desean invertir allí. Básicamente, cada sociedad funciona con una serie de reglas políticas y económicas creadas e impuestas por el Estado, por eso, el éxito o fracaso de las naciones depende de sus instituciones políticas, las que a su vez determinan las instituciones económicas, que pueden ser de dos tipos: a) inclusivas, que posibilitan y fomentan la participación de la gran mayoría de las personas en actividades económicas que aprovechan mejor su talento y sus habilidades, permitiendo que cada individuo pueda elegir lo que desea, porque se garantiza el derecho de la propiedad privada, un sistema jurídico imparcial y un conjunto de servicios públicos que proporcionan igualdad de condiciones; debido a que todas estas cuestiones recaen en el Estado, éste se encuentra inexorablemente entrelazado con las instituciones económicas, como responsable de la ley y el orden; y b) extractivas, cuyo objetivo consiste en extraer rentas y riqueza de un subconjunto de la sociedad para beneficiar a una elite acomodada. Como se ha mencionado anteriormente, estas instituciones económicas tienen tu génesis en la política; por lo tanto, las instituciones políticas de una sociedad son un elemento determinante porque éstas estipulan quién tiene poder en la sociedad y para qué fines puede utilizarse. Si el reparto del poder es restrictivo e ilimitado para unos pocos, las instituciones políticas terminarán siendo restrictivas, permitiendo que la élite acomodada pueda establecer instituciones económicas extractivas que garanticen un mayor enriquecimiento y poder a costa del resto de la sociedad. En cambio, las instituciones políticas inclusivas son aquellas que reparten el poder ampliamente en la sociedad y lo limitan a quienes lo ejercen, en lugar de concederlo a un individuo o a un pequeño grupo, el poder político reside en una amplia coalición o pluralidad de grupos, ello se logra debido a la instauración de una democracia pluralista, y a la existencia de un Estado centralizado donde la ley y el orden se cumplan. IVAROLA, L. "Por qué Fracasan los Países. Los Orígenes del Poder, la Prosperidad y la Pobreza, por Daron Acemoglu y James Robinson. Buenos Aires: Ariel, 2012, 608 páginas ISBN 978-987-1496-66-2." (Reseña del Libro). En: *Filosofía de la Economía*, 2016, Vol. 5, pp. 125-131. El Perú se encuentra entre los países en vías de desarrollo, esa mejora en la economía no es percibida por los pobladores debido a la inadecuada distribución de la riqueza, evidenciándose que en el Perú aún funcionan las instituciones económicas de tipo extractivo; debiendo resaltar que las zonas cercanas a los proyectos mineros generalmente son las más abandonadas por las autoridades, por ello, los pobladores que están a favor de la minería esperan que la empresa minera se encargue de suplir las falencias de la comunidad, por el ausentismo del Estado.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 114.

²¹⁰ RÍOS, M. & ARMAS, H. *Participación y vigilancia ciudadana en la actividad minera...*, op. cit., p. 15.

²¹¹ El Poder Ejecutivo ya había pretendido modificar con carácter urgente la Ley N° 26505 y presentó el Proyecto de Ley N° 1992-2007-PE, con fecha 13 de diciembre del 2007; pero no fue aprobado por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República. Cabe precisar que el texto del proyecto de ley y el D. Leg. N° 1015 son idénticos. Con este Decreto se modificaba

arrendamiento de territorios de la Amazonía por inversores privados; pues este decreto²¹² buscaba facilitar nuevas inversiones en exploración minera y petrolera²¹³. Sin embargo, los grupos indígenas (como los awajún y los wampis) se oponían porque limitaba su capacidad de gestionar sus territorios, de acuerdo con sus necesidades²¹⁴.

Según manifiesta Javier Arellano, como respuesta a la creciente movilización social de comienzos de la década del 2000 que ponía en cuestión la viabilidad política de la expansión del sector minero; el gobierno implementó un conjunto de políticas expresamente diseñadas para reducir los conflictos sociales en torno a la minería; no obstante, en ese periodo los conflictos se multiplicaron en Perú. Entre los conflictos socioambientales que se manifestaron se encuentra la rotunda oposición local a la expansión de Yanacocha en Cajamarca; debiendo precisar que la respuesta del gobierno fue desarrollar políticas encaminadas a convencer a la población de los beneficios que la minería podía reportarles y proyectar una imagen más amable de las compañías mineras. Además, se dieron dos innovaciones principales; la primera fue la redistribución de una cantidad importante de los ingresos fiscales generados por la minería a los gobiernos subnacionales de regiones mineras. Y la segunda es el impulso de una mayor participación de las compañías mineras en actividades de desarrollo social; por ejemplo, las compañías aumentaron sus presupuestos de Responsabilidad Social Corporativa (RSC); también desarrollaron departamentos específicos con la intención de utilizar estos fondos para la promoción del desarrollo local en las regiones donde operaban. Cabe mencionar que éstas no son políticas exclusivas de Perú; sino que forman parte de un intento de las Instituciones Financieras Internacionales (IFI), y de las compañías mineras transnacionales de proyectar la imagen de una industria minera más responsable y orientada al desarrollo²¹⁵.

la Ley N° 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas; pues el Decreto Legislativo N° 1015 reducía el quórum y las votaciones calificadas requeridas para la transferencia de tierras y contenidas en la Ley N° 26505, al extremo de hacer muy sencillo el desprendimiento de tierras comunales de la sierra y selva. Cfr. MEDINA, A. “Los derechos fundamentales de las comunidades campesinas a propósito de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1015”. *Actualidad Constitucional*. Gaceta Jurídica. Tomo 175, junio 2008, pp. 198-200.

²¹² Esta norma unificaba los procedimientos para transferencias de las tierras de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y selva, con las de la costa.

²¹³ Al respecto, Medina señala que en el Decreto N° 1015 se apreciaban notables incoherencias, la primera de ellas es que establecía un procedimiento para la venta de las tierras de las comunidades, con una facilidad que pone en duda la labor promocional de las comunidades por parte del Estado; pues no se tiene en cuenta las costumbres y los antecedentes de las comunidades; el segundo problema era el peligro de extinción de las comunidades; y en tercer lugar, se considera que esas tierras son similares a cualquier otra propiedad, regulada en el Código Civil, sin evaluar que esas tierras son un elemento necesario para la supervivencia de las comunidades, en especial, si se tiene en cuenta que su existencia es anterior a la creación del estado peruano. Cfr. MEDINA, A. “Los derechos fundamentales de las comunidades campesinas...”, op. cit., pp. 198-199.

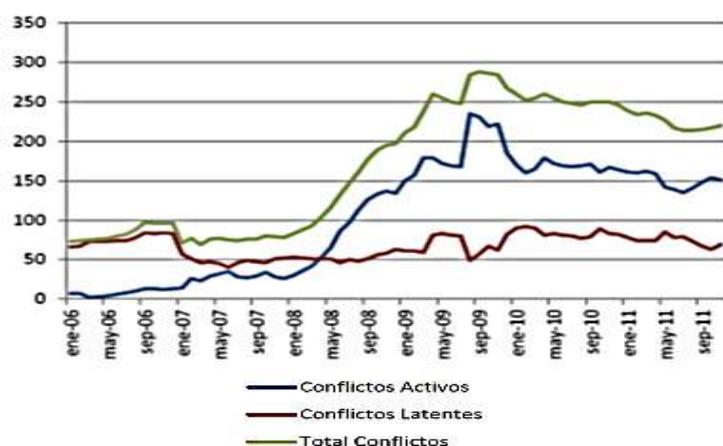
²¹⁴ Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, op. cit., pp. 21-22.

²¹⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 24-25.

A pesar de la implementación de esta estrategia en Perú, los resultados revelaron que no fue capaz de reducir el número de conflictos sociales; sino que estos se incrementaron rápidamente; Javier Arellano sostiene que existen dos mecanismos que explican este “efecto ingreso”; el primero es que el gobierno permitió que la empresa retenga mayor cantidad de las ganancias extraordinarias por el aumento de precio de los minerales, con el objetivo de que la empresa sea un agente clave para el desarrollo, de modo que según la impresión popular la empresa pasó a tener la obligación de cuidar y proteger a la población de su entorno, entonces tras la ausencia de instituciones que funcionen de manera efectiva, la población empleó el conflicto para negociar mayores compensaciones económicas y oportunidades de trabajo en las empresas. El segundo mecanismo es que los altos ingresos fiscales mineros acumulados por los gobiernos subnacionales generaron disputas sobre el acceso y el uso de estas transferencias financieras²¹⁶.

Figura 2

Tendencia de los conflictos sociales (2006 – 2011)



Fuente: En base a Ter – Minassian, y Jiménez 2011 y Defensoría del Pueblo

Al inicio de su gestión, el entonces presidente del Consejo de Ministros, Jorge del Castillo Gálvez²¹⁷, consideró que en la negociación de las demandas debía primar el diálogo con los actores de los conflictos, y que dialogar era la estrategia más adecuada para prevenirlos. No obstante, los conflictos socioambientales fueron incrementando y llegaron a su cúspide en el 2009; pues la actitud que se apreciaba en los actores era una negativa de los representantes empresariales a dialogar bajo amenaza, y la acción de la población para involucrar a las autoridades del Gobierno en el curso de las cuestiones en disputa e instalen mesas de

²¹⁶ Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, op. cit., p. 27.

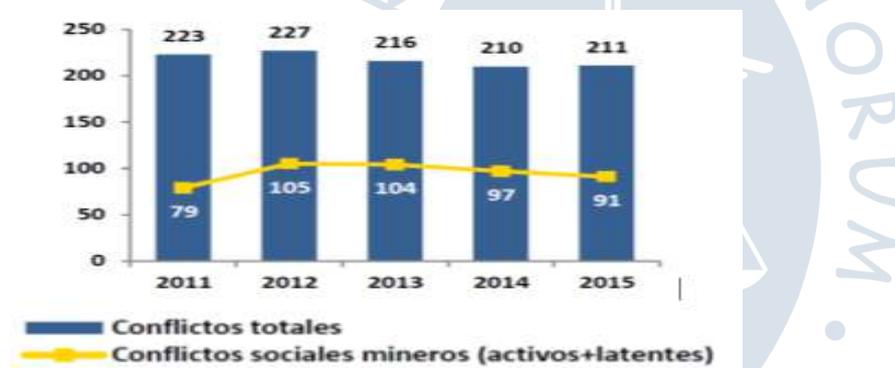
²¹⁷ Fue presidente del Consejo de Ministros del Perú desde el 28 de julio de 2006 hasta el 14 de octubre de 2008.

negociaciones, valiéndose de medidas extremas de protesta (imponiendo bloqueos de carreteras, realizando paros indefinidos, entre otros).

Por esa razón, el 2009 significó, para la economía peruana, una severa desaceleración del ritmo de crecimiento que venía experimentando en la última década, este gran descenso se aprecia en el PBI pues en este año tuvo una expansión solo de 0.86%, a diferencia del 2008 donde se obtuvo 9.8%. Es preciso mencionar que esta crisis internacional afectó enormemente al país, a pesar de que Perú se enfrentó en mejor condición a la crisis²¹⁸, ya que en el 2009 las exportaciones de los productos mineros tradicionales alcanzaron el 60.9% de las exportaciones en el ámbito nacional frente a los demás sectores productivos, gracias a que el Perú posee una gama de yacimientos metálicos, que le permiten afrontar en mejores condiciones los embates económicos externos²¹⁹. Sin embargo, la crisis también se vio reflejada en el sector minería, pues disminuyó en 12.31% el nivel de exportaciones entre el 2008 y 2009²²⁰.

Figura 3

Conflictos sociales (2011-2015)



Fuente: Defensoría del Pueblo

No obstante, si se analiza la evolución que han tenido los conflictos sociales activos y latentes del sector minero durante el periodo del 2011 al 2015, se observa que desde el 2012 han disminuido lentamente, teniendo en cuenta que en ese año se dieron 105 conflictos activos latentes. Además, es oportuno precisar que en el año 2015 las regiones que presentaron mayor incidencia de conflictos sociales activos fueron Áncash, Puno, Apurímac y Cajamarca. Es importante realizar esta precisión porque esta última región forma parte de la investigación.

Además, el número de conflictos mineros podría influenciar a otras variables del sector. Así, en la Figura 4 se aprecia una relación inversa entre la tasa de crecimiento de la inversión

²¹⁸ Debido a que los metales preciosos de oro y plata no se vieron afectados en gran medida, la extracción del oro subió ligeramente debido al incremento de producción de la Minera Yanacocha; y la plata ascendió por una mayor productividad de Compañía Minera Antamina y Minera Suyamarca S.A.C. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. Minería Peruana..., op. cit., p. 30.

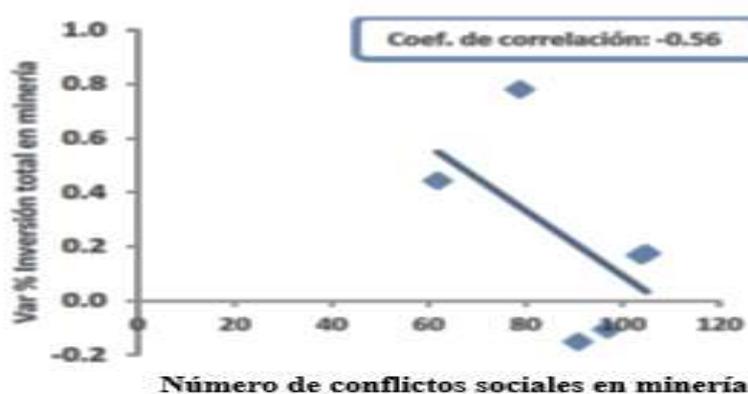
²¹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 32-33.

²²⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 28, 30 y 31.

minera y el número de conflictos mineros; es decir, estos podrían estar generando un entorno menos atractivo para la inversión minera. Pues se muestra que los conflictos sociales son percibidos como la tercera causa más importante de los retrasos de los proyectos de inversión del sector, por debajo de los atrasos operativos y los costos por encima de lo previsto.

Figura 4

Relación entre la tasa de crecimiento de la inversión



Fuente: Defensoría del Pueblo y Ministerio de Energía y Minas (MEM)

Teniendo como referencia los datos analizados del período 2011-2015, se puede visualizar que la cantidad de conflictos sociales ha disminuido paulatinamente:

Figura 5

Perú: Número de casos de conflictos sociales registrados por mes (septiembre, 2018-septiembre, 2019)



Fuente: Defensoría del pueblo - Sistema de Monitoreo de Conflictos Sociales (SIMCO)

Sin embargo, no sucede lo mismo con los conflictos socioambientales activos relacionados a la actividad minera durante el período septiembre 2018 – septiembre 2019 (ver Figura 6); pues el progreso no ha sido significativo, por lo que se puede concluir que las poblaciones cercanas a las áreas de influencia de los proyectos mineros continúan sintiendo desconfianza producto de la desinformación sobre éstos, así que las técnicas empleadas por las

autoridades para que la situación cambie no han sido las adecuadas y no dieron los resultados que se esperaban.

Figura 6

Perú: Número de casos de conflictos socioambientales activos relacionados a la actividad minera registrados por mes (septiembre, 2018-septiembre, 2019)

2018				2019								
Sep	Oct	Nov	Dic	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep
59	60	58	57	58	56	59	61	54	56	62	62	60

Fuente: Defensoría del pueblo - Sistema de Monitoreo de Conflictos Sociales (SIMCO)

De esta manera, en el panorama nacional se aprecia la existencia de conflictos sociales que afectan directamente a la cartera de proyectos, debiendo hacer referencia al caso del proyecto Conga, que actualmente se encuentra paralizado por la presencia de conflictos en su zona de desarrollo. A ello se suma el contexto mundial, donde se puede observar la caída de los precios de los metales y la incertidumbre sobre el desempeño de economías importantes (Estados Unidos, Europa, China, Rusia, entre otras), que impacta también en la inversión destinada a la búsqueda de nuevos yacimientos mineros.

Ante esta realidad, se elaboró un indicador de viabilidad de desarrollo de los proyectos mineros para los años del 2015 al 2017 (ver la Figura 7²²¹).

Se puede ver claramente, como las minas Conga se encuentran entre los proyectos que tienen problemas sociales, de modo que no puede ser desarrollado; tal como se hizo mención en el capítulo I, donde se analizan las sentencias emitidas por el TC a raíz del caso Conga.

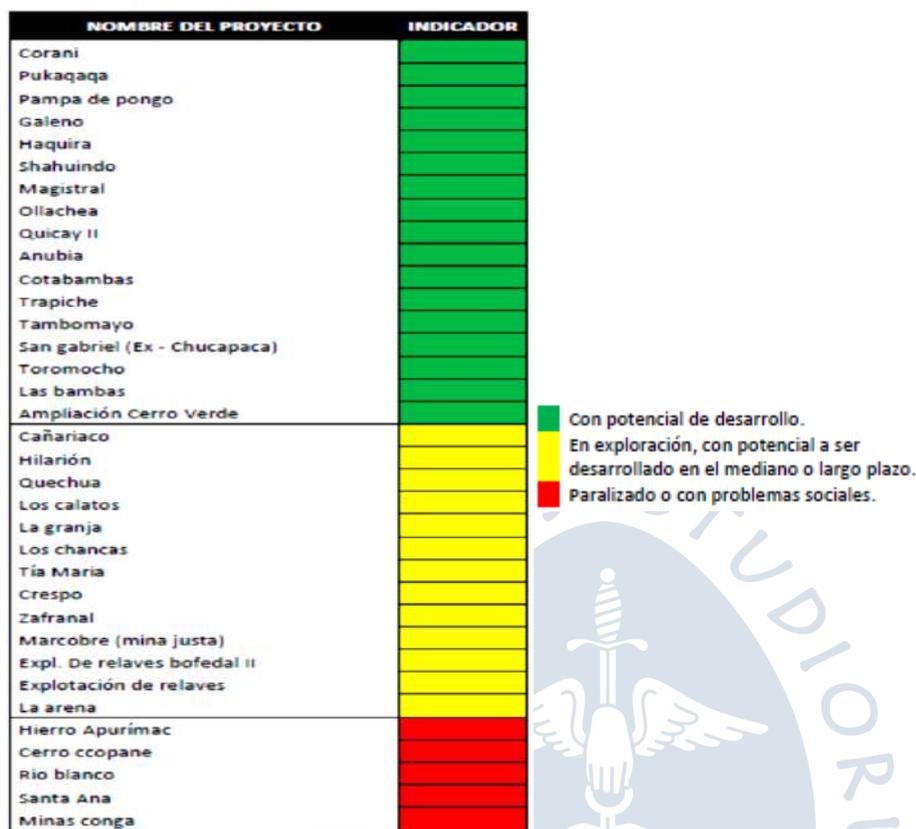
En ese contexto, se debe mencionar que entre las causas principales de los conflictos resalta el impacto ambiental, que se ha convertido en un gran problema en estas zonas. En opinión de Zárate y Durant “sin duda, una de las variaciones del entorno más visibles que produce la minería es la contaminación de los recursos naturales, con la consecuente pérdida de especies y su repercusión en las actividades económicas productivas que desarrollan los pobladores”²²².

²²¹ Elaborado por *Perú Top Publications* (PTP).

²²² ZÁRATE, P. & DURAND, A. “El desarrollo a la vuelta de la mina: percepciones sobre desarrollo, pobreza y minería”. En: BARRANTES, R. [et. al.]. *Te quiero, pero no: minería, desarrollo y poblaciones locales*. IEP; OXFAM. Lima, 2005, p. 101.

Figura 7

Indicador PTP de viabilidad de desarrollo (2015-2017)



Fuente: Perú Top Publications, 2015-2017

Entonces, se puede indicar que la historia de la minería en el Perú²²³, ha estado marcada por este tipo de conflictos, que se tornaron altamente mediáticos y fuertemente publicitados, lo que generó que se creen condiciones para que las compañías y el gobierno trataran de contrarrestarlos con la implementación de nuevas políticas ambientales²²⁴, como los programas de consulta y participación ciudadanas, entre otros; pese a ello, las comunidades campesinas continúan considerando que la minería aún supone una amenaza a sus medios de subsistencia²²⁵.

²²³ El hecho de que en la CP se mencione que los recursos naturales pertenecen a aquellos bienes que deben incluirse dentro del concepto de “Patrimonio de la Nación”, genera a juicio de la Sociedad, un potencial conflicto por cualquier grupo más o menos organizado de la sociedad, que pretenda la reivindicación de estos. Cfr. VELA, T. *Vinculación de dominio de los recursos minerales...*, op. cit., p. 87.

²²⁴ Éstas se insertan dentro de las políticas públicas, constituyen declaraciones o interpretaciones generales que guían o encauzan el pensamiento de los actores para la toma de decisiones (...). En este sentido, deben establecer los cursos de acción que emprenderá el Estado para asegurar un ambiente sano y el desarrollo sostenible, comprende por lo tanto la consagración normativa del tal intención mediante lineamientos establecidos en su ordenamiento jurídico; también la planificación de actividades en el corto, mediano y largo plazo, la definición de estrategias y planes de acciones sectoriales, los actos de gobierno y, desde luego, la asignación de recursos en el Presupuesto General de la República para que todo esto se materialice. Cfr. ANDALUZ, C. *Manual de Derecho Ambiental...*, op. cit., p. 409.

²²⁵ Por esa razón, se ha incrementado en el país la preocupación, de las comunidades de influencia directa, por los impactos que generan las actividades mineras. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 99.

No obstante, “en el extremo opuesto del espectro, el gobierno y la élite local perciben la situación como una oportunidad para aumentar los ingresos fiscales, las exportaciones y revigorizar la economía local”²²⁶, que generalmente produce que nos encontremos frente a grupos sobre los que no ha sido posible llevar adelante procesos adecuados de información, consulta y participación.

En este sentido, es menester recalcar lo que establece el Principio N° 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, donde se precisa que “el modo más conveniente de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda. En la esfera nacional, toda persona deberá tener acceso a la información sobre el medio ambiente de la que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que comportan peligro para sus comunidades y también la oportunidad de participar en los procesos de toma de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público, poniendo información a disposición de todo el mundo”.

Además, respecto a los pueblos indígenas, el Principio N° 22 señala que “los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en el ordenamiento del medio ambiente y en el desarrollo, debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar por que participen efectivamente en la consecución del desarrollo sostenible”.

Por su parte, el Reglamento de Participación Ciudadana para el sub sector minero, aprobado por Decreto Supremo N° 028-2008-EM y la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM, define la participación ciudadana como “(a)quel mecanismo que consiste en promover de manera organizada, la participación de la población involucrada para el acceso y generación de información relacionada a los aspectos ambientales de las actividades de explotación minera, luego de aprobado los EIA, a través del seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del titular minero”.

Sin embargo, dejando de lado lo antes mencionado, en el acontecer nacional se ha percibido que mientras los gobiernos municipales estaban ocupados gastando²²⁷ el canon

²²⁶ ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, op. cit., p. 146.

²²⁷ Es oportuno indicar que el canon es parte de los ingresos de los gobiernos locales y regionales, por ese motivo, la eficiencia de su gasto es muy importante, y resulta necesario llegar a una concertación entre los actores involucrados para determinar qué obras pueden llevar al bienestar de las comunidades; para que toda la población se beneficie con la realización de proyectos en el área de influencia directa e indirecta de las unidades mineras. Por esa razón, se determinó que dichos recursos sean empleados exclusivamente para el

minero, las comunidades campesinas realizaban grandes esfuerzos por acceder a los beneficios que traía consigo la bonanza minera²²⁸.

Resulta oportuno indicar que la creciente tendencia a afirmar la soberanía de las poblaciones locales sobre los recursos naturales de su entorno ha sido el factor que ha legitimado las demandas de las comunidades campesinas²²⁹. Pues, aunque la CP establece que el Estado es propietario de los recursos del subsuelo, esa disposición tiene poca influencia sobre la opinión real²³⁰ de las personas. Desde la perspectiva de la población, la prioridad de jurisdicción sobre los recursos naturales se encuentra en función de la cercanía al recurso, de esta forma, la región tiene prioridad sobre el Estado, la municipalidad sobre la región y, en primer lugar de la cadena, están las comunidades campesinas, que sería quienes tienen prioridad sobre los gobiernos municipales -que las han ignorado con frecuencia-; y ello en razón de que son éstas las que se ven directamente afectadas en la explotación de los recursos²³¹.

Es preciso mencionar que uno de los factores que colaboró para que las comunidades campesinas tengan un margen para negociar con las compañías mineras es la presión creciente que existe para que las mineras obtengan una “licencia social”²³² antes de iniciar sus operaciones. Resulta necesario establecer que, en la mayoría de los casos, las comunidades

financiamiento o cofinanciamiento de proyectos u obras de infraestructura de impacto. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, Op. Cit., pp. 55 y 82.

²²⁸ Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, Op. Cit., p. 114. Si bien, el desarrollo de la actividad minera genera empleo y los salarios repartidos ya constituyen un beneficio que no existiría si no se explotara el recurso, se debe enfatizar que la explotación del mineral implica la reducción del capital natural (renta de escasez de los recursos naturales, concepto propio de la bibliografía económica); por ende, se debe remunerar al propietario, el Estado, para que sobre ese monto base se pueda calcular el monto del canon que le corresponde a las comunidades donde se realiza la actividad minera (aunque la regalía minera rompe este efecto). Cfr. BARRANTES, R. “Minería, desarrollo y pobreza en el Perú...”, Op. Cit., pp. 21, 22, 25, 27. Para determinar el cálculo de la transferencia del canon minero el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) requiere de la participación de entidades del Estado como: SUNAT, para que informe al MEF sobre el monto detallado del IR de tercera categoría declarado por los titulares mineros; mientras que el MEM recabará la información de los titulares mineros respecto al recurso extraído y la ubicación de sus concesiones mineras; además el INEI será el encargado de proporcionar al MEF los índices de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) y el número de la población de las localidades involucradas; y finalmente el MEF elabora los índices de distribución del canon minero para cada gobierno regional y local; en consecuencia, una vez establecido el canon todo depende de la celeridad del MEF para redistribuir los ingresos. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, Op. Cit., p. 55.

²²⁹ Esto se debe a que las comunidades campesinas son anteriores al derecho y a la creación del estado social actual; así que como estas comunidades preceden al Estado, éste no puede darse la espalda ante esta realidad. Cfr. MOSQUERA, S. “Las comunidades indígenas como actores internacionales no estatales. Consideraciones sobre su legitimación activa directa para proteger el derecho al desarrollo sostenible”. En: VILCHEZ R. (Coord.). *IV Convención de Derecho Público*. Universidad de Piura Palestra editores. Lima. 2017, p. 3.

²³⁰ Es la opinión que el investigador Arellano recogía con frecuencia en sus entrevistas con las juntas directivas de comunidades campesinas. Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, Op. Cit., p. 155.

²³¹ Cfr. BARRANTES, R. “Minería, desarrollo y pobreza en el Perú...”, Op. Cit., p. 21.

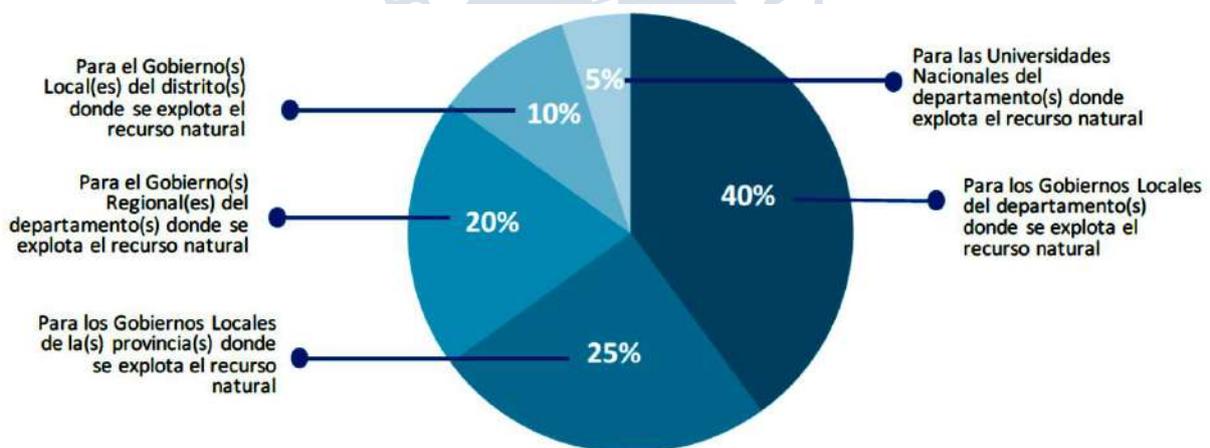
²³² Esta licencia social consiste en la aprobación explícita de las comunidades de las zonas cercanas a la operación para continuar con sus inversiones. Cfr. ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, Op. Cit., p. 155.

campesinas no se oponen a la minería *per se*; simplemente están en contra de la distribución de la renta, y del uso ineficiente de las transferencias por las autoridades locales²³³.

En este orden de ideas, es oportuno indicar que, dentro del plano tributario, el aporte más relevante de la minería es el Impuesto a la Renta (IR²³⁴), al cual le aporta el 37% del total recaudado; su aporte al producto bruto interno (PBI) asciende en promedio al 6%²³⁵. Pero, su importancia se debe también, a la relación directa de este impuesto con el mecanismo para redistribuir la renta generada por el aprovechamiento de los recursos, denominado canon minero²³⁶, ya que el Estado transfiere el 50% a las regiones productoras de minerales, para ser distribuidos²³⁷ entre las municipalidades, gobierno regional y las universidades públicas de los ingresos y rentas obtenidos en la actividad minera, por el aprovechamiento de los recursos minerales, metálicos y no metálicos.

Figura 8

Reparto de canon minero



Fuente: MEF – Ministerio de Economía y Finanzas

²³³ Cfr. *Ibíd.*, p. 47.

²³⁴ El Impuesto a la Renta (IR) grava las ganancias o ingresos de las personas naturales y jurídicas. En Perú se distinguen 5 categorías de IR, en función a la naturaleza o procedencia de las rentas. El IR de tercera categoría, grava las rentas de procedencia del capital, del trabajo y de la aplicación de ambas, cuyas actividades deriven de las rentas comerciales, industriales, servicios o negocios; consiste en el 30% de la utilidad neta. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, Op. Cit., p. 49.

²³⁵ Cfr. BACA, E. & SOTELO, V. *Lo que debemos saber acerca del canon y la regalía minera*. Cartilla informativa publicada por Grupo Propuesta Ciudadana. Lima, 2011, p. 1.

²³⁶ Mientras que las regalías mineras son pagadas por las empresas que no cuentan con contratos de estabilidad tributaria, como contraprestación por la extracción del recurso mineral, pero solo se aplica a las empresas del Régimen General (Gran y Mediana Minería. Resulta necesario precisar que esta denominación es parte de las tres condiciones con las que se pueden calificar a los titulares mineros para hacer efectivo el pago del Derecho de Vigencia y Penalidad: Régimen General, Pequeño Productor Minero, Productor Minero Artesanal). Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., pp. 47, 48 y 50.

²³⁷ Así, por ejemplo, durante el período 2007-2017, la distribución se realizó en un solo momento, pues la transferencia del Canon Minero generado en el año inmediatamente anterior se debe realizar en su totalidad en el mes de julio del año siguiente.

Según el TC, el canon²³⁸ es la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de recursos²³⁹. Además, indica que mediante el canon se pretende evitar que los beneficios por la explotación de los recursos naturales sean absorbidos por el Gobierno Nacional en desmedro de la zona de donde tales dividendos proceden; por eso plasma el principio de coparticipación de la riqueza, la cual establece que las poblaciones desde donde se han extraído recursos naturales se vean directamente beneficiados con las rentas de dicha explotación²⁴⁰.

Sin embargo, a pesar de la extraordinaria cantidad de canon recibido por los gobiernos regionales²⁴¹ y municipales, las comunidades cercanas a las operaciones alegan que estos fondos no llegan a ellas, unido a la indiferencia del Estado para satisfacer sus necesidades, generan su rechazo hacia las compañías mineras, a quienes les exigen los beneficios que no perciben del Estado²⁴².

En este punto surge un concepto relevante para la redistribución, denominado “derecho de vigencia” minero, que es otra manera en la que el sector minero contribuye al Estado; pues es el pago para solicitar el petitorio minero y mantener la vigencia de los derechos mineros obtenidos, que debe pagarse anualmente²⁴³, el monto de este derecho es fijo por hectárea, pero depende de la clasificación de la concesión²⁴⁴. La forma de distribuirlo es²⁴⁵:

- 20% para las provincias donde se ubica el derecho minero;
- 20% para los distritos donde se ubica el derecho minero;
- 35% para los distritos calificados como de extrema pobreza del departamento donde se ubica el derecho minero;
- 25% para las instituciones estatales.

²³⁸ El canon es la participación efectiva y adecuada de la que gozan los gobiernos regionales y locales del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación económica de los recursos naturales. Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 54. La base de cálculo para el canon dependerá del tipo de recurso natural; así, en el caso de los hidrocarburos se generará sobre la base de la producción fiscalizada; mientras que para los minerales se calculará sobre las rentas fiscales generadas. Cfr. BARRANTES, R. “Minería, desarrollo y pobreza en el Perú...”, op. cit., p. 21.

²³⁹ EXP. N° 0042-2004-PI/TC, del 01 de marzo de 2004, F.J. 53.

²⁴⁰ De lo contrario, se contraviene el principio de solidaridad y el artículo 66 de la CP.

²⁴¹ Los Gobiernos Regionales deben entregar el 20% del total percibido por canon a las universidades públicas de su circunscripción, que debe ser destinado exclusivamente a la inversión en investigación científica y tecnológica que potencien el desarrollo regional. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 55.

²⁴² Cfr. BARRANTES, R. “Minería, desarrollo y pobreza en el Perú...”, op. cit., p. 155.

²⁴³ Cfr. INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 50.

²⁴⁴ Para la gran minería el monto asciende a 3 dólares por hectárea; para los pequeños productores mineros se reduce a 1 dólar por hectárea; mientras que para los productores mineros artesanales el costo del derecho es 0.5 dólares por hectárea. Asimismo, las penalidades son de 6, 1 y 0.5 dólares respectivamente, por hectárea. BARRANTES, R. “Minería, desarrollo y pobreza en el Perú...”, op. cit., p. 27.

²⁴⁵ *Ibidem*.

- 10 % para el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC),
- 10 % para el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET),
- 5 % para el Ministerio de Energía y Minas (MEM).

2.2 Libertad de empresa

2.2.1 Concepto de empresa

Para definir empresa, será indicado recurrir al Código de Comercio peruano, por un criterio de especialidad, lo curioso es que ahí no se emplea el término empresa; sin embargo, se debe tener en cuenta que éste se promulgó el 15 de febrero de 1902²⁴⁶; por ello, aunque el texto decimonónico emplea los términos “comercio” y “comerciante”, el sistema legislativamente positivizado puede y debe reconstruirse mediante el recurso a la noción de “empresa” y “empresario” porque expresan mejor y más exactamente su contenido²⁴⁷. Sin embargo, después de realizar dicha reconstrucción, aún no se cuenta con un concepto de empresa.

Cabe acotar que en la Constitución de 1979 se daba un breve, pero muy interesante concepto, en su artículo 130: “Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley”. Lo que no ocurre en la Constitución vigente de 1993, donde no se formula un concepto de empresa, sino que se presupone.

Si bien, la empresa, más que un concepto jurídico, “...es una realidad económica y sociológica”²⁴⁸, resulta oportuno recurrir a la doctrina para determinar este concepto. Se precisa que el uso jurídico (en la legislación, doctrina y jurisprudencia) del término “empresa”, adolece de cierta ambigüedad, por eso se indica que se trata de una voz “análoga”, por sus múltiples significados, pero que están relacionados entre sí (no es un término meramente “equivoco”).

Se emplea al menos en tres sentidos importantes: 1) En sentido funcional o dinámico, la empresa es la misma actividad de organización, cuyo agente es el empresario. Esa actividad se puede definir como “*la organización estable de los medios materiales y personales para la producción o mediación de bienes y servicios para el mercado*”; 2) En sentido objetivo, la empresa es el resultado de esa actividad, en cuanto se materializa en unas estructuras y relaciones más o menos estables, que comprenden también un sustrato patrimonial, que permiten concebir al conjunto como un bien, susceptible de valoración económica, atribuido al

²⁴⁶ Este código entró en vigor el 01 de julio de 1902.

²⁴⁷ ZEGARRA, A. *Notas de Derecho Mercantil I*. (Apuntes proporcionados por el profesor para el Curso dictado en la Universidad de Piura). Piura, 2009, p. 74.

²⁴⁸ CARRASQUERO, F. & MARÍN, F. *La empresa como institución socio laboral*. Citado por REYNOSO, C. “Las transformaciones del concepto de empresa.” *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 18, enero-junio, 2014. Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal, México, p. 5.

empresario como a su titular. A veces es llamada negocio, establecimiento o fondo empresarial;

3) En sentido subjetivo, “empresa” designa al propio empresario: al sujeto de la actividad, al titular del negocio. Esta última acepción, pese a ser muy común, se debería evitar porque es incorrecto confundir a una persona²⁴⁹, un sujeto de derechos, con una cosa o una actividad que se le atribuye²⁵⁰. Sin embargo, señala que la acepción más idónea es la funcional o dinámica.

Dentro del contexto jurídico, Uría también define a la empresa como el “ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios”²⁵¹. De modo que, en un sentido u otro, empresa significa: *actividad económica*; es decir, aquella dirigida a la producción, prestación o intercambio de bienes y servicios en el mercado.

Además, se debe precisar que se trata de una actividad planificada; esto es, ordenada de forma racional. Sin embargo, se añade la *profesionalidad* para definir la actividad de empresa. Con este calificativo, se señala que solo existe empresa cuando se desarrolla una actividad estable, continuada y con ánimo de lucro. Estas cuatro notas: actividad económica, carácter privado, planificación u organización y profesionalidad, contribuyen a delimitar la actividad empresarial. No obstante, no todos estos elementos poseen el mismo valor para delimitar el concepto de empresa. Entonces, teniendo en cuenta que la Carta Magna emplea el término “libertad de empresa”, sin definir o dar un concepto de lo que entiende por “empresa”. Así las cosas, resulta imprescindible profundizar en el sentido de la norma, dando importancia a la búsqueda de la *ratio legis* más que adivinar cuál fue la *ratio legislatoris*²⁵².

2.2.2 *Protección constitucional*

Resulta necesario empezar por determinar cuál es el sistema económico que adopta la Constitución peruana vigente. Así, en el artículo 58 de la CP se establece a la economía social de mercado²⁵³ como marco de la organización económica del país, en el que se ejerce la propia libertad de iniciativa privada.

²⁴⁹ Es más adecuado denominarlo: empresario.

²⁵⁰ ZEGARRA, A. *Notas de Derecho Mercantil...*, op. cit., p. 72.

²⁵¹ URÍA, R. *Derecho Mercantil*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Decimoctava edición. Madrid, 1991, p. 37.

²⁵² Cfr. GARCÍA, I. *Prohibiciones Ambientales y Libertad de Empresa*. Lex Nova. España, 2004, p. 55.

²⁵³ Es oportuno señalar que, de acuerdo a la CP, la Economía Social de Mercado, presenta cuatro características: a) *intervención subsidiaria del Estado en la economía*, básicamente en el ámbito de la producción y distribución de bienes o en la prestación de los llamados servicios, pero solo cuando se acredite que por inacción de la iniciativa privada, no se logra atender las demandas de la población; b) *libre mercado*, donde el Estado desempeña un deber fundamental porque se encarga de vigilar y facilitar la libre competencia, además de proteger a los consumidores que se constituyen como agentes económicos de importancia para el mercado; c) *actuación solidaria del Estado*, debido a que el régimen económico se encuentra guiado por valores democráticos, participativos y tiene como finalidad alcanzar el bienestar social compartido de la población; y d) *libertad para el ejercicio de la actividad económica*, pues la CP vigente establece que la iniciativa privada

De este modo, se reconoce de manera expresa, la libertad de empresa, en el artículo 59 de la Constitución Peruana (CP), capítulo I del Título III, referido al régimen económico²⁵⁴, en dicho precepto se señala que: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueven las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

Por lo tanto, la libertad de empresa se debe ejercer sobre esta base constitucional; es decir, en un Estado Social²⁵⁵ y Democrático de Derecho se puede entender como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba o limitación que vaya más allá de los límites claramente expresados en la Constitución.

Otro aspecto que se debe resaltar son las unidades económicas más pequeñas (pequeñas y medianas empresas), pues se promueve las pequeñas empresas, que generan empleo e inversión, brindándoles capacitación, fuentes de crédito y normas promotoras.

En este sentido es preciso indicar que este derecho es una manifestación del derecho al trabajo, así el Tribunal Constitucional ha manifestado que: “la expresión ‘empresa’ alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a la organización y la dirección, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo²⁵⁶”. No obstante, a pesar de que se ha señalado que el Estado no solo debe limitarse a garantizar el derecho de las personas de acceder a un puesto de trabajo o a proteger al trabajador frente al despido arbitrario, sino que, también, debe garantizar la libertad de empresa, ambos derechos no son irrestrictos; por ende, deben estar sujetos al cumplimiento de la ley y de ciertas disposiciones administrativas²⁵⁷.

es libre, garantizando de esta manera la libertad de empresa, industria, comercio y la libertad de trabajo. Cfr. CASTILLO, M. “El derecho constitucional económico en el Perú”. *Revista Nómadas*. España, 2013, p. 6.

²⁵⁴ Es necesario mencionar que en la historia de las constituciones que ha tenido el Perú, la primera en contemplar un capítulo específico para el régimen económico fue la Constitución de 1979, que se ha mantenido en la Carta Magna de 1993. Cfr. *Ibíd*em, p. 4.

²⁵⁵ Cfr. Artículo 43 de la CP, donde se acoge el concepto de Estado social, cuyas competencias (y límites) de intervención económica deben integrarse con otras cláusulas constitucionales. Esta disposición también se encarga de indicar la distribución de potestades y competencias públicas en materia económica; pues si bien en el ámbito territorial el gobierno es unitario; además, éste es descentralizado (concretado en municipalidades y regiones). En el ámbito funcional, la Constitución le otorga un nivel de independencia política reforzada a algunos organismos encargados de la gestión y supervisión de importantes sectores de la política económica (específicamente, al Banco Central de Reserva, respecto a toda la política monetaria, de conformidad con los artículos 83 a 86 de la CP; y a la Superintendencia de Banca y Seguros, en lo que se refiere a la supervisión de todo el sistema financiero y crediticio, según el artículo 87 de la CP).

²⁵⁶ EXP. N° 0018-2003-AI/TC, de 26 de abril de 2004, F.J. 2.

²⁵⁷ Cfr. EXP. N° 3330-2004-AA/TC, de 11 de julio de 2005, F.J. 28.

Por esta razón, en el artículo mencionado se ha establecido específicamente que la libertad de empresa “*no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública*”, al respecto el Supremo intérprete de la Constitución ha precisado que se tratan de límites enunciativos porque ningún derecho de la Carta Magna puede afectar la dignidad de la persona humana, derecho recogido en los artículos 1 y 3 de la CP y que constituye “un principio constitucional portador de valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres”. En tal sentido, el TC ha sostenido que la libertad de empresa, para estar arreglada a derecho deberá ser ejercitada “con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente”²⁵⁸.

2.2.3 Desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la libertad de empresa

Después de realizar un análisis del concepto “empresa” desde el ordenamiento jurídico y la doctrina, resulta oportuno hacer referencia a las precisiones que realiza el Tribunal Constitucional, pues permite actualizar la definición de este término.

Así, el TC se ha pronunciado respecto a este derecho constitucionalmente protegido en sendas resoluciones, donde pretende dar una aproximación sobre lo que ella implica, sus alcances y contenido (véase EXP. 3330-2004-AA/TC). Respecto a su contenido ha precisado que se encuentra determinado por cuatro tipos de libertades:

- a) Libertad para crear empresas
- b) Libertad para organizar y establecer los objetivos de la empresa
- c) Libertad para competir
- d) Libertad para cesar las actividades

Todos estos tipos configuran el ámbito de irradiación de la protección del derecho comentado. Rojo señala que dentro de la *libertad para crear empresa* se encontraría amparada la libertad de iniciar una actividad económica, sea a través de la creación de una nueva empresa, o por la adquisición de una ya creada²⁵⁹. Entiende la libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.

Debido a que el contenido del derecho no se agota en el momento inicial, sino que se extiende al ejercicio de la actividad y a la permanencia de la empresa en el mercado, el segundo término es *la libertad de organización*, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros. En

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ Cfr. ROJO, A. *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española*. Citado por GARCÍA, I. *Prohibiciones Ambientales...*, op. cit., p. 64.

tercer lugar, se encuentra la *libertad de competencia*, que implica la concurrencia en el mercado con otras empresas. Finalmente, *la libertad para cesar las actividades* es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de esta cuando lo considere más oportuno²⁶⁰.

Respecto al alcance de esta libertad, es preciso mencionar que la existencia de normas que pueden llegar a intervenir sobre la libertad de empresa, serán jurídicamente válidas si éstas se basan en los fines, principios u objetivos que persigue y que justifiquen la imposición de tales medidas; no se puede traspasar los límites impuestos por la propia Constitución, es decir, el ejercicio de la libertad de empresa no debe afectar la moral, la salud y la seguridad pública²⁶¹.



²⁶⁰ Cfr. EXP. N° 03343-2007-AA, del 19 de febrero de 2009, F.J. 13.

²⁶¹ Debe entenderse que tales límites no son taxativos, conforme lo precisó el TC en la sentencia recaída en el EXP. N° 3330-2004-AA/TC, del 11 de julio de 2005.

Capítulo 3

Comunidades campesinas y el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado

3.1 Comunidades campesinas

3.1.1 Definición

Para poder obtener una definición adecuada de comunidades campesinas es necesario hacer referencia al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo²⁶², en adelante OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales²⁶³- adoptado en Ginebra en junio de 1989²⁶⁴, donde se emplea el término pueblos indígenas para hacer alusión a aquellos pueblos en países independientes, donde se les considera indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista, colonización o en el establecimiento de las actuales fronteras nacionales y que, cualquiera fuere su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, todas o parte de ellas²⁶⁵.

El Convenio utiliza el término “pueblo”²⁶⁶ en su afán de buscar la consolidación del reconocimiento del derecho de estos grupos a decidir sus prioridades en lo que atañe al proceso

²⁶² En este punto, podría surgir la interrogante acerca del motivo por el cual se reguló en el marco de la OIT el tema de los pueblos indígenas y tribales; por eso resulta oportuno mencionar a su antecedente histórico, el Convenio N° 107, aprobado el 26 de junio de 1957, que se desarrolló a raíz del trabajo forzoso que seguían sufriendo los afrodescendientes en 1920; sin embargo, ya desde el artículo 1 inciso 1 literal a) se emplean términos condescendientes, pues se hace referencia a aquellos grupos de personas “menos avanzados”, y en el artículo 1 inciso 2 se manifiesta de forma evidente el criterio asimilacionista que tenía este convenio, porque precisa que esos grupos “no están aún integrados”, porque básicamente se buscaba que ellos se adapten, dejando de lado sus tradiciones y costumbres, motivo por el cual en 1986 debido a la desazón que éste dejó se impulsó su revisión, de modo que el Convenio 169 vendría siendo su evolución, ya que pretende que se respete su singularidad pues se parte del principio de que se deben respetar las culturas e instituciones de los pueblos indígenas y tribales, otorgándoles por supuesto el derecho a seguir existiendo en el seno de sus sociedades nacionales, además de establecer sus propias instituciones y determinar el rumbo de su propio desarrollo. También exhorta a los gobiernos a que consulten a los pueblos interesados acerca de las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente y se enuncia el derecho de estos pueblos a participar en la adopción de decisiones acerca de las políticas y los programas que les interesen. Cabe precisar que, si bien no se ha derogado el Convenio 107, se ha dejado abandonado.

²⁶³ Con el empleo del término tribal “(...) se buscó dar protección a los pueblos que habitan determinada área territorial juntamente con otras poblaciones, no pudiéndose determinar el orden de prioridad, vale decir quien llegó primero y quien precedió a la otra (...)”, como ocurre en África y en ciertas partes de Asia. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Lima, 2004, p. 16.

²⁶⁴ Pero también se deberá tener en cuenta la resolución 61/295, aprobada por la Asamblea General, que contiene la *declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (idea que se originó en 1982 con la finalidad de fomentar la protección de los derechos humanos de los indígenas); adoptada el 13 de septiembre del 2007 en Nueva York; con ella se pretende complementar el Convenio N° 169 de la OIT, pues si bien no es un instrumento coercitivo del derecho internacional, si desarrolla internacionalmente las normas jurídicas; convirtiéndose en un marco importante para el tratamiento de los pueblos indígenas del mundo, ya que esta herramienta busca eliminar las violaciones de los derechos humanos que sufren, y luchar contra la discriminación.

²⁶⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Comentarios al Convenio N° 169*, op. cit., p. 19.

²⁶⁶ “En el caso peruano el concepto “pueblos” es equivalente a “comunidades”, debido al uso histórico –desde el siglo XVII- que tiene este término para identificar y calificar a los ciudadanos que tienen características similares a las que prevé el Convenio N° 169.” MOSQUERA, S. “Las comunidades indígenas como actores internacionales...”, op. cit., p. 8.

de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, de modo que puedan controlar en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural, sin que esto signifique una autodeterminación o la separación del Estado. Es decir, se trata de “un reconocimiento a sus derechos como pueblos, sin que implique una separación del Estado; pues lo que demandan los pueblos indígenas es su reconocimiento, así como el de sus derechos colectivos, con un perfil que refleje su diversidad cultural, que comprenda sus formas de organización social, económica y política, su propia cosmovisión²⁶⁷”.

En este sentido, Cobo²⁶⁸ las define como “comunidades que tienen una continuidad histórica con las sociedades que se desarrollaron en sus territorios con anterioridad a la ocupación colonial y se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que en la actualidad prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. En el presente constituyen sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”.

En Perú, los pueblos indígenas que reconoce la legislación nacional son las comunidades campesinas²⁶⁹, las comunidades nativas²⁷⁰ y los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados. Resulta necesario hacer referencia al artículo 2 inciso a) de la Ley N° 27811, Ley del Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos, para realizar una especificación del término “indígena”; pues ahí se indica que dicha denominación comprende y puede emplearse como sinónimo de “originarios”, “tradicionales”, “étnicos”, “ancestrales”, “nativos” u otros vocablos.

En esta misma lógica, y con el fin de dotar de significado a esta denominación, el Código Civil de 1993, dedica una sección en su libro I, a las comunidades campesinas y nativas, así en su artículo 134 las define como “organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral”.

²⁶⁷ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Nosotros y los otros: Avances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos*. Lima, 1998, p. 37.

²⁶⁸ ANDALUZ, C. *Manual de Derecho Ambiental...*, op. cit., p. 626.

²⁶⁹ Son los pueblos que tienen antecedentes en la cultura andina en su forma de organización social. MOSQUERA, S. “Las comunidades indígenas como actores internacionales...”, op. cit., p. 8.

²⁷⁰ Proviene de etnias o grupos humanos con un antecedente cultural diferente al andino, o asentados en la zona de la selva del territorio peruano. *Ibidem*.

3.1.2 *Tratamiento legislativo*

En Perú, el marco legal sobre los pueblos indígenas tiene su base en su artículo 2 numeral 19 de la CP, donde se reconoce que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural; por ende, el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Del mismo modo, la Carta Magna dispone que tienen existencia legal las Comunidades Campesinas y Nativas; es decir, son personas jurídicas y que la propiedad sobre sus tierras es imprescriptible²⁷¹. Además, en su artículo 89 declara que el Estado respeta su identidad cultural²⁷².

En este contexto, el artículo 2 de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, establece que “las comunidades campesinas²⁷³ son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales; expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país”.

Por su parte, se tiene a la Ley de Deslinde y Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas²⁷⁴, Ley N° 24657, la cual establece que las tierras originarias de la comunidad son aquellas que vienen poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos.

Además, en el artículo 10 inciso a) de la Ley para la Regularización de la Propiedad sobre las tierras de las comunidades campesinas y nativas²⁷⁵, Ley N° 29261, se prescribe que “para la regulación de la propiedad sobre tierras comunales hay que tener en cuenta lo siguiente: la adquisición en propiedad por parte de poseionarios comuneros sobre tierras que poseen por más de un año, requiere el acuerdo de asamblea general de la comunidad con el voto favorable de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseionarios con más de un año”.

²⁷¹ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Situación de las tierras y territorios de las comunidades nativas en la Amazonía peruana*. Lima, 2000, p. 9.

²⁷² Para Francisco Ballón Aguirre la identidad cultural se refiere a “la pertenencia cultural de la persona; es decir, a su cosmovisión de la vida. La cultura es definitivamente la manera de vivir y, como tal, forma parte esencial de la persona, de su libertad de opinión y de expresión, así como también de la cabal información de su personalidad”. Citado por ANDALUZ, C. *Manual de Derecho Ambiental...*, op. cit., p. 629.

²⁷³ “Si bien, el término “comunidades campesinas” incluye realidades muy diversas, existen tres características básicas (...): 1. Control de los recursos dentro de un territorio delimitado; 2. Algún tipo de gestión comunal de esos recursos; y 3. Algún órgano institucionalizado que se encarga de tomar las decisiones y de representar a la comunidad frente a otras entidades.” ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?...*, op. cit., p. 100.

²⁷⁴ Esta ley fue publicada el 14 de abril de 1987. Establece un trámite administrativo para solucionar la falta de titulación de las tierras de las comunidades campesinas, y como lo dispone la misma ley, solo en caso de controversia deriva en los tribunales.

²⁷⁵ Publicada el 21 de septiembre de 2008.

Para complementar su regulación y reconocimiento legislativo, en el artículo 3 de la Ley de Titulación de Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, Ley N° 26845²⁷⁶, se dispone que “son Comunidades campesinas de la costa las que tienen sus tierras o la mayor extensión de éstas situadas en la vertiente del Océano Pacífico, hasta una altitud de dos mil metros sobre el nivel del mar”.

3.1.3 Consulta previa y participación de los pueblos indígenas

Se prevé la consulta y participación de los pueblos indígenas en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT con la finalidad de garantizar su adecuada protección, pues a través de ella, éstos podrán obtener información adecuada y oportuna referente a los proyectos que se realizarán sobre sus territorios o los cercanos a ellos, que les puedan afectar directamente, además este mecanismo les brindará los medios adecuados para que participen libremente en la adopción de las decisiones que les conciernen²⁷⁷.

Sobre este punto, la Defensoría del Pueblo considera que la consulta se debe entender como un proceso dinámico y permanente; es decir, debe ser un diálogo horizontal y constructivo entre Estado, empresa y miembros de los pueblos indígenas; sin embargo, éste no debe concluir al iniciarse las actividades en el territorio, sino que también se tiene que prolongar durante la ejecución y finalización de éstas, motivo por el cual los miembros de los pueblos indígenas deben tener un rol activo, pero eso no implica que el derecho a ser consultado signifique que la población tenga derecho a vetar las políticas del Estado²⁷⁸.

En este sentido, Pulgar-Vidal indicó que “la consulta previa será un mecanismo útil, aunque no simple, ya que implica un diálogo intercultural. Sin embargo, consideró que el resultado, a la larga, será positivo”²⁷⁹; pues “(e) es un mecanismo que fortalecerá la democracia y el reconocimiento de la diversidad cultural del país y que por muchos años no se le prestó atención, pero ahora es diferente”²⁸⁰.

²⁷⁶ Publicada el 26 de julio de 1997.

²⁷⁷ Artículo 6: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por los menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan, c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

²⁷⁸ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Comentarios al Convenio N° 169...*, op. cit., p. 23.

²⁷⁹ Declaración publicada en el Diario Gestión. Lima, 13 de mayo de 2013, p. 27. (En sección: Política).

²⁸⁰ *Ibidem*.

Tal es el caso que en este año, el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima ordenó la nulidad del contrato de exploración y explotación de hidrocarburos, que se firmó en el 2016, sobre el Lote 116 ubicado en el Cenepa, en la región Amazonas y dispuso el retiro de las empresas operadoras que trabajaban en etapa de exploración, debido a que el Ministerio de Energía y Minas (MEM) y Perupetro no habrían cumplido con realizar la consulta previa y conseguir el consentimiento de las comunidades nativas²⁸¹.

La demanda fue impulsada por las organizaciones no gubernamentales Cooperación, CAAAP, SAIPE y el Instituto de Defensa Legal, quienes afirman que actuaron a favor de las comunidades. Sin embargo, la Sociedad Peruana de Hidrocarburos (SPH) consideró un grave precedente la decisión adoptada en primera instancia por el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima; en este sentido, Felipe Cantuarias, presidente de la SPH, dijo que esta sentencia atenta seriamente contra la seguridad jurídica en el Perú y sostuvo que el mensaje que se envía es que los contratos firmados con el Estado peruano tienen una fragilidad peligrosa, que representa un riesgo para cualquier inversión, convirtiéndose en una advertencia de que Perú no es un buen destino para invertir. Además, añadió que “(r)esulta paradójico, pero este fallo no solo afecta a las empresas, sino que es muy injusto para las propias comunidades del Cenepa, donde la incidencia de pobreza es del 84% y la desnutrición infantil llega al 47%. La industria de hidrocarburos debería ser uno de los impulsores para su desarrollo, pero ahora esa posibilidad parece diluirse”²⁸².

La Procuraduría Pública del Ministerio de Energía y Minas (MEM) apeló el día 03 de abril del 2017 la sentencia del Cuarto Juzgado Constitucional de Lima sobre la Acción de Amparo del Lote 116, por considerar que afecta la seguridad jurídica al haber sido arbitrariamente emitida violando los derechos constitucionales²⁸³. Y afirmaron que “(s)e espera que una vez concedida la misma, sea elevada a la Sala Civil correspondiente, con la finalidad de que se revoque dicha sentencia, declarándola infundada por haber desnaturalizado el proceso de consulta previa”²⁸⁴.

²⁸¹ Cfr. *Juzgado anula contrato de Lote 116 por falta de consulta previa*. En: Diario El Comercio, <https://elcomercio.pe/economia/negocios/juzgado-anula-contrato-lote-116-falta-consulta-previa-412352>, visto el 1 de marzo de 2020.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ Cfr. *Ministerio de Energía apelará sentencia sobre lote 116*. En Diario Gestión, <https://gestion.pe/economia/ministerio-energia-apelara-sentencia-sobre-lote-116-2186521>, visto el 11 de diciembre de 2017.

²⁸⁴ *MEM apela sentencia que termina contrato del Lote 116*. En: Diario El Comercio, <https://elcomercio.pe/economia/mem-apela-sentencia-termina-contrato-lote-116-1-422585>, visto el 1 de marzo de 2020.

Para el gremio empresarial “(e)ste fallo judicial se produce en un momento crítico para el sector ya que la última licitación pública relativamente exitosa se realizó en el 2010, es decir que desde hace 7 años que no se suscribe ningún contrato para exploración y explotación de hidrocarburos en el Perú”²⁸⁵.

En este sentido, la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE) expresó su rechazo al fallo emitido por Cuarto Juzgado Constitucional de Lima considerando que se violenta la estabilidad jurídica y es una pésima señal para los inversionistas. Calificó también de positiva la decisión del Ministerio de Energía y Minas y de Perupetro de apelar la resolución judicial que atenta contra las garantías jurídicas que ofrece el país. Además, explicó que, en el 2006, cuando se suscribió el Contrato de Licencia para la exploración y explotación del Lote 116, no era obligatorio o exigible someterlo a consulta previa²⁸⁶.

Sin embargo, es necesario mencionar que, desde el 2 de diciembre de 1993, cuando se publica la Resolución Legislativa N° 26253, mediante la cual se incorporaba al derecho interno el Convenio N° 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre una medida legislativa o infra legal que les afecta directamente antes de ser aprobada resulta ser aplicable. Por lo tanto, desde entonces Perú está obligado a cumplir con sus disposiciones, entre ellas, las que garantizan el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta sobre temas que les afecten, pues el Convenio dispone también que estos pueblos puedan participar de manera previa e informada en los procesos de desarrollo y formulación de políticas que les afecten.

En este punto, se debe determinar cuál es el rango con el cual se incorporan al ordenamiento jurídico peruano las disposiciones del mencionado Convenio. Si bien la Constitución vigente no señala de forma expresa que rango tendrán los tratados de derechos humanos al ingresar al ordenamiento interno peruano²⁸⁷, se podría optar por empezar con una interpretación sistemática de la Constitución, acorde al principio de coherencia del

²⁸⁵ *Ibíd.*,

²⁸⁶ *Cfr. Ibíd.*,

²⁸⁷ La Constitución de 1979 manifestaba de forma expresa en su artículo 105: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”. En diciembre de 1993 cuando fue aprobado el Convenio N° 169, aún regía la Constitución de 1979; pues cuando el Congreso Constituyente Democrático emitió la Resolución Legislativa N° 26253, se hace referencia a los artículos 102 y 186 inciso 3) que establecían los procedimientos de aprobación de los tratados.

Artículo 102 de la CP de 1979: Todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República.

Artículo 186 de la CP de 1979: Son atribuciones del Congreso, Inciso 3: Aprobar los tratados o convenios internacionales de conformidad con la Constitución.

En consecuencia, el Convenio N° 169 de la OIT entró en vigor antes que la propia Constitución de 1993, bajo los preceptos de la Constitución de 1979.

ordenamiento jurídico, expresado en el fundamento 47 de la sentencia 0047-2004-AI, donde se indica que “el ordenamiento conlleva la existencia de una normatividad sistemática, pues el derecho es una totalidad; es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe una unidad como una disposición determinada”; en este sentido, se deberá recurrir al artículo 55 que precisa que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, de modo que el Estado no puede desconocer sus obligaciones reconocidas en textos supranacionales²⁸⁸, ya que es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional²⁸⁹, según el artículo 27 de la Convención de Viena²⁹⁰ sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Es necesario hacer referencia al art. 3 de la CP²⁹¹ que contiene una cláusula abierta de desarrollo de nuevos derechos fundamentales derivados de los expresamente reconocidos, que no son otros que los sustentados en la dignidad. Precizando lo señalado en la IV Disposición Final y Transitoria de la CP²⁹² que implicaría integrar estos derechos a los fundamentales reconocidos en la Constitución, colocándolos así en la misma categoría que la Carta Magna.

Pero este análisis no sería preciso, si no se hace referencia a las dos consecuencias posibles que surgen de la IV DFT de la CP. La primera es que en el tratado o convención internacional se pueden recoger derechos humanos reconocidos expresamente por el constituyente peruano, de modo que la norma internacional ayudaría a la delimitación del contenido constitucional del derecho fundamental; y la segunda, cuando el tratado o convención recoge expresamente como derecho humano uno que no es reconocido de manera expresa por el constituyente nacional, supuesto en el que el derecho pasa a formar parte del catálogo de derechos fundamentales vigentes en el ordenamiento peruano a título de *derecho fundamental implícito*. Así que definitivamente, en ambos casos el tratado o convención internacional sobre derechos humanos, se incorpora al ordenamiento peruano con el rango constitucional²⁹³.

²⁸⁸ Artículo 26 de la Convención de Viena hace mención del “pacta sunt servanda” que significa que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

²⁸⁹ Si se permitiera a los estados invocar sus normas internas como excusa para no satisfacer las obligaciones internacionales contraídas, las normas del Derecho Internacional serían completamente ineficaces.

²⁹⁰ Ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE, de fecha 14 de septiembre del 2004.

²⁹¹ Artículo 3 de la CP: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

²⁹² Cuarta DFT de la CP: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

²⁹³ CASTILLO, L. “El derecho fundamental a la consulta y la consecuente obligación del Estado, nace solo respecto de asuntos que la afecten directamente.” *Revista Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica. Tomo 189, agosto 2009, p. 182.

En este mismo sentido, reiterada jurisprudencia²⁹⁴ del Tribunal Constitucional peruano, indica que el Convenio N° 169 de la OIT tiene rango constitucional. Sin embargo, su implementación era inexistente al punto de ser un derecho negado sistemáticamente en el país. Ante ello, el 23 de agosto de 2011, el Congreso peruano aprobó la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, promulgada y publicada el 6 de septiembre de 2011 y vigente desde diciembre de ese año. El Reglamento a la norma se publicó el 3 de abril de 2012 y entró en vigor un día después.

No obstante, dichos instrumentos legales, que podrían ser vistos como actos de buena fe para implementar un derecho que ya existía en el ordenamiento jurídico, han sido duramente criticados por tener falencias técnicas y por reducir los estándares de protección alcanzados tras muchos años de lucha de los pueblos indígenas que se vieron cristalizados en el Convenio 169 de la OIT (1989), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y en la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Entre las falencias encontradas se debe indicar que de acuerdo con el Reglamento de la Ley de Consulta, éste aplica solo en actos posteriores a su aprobación; ello implica, que durante los 16 años que transcurrieron entre la aprobación del Convenio 169 de la OIT y la Ley de Consulta y su Reglamento, la ley carecía de eficacia normativa, lo que supondría un desconocimiento de la Sentencia 00025-2009-PI/TC emitida por el Tribunal Constitucional, la cual señala específicamente que “(l)a exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en el ordenamiento jurídico peruano del Convenio 169 de la OIT”.

Funcionarios del gobierno han señalado que la Ley de Consulta Previa no es vinculante. El entonces presidente, Humala declaró que esa norma “debe ser tomada como un instrumento que permite legitimar una inversión y no verse como un obstáculo”. Es oportuno recordar que en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que la consulta es un principio general de derecho internacional.

Sin embargo, la Ley de Consulta Previa –Ley N° 29785– pone en peligro el ejercicio de los derechos indígenas, toda vez que requiere de otros criterios para la identificación de los

²⁹⁴ Es oportuno tener en cuenta la precisión realizada por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el EXP. N° 3343-2007-AA, del 19 de febrero del 2009, F.J. 31, que señala que habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a formar parte del Derecho Nacional, de conformidad con lo previsto en el art. 55 de la CP, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Así en concordancia con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tratado Internacional viene a complementar, normativa e interpretativamente, las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

pueblos indígenas como etapa previa al proceso de consulta, esto se debe a que la ley antes señalada deja de lado a muchos pueblos indígenas sin identificación lo que obviamente limita su real participación. Al compararse los criterios de identificación de los pueblos indígenas establecidos en el artículo 7 de la Ley y la disposición 7.1 de la Resolución Ministerial N° 002-2012/MC que regula la Directiva 03-2012/MC frente al Convenio 169 OIT, se advierte criterios dispares a la norma internacional lo que lógicamente envuelve a las normas antes citadas en inconstitucionalidad al no cumplir con lo ordenado en el artículo 51 de la CP, esto es por contradecir la supremacía y rango constitucional que tiene el Convenio 169 de la OIT al apartarse de dicho convenio estableciendo nuevos criterios y obstaculizando el ejercicio de los derechos indígenas a la identidad étnica y a la consulta previa²⁹⁵. Mientras no sea superada esta brecha entre lo señalado por la norma internacional y lo aplicado en norma nacional muchas comunidades indígenas no obtendrán el reconocimiento necesario ante el Estado y por lo tanto su derecho a ser escuchados nunca podrá ser ejercido ni menos garantizado.

Es momento de estar alertas. La adecuada implementación del derecho a la consulta y al consentimiento previo, informado es clave para avanzar hacia una protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas. En un país donde los conflictos socioambientales están a la orden del día, es vital generar confianza y certidumbre en la población sobre la salvaguarda de sus derechos. De lo contrario, el surgimiento de nuevos conflictos no sería una sorpresa. Bajo esta perspectiva, se debe concebir a la consulta previa como un sistema de diálogo desde el respeto de las distintas opiniones y comportamientos; en especial, si se tiene en cuenta que los actores son grupos con diferentes sistemas de valores y creencias²⁹⁶.

Del mismo modo, resulta oportuno precisar el contenido del derecho a la participación de los miembros de los pueblos indígenas, así se puede afirmar que la participación “es ampliamente reconocida como un mecanismo indispensable para el logro de los objetivos de desarrollo. Pueden existir diversas razones para promover la participación del pueblo en el proceso de planteamiento, diseño y aprobación de un proyecto; se debe incluir el respeto por la democracia, el afán por fortalecerla, la necesidad de obtener el compromiso de las comunidades locales para el proyecto y el beneficio de acceder a sus conocimientos tradicionales, que puede llegar a ser esencial para lograr la viabilidad de la obra a largo plazo”²⁹⁷.

²⁹⁵ Cfr. DUQUE, D. *Una necesaria revisión de los mecanismos de adaptación del DIDH en el ordenamiento jurídico peruano: el caso de los criterios de identificación de las comunidades indígenas reconocidos por el Convenio 169 de la OIT*. Asesor: MOSQUERA, S. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú. 2005.

²⁹⁶ Cfr. MOSQUERA, S. “Las comunidades indígenas como actores internacionales...”, op. cit., p. 1.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 28.

Delimitando el tema a los propósitos de este trabajo, se puede señalar que una forma de participación, en lo que respecta a las actividades extractivas, consistiría en la posibilidad de formular observaciones a los estudios de impacto ambiental dentro del marco de audiencias públicas así como el derecho de ser informados en talleres de divulgación durante la etapa de exploración, movilizaciones pacíficas, vigilancia informal de la actividad minera y efectos ambientales, también se pueden realizar reclamos por mesas de diálogo y concertación, además del desarrollo de consultas.

Generalmente se asocia a la participación con el principio de inclusión, que puede estimar “niveles” de derechos: a la información, a ser escuchado, a ser considerado en la toma de decisiones y también a ser incluido en los beneficios. Por lo tanto, es necesario indicar que, para conseguir este objetivo, se tendrán que implementar mecanismos con la capacidad de influir y manejar la dimensión social y ambiental en las zonas de impacto de la actividad económicas, pero de manera efectiva²⁹⁸.

Además de una participación informada y oportuna, debe existir también una participación culturalmente adecuada; ésta implica que “tanto el Estado como las empresas deberían considerar la necesidad de incorporar procedimientos y comunicación interculturales con las poblaciones implicadas en el desarrollo de actividades extractivas. Pues resulta imprescindible tomar en consideración la condición campesino-indígena de la mayor parte de las poblaciones involucradas en los proyectos mineros en los procedimientos y formas de transmisión de información, de la negociación política y de sanción existentes e imperantes en los espacios locales, para que verdaderamente sirva como medio para garantizar una efectiva y legítima participación.

En este orden de ideas, la dimensión cultural debería suponer una revisión de los canales actuales de comunicación e información existentes; debiéndose modificar formatos, lenguajes, idioma y procedimientos de información, así como las instancias y mecanismos de participación y escucha de las poblaciones locales (...)”²⁹⁹.

Finalmente, es elemental entender que la participación no es un fin en sí misma. Además, es importante resaltar que, si se emplea con el único propósito de ser utilizada para dar apariencia de legitimidad a un proceso de toma de decisiones, sin otorgar ninguna posibilidad real de influir en el resultado, la participación carecería de contenido y sentido.

Por ende, para afirmar que un proceso de participación tiene un significado real, éste debe tener como objetivo la posibilidad de influir positivamente en el resultado de un proyecto,

²⁹⁸ Cfr. DE ECHAVE, J. [et. al.]. *Minería y Conflicto social*. IEP; CIPCA; CBC; CIES. Lima, 2009, p. 378.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 382.

modificarlo e incluso evitarlo, si fuera necesario. Razón por la cual, para garantizar la participación efectiva es crucial asegurar que ésta ocurra antes de haberse tomado decisiones irreversibles. Ello implica que cualquier mecanismo adoptado para asegurar la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, que tenga la intención de identificar potenciales impactos ambientales y/o culturales, será importante si lo que se pretende es determinar si un proyecto pueda ser susceptible de cambios o hasta suspenderse indefinidamente³⁰⁰.

3.1.4 Imprescriptibilidad de las tierras de las comunidades nativas y campesinas a la luz del Convenio N° 169 de la OIT

Sobre este punto, la Defensoría del Pueblo menciona que los pueblos indígenas creen que el reconocimiento de sus derechos a las tierras de sus antepasados está ligado de manera indisolublemente al desarrollo sostenible; es decir, “a aquel que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades”³⁰¹; pero también exigen un mayor respeto de los modelos indígenas de cultura, espiritualidad, y forma de vida. Pues para ellos, la tierra no es solo un bien económico, sino que en ella ejercen sus derechos ancestrales³⁰².

Al respecto, el Convenio 169 de la OIT, establece que los gobiernos deberán tomar las medidas que resulten necesarias para determinar las tierras que tradicionalmente ocupan los Pueblos Indígenas, para garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad³⁰³ y posesión; pero, además, deberán instituirse procedimientos adecuados dentro del marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas. Sin embargo, también estipula que deberá impedirse que personas extrañas a estos pueblos se puedan aprovechar de sus costumbres o su desconocimiento de las leyes para arrogarse la propiedad, posesión o uso de las tierras pertenecientes a ellos³⁰⁴.

Por lo tanto, se debe aclarar que la propiedad sobre las tierras de las comunidades campesinas es imprescriptible; sin embargo, hasta 1993 eran también inalienables e inembargables. Así, “en el marco de un modelo constitucional que opta por una economía de mercado (...) no puede llamar a extrañeza que se haya reducido significativamente la protección

³⁰⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Comentarios al Convenio N° 169...*, op. cit., p. 31.

³⁰¹ INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana...*, op. cit., p. 14.

³⁰² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Situación de las tierras...*, op. cit., pp. 27 - 70.

³⁰³ Acerca del derecho a la propiedad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha realizado una interpretación evolutiva del artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, donde admite la propiedad comunal, grupal, en relación con la tierra para su subsistencia; así como para poder legar su cultura y transmitirla a generaciones futuras. Además, indica que no es necesaria la escritura pública. Cfr. NOVOA, B. “El caso Conga, a propósito de la STC...”, op. cit., p. 81.

³⁰⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Situación de las tierras...*, op. cit., p. 10.

que anteriormente se otorgaba a las tierras de las comunidades campesinas y nativas³⁰⁵. En definitiva, no son más inembargables e inalienables manteniéndose únicamente su carácter de imprescriptibles, que no evita sin embargo que puedan ser declaradas en abandono y pasar al dominio del Estado para su adjudicación en venta, como lo contempla el artículo 88 de la CP vigente³⁰⁶.

Entonces, en palabras de la Defensoría del Pueblo, “por la imprescriptibilidad, ni los colonos ni las empresas pueden hacerse dueños de las tierras comunales indígenas, porque para estas tierras no es aplicable la prescripción adquisitiva de dominio, y en consecuencia, así permanezcan uno, tres, cinco o diez años, no podrán hacerse dueños de estas tierras porque siempre serán ajenas, y los indígenas podrán defenderse de cualquier invasión recurriendo a las acciones legales tales como los interdictos, la reivindicación, la denuncia del delito de usurpación y las acciones posesorias correspondientes”³⁰⁷.

3.2 Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado

3.2.1 *Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado*

Es oportuno indicar que la perspectiva que se sigue en la protección ambiental es la antropocéntrica, donde se destaca el valor del medio ambiente por su incidencia en el desarrollo de los seres humanos; por ende, ésta ha de ser ejercida en armonía con la satisfacción de sus necesidades de índole económica y social³⁰⁸.

Así, en el plano internacional desde 1972, el principio 8 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano ha reconocido que: “el desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida”.

Debido a que al medio ambiente se le considera como un bien jurídico que debe guiarse por el *principio de distribución intergeneracional*, se suele hacer referencia al término “uso sostenible” de sus recursos naturales³⁰⁹, de forma que el hombre tendrá derecho a usufructuar los bienes que le provee la naturaleza, siempre que lo haga preservando, de ser posible restaurando y mejorando la fuente en el caso de los recursos naturales renovables³¹⁰, o empleando una forma que evite el peligro del futuro agotamiento de los recursos no

³⁰⁵ La Constitución de 1979, en su artículo 163, hacía referencia de manera precisa al carácter inembargable e imprescriptible de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, e inalienables salvo ley fundada en el interés de la comunidad o en caso de expropiación, siempre y cuando exista necesidad y utilidad públicas.

³⁰⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Nosotros y los otros...*, op. cit., p. 53.

³⁰⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Situación de las tierras...*, op. cit., p. 67.

³⁰⁸ Cfr. GARCÍA, P. *Derecho Penal económico...*, op. cit., pp. 837-838.

³⁰⁹ Cfr. SCHÜNEMANN, B. “La destrucción ambiental como arquetipo del delito.” En: PÉREZ, E. [et. al.] (Ed.). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia, 2012, p. 432.

³¹⁰ Principio 3 de la Declaración de Estocolmo.

renovables³¹¹, asegurando que toda la humanidad –incluyendo las generaciones venideras³¹²– podrá compartir sus beneficios³¹³.

Por esa razón surge en Perú la necesidad de adecuar la actividad económica a ciertos estándares de respeto al medio ambiente, plasmándose por primera vez como exigencia jurídica en el artículo 123³¹⁴ de la Constitución de 1979; pero recién con la Constitución de 1993 alcanzó carácter de derecho fundamental en el ordenamiento jurídico peruano (artículo 2 inciso 22)³¹⁵.

En este punto, resulta imprescindible partir por la definición de ambiente, así para Andaluz es “el conjunto de elementos sociales, económicos, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinados; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la Naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos”³¹⁶.

En el mismo sentido, la Ley General del Ambiente, en su artículo 2 inciso 3, de modo más específico prescribe que: “el ambiente (...) comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros”.

Es necesario agregar que el derecho a un medio ambiente sano forma parte de los derechos de solidaridad o de los pueblos, que constituyen los derechos de tercera generación³¹⁷,

³¹¹ Se debe tener en cuenta la equidad ecológica intergeneracional de los recursos naturales agotables, pues la generación actual tiene cierta libertad de movimiento para fijar la proporción de recursos que reivindicará a la generación futura, debido a que existe una previsión de que el imparable desarrollo tecnológico posibilitará el acceso a nuevos recursos, hoy en día desconocidos. Cfr. SCHÜNEMANN, B. “La destrucción ambiental...”, op. cit., pp. 432-433.

³¹² No se trata de satisfacer las diversas necesidades a cambio de un medio ambiente contaminado o desestabilizado, ni de cubrir los requerimientos del presente a costa de generar una escasez para el futuro. Cfr. GARCÍA, P. *Derecho Penal económico...*, op. cit., pp. 831-832.

³¹³ Principio 5 de la Declaración de Estocolmo.

³¹⁴ Artículo 123 de la CP de 1979: “Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”.

³¹⁵ A partir de la disposición del artículo 2 inciso 22 de la CP de 1993, se hace necesario establecer cuáles son los parámetros adecuados para una gestión del ambiente que permita una integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo colectivo (principio de sostenibilidad). Cfr. GARCÍA, P. *Derecho Penal económico...*, op. cit., p. 832.

³¹⁶ ANDALUZ, C. *Manual de Derecho Ambiental...*, op. cit., p. 28.

³¹⁷ Es preciso tener en cuenta que dentro de los derechos de primera generación se consideran a los derechos civiles y políticos, que están destinados a la protección del ser humano individualmente, contra cualquier agresión de algún órgano público. Se caracterizan porque imponen al Estado el deber de abstenerse de interferir en el ejercicio y pleno goce de estos derechos. En la segunda generación se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales, que tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y a la cultura, de tal forma que asegure el desarrollo de los seres humanos y de los pueblos. Su razón de ser se basa en el hecho de que el pleno respeto a la dignidad del ser humano, a su libertad y a la vigencia de la democracia, solo es posible si existen las condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen el desarrollo de esos hombres y esos pueblos. Sin embargo, la vigencia de estos

en estos se contemplan cuestiones de carácter supranacional. Pero el problema es que el contenido de estos derechos no está totalmente determinado, aún se encuentran en proceso de definición y están consagrados en diversas disposiciones de algunas convenciones internacionales.

Por eso cabe precisar que el “medio ambiente” es concebido como un concepto jurídicamente indeterminado, por esa razón Vera menciona que se trata de un “concepto abierto y en permanente elaboración”³¹⁸; por lo tanto, su definición estaría sujeta a los nuevos aspectos y elementos que surgen continuamente, así como a los continuos cambios históricos, sociales, económicos y culturales que afectan a una comunidad³¹⁹.

Motivo por el cual, se debe establecer el alcance que tiene este concepto, y de acuerdo con lo que manifiesta Junceda: “el medio ambiente, se configura como un solemne derecho-deber que nos incumbe a todos, ciudadanos y poderes públicos, en base a la solidaridad colectiva (...), sin que la ausencia de nuestra participación ciudadana pueda escudarse en un simple encogimiento de hombros ni que nuestros poderes públicos se parapeten tras discutibles celos competenciales”³²⁰. Por tanto, no solo se trata de un derecho subjetivo, tal como ha precisado el Tribunal Constitucional, sino que es también un derecho o interés con caracteres difusos, porque es un derecho que lo titularizan todas y cada una de las personas³²¹.

3.2.2 Protección constitucional

Debido al gran deterioro del medio ambiente, su protección constituye ya un problema prioritario, no solo a nivel nacional sino también a escala mundial, ocupando cada vez un puesto más importante en la agenda política nacional con la finalidad de que realmente sea efectiva tal protección.

En este orden de ideas, es preciso indicar que su protección se encuentra sustentada en el artículo 2 de la CP, donde se mencionan entre los derechos fundamentales de la persona humana el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; es decir, “a un derecho a que las condiciones medioambientales sean las idóneas en orden a nuestro pleno desarrollo”³²². Además, en el Capítulo II del Ambiente y los Recursos Naturales, del

derechos se encuentra condicionada a las posibilidades reales de cada país, de allí que la capacidad para lograr la realización de estos varía de país a país; pues podrán ser exigidos al Estado en la medida de los recursos que efectivamente tenga éste. En este aspecto, deben verificarse los indicadores de desarrollo integral en relación con la distribución que hace el Poder Público de sus ingresos debido a la justicia social.

³¹⁸ VERA, D. *La disciplina ambiental de las actividades industriales*. Citado por JORDÁ, E. *El Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. Aranzadi. España. 2001, p. 109.

³¹⁹ Cfr. *Ibidem*.

³²⁰ JUNCEDA, J. *Derecho ambiental en el Amazonas...*, op. cit., p. 35.

³²¹ EXP. N° 0018-2001-AI/TC, de 06 de noviembre de 2002. F.J. 6.

³²² Cfr. VERA, D. “La disciplina ambiental...”, op. cit., p. 136.

artículo 66 al 69, del Título II del Régimen Económico de la CP, se prescribe que los recursos naturales renovables y no renovables son patrimonio de la Nación, promoviendo el uso sostenible de éstos, la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

En este ámbito, el derecho, considerado como disciplinador de las conductas de los miembros de la comunidad, protege y ordena la conveniente utilización de aquellos elementos que lo integran, restringiendo o armonizando posibilidades de actuación o penalizando, llegado el caso, a los eventuales agentes infractores, con el objetivo de garantizar el bien de la propia comunidad y el pleno disfrute de la persona de condiciones medioambientales idóneas³²³

3.2.3 *Desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano sobre la protección del medio ambiente*

En la sentencia recaída en el EXP. N° 0048-2004-PI/TC (fundamento §1), el Tribunal Constitucional ha señalado que la Constitución de 1993 (artículos 3 y 43 de la CP) establece que la República del Perú es social y democrática de derecho; por lo tanto, el máximo intérprete con frecuencia “debe hacer frente a conflictos de la más alta trascendencia social y política. Esto supone, muchas veces, que las decisiones jurisdiccionales que adopte tengan un impacto en los medios académicos y de comunicación social”; razón por la cual debe procurar que dichas decisiones tengan como finalidad la “integración social, conciliando los legítimos intereses de la sociedad como legítimos intereses de la persona”, pues su defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado, de conformidad con lo prescrito en el artículo 1 de la CP.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional tiene que ejercer su función “de forma tal que pueda evaluar, con prudencia, tanto los contextos o situaciones que justifiquen su accionar como su abstención, evitando constituirse en obstáculo para el desarrollo social en un país que busca desterrar el trauma de las dictaduras”; entonces, la labor del TC supone la “convicción y la esperanza de que es posible construir una sociedad justa y libre con garantía para las diferencias y la pluralidad de opciones”.

Una vez realizadas estas precisiones, es menester centrarnos en el tema ambiental, para ello se debe indicar que la base constitucional es el artículo 2 inciso 22 de la CP, donde se reconoce, en calidad de derecho fundamental, el atributo subjetivo de “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo” de la vida de la persona, al respecto, el Tribunal ha manifestado que existe el derecho/obligación a que el medio ambiente se preserve. Pero la

³²³ *Ibidem*, p. 109.

obligación de preservar el medio ambiente no solo alcanza a los entes públicos sino también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente en el medio ambiente bajo una política de desarrollo sostenible y sustentable, con la generación y la difusión de tecnologías compatibles con la conservación del ambiente, entre otras; para generar una mayor calidad y condiciones de vida en beneficio de una población actual y de generaciones futuras³²⁴.

En consecuencia, el máximo intérprete de nuestro texto constitucional, en el F.J. 6 de la sentencia recaída en el EXP. N° 0018-2001-AI/TC nos indicará lo siguiente: que el medio ambiente debe ser entendido como “un sistema; es decir como un conjunto de elementos que interactúan entre sí. Por ende, implica el compendio de elementos naturales –vivos o inanimados– sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen en la vida material y psicológica de los seres humanos”; asimismo señala que el ambiente es concebido como “el medio en el cual se encuentran contenidos todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos. Por consiguiente, alude a todas las condiciones e influencias del mundo exterior que rodean a los seres vivos y que permiten –de una manera directa o indirecta– su sana existencia y coexistencia”; y que debe ser entendido “sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana”; por último, “nuestra Constitución apunta a que la persona pueda disfrutar de un entorno en simétrica producción, proporción y armonía acondicionada al correcto desarrollo de la existencia y convivencia”.

El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre el contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, en la sentencia recaída en el EXP. N° 03343-2007-PA/TC, así como en sendas resoluciones³²⁵. De este modo, ha establecido que este derecho fundamental está configurado por:

1) El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado

Que “comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. En suma, se debe tutelar del ambiente adecuado

³²⁴ Cfr. EXP. N° 0048-2004-PI/TC, de 01 de abril de 2005. F.J., 4.

³²⁵ EXP. N° 00018-2001-AI/TC, EXP. N° 00964-2002-AA/TC, de 17 de marzo de 2003; EXP. N° 0048-2004-PI/TC, de 1 de abril de 2005 y EXP. N° 01206-2005-AA, de 20 de abril de 2007.

para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido”.

2) El derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado

El cual “entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares, particularmente a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente”.

El juez invocando el principio de precaución puede salvaguardar el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la salud, no necesitando una afectación científica al ambiente sano y a la salud de los ciudadanos para protegerlos, como sucede en el caso de las instalaciones de torres de telefonía del cual existe una incertidumbre científica sobre sus efectos nocivos de la contaminación electromagnética en la salud de las personas, por lo cual como medidas precautorias se impone que estas instalaciones sean colocadas en zonas lejanas de las urbes y obliga a las empresas a adoptar medidas de vigilancia estrictas de las personas que puedan verse afectadas, este es un precedente novedoso en cuanto a la protección del derecho al medio ambiente³²⁶, pero con posterioridad se emitieron resoluciones asegurando que la aplicación del principio precautorio no podía ser interpretado con medidas irrazonables y desproporcionadas sobre cierta actividad que podría ser nociva³²⁷. Ante sentencias contradictorias en causas similares el juez tendrá que analizar en el caso concreto la norma aplicable debiendo escoger la mejor postura que garantice la vigencia de los derechos, asimismo presentar un argumento jurídico adecuado que sostenga su alejamiento del precedente no usado.

3.2.4 *Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucionalmente protegido de libertad de empresa y del medio ambiente*

Existe un vínculo esencial entre el derecho a un medio ambiente sano y los otros derechos; pues, ante el deterioro del medio ambiente se afectaría a los derechos a la salud, al trabajo, a la educación, a la propia vida e incluso a la supervivencia de nuestra especie³²⁸. En este sentido, el TC ha precisado en el F.J. 7 del EXP. N° 0018-2001-AI que, desde una perspectiva constitucional, este derecho supone considerar al medio ambiente como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos, no solo reconocidos por la CP sino también por los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

³²⁶ Cfr. OTINIANO, K. *Pautas para una eficaz regulación del principio precautorio...* op. cit.

³²⁷ Cfr. Expediente N° 4223-2006-PA/TC. F.J. 12.

³²⁸ JUNCEDA, J. *Derecho ambiental en el Amazonas...*, op. cit., p. 11.

Por eso, es importante manifestar que si bien existen actividades económicas de primer nivel que generan un evidente progreso socioeconómico para el Estado, región o municipio donde se desarrolla, que constituye una riqueza de la que ningún poder público puede o debe desentenderse si actúa con prudencia; sin embargo, en muchas ocasiones componen actividades de neto cariz agresivo para el medio ambiente³²⁹.

En este punto, la tutela del medio ambiente y la libertad de empresa entran frecuentemente en conflicto, pues responden a dos lógicas contrapuestas y, en consecuencia, potencialmente colusorias: así se tiene que mientras la libertad de empresa implica la explotación de los recursos naturales, la protección ambiental responde a la lógica de su preservación³³⁰. Indudablemente, ante esta situación se hace necesaria la imposición de parámetros o límites que permitan delimitar el contenido de ambos derechos sin que se produzca una aparente colisión.

Razón por la cual, la importancia práctica de los límites ambientales a la libertad de empresa se incrementa constantemente porque la progresiva degradación del medio ambiente obliga a adoptar medidas que restringen de modo más intenso la autonomía empresarial y el derecho de propiedad, que, con frecuencia, se encuentran estrechamente ligadas³³¹.

Al respecto, es necesario hacer hincapié en el análisis que realiza el máximo intérprete de la Constitución sobre el medio ambiente, empresa y responsabilidad social de la misma. Resultando necesario mencionar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, específicamente al desarrollado en el EXP. N° 03343-2007-AA y al indicado en el EXP. N° 0048-2004-AI, donde ha señalado que la protección del medio ambiente debe ser una preocupación de las actuales sociedades, y por ello se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación del paradigma del desarrollo con la necesaria conservación del medio ambiente, con la finalidad de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación.

Es decir, bajo este esquema, le correspondería al Estado crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva procurando el bien común, lo que implica que intervenga para corregir las inequidades sociales, para que todos sean partícipes de los beneficios del progreso y desarrollo económico, y no unos pocos.

Acerca de la responsabilidad social de la empresa, resulta determinante establecer el marco jurídico y político donde se sustenta su responsabilidad social; por eso, se debe precisar

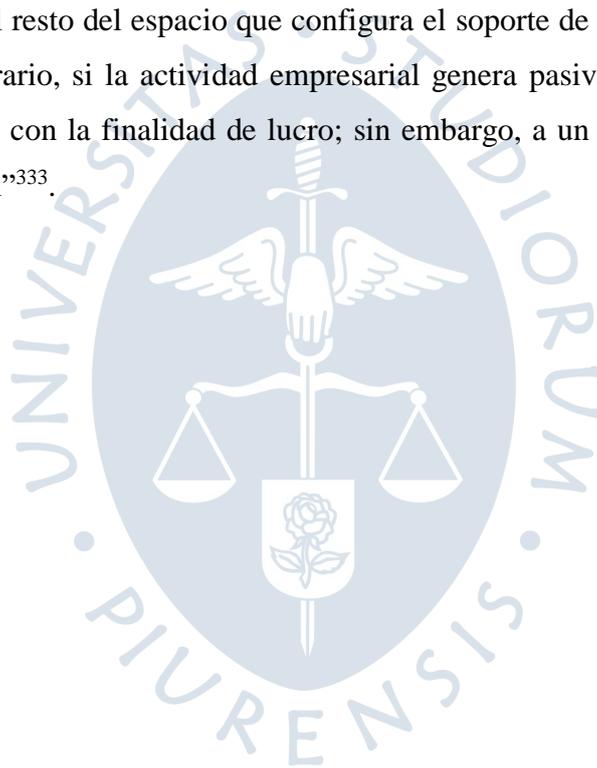
³²⁹ *Ibíd.*, p. 19.

³³⁰ GARCÍA, I. *Prohibiciones Ambientales...*, op. cit., p. 23.

³³¹ *Ibíd.*, p. 24.

que la economía social de mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general basado en el uso sostenible de los recursos para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado que beneficie a todos.

Además, el Tribunal Constitucional ha señalado que “en la actualidad, existe consenso en indicar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a que asuma su responsabilidad social. Los efectos que las empresas generan han suscitado que se tomen ciertas medidas a fin de lograr una inserción más pacífica de la empresa en la sociedad”³³². Por eso, en este orden de ideas, es importante resaltar que “la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar (...), lo que ordena 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, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán”³³³.



³³² EXP. N° 03343-2007-AA, del 19 de febrero de 2009, F.J. 23 y 24.

³³³ *Ibíd.*



Capítulo 4

Propuesta de solución a los conflictos socioambientales

4.1 Interpretación de derechos involucrados y posible solución al problema planteado

Teniendo en cuenta lo expuesto en los capítulos anteriores, ahora corresponde realizar una breve reflexión sobre cómo deberían interpretarse los derechos fundamentales en los que normalmente se amparan las pretensiones de las partes involucradas en los conflictos socioambientales, esto es, los derechos a la libertad de empresa y a un medio ambiente equilibrado.

Si bien es cierto la finalidad de este trabajo no es ofrecer un análisis exhaustivo sobre cómo interpretar derechos fundamentales, sí resulta necesario adoptar una postura de interpretación iusfundamental, pues, este será el punto de partida para comprender la propuesta de solución que aquí se plantea.

Siendo así, cabe recordar que existen distintas metodologías de interpretación de derechos fundamentales³³⁴, pero para el presente trabajo se seguirá la metodología a la cual nos adherimos, esto es, a la teoría armonizadora de derechos fundamentales³³⁵. Según esta teoría, los derechos fundamentales se definen como aquellos “bienes humanos que se reconocen y garantizan jurídicamente, destinados todos ellos a satisfacer las necesidades humanas esenciales en la medida que brotan de la esencia humana, y a fin de que la persona pueda lograr el máximo grado de realización”.

Conforme a dicha definición es posible concluir, como lo hace Castillo, que “si los derechos humanos o derechos fundamentales significan bienes humanos, y el bien humano se define como aquello que satisface alguna necesidad humana, y la naturaleza humana de la cual se predicen esas necesidades y consecuentes bienes es una realidad esencialmente unitaria, entonces, no será posible hablar de bienes humanos contradictorios entre sí, ni – consecuentemente- de derechos humanos o derechos fundamentales en conflicto”³³⁶.

En otras palabras, al ser los derechos fundamentales bienes humanos que brotan de la naturaleza humana, aquellos comparten la característica de esencial y radical unidad propia de

³³⁴ Existen dos metodologías de interpretación de derechos fundamentales, por un lado, las metodologías conflictivistas y por otro, las metodologías armonizadoras. Un concienzudo estudio del tema se puede encontrar en: CASTILLO, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores, 2007. 476 p.

³³⁵ Cf. CASTILLO, L. “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 12, enero – junio 2005, pp. 99-119.

³³⁶ CASTILLO, L. “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”. En SOSA, J. (Coord.), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales* (pp. 31-72). Lima: Gaceta Jurídica. 2016. Se brinda múltiples razones para sostener que un derecho fundamental no puede ser opuesto con otro derecho fundamental; por ello, no se puede hablar de conflicto de derechos fundamentales.

esta. Siendo así, los derechos fundamentales son bienes que satisfacen necesidades humanas, pero que al hacerlo no pueden impedir la satisfacción de otra necesidad humana y, por tanto, tampoco puede impedir la consecución de otro bien humano.

En el caso analizado en este trabajo, tanto el derecho a la libertad de empresa como el derecho a un medio ambiente equilibrado son derechos fundamentales, esto es, bienes humanos que satisfacen distintas necesidades que brotan de la naturaleza humana. Por ello, no es posible que la consecución de uno de estos derechos implique la no consecución del otro. Del mismo modo, no es posible que la realidad que busca ser asegurada por el bien libertad de empresa sea contradictoria con el bien humano medio ambiente equilibrado.

Siendo así, sería un error entender que el derecho a la libertad de empresa es opuesto o contradictorio al derecho a un medio ambiente equilibrado. En lugar de ello, corresponde aplicar los principios y herramientas de interpretación adecuadas para asegurar que ambos derechos logren satisfacer las necesidades a las que están llamados, sin que ello implique la negación de uno de ellos.

4.1.1 Interpretación armónica del derecho a libertad de empresa y el derecho a un medio ambiente equilibrado

Si bien es cierto, conforme se ha estudiado en los capítulos anteriores, el Tribunal Constitucional peruano ya se ha pronunciado sobre el derecho a la libertad de empresa y el derecho a un medio ambiente equilibrado a través de su jurisprudencia, también lo es que en aquellos casos el análisis del supremo intérprete se realizó desde el punto de vista de la responsabilidad social, sin que se hiciera mención sobre cómo estos derechos deberían interpretarse. Por ello, se abordará este punto brevemente, con la esperanza de dar alguna luz que pueda servir de referencia en futuros pronunciamientos sobre estos casos.

Como se indicó anteriormente, los derechos fundamentales son realidades que, por su naturaleza, no pueden oponerse o entrar en conflicto. Lo que ocurre en realidad es que muchas veces los titulares de estos derechos realizan un ejercicio extralimitado de los mismos, lo cual termina con afectar el ejercicio del otro derecho. Por ello, antes de aplicar algunos principios y herramientas de interpretación armónica de derechos fundamentales a este caso, se debe recordar las disposiciones constitucionales que recogen los derechos involucrados, los cuales ya han sido desarrollados en los capítulos precedentes.

De un lado, nuestra constitución reconoce expresamente en su artículo su artículo 59 que: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los

sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueven las pequeñas empresas en todas sus modalidades”. Asimismo, el artículo 2 inciso 22 de la CP también reconoce expresamente el derecho de toda persona a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo”.

Siempre que se presente un problema jurídico en el que estén involucrados los derechos a la libertad de empresa y el derecho a un medio ambiente equilibrado, ambas disposiciones constitucionales citadas líneas arriba deben cumplirse y, para ello, es necesario que en cada caso concreto se interpreten a la luz de los siguientes principios de interpretación constitucional: a) principio de interpretación de concordancia práctica, b) principio de unidad de la constitución, y c) principio de normatividad de la constitución³³⁷.

Tales principios permitirán ofrecer una solución armónica y, con ello, determinar cuál es el contenido de cada derecho en el caso concreto. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no solo permite hacer uso de estas herramientas de interpretación constitucional, sino que también proporciona algunas otras propias del derecho internacional público. Hacer uso de estas últimas es el gran reto, pues, sin dejar de aplicar lo expuesto en este apartado, conviene que las comunidades campesinas y las empresas mineras participen activamente en la búsqueda de consensos, y para ello requieren de cierta autonomía, capacidad e igualdad de condiciones, algo que quizás solo pueda alcanzarse siguiendo la propuesta ofrecida en el presente trabajo.

4.1.2 *Uso de herramientas jurídicas del derecho internacional como propuesta de solución a los conflictos socioambientales*

Como se ha visto, nuestro ordenamiento jurídico ofrece herramientas jurídicas para dar solución a problemas socioambientales en los que los derechos a la libertad de empresa y a un medio ambiente equilibrado están en juego. Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, parece claro el camino de la interpretación de las disposiciones constitucionales que reconocen aquellos derechos; sin embargo, desde el Derecho Internacional Público se necesita mayor precisión, pero, daría lugar a resultados más justos y beneficiosos para todas las partes.

Si bien es cierto el Estado peruano ha suscrito diversos tratados internacionales que brindan protección a los derechos involucrados, esto no es suficiente para alcanzar una verdadera concreción de estos. Además de ello, es indispensable que, a nivel interno, el Estado implemente en todos sus niveles, distintas medidas para hacer realidad lo expuesto en los textos supranacionales. De esta manera, tanto el Poder Ejecutivo, como el Poder Legislativo y el Poder Judicial deberán participar de esta implementación.

³³⁷ *Ibíd.*

En lo que queda del presente trabajo se propondrá hacer uso de la figura del actor no estatal, propia del Derecho Internacional Público, como propuesta de solución a los problemas socioambientales. Por ello, se brindarán algunas ideas sobre cómo se debería constituir a las comunidades campesinas como actores no estatales y, de esta manera, aquellas puedan alcanzar una capacidad de negociación para proteger su derecho a un medio ambiente equilibrado. Todo esto implica, a su vez, que el Estado también asuma un rol protagónico, especialmente al momento de facilitarle alcanzar tal posición a dichas comunidades.

4.2 Actores no estatales en el caso Conga

Las organizaciones que intervienen junto con el Estado en la negociación, creación de leyes, diagnóstico de problemas sociales y posibles soluciones pueden ser empresas comerciales, transnacionales, fundaciones, sociedades filantrópicas entre otras que mantienen un interés que sobrepasa los límites fronterizos por lo cual su intervención tiene poder para generar los cambios sociales queridos. A estas entidades se les ha denominado en el derecho internacional como “actores no estatales”. Otra definición de actores no estatales desde la perspectiva de la influencia que ejercen en su área de acción los considera como: “aquellas unidades del sistema internacional (entidad, grupo, individuo) que gozan de habilidad para movilizar recursos que les permitan alcanzar sus objetivos, que tienen capacidad para ejercer influencia sobre otros actores del sistema y que gozan de cierta autonomía”³³⁸.

La denominación actores no estatales es un “sub concepto coordinado que abarca a todos aquellos actores en relaciones internacionales que no son Estado, (...) aunque no todos poseen alguna forma de capacidad legal según el derecho internacional a diferencia de los Estados que poseen una capacidad legal completa siendo sujetos de Derecho Internacional”³³⁹, debido a la influencia que otras entidades tienen para representar ideas que cruzan fronteras se hace necesario que el derecho internacional considere a los actores no estatales en las relaciones internacionales. Esta figura jurídica de los actores no estatales puede clasificarse en “dos amplias categorías: a) las organizaciones internacionales y b) actores subestatales, los primeros tienen como característica la conservación del poder estatal u gubernamental mientras que los segundos son actores privados con manifestaciones que pueden estar o no categorizadas u organizadas jerárquicamente dentro o a través de fronteras nacionales”³⁴⁰.

³³⁸ BARBÉ, E. *Relaciones internacionales*. Madrid: Tecnos. Citado por TREJOS, L. “Los actores no estatales en la sociedad internacional: una aproximación a la diplomacia ciudadana en Colombia”. *Investigación & desarrollo*. Volumen 24, Número 1, 2016., En: Universidad del Norte, Revistas Científicas, <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/investigacion/article/view/6637/8685>, visto el 4 de enero de 2019.

³³⁹ Cfr. WAGNER, M. *Non-State Actors*. Oxford University Press. Enero 2009. En: RESEARCHGATE, <https://www.researchgate.net/publication/308874846>, visto el 17 de octubre de 2019.

³⁴⁰ *Ibíd.*, p. 2.

Si bien esta figura no ha sido normativamente desarrollada, se puede encontrar, aunque limitado su definición en la Resolución 1540 del 28 de abril de 2004 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: “individuo o entidad, que no actúa bajo la autoridad legal de ningún Estado en realizar actividades que entren dentro del alcance de esta resolución”³⁴¹.

La trascendencia de la importancia de los actores no estatales se desató a finales del año 1980 provocado por el aumento de la formación de transnacionales, las facilidades tecnológicas de los individuos en comunicarse, la globalización de la economía y el interés de la comunidad en participar activamente en la defensa y protección de sus propios intereses. La participación de los actores no estatales tiene diferentes *modus operandi*, aquí algunos ejemplos de ello:

1. Los actores no estatales pueden influir en el gobierno de Estados que simpatizan con su causa como lo hizo Helsinki Reloj participó en reuniones de Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), también pueden intervenir en 2. Creación de leyes o en el desarrollo de normas por ejemplo la Organización Internacional de Normalización (ISO) creó estándares de gestión en el campo del medio ambiente. 3. Participación en litigios que lo puede hacer directamente, o como parte del proceso como *amicus curiae* o por último a través de actores competentes para llevar casos, las áreas más resaltantes de los litigios para los actores no estatales son: medio ambiente, derechos humanos y relaciones económicas³⁴².

En el contexto internacional actual es multifacético, porque si bien la participación de las organizaciones internacionales estatales es limitada en la teoría también lo es para las organizaciones internacionales no estatales como está recogido en el artículo 66 del Estatuto del Consejo Internacional de Justicia (CIJ), sin embargo en excepción se presentó la situación internacional de África sudoccidental (opinión consultiva) en 1950 en el que se concedió la intervención de la organización no estatal de la Liga Internacional de Derechos Humanos como *amicus curiae*³⁴³. Es de resaltar que muchos comités internacionales han sido creados para que los individuos y organizaciones civiles presenten sus agravios ante ellos, donde los casos generalmente involucran individuos o sus organizaciones por un lado y el Estado por el otro.

“Los actores no estatales también se relacionan con el Estado y pueden ser divididas en actores no estatales paraestatales porque refuerzan o apoyan al Estado o en cambio debilitarlo e instrumentalizarlo y estos se denominan actores no estatales contraestatales”³⁴⁴ como las organizaciones terroristas, sin territorialidad propia, regímenes de facto o grupos de insurgencia

³⁴¹ *Ibidem*, p. 4.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ *Ibidem*, p. 3.

³⁴⁴ TREJOS, L. “Los actores no estatales en la sociedad internacional...” op. cit.

local que en la defensa de sus ideales dañen a los Estados, como el caso de los sucesos ocurridos el 11 de septiembre de 2001 contra Estados Unidos perpetrados por al-Qaeda. Esta situación presentó una gran pregunta sobre la responsabilidad legal de los actores no estatales y la legalidad de las medidas de autodefensa contra actores no estatales, ¿se debería considerar en igualdad de condiciones los ataques de un grupo terrorista que el de un Estado? Si bien actualmente hay respuestas divididas en la comunidad jurídica internacional, esta penosa situación reveló la deficiencia que existe en el derecho internacional sobre los efectos jurídicos de la actuación de los actores no estatales, que no está regulada.

Esta figura jurídica del derecho internacional si bien actualmente está cobrando mucho mayor poder de intervención en la gobernanza de muchos Estados, también es cierto que por su naturaleza privada no pueden ser parte de tratados sobre derechos humanos y no están vinculados directamente con las leyes sobre los mismos, salvo las obligaciones aceptadas por los gobiernos y si estos logran hacerlas obligatorias para ellos. Entonces esto presenta una gran puerta a la violación de los derechos humanos de los actores no estatales debido a la falta de rendición de cuentas al respecto que se pueda solicitar a estas entidades. Otro gran desafío que se presenta con los actores no estatales es la manera de hacerlos responsables legalmente por las vulneraciones a los derechos humanos, algunos expertos señalan que “en los campos de responsabilidad internacional y derecho penal internacional tienen implicaciones para construir un marco para las obligaciones de derechos humanos de los actores no estatales en el derecho internacional”³⁴⁵.

Existe un largo recorrido en la historia para el reconocimiento de los actores no estatales, es después de la creación de la ONU por el CIJ en 1948 que se reconoce judicialmente en las reparaciones por lesiones sufridas en el servicio de los Estados Unidos que “el incremento progresivo en el colectivo, la acción de los Estados ya ha dado lugar a instancias de acción sobre el plano internacional por ciertas entidades que no son Estados”³⁴⁶, con los avances tecnológicos, la formación de transnacionales debido al aumento poder adquisitivo de grupos de individuos, la facilidad de comunicación a larga distancia facilitó la consolidación de estos sujetos en el ambiente internacional.

Para el caso peruano, en el escenario del conflicto social con la minera Yanacocha donde está en juego el derecho a la empresa y el derecho a tener un ambiente equilibrado, se identifica

³⁴⁵ Cfr. CLAPHAM, A. “Human Rights Obligations of Non-state Actors in Conflict Situations”. *International Review of the Red Cross* 88 (863). Septiembre 2006. En: RESEARCHGATE, https://www.researchgate.net/publication/228159211_Human_Rights_Obligations_of_Non-State_Actors_in_Conflict_Situations, visto el 07 de marzo de 2020.

³⁴⁶ Cfr. WAGNER, M. *Non-State Actors...*, op. cit.

como participantes a: 1) Las autoridades distritales y provinciales, 2) Las Comunidades campesinas, 3) Minera Yanacocha, y, 4) El Estado peruano.

Luego de revisar el contexto general de la figura de los actores no estatales, se pasará a aplicar las características y las formas de intervención de los actores no estatales a los participantes antes mencionados con excepción del Estado que participa como sujeto de derecho internacional.

4.2.1 *Las autoridades distritales y provinciales electas como actores no estatales*

Como bien se ha definido en los párrafos anteriores los actores no estatales son organizaciones civiles y en algunos casos empresariales que mantienen ideales que traspasan fronteras y que no son dependientes del Estado. Por lo tanto los gobiernos provinciales y distritales no pueden ser calificados como actores no estatales pero debido a su naturaleza jurídica y su interés social en beneficio de su comunidad necesita de ayuda social que logra manteniendo relaciones de carácter internacional con cooperativas internacionales, el Decreto Legislativo 719 regula las relaciones de cooperación que se gestiona de los organismos del Estado en sus niveles nacional, sectorial, regional y local, que proviene de fuentes del exterior de carácter público y/o privado por lo cual se evidencia su posición privilegiada como actor de derecho internacional, el desarrollo de estas relaciones de los gobiernos locales con organizaciones internacionales está generando mayores beneficios en el desarrollo social³⁴⁷ y tecnológico de pequeñas ciudades.

Para cierto sector del Derecho Internacional, las acciones internacionales de las municipalidades locales está en oposición de las políticas públicas del gobierno central y más a favor del beneficio de los intereses de sus pobladores por lo que pareciera que actuara como actores no estatales, por lo tanto para Salomón “no es necesario cuestionar el carácter “estatal”

³⁴⁷ Por su parte, en el artículo, “Una década de acción internacional de los gobiernos locales mexicanos (2005-2015)”, SCHIAVON, J. propone cómo generar gobernanza en la conducción de la política exterior de México con la participación de los estados federados. El investigador presenta un decálogo de recomendaciones para fortalecer la práctica, incluyendo propuestas de mejora a los marcos jurídicos y estructuras institucionales. En su ensayo, “Profesionalizar la acción exterior del gobierno local: el caso del Área Metropolitana de Barcelona”, CASABLANCAS, X. comparte su experiencia desde la coordinación de relaciones internacionales de dicho gobierno metropolitano. Para el autor, la internacionalización de Barcelona en el largo plazo se basa en tres ejes: a) la construcción de una estrategia internacional; b) la definición de un modelo de ciudad, y c) la coordinación interinstitucional. Por su parte, OLIVEIRA, R., jefe de la Asesoría Internacional en el Estado de Minas Gerais, Brasil, firma el artículo “Acción internacional para la sustentabilidad local”. En él, expone la relación entre la actividad internacional de los gobiernos locales y la sustentabilidad local como uno de los objetivos más importantes que habrá que empujar en el marco de los debates globales actuales. Por último, ZAPATA, M., de la Agencia de Cooperación e Inversión de Medellín y el Área Metropolitana, en su artículo, “Comunicación y diálogo: elementos esenciales de la Medellín global”, subraya que la acción internacional de una ciudad, como política pública, debería trascender los vaivenes políticos y construirse con una visión de largo plazo. Cfr. SUAREZ, E. & ZAPATA, E. “Gobiernos locales: actores internacionales”. *Revista Mexicana de Política Exterior*, Número 104, Mayo-Agosto 2015, p. 18.

de los gobiernos subnacionales a pesar de que en su acción exterior estos lleguen a comportarse como actores no-estatales”³⁴⁸, pero esta propuesta de analizar la acción exterior de los gobiernos subnacionales para determinar su participación en el derecho internacional es inapropiada porque existen grupos sociales que se consideran naciones diferentes dentro de un mismo estado y no aceptarían la denominación de nación de menor nivel o de segundo orden, por lo que la denominación que se ajusta a la actuación de las Municipalidades locales es la de actores no centrales.

La acción internacional de las municipalidades provinciales y distritales, parte de la nueva generación de actores internacionales distintos al Estado, toda vez que se ha reconocido su capacidad de influir en la política internacional de manera autónoma.

“Así, los gobiernos subnacionales pasan a convertirse en actores internacionales en la medida en que afectan la política internacional en general, la de sus Estados en particular (de manera negativa o positiva), y atraen la atención de otros actores como las corporaciones transnacionales y los medios de comunicación”³⁴⁹.

La Municipalidad Distrital y Provincial deben de utilizar esta cooperación internacional para posicionar su voz en el mundo. Y es a través de las redes internacionales interinstitucionales que puede exponer y justificar sus actuaciones defendiendo los intereses de sus habitantes, porque tienen “la capacidad para generar una agenda internacional propia, separada de los intereses del gobierno nacional, reconfigurando las relaciones de poder en el mundo y no quedando fuera de ella”³⁵⁰. Si bien actualmente en nuestro país la acción internacional de los municipios provinciales y distritales es casi nula en otros países como México, Colombia y Brasil han adquirido importancia trascendental como estrategias de atracción de inversiones, promoción de exportaciones y cooperación internacional para el desarrollo.

En ese sentido, el Perú se encuentra en un proceso de descentralización y regionalización³⁵¹ que ayudará a que los gobiernos regionales participen en la gobernabilidad

³⁴⁸ ABRI, M. “La acción exterior de los gobiernos subnacionales y el análisis de políticas exteriores”. Contribución al 1° Encuentro Nacional de la Asociación Brasileira de Relaciones Internacionales. Brasilia. Citado por SUAREZ, E. & ZAPATA, E. “Gobiernos locales: actores internacionales...”, op. cit., p. 18.

³⁴⁹ DUCHACEK, I. “Perforated sovereignties: towards a typology of new actors in international relations”. 1990. CITADO por ZAMORA, E. Relaciones internacionales y gobiernos locales en Colombia. Participación internacional de Bogotá, Cali y Medellín en el siglo XXI”, 2015.

³⁵⁰ SUAREZ, E. & ZAPATA, E. “Gobiernos locales: actores internacionales...”, op. cit., p. 18.

³⁵¹ HAKANSSON C. *La regionalización y sus etapas*. Publicado en el Diario El Comercio (Edición Regional), sábado 10 de noviembre de 2012”. En: POLIS: DEMOCRACIA, CONSTITUCIÓN, INTEGRACIÓN, UNIVERSIDAD; <https://carloshakansson.wordpress.com/2012/11/12/la-regionalizacion-y-sus-etapas-publicado-en-el-diario-el-comercio-edicion-regional-sabado-10-de-noviembre-de-2012/>, visto el 16 de enero de 2020.

de sus ciudades y así canalizar al interior de la región los conflictos sociales sin esperar que el gobierno central sea quien lo resuelva todo, así las regiones pueden fiscalizar y crear nuevos impuestos para mantener el orden y el equilibrio en la explotación o uso de los recursos de sus zonas siempre y cuando sean dotados de normas para hacerlo. Si bien es un proyecto con grandes etapas para cumplir, la regionalización y descentralización podría posibilitar una mejor actuación del Estado en la resolución de los conflictos sociales, porque no se estaría tan lejos de los encargados de tomar decisiones, sino que la negociación sería directa y efectiva.

Aunque se trata de una buena propuesta de mejoramiento de la gobernabilidad de nuestro país y del acercamiento del Estado con el pueblo para lograrlo no se va a necesitar solo la estructura política y normativa sino que los ciudadanos deben comprometerse con intervenir y participar en la política, pues si se les dota de competencias a los presidentes regionales y estos hacen un mal uso de ellas se empeoraría la crisis económica y social actual; por lo tanto todo cambio va a requerir de la preparación y capacitación de los ciudadanos en la elección de los gobernantes regionales y la participación de los mejores candidatos para el puesto³⁵².

4.2.2 *Los líderes de las organizaciones civiles como actores no estatales*

Para el caso de autos, hay que resaltar que al igual que hubo líderes políticos provinciales y distritales pertenecientes al gobierno, también existieron otros líderes de la sociedad civil que se sumaron a la protesta en oposición al proyecto Conga, como son: los comités de regantes y las rondas campesinas, el Frente de Defensa de Cajamarca, la plataforma interinstitucional de Celendín y otras ONGs ambientalistas como GRUFIDES y ADEA. En consecuencia, la intervención de la sociedad civil no está constituida solamente por los representantes provinciales y distritales elegidos en elecciones electorales, sino que fue el escenario del nacimiento de nuevos líderes y representantes de los ciudadanos cajamarquinos, muchos se agruparon en nuevas organizaciones para defender lo que creían justo para ellos y sus ideales ambientales³⁵³. Lo que demuestra la existencia de otros líderes que representan a la sociedad civil y también participan haciendo presión en la gente para lograr los cambios sociales. Entonces estos nuevos actores que intervienen en la defensa de sus intereses y que protestan contra el Estado y contra la empresa privada, ambos actores internacionales, evidencian una asimetría no solo de recursos económicos sino de representación internacional.

Esta nueva manera de agruparse y ayudarse de manera solidaria sin fines lucrativos, sin fines empresariales es también parte de la sociedad civil y mantiene sus propias ideologías e

³⁵² AZPUR J. "Descentralización y Regionalización en el Perú". *Ecuador Debate*, Junio 2005.

³⁵³ ZVALETA, M. *La política de lo técnico: una aproximación al desarrollo del conflicto Conga*. En: Noticias Ser.Pe, <http://www.noticiasser.pe/opinion/los-origenes-del-conflicto-conga>, visto el 15 de enero de 2020.

intereses que en muchos casos cruzan fronteras. Como ya se mencionó, entre los actores que se evidenciaron en el caso de Conga se encuentran las ONGs ambientalistas GRUFIDES y ADEA, quienes mantuvieron una posición radical de protección del medio ambiente opuesta al proyecto minero en todos los aspectos, así como los grupos de agricultores, los ronderos y los comités de regentes que fueron advertidos con mayor notoriedad por su lucha frontal e incluso violenta.

Estas nuevas maneras de organizarse de la sociedad civil para exigir la defensa de sus derechos al Estado o para exponer la vulneración de estos por parte de este, son actores que necesitan de una posición visible para que sean tomados en cuenta en la toma de decisiones estatales, que tengan que ver con sus ideales. Si bien para el Estado peruano es novedoso imaginar tener que comunicarse y/o negociar con la sociedad civil en igualdad de condiciones, para la comunidad internacional esta situación se da con mucha frecuencia, por lo que ha generado que el sistema internacional permita la participación de estas entidades en la toma de decisiones al interior de los grandes organismos supraestatales como son la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Organización de Estados Americanos (OEA), Consejo de Europa u OSCE. Debido a la trascendencia y efectividad de la participación de estos actores en sectores de la información y asesoramiento, educación para el desarrollo, vigilancia y presión política al sector público y privado se han convertido en gestores de los cambios en la sociedad civil.

Y como bien señala Mosquera, el mundo se ha convertido en uno muy asociativo no gubernamental por lo cual existe multitudes de entidades que se relacionan en propósitos conjuntos pero que no tienen base jurídica común, debido a que cada entidad no gubernamental se mueve en base a estructuras organizativas, principios, motivaciones, ideologías y sistemas de financiación distintas lo que limita agruparlas en un solo criterio de determinación³⁵⁴.

Entre ellas se puede encontrar a las organizaciones no gubernamentales (ONG) y al resto de organizaciones de la sociedad civil (OSC) que si bien ninguna ha sido definida plenamente se podría señalar al respecto de las ONG que la ONU ha diseñado un mecanismo para viabilizar su participación en las decisiones internacionales, es así que en 1946 el Consejo otorgó a 41 ONG la calidad de estatus consultivo y que en la actualidad más de 2500 ONG³⁵⁵ han obtenido dicho estatus, si bien hay condiciones y pasos a seguir que deben cumplir las ONG para lograr

³⁵⁴ Cfr. MOSQUERA, S. "Consideraciones generales sobre el papel jurídico internacional de las organizaciones que representan a la sociedad civil". En: BECERRA, A. & CASTILLO, L. (Coord.). *II Convención de Derecho Público*. UDEP. Palestra editores. Lima. 2015, p. 23.

³⁵⁵ *Lista de organizaciones no gubernamentales acreditadas ante la Conferencia de los Estados Parte*; <https://www.un.org/development/desa/disabilities/conference-of-states-parties-to-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2/list-of-non-governmental-organization-accredited-to-the-conference-of-states-parties.html>, visto el 10 de febrero de 2020.

dicho estatus consultivo, sigue siendo insuficiente para atender a todas las ONG que se van formando a diario.

Para diferenciarlas, se podría señalar que las organizaciones que no tengan dependencia del gobierno y gocen de autonomía son ONG mientras que el resto de los grupos organizados no empresariales sin fines lucrativos son las OSC que influyen en la política pública desde estructuras externas a lo conocido en la política formal. Entre ambas hay relaciones interinstitucionales para el logro de objetivos comunes, pero también existe mucha rivalidad en cuanto a la obtención de financiación para realizar sus proyectos en defensa de la sociedad civil no representada en sus gobernantes locales o regionales.

En este siglo de apertura a las telecomunicaciones y a la tecnología, los ciudadanos vuelven a tomar las riendas del desarrollo de sus pueblos negociando y defendiendo sus actividades económicas y sus tierras en protección de sus derechos. El ciudadano ya no espera ser representado por el Estado en la toma de decisiones sobre su desarrollo económico debido a las malas experiencias vividas, por ello ahora el ciudadano se ha organizado para intervenir, presionar, ejecutar, viabilizar proyectos que realmente se ajusten a sus ideales y sus derechos.

El sistema internacional no puede ser ajeno a esta nueva forma de representación de la sociedad civil, a este nuevo sector que se abre paso para ser visible y tomado en cuenta, por ello Mosquera señala que: “La posibilidad de asignar un estatuto jurídico internacional a la sociedad civil, vertebrado sobre el concepto ONG,- figura ya conocida para el derecho internacional- podría ser el camino idóneo para que podamos hablar de subjetividad internacional de la sociedad civil en un futuro no tan lejano”³⁵⁶.

4.2.3 *Las comunidades campesinas como actores no estatales*

El tema de las comunidades campesinas y nativas ya ha sido desarrollado con mayor detalle en el capítulo anterior, por lo cual a la luz de lo ya antes mencionado se puede advertir que en nuestro país no hay una vía de comunicación directa y eficiente del Estado con estas organizaciones, las mismas que pese a tener regulado el dominio de sus tierras y otros aspectos de su desarrollo comunal no son tomadas en cuenta en las decisiones económicas del país, a menos que se desaten olas de violencia por parte de sus miembros.

Pero es importante resaltar, que las comunidades campesina-nativas si tienen relevancia en el Derecho internacional, lo que ha generado la creación de una proporción significativa de normas en el Derecho internacional destinada a la protección de los pueblos indígenas. Es así como las organizaciones internacionales están atentas a sus problemáticas para ayudar como la

³⁵⁶ Cfr. MOSQUERA, S. “Consideraciones generales sobre el papel jurídico internacional...”, op. cit., p. 23.

OIT, la ONU y la OEA realizando visitas, informes o resolviendo peticiones individuales. Y pese a ser las comunidades campesinas y nativas entidades vulnerables y de escasos recursos económicos para su defensa y protección; en estas últimas dos décadas América Latina ha sido escenario de movilizaciones políticas indígenas generando la creación de muchas organizaciones indígenas fuertes, participativas y activas de foros no solo nacionales sino internacionales de las Naciones Unidas, de la OEA, La Comunidad Andina, el Tratado de Cooperación Amazónica y el Banco Mundial³⁵⁷, los instrumentos legales de mayor trascendencia son el Convenio 107 sobre la protección de los pueblos indígenas y el convenio 169 del 27 de junio de 1989, ambos ratificados por nuestro país.

Si bien hay grupos indígenas que participan en la institucionalización del derecho internacional hay otros grupos que no encuentran notoriedad debido a que actualmente existe una gran cantidad de pueblos indígenas con diversidad de ideología, costumbres y lenguas que dificulta su representatividad.

Revisando la historia del reconocimiento de las comunidades indígenas como actores de derecho internacional se puede advertir de grandes logros alcanzados pero a paso lento desde 1923 con Deskaheh (líder cayuga de Canadá) hasta la actualidad se ha obtenido: La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (13/09/2007) El Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas (2000), su relator especial (2001), el mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007) y su Conferencia Mundial (2014)³⁵⁸, pero todo ello se opone a los cientos de defensores del ambiente asesinados siendo la mayoría de América Latina, convirtiéndose en la región más peligrosa del mundo para las y los defensores³⁵⁹.

Al caso peruano, si bien las comunidades campesinas y nativas son organizaciones no dependientes del gobierno central porque poseen una autonomía reconocida constitucionalmente en la dirección y la defensa de sus ideales, estos ideales no cruzan las fronteras. Por lo tanto, la influencia que ejercen en su área de acción está bastante circunscrita a su comunidad y en algún sentido al gobierno central. Si se aplicara la definición de autores no estatales a las comunidades campesinas y nativas peruanas en su realidad actual, entonces ligeramente no configurarían las características de los actores no estatales de capacidad y

³⁵⁷ PONTE, M. "Los Pueblos indígenas en el Derecho Internacional". *Agenda Internacional*, Año X, Número 20, 2004, pp. 149-172.

³⁵⁸ LEIVA, P. *El legado del indígena Deskaheh*. El País. Agosto 2017. En: EL PAÍS, https://elpais.com/elpais/2017/08/07/planeta_futuro/1502124131_537260.html, visto el 25 de octubre de 2019.

³⁵⁹ INFORME DE GLOBAL WITNESS. 2019, <https://globalwitness.org/en/es/>, visto el 02 de febrero de 2020.

habilidad de tener relaciones interinstitucionales con otras organizaciones fuera del país que les facilite presionar en influenciar en otros actores.

De lo expuesto se puede evidenciar dos presupuestos: 1) las comunidades campesinas y nativas peruanas tienen normas nacionales e internacionales que las protegen y 2) pero no cuentan con acceso a la representación internacional debido a que sus redes interinstitucionales son nulas o muy débiles. Esta es una gran desventaja que tienen los pueblos indígenas al momento de defender sus ideales y sus derechos por lo cual el Estado debe facilitar y gestionar un verdadero dialogo multicultural para que se alcancen soluciones justas para todos.

Para mejorar esta situación de las comunidades campesinas y nativas en su intervención en la negociación con el Estado y otras organizaciones internacionales, Mosquera propone la conversión de las comunidades campesinas y nativas en actores no estatales para que puedan litigar y negociar con el Estado en foros internacionales, como se hace con las empresas transnacionales causantes de daño ambiental³⁶⁰.

Con mayor conocimiento de las instituciones legales internacionales y las herramientas del derecho internacional las comunidades campesinas y nativas podrán ejercer mejor su defensa, para ello el Estado debe facilitar el acercamiento de las comunidades indígenas con estas instituciones, a través de charlas, capacitaciones, foros, entrevistas, etc. Asimismo, facilitar la capacitación y educación profesional de los hijos y representantes de las comunidades indígenas para que estos líderes lleven a sus comunidades mejores estrategias de negociación y comunicación con el gobierno.

Si bien, es más conocido entre la sociedad reconocer la capacidad jurídica de ciertas organizaciones internacionales distintas a la comunidad campesina y nativa como creadoras de obligaciones internacionales y responder por su incumplimiento, que respetar las decisiones de los pueblos indígenas sobre sus tierras y la explotación de las mismas pese que su existencia es anterior a muchas organizaciones internacionales y del Estado mismo, carecen de subjetividad internacional pero que podría ser superada si el Estado acepta y permite la participación de la comunidad campesina y nativa en los acuerdos que crean obligaciones internacionales, la misma que se encontraría respaldada normativamente en el Convenio 169 de la OIT y las normas de derecho ambiental internacional.

Para llegar al reconocimiento jurídico internacional de las comunidades campesinas y nativas peruanas como actores no estatales, el camino más representativo es el proyecto de resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que busca acercar a los

³⁶⁰ Cfr. MOSQUERA, S. "Las comunidades indígenas como actores internacionales...", op. cit., p. 47-49.

representantes de las comunidades campesinas y nativas a los órganos internacionales de las Naciones Unidas en temas que les afecten³⁶¹. El proceso de conversión de las comunidades campesinas y nativas peruanas en actores no estatales va a requerir mucha presencia activa del Estado, como se verá más adelante.

4.2.4 La minera Yanacocha como actor no estatal

Las empresas comerciales, las multinacionales o las corporaciones como se denominan en el derecho internacional desde el caso *Barcelona Traction* (1970) cuentan con un reconocimiento de su personalidad distinta a las de sus socios, lo que ha generado un incremento en las normas de derecho internacional que regulan a estas empresas, así como los casos de relación interinstitucional de los Estados con ellas.

Actualmente, las negociaciones que se materializan en acuerdos bilaterales de inversión entre los Estados y las empresas son calificadas como fuente de derecho internacional porque los actos de gestión estatal con un particular se transforma en norma adscrita a un tratado internacional, además cuentan con sistemas de solución de controversias que posibilitan a las empresas inversoras presentar demandas directas contra el Estado huésped lo que evidencia el mecanismo de cumplimiento de contratos que se maneja. Esto demuestra el acceso y representación internacional que tienen las empresas en el derecho internacional que facilita la negociación y cumplimiento de contratos de inversión con los Estados. Pero esta intervención y participación activa de las empresas en las decisiones económicas del gobierno central no puede ser descontrolada y abusiva, sino que los Estados deben actuar eficazmente en su posición de defensa de sus ciudadanos y hacer cumplir las normas internas e internacionales de protección de los derechos humanos, pero, al parecer les queda muy grande esta tarea, lo que ha generado escenarios violentos de conflictos sociales entre las empresas y los pobladores.

Las empresas comerciales y las corporaciones transnacionales pertenecen a la sociedad por lo cual son órganos de la sociedad y por ello “también son responsables de promover y garantizar los derechos humanos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos”³⁶² no pudiendo ejercer su actividad económica a espaldas de la garantía de los derechos humanos, pues mantener una visión así del crecimiento económico devendría en la extinción del ser humano en unos cuantos años probablemente.

³⁶¹ Cfr. *Ibidem*.

³⁶² *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* (Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos), E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. En: *Human Rights Library*. University of Minnesota, <http://hrlibrary.umn.edu/links/norms-Aug2003.html>, visto el 16 de enero de 2020.

Lamentablemente nuestra sociedad está compuesta por muchas empresas económicas y corporaciones transnacionales que operan sin tener en cuenta los derechos humanos de los miembros de su organización y de las personas que viven en las zonas donde realizan su actividad económica, es difícil para los Estados ejercer control sobre estas organizaciones por lo cual la ONU ha presentado un proyecto de normas sobre la responsabilidad de estas organizaciones económicas.

Del proyecto de la ONU de las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respecto a los derechos humanos, en su apartado A inciso 1 señala: “(...) Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover, garantizar el cumplimiento, respetar, garantizar el respeto y proteger los derechos humanos reconocidos en las leyes internacionales y nacionales, incluidos los derechos e intereses de pueblos indígenas y otros grupos vulnerables”.

En el apartado E inciso 12 sobre las obligaciones de las Empresas comerciales y las corporaciones transnacionales: “(...) respetarán los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos y contribuirán a su realización, en particular los derechos al desarrollo, la alimentación adecuada y el agua potable, el más alto nivel posible de salud física y mental. Salud, vivienda adecuada, privacidad, educación, libertad de pensamiento, conciencia y religión y libertad de opinión y expresión, y se abstendrán de acciones que obstruyan o impidan la realización de esos derechos”.

Debido a estos cambios en la participación de las organizaciones en foros internacionales, el derecho internacional debe ajustar sus reglas del juego para que la intervención sea justa y en igualdad de condiciones de todas las organizaciones no estatales, las empresas sin ser sujetos internacionales si participan en el foro internacional porque cuentan con los recursos económicos y los mecanismos para hacerlo

Las corporaciones o empresas transnacionales no cuentan con una personalidad jurídica internacional; pero, pueden participar del sistema internacional haciendo uso de las normas internacionales que protegen sus inversiones en Estados huéspedes, y esto es posible debido a las relaciones empresariales que une a los Estados con estas empresas, acuerdos bilaterales de inversión que se han convertido en fuente de derecho internacional porque reconocen intrínsecamente a estas corporaciones como autores no estatales que participan en la negociación de las decisiones de desarrollo de algún Estado, mediante el cual el Estado negocia directamente adjudicaciones o permisos para la explotación de recursos naturales con estas, y

sus relaciones requieren de protección jurídica para garantizar el sano desenvolvimiento de los proyectos planteados en cooperación de las corporaciones con el Estado.

De lo que está sucediendo en el contexto internacional se advierte que las corporaciones pueden negociar convenios, tratados y contratos con los Estados actuando sin ninguna limitante por su personería jurídica; sin embargo, el sistema internacional ya no busca únicamente dotarle de esta protección en su intervención internacional sino que ahora la doctrina busca que los Estados y las corporaciones acepten sus obligaciones y responsabilidades que derivan de una norma internacional frente a la sociedad civil³⁶³.

Al caso peruano, la mina como empresa comercial y transnacional es una organización que cuenta con los recursos económicos para negociar y participar en la formación de contratos de inversión con el Estado, de exponer sus condiciones y de contar con los mecanismos para el cumplimiento de sus contratos. Pero la formación de estos acuerdos debe estar sujetos a la normativa interna nacional sobre protección de derechos humanos y el Estado peruano debe ser garante del cumplimiento de ello por cualquier empresa nacional o transnacional.

4.3 Rol del Estado frente a actores no estatales en caso Conga

Antes de finalizar el presente trabajo, resulta necesario recalcar que el Estado peruano tiene la responsabilidad de garantizar y promover los derechos humanos, lo cual no solo significa una no intromisión en el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos, sino que también implica una actuación positiva promocionando y promoviendo los derechos. Debido al déficit natural de algunos Estados en el cumplimiento de estas responsabilidades la sociedad organizada en entidades no estatales nace para impulsar, presionar, gestionar y dirigir los esfuerzos en beneficio de ellos mismos, permitiendo la conservación del Estado de Derecho.

Esta peculiar forma de intervención de la sociedad civil actualmente es muy frecuente de advertir en muchas partes del mundo, donde las ONG, las empresas comerciales, las corporaciones transnacionales³⁶⁴, organizaciones de la sociedad civil, las fundaciones filantrópicas y otras instituciones coordinan y defienden áreas como el medio ambiente, seguridad laboral, telecomunicaciones entre otras.

³⁶³ Cfr. MOSQUERA, S. "Reflexiones sobre el Sistema internacional a través de los tratados de inversión". *Revista Tribuna Internacional*. Vol. 6, N° 11. 2017, <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/download/46119/48129/>, visto el 17 de enero de 2020.

³⁶⁴ Por ejemplo, Microsoft ha sido fundamental para pedir nuevas reglas internacionales sobre la guerra cibernética. Y en Irlanda del Norte, los grupos de mujeres y los músicos punk desempeñaron un papel importante para lograr la paz. Cfr. DONALDSON, A. *A diplomatic deficit? The rise of non-state actors*. Febrero 2018. En: BRITISH COUNCIL, <https://www.britishcouncil.org/research-policy-insight/insight-articles/diplomatic-deficit-actors>, visto el 16 de octubre de 2019.

Cada vez el poder de estas organizaciones en la gobernanza de los Estados es mayor, lo que puede ser muy bien aprovechado por los Estados porque de esta manera se está potenciando las relaciones multinacionales de los ciudadanos, instituciones, ONG y las empresas para resolver problemas internacionales. Centrarse solo en el Estado para la solución de un problema internacional, es limitar la real naturaleza de los impulsores del cambio, que actualmente son ciudadanos organizados en sociedades que intervienen como líderes de los cambios de los demás ciudadanos. No tomarlos en cuenta en las soluciones significaría, en algunos casos, detener operaciones económicas importantes para el Estado.

Por ello, es necesario que el Estado peruano aproveche esta oportunidad para solucionar los conflictos socioambientales a través de su actuación positiva, comprometiéndose a facilitar todos los medios posibles para que las comunidades campesinas que buscan proteger su derecho a un medio ambiente equilibrado y demás derechos conexos, puedan llegar a un acuerdo con las grandes empresas mineras que ejercen su derecho a la libertad de empresa. Asimismo, se debe buscar que las relaciones institucionales de comprensión entre el Estado y estas organizaciones puedan convertirse en la realización de algunas tareas de gobierno con diferente grado de intervención dependiendo de las áreas asignadas.

Debe recordarse que “los estudios de caso también muestran que no existe un modelo único de participación no estatal en las estructuras de gobierno. Por lo tanto, los Estados pueden delegar formalmente la gobernanza a actores no estatales (expertos religiosos en el gobierno de las finanzas islámicas), o se alienta implícitamente la participación de actores no estatales (fundación privada en la seguridad / protección del estrecho de Melaka) o se acepta tácitamente (intermediarios laborales en el gobierno del trabajador doméstico migración), o los actores estatales y no estatales gobiernan como socios iguales (transparencia del sector minero)”³⁶⁵.

El Estado, la empresa y la sociedad civil se relacionan entre sí en diferentes áreas temáticas por lo tanto favorecer la comunicación y coordinación entre ellas ayudará en la obtención de soluciones pacíficas y menos lesivas de los derechos. Potenciando a los grupos sociales, su voz también será escuchada y tomada en cuenta en las decisiones de gobierno.

En otras partes del mundo, esta comprensión interinstitucional del Estado con estas organizaciones ya es una realidad, como es el caso de la mina Myanmar y la industria del aceite de palma en Asia, donde existe una colaboración estrecha que facilita la gobernanza en estos

³⁶⁵ BRESLIN, S. & NESADURAI, H. “Who Governs and How? Non-State Actors and Transnational Governance in Southeast Asia” (¿Quién gobierna y cómo? Actores no estatales y gobernanza transnacional en el sudeste asiático). *Journal of Contemporary Asia*. Volumen 48, Número 2, 2018. En: TAYLOR & FRANCIS ONLINE, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00472336.2017.1416423>, visto el 07 de marzo de 2020.

lugares, se viene desarrollando unas relaciones transnacionales en el sistema internacional que no está centrada en el Estado sino con otras organizaciones fuera del Estado³⁶⁶.

Por ello, es momento de que el Estado peruano asuma su rol de garante de derechos fundamentales haciendo todo lo posible para que las partes involucradas en este tipo de problemas socioambientales gocen de una posición jurídica que les permita hacer uso de aquellas herramientas que pone disposición el derecho internacional y, con ello, colaborar en la solución de tales problemas. A continuación, se expondrán algunas ideas sobre rol del Estado peruano de cara a la constitución de las comunidades campesinas como actores no estatales, las cuales tienen por finalidad servir como guía de actuación³⁶⁷.

4.3.1 Rol del Estado de cara a la configuración de comunidades campesinas como actores no estatales

Para que las comunidades campesinas puedan configurarse como actores no estatales, es necesario que el Estado peruano cumpla con informar y capacitar a los representantes de estas organizaciones, de acercarlos a los organismos internacionales y facilitar su entendimiento y comprensión, situación que no se llevará en un solo acto sino que se requerirá de todo un sistema de gestión y desarrollo de la comunicación de estas organizaciones nacionales con otras iguales de otros países, así como el empoderamiento de sus derechos.

Asimismo, urge que el Estado cambie la forma de mirar a las comunidades campesinas y nativas, esto es, que deje de considerarlas como organizaciones que obstaculizan el crecimiento económico del país y, en su lugar, las vea como socias protectoras de la tierra y los recursos naturales del país, con las que pueden formar sinergias estratégicas en el cumplimiento de las reglas internacionales de protección cultural indígena y ambiental.

El gobierno central, conforme a sus obligaciones constitucionales, debe ser el primero en defender la tierra y los recursos naturales, por ello debe cumplir y hacer cumplir las normas internacionales ratificadas en normas internas, obligando que los terceros también las cumplan

³⁶⁶ Por lo tanto, las corporaciones y los grupos de la sociedad civil u ONG han desarrollado conjuntamente una regulación de sostenibilidad privada globalmente aceptada para el sector del aceite de palma, que también ha visto cambios notables en el terreno en las prácticas de cultivo en Indonesia y Malasia. En contraste, las corporaciones, las ONG y los actores estatales colaboran como socios formalmente iguales para garantizar la transparencia en el sector minero a través de la Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI). examina el EITI, que se adoptó recientemente en Myanmar, aunque de manera preliminar dada su reciente adopción en el país. (Traducción propia). Cfr. *Ibidem*.

³⁶⁷ Las ideas aquí expuestas tienen la finalidad de dar algunas luces desde el punto de vista del Derecho; sin embargo, una solución integral requerirá del apoyo de otras disciplinas que permitan tener una mejor comprensión de la compleja realidad de este tipo de problemas socioambientales. Por ello, se recomienda revisar un excelente trabajo que también plantea soluciones, pero desde el punto de vista de la dirección de empresas: PEYÓN, J. *La empresa minera y la comunidad campesina* (Trabajo de investigación de Máster en Dirección de Empresas). Universidad de Piura. PAD-Escuela de Dirección. Lima, 2019.

y en caso quiera hacerse oídos sordos; el Estado respondería también internacionalmente, así se generará confianza en los ciudadanos sobre la defensa y protección de los recursos naturales, no siendo vetadas las operaciones económicas mineras sino supervisadas y controladas dentro de los parámetros internacionales.

4.3.2 Rol del Estado de cara a la minera Yanacocha como actor no estatal

En el Perú, el Estado tiene la enorme labor de que las empresas mineras acepten y cumplan las normas internacionales sobre defensa de los derechos que han sido ratificadas e implementadas en normas internas que son obligatorias para ellas y que su incumplimiento deviene en litigios nacionales como internacionales. Por ello, el Estado debe negociar con las empresas transnacionales dentro del marco normativo nacional e internacional no pudiendo aceptar cláusulas o condiciones que perjudiquen derechos de sus ciudadanos. No obstante, las herramientas del derecho internacional para la protección de los derechos solo legitiman al Estado que ha brindado su consentimiento internacional para que las normas internacionales se incorporen a su ordenamiento interno, ¿cómo se podría lograr en el caso concreto?

Claramente, de los actores que participan en esta controversia, el Estado peruano posee legitimación para actuar en sede internacional, en tanto haya firmado y ratificado los convenios y tratados internacionales. Los gobiernos provinciales y distritales al ser independientes del gobierno central pueden mantener una posición distinta y con los recursos necesarios pueden cumplir una posición de verificación y negociación en la contratación con empresas transnacionales. Por otro lado, las comunidades campesinas y nativas necesitan de una conversión en actores no estatales para que se encuentren en igualdad de condiciones que los otros sujetos al intervenir en las negociaciones y el cumplimiento de las normas internas en los pactos con las empresas.

Finalmente, esta propuesta de solución de conflictos entre las empresas, las comunidades y el Estado tiene su base fundamental en la voluntad del Estado peruano de hacer cumplir las normas de Derecho Internacional ratificadas e implementadas en norma nacional a todos los sujetos, tanto a las empresas transnacionales como a las comunidades. Muchos de los representantes de las comunidades campesinas y nativas carecen de conocimiento de las leyes y de sus derechos, no tienen acceso a la educación y la tecnología lo que gravemente limita su posibilidad de negociar en igualdad de condiciones con los otros actores no estatales, por lo cual se requiere voluntad política del Estado para generar estos cambios y mejorar eficientemente al país para que no se vuelvan a repetir estos conflictos sociales que no solo empobrece a nuestra patria sino que demuestra a los demás países nuestra total falta de capacidad de resolver problemas, de acercamiento entre el gobierno y su gente.



Conclusiones

Primera. En el caso peruano, el aprovechamiento de los recursos naturales genera que el Estado recaude un considerable monto de dinero, el cual debe ser transferido a los gobiernos regionales y locales para su uso. En el caso concreto del sector minero, estos recursos son el canon y la regalía mineros. Sin embargo, se ha evidenciado que existe una fuerte oposición por parte de la población a que se realice actividad minera en sus localidades, especialmente en aquellas comunidades donde las autoridades no han sido capaces de realizar una eficiente distribución de las ganancias, ni de invertir en obras a favor del desarrollo local.

Segunda. Dicha oposición de la población tiene consecuencias en el ejercicio de las actividades económicas por parte de los actores económicos (empresas mineras), pues ello impediría un pleno ejercicio del derecho a la libertad de empresa. Cabe señalar que tal derecho, como todos, no es absoluto; por lo tanto, para su correcto ejercicio debe respetar el derecho de los ciudadanos a vivir en un medio ambiente equilibrado (tanto a nivel individual como colectivo). Por esta razón, es necesario realizar una interpretación armonizadora de ambos derechos fundamentales.

Tercera. En este sentido, urge hacer uso de herramientas que permitan ejercer correctamente los derechos involucrados. Así, por ejemplo, resulta necesario que antes de que una empresa minera realice cualquier tipo de actividad en un determinado lugar, el Estado de modo oportuno solicite los informes de fiscalización que realizan las empresas de auditoría e inspectoría o realice actividad de fiscalización a través de los órganos competentes. Esta actuación por parte del Estado no se debe limitar a evaluar si se está preservando adecuadamente el medio ambiente y/o si se cumplen las leyes o los procedimientos establecidos; sino que también debe permitir identificar con anterioridad los posibles riesgos ambientales de la actividad en la localidad y en las zonas de influencia.

Cuarta. Es necesario hacer uso de la consulta previa y de los mecanismos de participación de las comunidades campesinas; pues estos deben ser formales, plenos y, sobre todo, ser realizados de buena fe. Lo relevante es que exista un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y las comunidades campesinas. Solo a través de un diálogo real entre las partes involucradas es posible llegar a consensos que eviten el menoscabo de los derechos fundamentales en juego. Así, por ejemplo, en el caso del Proyecto Conga, no se puede pretender alcanzar una armonía, si no existe primero un proceso de diálogo abierto, franco y directo entre todos los actores: autoridades provinciales y distritales cajamarquinas y los representantes de las comunidades campesinas directamente afectadas y la empresa minera Yanacocha.

Quinta. Si bien existen mecanismos de prevención de conflictos socioambientales, también existen herramientas jurídicas destinadas a resolver posibles problemas de afectación a derechos fundamentales, en caso de que los medios de prevención no logren su objetivo. En esta línea, para resolver estos conflictos debe tenerse en cuenta que la Constitución reconoce expresamente el derecho a la libertad de empresa, así como el derecho a un medio ambiente equilibrado, los cuales deben ser interpretados de manera armonizadora en cada caso concreto.

Sexta. Las herramientas jurídicas nacionales como medio de solución a un posible problema socioambiental no excluyen la posibilidad de hacer uso de herramientas propias del Derecho Internacional Público. Si bien es cierto este sería el camino más complejo, también sería el más eficaz, siempre y cuando se tomen las medidas adecuadas por parte del Estado. Aquí radica el verdadero aporte de este trabajo, esbozar algunas ideas sobre la figura de los actores no estatales con la finalidad de que el estado peruano pueda colaborar a constituir a las comunidades campesinas como verdaderos actores no estatales capaces de discutir en igualdad de condiciones con las empresas mineras, las mismas que también deben ser interpretadas como actores no estatales en el ámbito internacional.

Séptima. Los problemas socioambientales como el caso objeto de estudio son tan complejos que requieren de una respuesta integral y multidisciplinar; sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la respuesta no es otra que el Estado cambie su visión respecto de las comunidades campesinas, para poder considerarlas como aliadas de la defensa de los recursos naturales de la nación, logrando que éstas asuman su rol de garante de la protección de derechos fundamentales capacitándolas y potenciándolas como actores no estatales.

Octava. Los beneficios de hacer uso de la figura jurídica de los actores no estatales serían múltiples y, por ello, resulta necesario que el Estado tome algunas medidas de promoción y fomento que se han mencionado en el último tramo de este trabajo. Solo a través de un mayor conocimiento de las instituciones legales internacionales y las herramientas del derecho internacional las comunidades campesinas podrán ejercer mejor su defensa y para ello el Estado debe facilitar el acercamiento de las comunidades con estas instituciones, a través de charlas, capacitaciones, foros, entrevistas, etc.

Lista de abreviaturas

ANA	Autoridad Nacional del Agua
Cfr.	Confróntese
CIJ	Consejo Internacional de Justicia
CMA	Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales
Cód. C	Código Civil
Cód. P	Código Penal
CONAM	Consejo Nacional del Ambiente
CP	Constitución Peruana
CPC	Código Procesal Constitucional
D. Leg.	Decreto Legislativo
D.S.	Decreto Supremo
DFT	Disposición Final y Transitoria
DGAAM	Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros
EA	Evaluación Ambiental
Ed.	Edición
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
EIA _{sd}	Estudio de Impacto Ambiental semidetallado
EXP.	Expediente
F.J.	Fundamento Jurídico
Ibídem	Obra citada inmediatamente antes
IFI	Instituciones Financieras Internacionales
INGEMMET	Instituto Geológico Minero y Metalúrgico
IR	Impuesto a la Renta
LBD	Ley de Bases de la Descentralización
LOGR	Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
LOSE	Ley Orgánica del Sector de Energía
LRH	Ley de Recursos Hídricos
MA	Ministerio del Ambiente
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
MEM	Ministerio de Energía y Minas
m.s.n.m	Metros sobre el nivel del mar
N°	Número
OEA	Organización de los Estados Americanos

OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organizaciones No Gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	opus citatum (obra citada)
p.	página
PBI	Producto Bruto Interno
pp.	páginas
RAAEM	Reglamento Ambiental para las actividades de Exploración Minera
STC	Sentencia
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
TC	Tribunal Constitucional
Vol.	Volumen



Lista de referencias

- ANDALUZ, C. *Manual de Derecho Ambiental*. IUSTITIA. Lima, 2011.
- ARELLANO, J. *¿Minería sin fronteras?: conflicto y desarrollo en regiones mineras del Perú*. Instituto de Estudios Peruanos (IEP); Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Lima, 2011.
- AZPUR J. “Descentralización y Regionalización en el Perú”. *Ecuador Debate*, Junio 2005.
- BACA, E. & SOTELO, V. Lo que debemos saber acerca del canon y la regalía minera. Cartilla informativa publicada por Grupo Propuesta Ciudadana. Lima, 2011.
- BALDEÓN, J. *Apuntes de Historia del Derecho Minero Peruano*, https://www.academia.edu/8842059/APUNTES_DE_HISTORIA_DEL_DERECHO_MINERO_PERUANO, visto el 20 de septiembre de 2021
- BARRANTES, R. [et. al.]. *Te quiero, pero no: minería, desarrollo y poblaciones locales*. IEP; OXFAM. Lima, 2005.
- BASADRE, J. *Derecho de minería y del Petróleo*, Editorial San Marcos, Lima, 2001.
Historia del Derecho Peruano, Editorial San Marcos, Lima, 1997.
- BELAUNDE, M. *Derecho Minero y Concesión*, 4ta. Edición, San Marcos, Lima, 2011.
- BRESLIN, S. & NESADURAI, H. “Who Governs and How? Non-State Actors and Transnational Governance in Southeast Asia” (¿Quién gobierna y cómo? Actores no estatales y gobernanza transnacional en el sudeste asiático). *Journal of Contemporary Asia*. Volumen 48, Número 2, 2018. En: TAYLOR & FRANCIS ONLINE, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00472336.2017.1416423>, visto el 07 de marzo de 2020.
- CALDERÓN, G. [et. al.]. *El medio ambiente en el Perú. Año 2002*. Instituto Cuánto. Lima, 2003.
- CAMPOS, H & CHÁVEZ, S. “La Regulación del Sector Minero en el Perú: Reflexiones y propuestas desde una visión administrativa”, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 29, Lima 2012.
- CARO, D. “Técnicas de protección en el derecho penal del ambiente.” *Revista de la Academia de la Magistratura “Justicia & Democracia”*. N° 11/2013. Fondo Editorial.
El Derecho penal del ambiente - Delitos y técnicas de tipificación. Horizonte S.A, Lima, 1999.
- CASTILLO, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Tercera edición. Lima: Palestra Editores, 2007.

- “El derecho fundamental a la consulta y la consecuente obligación del Estado, nace solo respecto de asuntos que la afecten directamente.” *Revista Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica. Tomo 189, agosto 2009.
- “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 12, enero – junio 2005.
- “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”. En SOSA, J. (Coord.), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales* (pp. 31-72). Lima: Gaceta Jurídica. 2016.
- “Conflictos entre derechos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, (51), 2005.
- CASTILLO, M. “El derecho constitucional económico en el Perú”. *Revista Nómadas*. España, 2013.
- CASTILLO, M. *La legitimación penal de los delitos contra el Medioambiente*. Tesis para optar el título de abogado. Asesor: VILCHEZ, R. Facultad de Derecho. Universidad Piura. Piura, 2019.
- CLAPHAM, A. “Human Rights Obligations of Non-state Actors in Conflict Situations.” *International Review of the Red Cross* 88 (863). Septiembre 2006. En: RESEARCHGATE, https://www.researchgate.net/publication/228159211_Human_Rights_Obligations_of_Non-State_Actors_in_Conflict_Situations, visto el 07 de marzo de 2020.
- DÁVILA, K. “Aprendiendo de Conga: la necesidad de fortalecer la gestión ambiental”. *Revista Gaceta Constitucional*. Gaceta Jurídica. Tomo 53, mayo 2012.
- DE ECHAVE, J; DIEZ, A, [et. al.]. *Minería y Conflicto social*. IEP; CIPCA; CBC; CIES. Lima, 2009.
- DEL PINO, H., “El Estado y la propiedad minera en la legislación peruana”, *Revista de Derecho Minero*, año 5, N° 7, Lima noviembre 1956.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Nosotros y los otros: Avances en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos*. Lima, 1998.
- Situación de las tierras y territorios de las comunidades nativas en la Amazonía peruana*. Lima, 2000.
- Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Lima, 2004.

- Los Conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú*, del 16 de abril del 2007, que incluye las notas aclaratorias presentadas al Congreso de la República en la misma fecha.
- Informe Defensorial N° 156: Violencia en los conflictos sociales*. Marzo de 2012.
- DELGADO, F. Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales. Editorial Tecnos. Madrid, 1992.
- DONALDSON, A. *A diplomatic deficit? The rise of non-state actors*. Febrero 2018. En: BRITISH COUNCIL, <https://www.britishcouncil.org/research-policy-insight/insight-articles/diplomatic-deficit-actors>, visto el 16 de octubre de 2019.
- DUQUE, D. *Una necesaria revisión de los mecanismos de adaptación del DIDH en el ordenamiento jurídico peruano: el caso de los criterios de identificación de las comunidades indígenas reconocidos por el Convenio 169 de la OIT*. Asesor: MOSQUERA, S. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú. 2005.
- FEIJOO, B. "Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad de riesgo" un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI". (137-176). *Derecho y justicia penal en el siglo XXI; liber amicorum* en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García, 2006.
- FERRERO, E. *El Perú, El Medio Ambiente y el Desarrollo*. CEPEI. Lima, 1992.
- FIGALLO, G. *Régimen de los Recursos naturales en la Constitución de 1979*, Derecho-PUCP, N° 43-44, Lima, 1989- 1990.
- GARCÍA, I. *Prohibiciones Ambientales y Libertad de Empresa*. Lex Nova. España, 2004.
- GARCÍA, G. *Derecho de Minería: Curso universitario*. Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965.
- GARCÍA, P. *Derecho penal económico. Parte General*. Tercera edición. Jurista Editores. Grijley. Lima, 2014.
- Derecho penal económico. Parte Especial*. Volumen II. Segunda edición. Pacífico Editores S.A.C. Instituto Pacífico S.A.C. Lima, 2015.
- GLOBAL WITNESS. Informe de global Witness. 2019, <https://www.globalwitness.org/en/es/>, visto el 02 de febrero de 2020.
- GONZÁLEZ, M. *Ordenanzas de la Minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal*, 1ra. Ed., Universidad Autónoma de México, México 1996.
- GRUFIDIS, Grupo de Formación e Intervención para el Desarrollo Sostenible, Observatorio de Conflictos Cajamarca, <http://grufides.org/>, visto el 20 de septiembre de 2021.

- GÜNTHER, J. *Estudios de derecho penal*. Traducido por: PEÑARANDA, E.; SUÁREZ, C.; & CANCIO, M. Editorial Civitas S.A. Primera Edición. Madrid, 1997.
- HAKANSSON C. *La regionalización y sus etapas*. Publicado en el Diario El Comercio (Edición Regional), sábado 10 de noviembre de 2012”. En: POLIS: DEMOCRACIA, CONSTITUCIÓN, INTEGRACIÓN, UNIVERSIDAD; <https://carloshakansson.wordpress.com/2012/11/12/la-regionalizacion-y-sus-etapas-publicado-en-el-diario-el-comercio-edicion-regional-sabado-10-de-noviembre-de-2012/>, visto el 16 de enero de 2020.
- HUERTA, L. *Protección Judicial del Derecho Fundamental al Medio Ambiente a través del Proceso Constitucional de Amparo* (Tesis de Doctorado). Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Lima, 2012.
- INSTITUTO DE INGENIEROS DE MINAS DEL PERÚ. *Minería Peruana: Contribución al desarrollo económico y social*. IIMP. Lima. 2011.
- IVAROLA, L. “Por qué Fracasan los Países. Los Orígenes del Poder, la Prosperidad y la Pobreza, por Daron Acemoglu y James Robinson. Buenos Aires: Ariel, 2012, 608 páginas ISBN 978-987-1496-66-2.” (Reseña del Libro). En: *Filosofía de la Economía*, 2016, Vol. 5, pp. 125-131.
- JORDÁ, E. *El Derecho a un Medio Ambiente Adecuado*. Aranzadi. España. 2001.
- JUNCEDA, J. *Derecho ambiental en el Amazonas Un reto para Sudamérica*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2010.
- LASTRES, E. *Derecho de Minería y Energía*. Editorial Primera Fuente, Lima 2009.
“Los recursos naturales en la Constitución vigente”, *Revista Ius et Veritas*, año 5, N° 9, Lima, noviembre 1994.
- MARTÍNEZ, S. “El derecho al medio ambiente y a la consulta previa: la solución al problema de fondo en el caso Conga. A propósito de la STC Exp. N° 0001-2012-PI/TC”. *Revista Gaceta Constitucional*. Gaceta Jurídica. Tomo 53, mayo 2012, p. 288.
- MEDINA, A. “Los derechos fundamentales de las comunidades campesinas a propósito de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1015”. *Actualidad Constitucional*. Gaceta Jurídica. Tomo 175, junio 2008.
- MENDOZA, B. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Primera Edición. Madrid, Civitas Ediciones, S.L. 2001.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA, SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS. *Compendio nacional de estadísticas de recursos hídricos 2015*. 1era ed. Lima, 2016.

MINISTERIO DEL AMBIENTE DEL PERÚ [et. al.]. *Informe N° 001-2011 (21/11/2011)*.

Dirigido al Despacho Ministerial del Ministerio del Ambiente, referenciado como Comentarios al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto CONGA aprobado en octubre de 2010.

Perú 2030: La visión del Perú que queremos. Ministerio del Ambiente; Lima, 2016, p. 19. En: Ministerio del Ambiente, http://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2016/07/Peru-2030_la-visi%C3%B3n-del-Per%C3%BA-que-queremos.pdf, visto el 5 de marzo de 2020.

MINISTERIO DE FOMENTO, DIRECCIÓN DE MINAS Y PETRÓLEO. *Código de Minería del Perú anotado y concordado*, Imp. Torres Aguirre, Lima 1924.

MOSQUERA, S. “Reflexiones sobre el Sistema internacional a través de los tratados de inversión”. *Revista Tribuna Internacional*. Volumen 6, número 11. 2017 (versión en línea), <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/download/46119/48129/>, visto el 17 de enero de 2020.

“Las comunidades indígenas como actores internacionales no estatales. Consideraciones sobre su legitimación activa directa para proteger el derecho al desarrollo sostenible”. En: VILCHEZ R. (Coord.). *IV Convención de Derecho Público*. Universidad de Piura Palestra editores. Lima. 2017.

“Consideraciones generales sobre el papel jurídico internacional de las organizaciones que representan a la sociedad civil”. En: BECERRA, A. & CASTILLO, L. (Coord.). *II Convención de Derecho Público*. UDEP. Palestra editores. Lima. 2015.

MUÑOZ, F. *Introducción al derecho penal*. Segunda edición. Editorial Bdef. Buenos Aires, 2014.

NACIONES UNIDAS. *Lista de organizaciones no gubernamentales acreditadas ante la Conferencia de los Estados Parte*; <https://www.un.org/development/desa/disabilities/conference-of-states-parties-to-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-2/list-of-non-governmental-organization-accredited-to-the-conference-of-states-parties.html>, visto el 10 de febrero de 2020.

Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights (Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003. En: *Human Rights Library*. University of Minnesota, <http://hrlibrary.umn.edu/links/norms-Aug2003.html>, visto el 16 de octubre de 2019.

- NOVOA, B. “El caso Conga, a propósito de la STC. Cabeza fría y propuestas de solución”. *Revista Gaceta Constitucional*. Gaceta Jurídica. Tomo 55, julio 2012, p. 76.
- OBSERVATORIO DE CONFLICTOS MINEROS EN EL PERÚ (OCM). *22° Observatorio de Conflictos Mineros en el Perú, reporte primer semestre 2018*, <http://conflictosmineros.org.pe/wp-content/uploads/2018/07/Revista-Informe-de-Conflictos-Mineros-VII.pdf>, visto el 2 de noviembre de 2019.
- OTINIANO, K. *Pautas para una eficaz regulación del principio precautorio en el Derecho Peruano desde la experiencia del Derecho Comunitario Europeo*. Asesor: MOSQUERA, S. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú. 2016.
- PEÑA-CABRERA, A. “Los delitos ambientales”. *Revista de la Academia de la Magistratura “Justicia & Democracia”*. N° 11/2013. Fondo Editorial.
- PEYÓN, J. *La empresa minera y la comunidad campesina*. Tesis para obtener el Máster en Dirección de Empresas). Universidad de Piura. PAD-Escuela de Dirección. Lima, 2019.
- PONTE, M. “Los Pueblos indígenas en el Derecho Internacional”. *Agenda Internacional*, Año X, Número 20, 2004.
- PRIETO, L. *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta. Madrid, 2003.
- PULGAR, M. & AURAZO, A. *Mejorando la participación ciudadana en el proceso de evaluación de impacto ambiental en minería*. Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo. Lima, 2003.
- REÁTEGUI, J. *Tratado de Derecho Penal*. Parte Especial. Volumen 2. Legales Ediciones. Primera edición. Lima, 2016.
- REYNOSO, C. “Las transformaciones del concepto de empresa.” *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 18, enero-junio, 2014. Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal, México.
- RÍOS, M. & ARMAS, H. *Participación y vigilancia ciudadana en la actividad minera: implicancias en el derecho a la salud*. CIES; Universidad Peruana Cayetano Heredia. Lima, 2006.
- ROSTWOROWSKI, M. *Historia del Tahuantinsuyu*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2014.
- RUIZ, J. “Análisis de la sentencia en el caso Conga: lo que el Tribunal Constitucional no quiso ver”. *Revista Gaceta Constitucional*. Gaceta Jurídica. Tomo 53, mayo 2012, pp. 281-282.

- SAR, O. “La inconstitucionalidad de la ordenanza de Cajamarca sobre Conga y el test de competencia desarrollado por el Tribunal Constitucional”. *Revista Gaceta Constitucional*. Gaceta Jurídica. Tomo 53, mayo 2012, pp. 267-268.
- SCHÜNEMANN, B. *¿El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*. Traducido por TORRE, A. Cuadernos de conferencias y artículos N° 38. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá; Lima, 2007.
- “La destrucción ambiental como arquetipo del delito.” En: PÉREZ, E. [et. al.] (Ed.). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia, 2012.
- SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N° 0005-96-I/TC, del 22 de diciembre de 1996
- EXP. N° 0018-2001-AI/TC, de 06 de noviembre de 2002
- EXP. N° 00964-2002-AA/TC, de 17 de marzo de 2003
- EXP. N° 0042-2004-PI/TC, del 01 de marzo de 2004
- EXP. N° 0018-2003-AI/TC, de 26 de abril de 2004
- EXP. N° 0048-2004-PI/TC, de 1 de abril de 2005
- EXP. N° 3330-2004-AA/TC, de 11 de julio de 2005
- EXP. N° 1206-2005-AA/TC, de 20 de abril de 2007
- EXP. N° 4223-2006-PA/TC, de 02 de junio de 2007
- EXP. N° 3343-2007-AA/TC, de 19 de febrero de 2009
- EXP. N° 0001-2012-PI/TC, de 17 de abril de 2012
- EXP. N° 03673-2013-PA/TC, de fecha 11 de diciembre del 2014
- EXP. N° 2621-2013-PA/TC, del 10 de noviembre de 2015
- EXP. N° 0020-2005-PI/TC, del 01 de marzo de 2017
- SERVINDI, Comunicación Intercultural para un mundo más humano y diverso, <https://www.servindi.org>, visto el 20 de septiembre de 2021.
- SORIANO, J. & BRUFAO, P. Claves de Derecho Ambiental. Vol. I. Primera Edición. IUSTEL. Madrid, 2010.
- SUAREZ, E. & ZAPATA, E. “Gobiernos locales: actores internacionales”. *Revista Mexicana de Política Exterior*, Número 104, Mayo-Agosto 2015.

- TREJOS, L. “Los actores no estatales en la sociedad internacional: una aproximación a la diplomacia ciudadana en Colombia”. *Investigación & desarrollo*. Volumen 24, Número 1, 2016., En: Universidad del Norte, Revistas Científicas, <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/investigacion/article/view/6637/8685>, visto el 24 de octubre de 2019.
- URÍA, R. *Derecho Mercantil*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Decimoctava edición. Madrid, 1991.
- VELA, T. *Vinculación de dominio de los recursos minerales en el Perú*. Asesor: ABRUÑA, A. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad de Piura. Piura, 2017.
- VERGARA, A. *Principios y Sistema del Derecho Minero*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- VÍLCHEZ, R. *Aproximación a la intervención penal anticipada- Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*. Palestra Editores, Lima, 2018.
- VILDÓSOLA, J. *El domino minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*, Editorial Latina S.A., Caracas, 1999.
- VILELA, P. *Determinación del riesgo penal en el delito de contaminación ambiental y sus consecuencias: a propósito del Principio de Lesividad*. Tesis para optar el título de abogado. Asesor: VILCHEZ, R. Universidad Piura. Piura, 2018.
- VINCENT, S. *Cooperación internacional, desarrollo y comunidades campesinas: ¿del asistencialismo al libre mercado?* IEP Ediciones. Perú, 2005.
- WAGNER, M. *Non-State Actors*. Oxford University Press. Enero 2009. En: RESEARCHGATE, <https://www.researchgate.net/publication/308874846>, visto el 17 de octubre de 2019.
- YOUNG, A. *Minería y comunidades: la experiencia de Canadá. Cooperación; Acción Solidaria para el Desarrollo*. Lima, 1999.
- ZAMORA, E. *Relaciones internacionales y gobiernos locales en Colombia. Participación internacional de Bogotá, Cali y Medellín en el siglo XXI*, 2015.
- ZEGARRA, A. *Notas de Derecho Mercantil I*. (Apuntes proporcionados por el profesor para el Curso dictado en la Universidad de Piura). Piura, 2009.