

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



**“Panorama minero en el Perú y cambios regulatorios: análisis del
fundamento económico y social”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTOR:

Dáneri Ana Quintanilla Velazco

ASESOR:

Mg. Bruno Edoardo Debenedetti Luján

Abril, 2019



A mis padres, ejemplo de perseverancia y eterna razón de mi esfuerzo;
A mis hermanos y sobrinas, por su apoyo incondicional;
Y a los amigos que en su búsqueda de conocimiento han inspirado mi camino.

Dáneri Quintanilla.

RESUMEN EJECUTIVO

Históricamente la minería ha constituido una de las principales actividades económicas en el Perú. Durante los años 80 nuestro país vivió uno de los periodos económicamente más complejos; existen muchas causas de larga y corta data, pero uno de los factores que influyó en ésta crisis que es particularmente importante para esta investigación, es la tendencia de los gobiernos pasados a oponerse a la industria extractiva, y más aún si ésta se llevaba a cabo por empresas privadas.

En el año 1990, junto con el cambio de gobierno se instauraron una serie de medidas con miras a superar la crisis económica y se incorporó el Programa de Reforma Estructural. Dentro de las reformas económicas gestadas para hacer frente a la crisis de los años 80 se encontraba la implementación de un nuevo marco regulatorio minero que permitiera a la industria adaptarse a los requerimientos económicos de la época. En tal sentido, el objetivo del presente trabajo es analizar el fundamento que estuvo detrás de la regulación minera peruana en los años 90, y de qué manera ha evolucionado hasta la actualidad. Ello nos permitirá evidenciar que el contexto que subyacía a la normatividad minera instaurada por aquellos años ha cambiado, y con él, el fundamento que inspira a la regulación misma. Asimismo, se resalta el hecho de que la preocupación por la regulación no debe limitarse a verificar si una medida puede o no solucionar la problemática planteada, sino también la conveniencia de una regulación en el caso y contexto concreto.

La narrativa del presente trabajo de investigación se divide en tres etapas comprendidas desde el año 1990 hasta la actualidad, en las que haciendo uso del método descriptivo, histórico, así como el método del caso, se analiza la regulación minera peruana y su necesario correlato en el contexto económico y social.

En el primer capítulo se realiza una narración de los hechos que llevaron a la implementación de un nuevo régimen económico, y con ello a la adopción de un nuevo marco regulatorio que rija la industria minera. El segundo capítulo está conformado por el análisis de los conflictos sociales que marcaron la industria minera; y finalmente, el capítulo tercero se encarga de realizar un balance de la situación en la que se encuentra la regulación y cuáles son sus principales retos a los que se enfrenta la industria.

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	1
ÍNDICE.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I: INDUSTRIA MINERA, REGULACIÓN E INSTITUCIONES	7
1.1. ECONOMÍA PERUANA Y CONSENSO DE WASHINGTON:	7
1.2. REGULACIÓN MINERA: UNA MIRADA AL PASADO	11
1.3. “CAMBIO 90” Y LA NUEVA REGULACIÓN MINERA.....	12
1.4. ¿PROBLEMAS EN EL PARAÍSO?	17
1.5. CAMBIO DE SIGLO: ENFRENTAMIENTO Y AJUSTES	18
1.6. TEORÍA DETRÁS DE LA REGULACIÓN	24
1.6.1. EXTRACTIVISMO Y “MALDICIÓN DE LOS RECURSOS”	24
1.6.2. PROPIEDAD Y NEOEXTRACTIVISMO	26
CAPÍTULO II: EL PROBLEMA SE TRANSFORMA EN CONFLICTO	29
2.1. BAGUAZO: LA GOTA QUE DERRAMÓ EL VASO	29
2.2. TERRITORIO, LIBRE DETERMINACIÓN Y CONSULTA PREVIA	31
2.3. CONGA: ¿APRENDIMOS LA LECCIÓN?	35
2.4. ACCIONES DEL SECTOR PRIVADO.....	36
CAPÍTULO III: BALANCE, ¿HACIA DÓNDE VAMOS?	42
CONCLUSIONES.....	47
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

LISTA DE FIGURAS

GRÁFICO 1.....	7
GRÁFICO 2.....	33

INTRODUCCIÓN

Conscientes de la situación de bonanza económica que se inició en nuestro país desde hace aproximadamente una década; es trascendental entender que la misma ha sido consecuencia de una serie de reformas en el ámbito económico, social y político, luego del cambio de gobierno del año 1990. Estas reformas respondieron a las circunstancias especialmente críticas que se vivieron en el Perú durante los años 80, en las que el exorbitante nivel de inflación parecía predestinarnos a un colapso económico.

Diversas son las medidas que tomó el gobierno de turno para hacerle frente a esta crisis; sin embargo, para efectos del presente trabajo, las que cobran protagonismo son aquellas que estuvieron orientadas a establecer un nuevo marco regulatorio para la actividad minera en el país.

Es preciso señalar entonces, que la minería constituye y ha constituido a lo largo de nuestra historia, una de las actividades económicas más importantes, pasando de ser la cuarta actividad que más aporta al Producto Bruto Interno (PBI) en los años 50, a ser la segunda en los últimos años (INEI, 2016). Este escenario lleva a afirmar, con toda lógica, que cualquier medida que busque generar mejoras importantes en la economía del país, debe tener como una de sus prioridades la promoción de la actividad minera y la adecuación de su marco regulatorio a los fines que pretende alcanzar.

Así lo hizo pues el Estado peruano, llevando a cabo una serie de reformas en nuestra legislación, las mismas que tuvieron su razón de ser no sólo en motivos políticos, sino también económicos; para ello se incorporaron algunas de las reformas recomendadas a los países de América Latina por John Williamson en el “Consenso de Washington”. Tres de los grandes pilares del “Consenso de Washington” fueron los puntos referidos a la privatización, paulatina desregulación a fin de remover las barreras de entrada o salida a las distintas actividades económicas, y formalización de la propiedad privada (Williamson, 2003).

Los principios del Consenso y el pensamiento económico que le subyace se reflejaron en diversas medidas en nuestro ordenamiento; en tal sentido, encontramos que la Constitución Política de 1993 presenta notables cambios respecto a la Constitución

anterior, reconociendo expresamente en su artículo 58, la incorporación de una economía de mercado en la que prima la libertad económica pero incorporando criterios sociales (Const., 1993). En esa misma línea, el artículo 66 de dicho cuerpo normativo reconoce la titularidad de los recursos naturales por parte de la Nación, y la soberanía del Estado para explotarlos; sin embargo, también regula la forma en que este entrega a los privados el aprovechamiento de los citados recursos, plasmando de ese modo la tendencia del Estado a asumir un papel subsidiario y promotor dentro de la economía del país (Const., 1993).

En el sector minero, en particular, la reforma que se llevó a cabo a nivel legal e infralegal tuvo como puntos principales la adecuación del procedimiento para el otorgamiento del título de concesión minera a una nueva realidad competitiva, los derechos y obligaciones de los titulares, y el papel subsidiario del Estado en la industria minera (Huapaya, 2007, p. 221). Estas reformas generan un ambiente más amigable para el inversionista privado, estableciendo reglas claras, procedimientos celeres y normas estables que resulten atractivos al capital privado (Damonte, 2016, pp. 407-411). Cobran protagonismo, entonces, los principios de privatización y desregulación expuestos por Williamson, teniendo como premisa que el incremento de la inversión privada se presentaría sólo en un contexto de libre mercado y siempre que las instituciones normativas del Estado no distorsionen su dinámica natural (Gamarra, 2009, pp. 28-31); y por el contrario, diseñen un marco regulatorio lo suficientemente flexible para que el inversionista privado asiente sus capitales en nuestro país. Como consecuencia se obtuvo un procedimiento ordinario minero que permite a cualquier persona que no se encuentre impedida por la Ley, peticionar y obtener un título de concesión minera, sin mayor limitante que el cumplimiento de requisitos formales.

Con el paso de los años, sin embargo, el “Consenso de Washington” y las medidas que en él se recomendaban a los países latinoamericanos, fueron duramente criticados, primordialmente por haber promovido la liberalización de la economía sin generar un adecuado marco institucional y político; gran parte de estas críticas tienen como estandarte el pobre avance en los niveles de desarrollo y equidad de los países latinoamericanos, pese a haber experimentado un generoso crecimiento en términos económicos (Clift, 2003; Colom, 2008, p. 81).

El desarrollo de la industria extractiva en los años siguientes al “Consenso de Washington” comenzó a manifestar problemas sociales y ambientales que se incrementaban paulatinamente y en directa proporción a la cantidad de proyectos

extractivos; no obstante, estos problemas que eran evidentes, se hicieron vergonzosos cuando en el año 2007 las medidas económicas del Estado llevaron a una protesta de la población de Bagua por el respeto de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); poniendo en manifiesto la cara más dura de la dicotomía entre inversión privada y derechos de los pueblos indígenas.

Es de verse que a pesar de los evidentes buenos resultados económicos obtenidos con las medidas promoción de la actividad minera de los años 90, es necesario reconocer que las circunstancias especiales y los fines planteados que en aquél momento justificaron las estrategias regulatorias adoptadas han cambiado, y por lo tanto generaron la necesidad de aplicar reajustes en la regulación y las instituciones mineras, teniendo en cuenta además los requerimientos sociales y ambientales para quienes se dedican a las industrias extractivas.

Así las cosas, la presente investigación pretende generar un aporte académico a través del análisis del fundamento que estuvo detrás de la regulación minera en el Perú desde los años 90 hasta la actualidad; para tal efecto, en las siguientes páginas se describirá la evolución histórica de dicha regulación a partir del año 1990, para luego hacer un estudio de caso de los conflictos sociales que marcaron a la industria; finalmente, se realizará una definición y comparación de las distintas posturas económicas y paradigmas del Derecho que han marcado el diseño de la regulación minera en nuestro país. Es menester señalar que el objetivo de la investigación es evidenciar la evolución del fundamento regulatorio y las consecuencias que ha tenido el mismo en la industria. Por ello, el baguazo y el análisis de los derechos reconocidos en el convenio 169, son únicamente un pretexto que permite graficar el fenómeno de cambio paradigmático planteado.

La tarea antes trazada permitirá demostrar que los objetivos que perseguían las medidas de estado en los años 90 no son los mismos que persigue la última década. La evolución del fundamento de la regulación minera que se basó en postulados económicos propuestos en los 90 nos ha llevado a un circuito que avanza sobre la prueba y el error en la adaptación de dicho modelo económico; circuito que empezó con una visión desreguladora de las industrias extractivas y ha adquirido en una visión más constitucionalista y con un enfoque de sostenibilidad.

En tal sentido, la elección de los límites temporales del presente trabajo, así como la perspectiva de la minería desde el cristal del Derecho de la Empresa no son, en absoluto, una decisión arbitraria, sino que responden en primer lugar, al cambio de

paradigma en la política peruana, que conllevó además a un cambio en el fundamento que inspira al modelo económico peruano; y en segundo lugar, a que las nuevas tendencias del Derecho Empresarial permiten ahondar en el estudio de los aspectos económicos y sociales que atañen a la empresa de los distintos rubros que esta aborda. Así las cosas dado que en el Perú, como vimos, la minería representa una de las principales actividades económicas, el estudio del tema propuesto en la presente investigación resulta relevante.

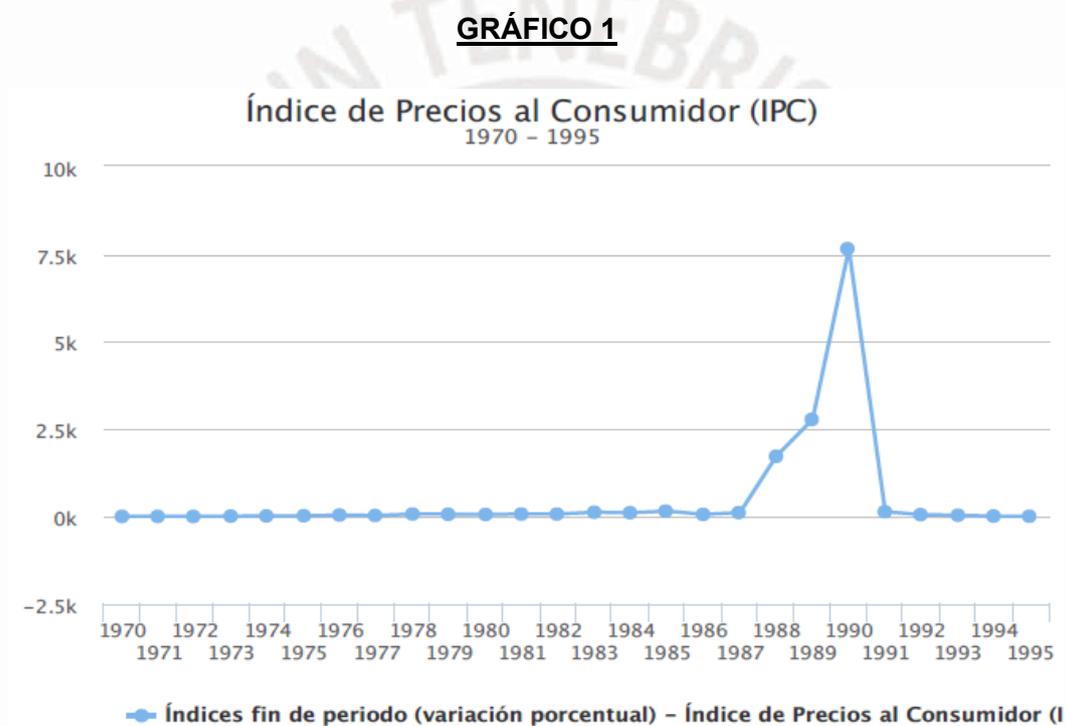
El aporte académico, sin embargo, no sólo se circunscribe al análisis del fundamento regulatorio minero, sino que abre la puerta a nuevas investigaciones, que tomando como punto de inicio la presente investigación, puedan realizar trabajos que complementen o discutan la hipótesis aquí planteada; asimismo, se espera que a partir de la observación de la filosofía que trasciende a la política regulatoria minera, se pueda desarrollar un panorama prospectivo sobre los retos a los que se enfrenta esta industria extractiva. Adicionalmente, este trabajo tiene como fin práctico la contribución al diseño de un marco regulatorio minero que se adecúe a las necesidades del sector, de la empresa y de la sociedad, y que además adopte políticas que puedan adaptarse la constante cambio de la realidad.



CAPÍTULO I: INDUSTRIA MINERA, REGULACIÓN E INSTITUCIONES

1.1. ECONOMÍA PERUANA Y CONSENSO DE WASHINGTON:

Los regímenes políticos con economías estatistas han sido preponderantes en nuestro país y llevaron al Perú a una crisis económica que se materializó en un estrepitoso crecimiento del índice de inflación acumulada¹, que llegó hasta un pico de 7 649,6% en el año 1990, tal como se verifica del gráfico siguiente:



* Fuente: Banco Central de Reserva del Perú (BCRP, 2018)

Elaboración propia

La población, esperanzada en un cambio y harta de la clase política que dominaba el gobierno en esa época, lleva a Alberto Fujimori a la presidencia del Perú. El cambio de gobierno del año 1990 trajo consigo una serie de reformas, de entre las cuáles, las económicas resultan las más importantes. El país, que contaba con una

¹ La inflación acumulada anual se midió sobre la base del Índice de Precios al Consumidor (IPC).

gigantesca deuda externa que “algún” presidente anterior se negó a pagar, requería del apoyo de organismos internacionales, llámense Fondo Monetario Internacional (FMI) y Banco Mundial (BM), para superar la crisis.

Estos organismos internacionales exigían que todos los países que se incorporaban o reincorporaban, adoptaran el Programa de Reformas Estructurales que ellos recomendaban; sólo así es que el Perú podría superar la hiperinflación que dejaba el gobierno saliente (The Oakland Institute, 2015, p.2; Banco Mundial, 1991). Así lo hizo el gobierno peruano, y tal como afirma Noejovich (2010), en las reformas económicas se incorporaron las recomendaciones y políticas de estos organismos internacionales que habían tomado como sustento los principios expuestos en el “Consenso de Washington”.

El término “Consenso de Washington” fue acuñado por John Williamson hacia los últimos años de la década de los 80; él le otorgó esa denominación a un conjunto de políticas o principios económicos que se recomendaban a los países latinoamericanos con la finalidad que desarrollaran sus economías y puedan salir de la situación de subdesarrollo en la que se encontraban (Cliff, 2003). Dichas políticas consistían en la generación de disciplina fiscal a fin de reducir el déficit de los países de América Latina, la realización de reformas tributarias, liberar las tasas de interés, el comercio y la inversión extranjera, establecer un tipo de cambio que sea competitivo, privatizar las empresas estatales, una progresiva desregulación para garantizar menos burocracia innecesaria, y la promoción de la formalización de la propiedad (Williamson, 2003).

La incorporación del Programa de Reforma Estructural representó un gran reto para el nuevo gobierno, pues lo enfrentaba al desafío de generar un marco regulatorio que fuera la base que permitiera que las políticas a incorporarse tengan un adecuado margen de actuación; y por lo tanto, rindieran los frutos esperados. Empero, la generación de un marco regulatorio no es el único desafío a encarar. Tal como lo señaló el propio Banco Mundial (1991), una de las principales dificultades con las que se encontraría el programa de reforma se sustentaba en que las reformas generales debían llevar a cabo los Estados, pondrían a prueba a sus instituciones (p. 13).

Las instituciones son definidas por Bergara & Milnitsky (2018) como “categorías multidimensionales” que se caracterizan por involucrar aspectos normativos, coercitivos, subjetivos (percepción de legitimidad), y objetivos (prácticas sociales institucionalizadas), están directamente relacionados con el diseño y cumplimiento de normas, y requieren una gran capacidad de adaptación al cambio para demostrar su

calidad (p. 10). No obstante, hacer alusión a las instituciones, o a un marco institucional, es importante no sólo para comprender los aspectos descritos en líneas anteriores, sino porque implica reconocer que la existencia de una estructura conformada por personas, introduce el elemento político, y por lo tanto, puede marcar la pauta para el cumplimiento normativo al que hacen referencia los autores.

Con los desafíos planteados y como corolario del desempeño económico de los años anteriores muchas de las recomendaciones propuestas en el Consenso fueron incorporadas dentro de las políticas de la reforma. Pero sin duda, las más destacables son las políticas de privatización y protección de la propiedad privada, incorporadas en la naciente Constitución Política del Perú del año 1993. Dentro de estas medidas se encuentra la incorporación de una economía social de mercado (Const., 1993, art. 58), distinto al que se previó en la Constitución Política de 1979, en la que el régimen se amparaba preponderantemente en principios de equidad y justicia (Const., 1979, art. 110). Esta variación en la redacción de la norma resultaba trascendental, pues reconocía de forma expresa que nos encontrábamos en una economía de mercado, que se caracteriza por la libertad económica, libre competencia y el papel subsidiario del Estado, pero se mantiene un criterio social que permite generar un contrapeso a la actuación de los agentes económicos y que garantiza también otras libertades y derechos.

De otro lado, el artículo 66 de la nueva Carta Magna, reconoce que los recursos naturales son de titularidad de toda la Nación, y como tal, la soberanía en su explotación le corresponde al Estado, quien a su vez entregará a los privados la prerrogativa de su aprovechamiento, por medio de títulos habilitantes, hecho que refuerza el papel subsidiario del que se pretendía dotar al Estado. Finalmente, el artículo 70 de la Constitución Política del año 1993 hacía desarrollo del derecho de propiedad, señalando que el mismo podía ser restringido únicamente por causas de seguridad nacional o necesidad pública, y que dicho derecho debía ejercerse en armonía al bien común, a diferencia de la derogada Constitución, que preveía una gama mucho más amplia de posibilidades que autorizaban la restricción del derecho de propiedad (necesidad y utilidad pública, así como interés social)², así como la disposición de que el derecho de propiedad se ejercía en armonía con el interés social

² Cabe señalar, además, que la Constitución Política de 1979, en su artículo 125, señala expresamente que la expropiación de bienes puede ser por causa de guerra, calamidad pública, reforma agraria, remodelación de centros poblados o para aprovechar fuentes de energía, no restringiendo dicha medida únicamente a estas causas.

(Const., 1979, artículos 124 y 125), las mismas que no se encuentran previstas en la nueva Constitución.

Los principales objetivos perseguidos por la política de privatización fueron la consecución de estabilidad del país a nivel macroeconómico, el incremento de la capacidad productiva de las empresas que hasta los años 90 eran controladas por el Estado, en el entendido que el sector privado tiene mayor especialización y puede asumir una mayor capacidad productiva que no implicará para el Estado ningún tipo de gasto público. Asimismo, se perseguía también obtener mejoras fiscales gracias a los ingresos provenientes de los pagos realizados por las empresas privadas que adquirieron las acciones de las empresas estatales privatizadas. Finalmente, se buscó obtener mejoras para el consumidor, debido a que ahora podría acceder a mejores productos o servicios y precios más asequibles (Paliza, 1999, pp. 17-22). Por su parte, la restricción de supuestos bajo los cuales era justificada la expropiación dejaba ver con claridad que estábamos ante un régimen que buscaba preservar la seguridad jurídica, no sólo para los ciudadanos, sino para todos los inversionistas.

Como parte de las medidas de privatización y adopción de un rol promotor del Estado en la inversión privada, entre los años 91 al 98 se llevó a cabo la venta de las acciones de muchas empresas que hasta ese entonces habían estado bajo control estatal y que por tanto generaban gasto público. A entender de Paliza (1999), de modo general se puede afirmar que las empresas estatales cuyas privatizaciones fueron las más emblemáticas son las de servicios públicos como el de telefonía y electricidad; sin embargo, éste proceso no se restringió únicamente a las empresas de servicio público. Dentro del sector minero encontramos unidades económicas de Centromin, Sider Perú, Minero Perú y Tintaya, las cuáles fueron subastadas y otorgadas a empresas especializadas y con tecnología moderna que permitiría lograr la eficiencia que el manejo del Estado no había alcanzado (p.11).

Con la nueva Constitución Política, entonces, se genera un cambio en el régimen económico peruano, en el que el Estado deja de comportarse como un competidor más, pasando a asumir un papel subsidiario, regulador y promotor de la inversión privada; por ello, el aparato estatal que se había irrogado algunas actividades económicas, en el entendido de que eran prestaciones o servicios que debían ser garantizados de primera mano por él mismo, ahora intenta que avocarse únicamente a brindar los servicios públicos más básicos e indispensables, limitando su labor en los demás sectores a la vigilancia, regulación y promoción de la inversión.

1.2. REGULACIÓN MINERA: UNA MIRADA AL PASADO

Hasta finales de los años 80 nuestro país oscilaba entre gobiernos que se caracterizaron por manifestar tendencias opositoras de la extractivización de la economía del país; por ello, sus periodos de mandato representaron etapas de corte fuertemente estatista para la industria minera, la restricción de las importaciones y el apoyo a la industria local con insumos propios, aunque ello significara efectos perniciosos para la población; pero a inicios de los años 90, una serie de factores endógenos y exógenos empiezan a confluir en el cambio de esta situación; así, tal como lo afirman Gudynas (2010) y Dougherty (2016), el rostro de la minería empieza a cambiar y deja de identificarse como una industria de explotación de la fuerza de trabajo mal remunerado, y por lo tanto como foco de pobreza para la clase trabajadora y para las zonas aledañas a los proyectos mineros que presentaban claras señales de atraso social y deterioro ambiental.

Dentro de los factores a los que se hace referencia en el párrafo anterior, encontramos la adhesión de muchos Estados al Programa de Reforma Estructural planteado por FMI y el Banco Mundial, el mismo que, como se mencionó anteriormente, se encuentra sustentado en los principios del “Consenso de Washington”; en segundo lugar se encuentra la innovación tecnológica que se difunde dentro de la industria minera, y que permite que los procesos sean más eficientes; tercero, fluctuaciones en el precio de los metales industriales y la demanda de los mismos por el nuevo mercado asiático; y cuarto, las escalas decrecientes que presentaban las reservas tradicionales de mineral, al norte del planeta, que se sumaba a regulaciones más estrictas y que, por lo tanto, representaban mayores costos para las empresas (Dougherty, 2016; De Echave, 2008, pp. 7-15).

Podemos afirmar entonces, que durante la primera parte de los años 90 se presenta el primer *boom* minero en el Perú, gracias no sólo a las políticas del Consenso que trascienden y orientan nuestra regulación y el manejo de nuestras instituciones, sino también a una serie de factores económicos externos que confluyen. Así las cosas, el modelo económico no fue en sí mismo el factor constitutivo del denominado *boom* minero, pero sí permitió la generación de un escenario adecuado para que el Perú se beneficiara de una serie de sucesos en el campo minero que no estaban bajo su control.

El crecimiento de la economía gracias a la industria extractiva minera contribuyó a un cambio en la visión que la población en general tenía de ella. Poco tiempo después, como señalara Gudynas (2010), la minería sería vista como una oportunidad de progreso, y en muchos casos, incluso se ha llevado esta idea al extremo de afirmar que cualquier barrera que dificulte el desarrollo de las actividades mineras, puede significar un atraso o ataque al desarrollo de la población (p. 67).

1.3. “CAMBIO 90” Y LA NUEVA REGULACIÓN MINERA

En el año 1981 entró en vigencia el Decreto Legislativo 109, Ley General de Minería. Esta norma se caracterizó porque si bien incorporaba regulaciones e instituciones innovadoras en comparación con el Decreto Ley 18880, mantenía otras cruciales como el monopolio estatal en la comercialización del mineral, y el rol empresarial del Estado en esta industria extractiva (Baldeón, 2016, pp. 97-98). Lo cierto es que, como señala Paseta (2008), si bien las normas anteriores a la actual Ley General de Minería, tuvieron una orientación claramente estatista, la minería pudo desarrollarse de manera razonable (p. 146).

Para efectos del análisis de este trabajo, dividiremos las reformas regulatorias del sector, en dos ejes: un eje socio-ambiental, que no fue desarrollado de manera trascendente en ésta época, y que constituye la génesis de muchos de los sucesos posteriores, y un eje económico que desde distintas perspectivas buscan generar mejoras al sector minero, y por ende, al país en su conjunto.

Así las cosas, la primera gran reforma dentro del marco regulatorio minero en los años 90, se presenta con la promulgación del Decreto Legislativo N° 708 en el año 1991. Inmediatamente después, en el año 1992 se publican el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobados por los Decretos Supremos N° 014-92-EM y 018-92-EM, respectivamente. A continuación, en el año 1994 se aprueba el Procedimiento de Diversos Títulos de la Ley General de Minería, mediante Decreto Supremo N° 03-94-EM. Estos nuevos cuerpos normativos abordan temas trascendentales de carácter material como procesal. Sobre el particular, Huapaya (2007) señala que la novedad que trae consigo la nueva normativa, es que simplifica el complejo régimen de concesiones mineras de varios

tipos y se reestructuran los derechos y obligaciones que les corresponden a los titulares de las concesiones mineras (p. 221).

Una de las características de la regulación minera que no cambió con el nuevo régimen, y que ciertamente no ha cambiado a lo largo de nuestra historia, es el sistema de dominio originario de las minas. Existen tres sistemas de dominio que diversas legislaciones de todo el mundo han adoptado en el manejo legal de sus recursos mineros; el primero es el sistema de accesión o sistema fundario, que se caracteriza por que le atribuye el dominio del yacimiento minero al propietario del terreno donde se encuentra el mismo. El segundo es el sistema de *res nullius*, que afirma que los yacimientos originariamente no tienen propietario, y por lo tanto se le atribuye su propiedad al primero que los ocupa o descubre. Finalmente, encontramos el sistema dominialista, que atribuye el dominio de los yacimientos al Estado, y que distingue entre el yacimiento y el terreno superficial en el que se ubica, pudiendo la titularidad de ambos recaer en personas distintas. El Estado, que ostenta originariamente el dominio sobre los yacimientos mineros, puede otorgarlos a los particulares para su explotación, a cambio de una retribución, sistema al que se denomina dominialista-regalista; o, puede reservarse la explotación y dominio de los yacimientos para sí mismo, en cuyo caso se dice que es un régimen dominialista-socialista (Belaunde, 2013, pp. 18-25). Nuestra legislación actual, del mismo modo que la anterior, recoge el sistema dominialista, el mismo que se encuentra previsto no sólo en la norma especial, sino también en la Constitución y el Código Civil que señalan que el estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos, y que la propiedad privada no se extiende a los yacimientos mineros que puedan encontrarse en ellos (Const., 1993, art. 66) (Código Civil de 1984, 1984, art. 954).

Las innovaciones dentro de la nueva legislación minera incluyeron aspectos como la disminución de las barreras de entrada, regímenes de estabilidad y contratación minera. Dentro del primer punto, el rol concedente del Estado en la industria minera sufre una importante reforma a partir del Decreto Legislativo 708, pues en ella desaparece la histórica figura de la Jefatura Regional de Minería en la que se tramitaban las distintas concesiones, y sus funciones son asumidas por la Oficina de Concesiones Mineras, que ahora forma parte del Registro Público de Minería y posteriormente del Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (INACC) (Dammert & Molinelli, 2007, p. 49). El Decreto Legislativo 109, a diferencia de la norma vigente, se caracterizaba porque existían procedimientos administrativos distintos para la realización de las actividades de exploración, explotación y refinación de mineral

(Huapaya, 2007, p. 221). Al inicio se realizaba un primer procedimiento administrativo en el que se emitía un acto administrativo denominado Auto de Amparo, que facultaba la exploración del mineral por un periodo de cuatro años. Posteriormente se debía seguir un procedimiento de titulación, que concluía con la emisión, por parte de la autoridad competente, de la resolución administrativa que contenía el título de concesión minera.

Al respecto, Tejada (2014) señala que la naturaleza jurídica de la concesión minera en el marco de la legislación vigente, puede identificarse entre otras cosas, como un acto administrativo emitido por la autoridad competente, que luego de seguir un procedimiento administrativo a solicitud de parte emite el título de concesión minera; por tanto, como parte de las políticas de desregulación, las normas mineras de los años 90 exigen al peticionario únicamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 17 del Reglamento de Procedimientos Mineros; sin perjuicio de no estar impedido para la referida formulación y de llevarse a cabo una etapa de pronunciamiento técnico que evita que se otorguen concesiones mineras sobre áreas restringidas a esta actividad (pp. 294, 298).

Parte de la reducción de barreras de entrada a la industria minera consiste en la adopción de mecanismos que ayuden a la predictibilidad de los procedimientos. En ese sentido, la identificación de las áreas restringidas a la actividad minera se hizo posible gracias a que mediante Ley N° 26615, Ley del Catastro Minero Nacional, se crea el Catastro Minero peruano, que no sólo uniformiza el modo de identificación de las áreas de concesión minera a través de coordenadas UTM, sino que incorpora las áreas restringidas para la actividad minera y crea un sistema de cuadrículas que permite mantener un registro ordenado de las concesiones mineras existentes en el país; adicionalmente, obliga que las nuevas concesiones mineras sean peticionadas sobre el antecedente que dejan las concesiones o petitorios extinguidos y publicados de libre denunciabilidad. Esta política tiene además, la clara finalidad de otorgar a los usuarios y titulares mineros mayor celeridad e información clara, a fin de promover la inversión privada dentro del sector minero.

Pero los beneficios ofrecidos a los inversionistas privados en el sector minero, no se limitaron a medidas de reducción de barreras de entrada a la industria, sino que incluyen la generación de instrumentos que tienen como finalidad brindar beneficios laborales y tributarios a través de contratos de estabilidad, con la finalidad de recuperar la confianza de los inversionistas en nuestra economía. Es cierto, sin

embargo, que los contratos de estabilidad no nacen con las reformas de los años 90, sino que ya habían sido regulados en la Ley General de Incentivos, Beneficios y Exoneraciones Tributarias, aprobada por Decreto Ley 259, y por el Código Civil de 1984. A pesar de ello, los hitos históricos en la legislación, en cuanto a contratos de estabilidad se refiere, se dan luego del año 1990 en que el país necesitaba atraer capitales para salir de la grave situación económica que se vivía. En tal sentido, el momento más importante se da en el año 1991, en que se publican los Decretos Legislativos 662 y 757, Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras y Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, respectivamente; reglamentados por el Decreto Supremo 162-92-EF; estas medidas normativas fueron reforzadas con el artículo 62 de la Constitución Política de 1993 que reguló el contrato ley, mecanismo jurídico que permite garantizar que las reglas de juego bajo las que se realizaron las inversiones no serán modificadas, ni siquiera legislativamente (Danós, 2013, pp. 259-263).

La normatividad desarrolló dos clases de regímenes de estabilidad jurídica: por un lado, el régimen general que se encuentra desarrollado en los Decretos Legislativos 662 y 757, y de otro lado están los regímenes especiales que se encuentran regulados en distintos instrumentos normativos y que son muy diversos; estos últimos pueden ser de dos grupos, aquellos que trasladan la estabilidad jurídica a otros contratos, y los que autorizan que se suscriban contratos ley para la realización de actividades económicas específicas. El régimen general es el más importante dentro de la industria minera; por lo desarrollado en este régimen, los inversionistas privados pueden acceder a un contrato ley que les garantice la invariabilidad del marco legal aplicable a distintas materias como la tributaria o laboral, pero que no necesariamente se limita a estas; para poder acceder a estos contratos ley, se debe seguir un procedimiento establecido, pero el principal requerimiento está en garantizar una inversión no menos a US\$ 10 millones de dólares para el sector (Danós, 2013, p.263).

Un aspecto adicional, que vale la pena mencionar del cambio dentro de las instituciones mineras que resulta necesario mencionar, es que durante los primeros años de la década del 90 se desactivaron muchos de los bancos estatales que fueron creados durante gobiernos militares; así, mediante Decreto Ley N° 25478 se declara en liquidación al Banco Minero. Este banco se encargaba de brindar apoyo económico a los titulares mineros de pequeña escala. Los créditos del Banco Minero en Liquidación fueron asumidos en última instancia por el Fondo de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), y las concesiones que quedaron en

garantía, pasarían a manos de los privados de acuerdo a las reglas establecidas en el Decreto de Urgencia N° 034-94. Asimismo, en el año 1997 se crea la Agencia para Promoción para la Inversión Privada (PROINVERSIÓN), que asume funciones directas en la promoción de la inversión privada.

El cambio regulatorio, sin embargo, tuvo un talón de Aquiles, que fue el aspecto socio-ambiental. Una de las medidas institucionales más resaltantes de los años 90, que se hizo cargo de la exigencia de atención a la sociedad, es la creación de la Defensoría del Pueblo en el año 1993, que tenía –y tiene actualmente- la función de velar por la protección de los derechos ciudadanos (Damonte, 2016, p. 410); sin embargo, no es hasta el primer lustro del 2000 que asume funciones expresamente relacionadas con la conflictividad social. Con relación al tema ambiental, indica Paseta (2008), que la regulación de los aspectos referidos a la supervisión y fiscalización minera en el Perú comenzó con el Decreto Ley 25763, que le otorgó esa función al Ministerio de Energía y Minas (MINEM), la misma que fue reglamentada en el año 1993, mediante Decreto Supremo N° 012-93-EM (p. 293).

En el año 1994, sin embargo, el Perú ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que entró en vigencia en el año 1995. El convenio establece, entre otras cosas, que cualquier medida administrativa o legislativa que los gobiernos adopten y que afecte real o potencialmente a los pueblos indígenas o tribales, deberá ser consultada con dichos pueblos (Lanegra, 2014, p.102). No obstante, a pesar de la ratificación del Convenio 169, durante toda la década de los 90, y más allá del año 2000, inclusive, no fue aplicado dentro de la industria minera, bajo una serie de justificaciones por parte del Estado (Ruiz, 2014). Los primeros años de minería con la nueva regulación fueron la luna de miel entre la población y la industria; sin embargo, esta situación cambiaría hacia finales de los años 90, y es luego del año 2007, que el Convenio adquirirá un singular protagonismo en la industria minera peruana y en su regulación.

En el año 1997 se aprueba la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, que previó dentro de su articulado, una norma relacionada con las comunidades campesinas y nativas, que resulta muy importante para el análisis de la hipótesis del presente trabajo. El artículo 18 de la referida ley establece que “Las comunidades campesinas y nativas tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, salvo expresa reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de

terceros.” (Ley 26821, 1997). Asimismo, señala que cada sector que se encargue del otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales, deberá instaurar mecanismos de coordinación para evitar conflictos por superposición de derechos o degradación de los recursos (Ley 26821, 1997, art. 13). Finalmente, la norma antes mencionada, introduce dentro de nuestra legislación, la idea de sostenibilidad, que cobrará trascendencia con los hechos que se suscitaron los años posteriores.

1.4. ¿PROBLEMAS EN EL PARAÍSO?

Uno de los problemas ambientales que explotó en esta época se produjo en La Oroya, provincia de Yauli, departamento de Junín. El área de La Oroya es hasta la actualidad una de las zonas ambientalmente más afectadas por la actividad minera, no sólo a nivel de nacional, sino internacional. El complejo metalúrgico de La Oroya inició sus operaciones a inicios de los años 20 y fue estatizada durante de los años 70, con la creación de Centromín Perú. En el año 1996, Centromín se acogió a un plan de remediación ambiental conforme lo establecía la normatividad vigente, aprobándose su Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA). Posteriormente, en el año 1997 La Oroya es transferida a la empresa Doe Run, de nacionalidad norteamericana (De Echave, 2008, pp. 31-32). En este punto, el PAMA de La Oroya ya empezaba a presentar inconsistencias técnicas debido a que no se habían tomado en cuenta planes de contingencia frente a una posibles fugas de materiales tóxicos, algo que resultaría no sólo necesario, sino evidente para el caso de La Oroya (De Echave, 2008, p. 33).

Además de los problemas ambientales registrados en La Oroya, uno de los conflictos sociales con mayor repercusión en ésta década se sucitó en el distrito de Tambogrande, Piura. El distrito de Tambogrande comenzó a poblarse durante los años 50, producto de un proyecto de irrigación que el Banco Mundial financió de manera conjunta con el gobierno peruano, de ahí en adelante la actividad económica preponderante fue la agricultura; sin embargo, desde el año 1979 el distrito fue objeto de intereses mineros, realizándose actividades prospectivas autorizadas a la empresa *Bureau de Recherches Géologiques et Minières* (BRGM); luego del cambio en las políticas económicas de los años 90, BRGM suscribió un contrato de opción de transferencia a favor de la empresa *Manhattan Minerals Corp*. En el año 1996 ésta última empresa ejerce el derecho la opción y para el año 97 se convierte en dueña del

75% de las acciones de la Minera Tambogrande S.A., con el resto del porcentaje accionarial en manos de Minero Perú (Trelles, 2008, pp. 311-312). Tiempo después, en el año 1999, conforme a un procedimiento de concesión de exploración iniciado bajo la vigencia del Decreto Legislativo 109, el Estado peruano otorgó el derecho de explorar a *Manhattan Corp.* por un periodo de cuatro años. Para este momento parte de la población se encontraba en contra del proyecto minero, pero la negativa al proyecto y el rechazo a la empresa se acrecentó hacia inicios del año 2000, siendo que para éste año la mayoría de la población mostraba su abierta oposición a la actividad minera, pese a algunos intentos de acercamiento por parte de la empresa (Trelles, 2008, pp. 312-313; De Echave, 2008, 51-53). Este es uno de los conflictos que enfrenta a una población que se encuentra completamente a favor de la actividad agrícola que ya se venía desarrollando en la zona, con la empresa minera que a toda costa desea llevar a cabo el proyecto minero, aún sin la aprobación de la población del área de influencia del mismo (De Echave, 2008, p. 84).

1.5. CAMBIO DE SIGLO: ENFRENTAMIENTO Y AJUSTES

Como se explicó en las líneas anteriores, desde finales de los años 90 el paraíso de la industria minera y su nuevo régimen legal empiezan a manifestar problemas de relevancia, precisamente en aquellos aspectos que la regulación no había tomado en cuenta. A la par, comienzan a hacer eco en el país, algunas voces que a nivel internacional criticaban las medidas recomendadas en el “Consenso de Washington”. Al respecto, Krugman (1995) indica que la primera gran señal de que no todo andaba como debiera con el Consenso, fue la crisis mexicana del año 1994. México, un país que siguió al pie de la letra las recomendaciones de Washington y no parecía obtener los resultados que se esperaban (párr. 5-6).

Las críticas y cuestionamientos al consenso se fundaban en dos aspectos que pueden vincularse estrechamente: la equidad y el derecho de propiedad. La primera afirmaba que el Programa de Reformas Estructurales recomendadas por el FMI y BM no consideraba a la equidad como asunto de relevancia en las medidas recomendadas a los países latinoamericanos, y por lo tanto, había dejado de lado una característica muy resaltante de los países de América Latina, que es su diversidad cultural y regional (María, 2000, pp. 33-34; Chumacero, 2012, p. 11). Dicha omisión, a su vez, generó que se dejara de lado el hecho de que la variada morfología geográfica

latinoamericana alberga a culturas con distintas concepciones de propiedad, las mismas que pueden alejarse del concepto jurídico que maneja la normatividad de cada país (propiedad privada generalmente).

Al respecto, De Soto (2009) afirma que existen dos mecanismos para el desarrollo de la población, incluso si hablamos de la población con cultura diversa; estos mecanismos consisten en el aseguramiento de los derechos de propiedad, y en segundo lugar, los derechos empresariales. Para De Soto, no hay incompatibilidad alguna entre las costumbres de los pueblos indígenas y el desarrollo a través del fortalecimiento de la propiedad privada.

Otros autores como Ramos, señalan que los factores que involucran a la actividad minera pueden ser considerados por las empresas y los pobladores de maneras tangencialmente diferentes; desde la perspectiva de la empresa, la economía se basa en una estructura de acumulación de riqueza individual, sobre la base del concepto de propiedad privada; por su parte, la visión de la población rural que se ubica en el lugar de fuente de los recursos, ve a la economía como algo colectivo, equilibrado, y que se representa por la abundancia para todos y no de la acumulación de riqueza individual. De otro lado, la organización de la sociedad desde la perspectiva de la empresa se sustenta en relaciones de servidumbre y capitalismo, mientras que la perspectiva de la población rural entiende que las relaciones sociales se sustentan en la reciprocidad y complementariedad del grupo (2001).

En esa misma línea, Wieland y Thorton (2013) afirman que la solución que ofrece De Soto es bastante simplista, dado que no considera los costos de la formalización, económicos y de otra índole, así como tampoco el hecho de que la propiedad no tiene correlato directo en el desarrollo; de otro lado, los autores consideran que uno de los principales problemas, que son las áreas ecológica y arqueológicamente sensibles, entre otras, no es cubierta por la propuesta de De Soto (p. 331).

El gobierno de los 90 puso muchos esfuerzos en la “reforma económica” del país sobre la base de los puntos planteados en el consenso, sin embargo, otras cuestiones relacionadas a la descentralización del estado, con miras a lograr su eficiencia, fueron dejadas de lado. Esta medida, pese a ser una política que se incorporó en la Constitución de 1993, no fue promovida durante los años 90; por el contrario, Fujimori habría reforzado la centralización en lugar de eliminarla (Arellano, 2008, p. 65). En ese sentido, y como medida de remedio del tiempo perdido, al ingreso de Alejandro Toledo Manrique al gobierno, en el año 2001, puso en marcha el proceso de descentralización

de nuestro país. Esta nueva etapa descentralista, al igual que las reformas estatales de la década anterior, viene cargada de retos normativos e institucionales. Como lo exponen Arguedas, Diez Canseco y Rodríguez (2011), en el proceso de descentralización, en general, pueden distinguirse dos fases; la primera en la que se transfirieron funciones, la misma que tuvo trabas debido a que no se transfirieron las facultades que correspondían; y, una segunda, a la que se denominó “*shock* descentralista”, que implicó la aceleración del proceso de descentralización, aún a costa de que los resultados no fueran los esperados (pp. 35-38).

Durante los primeros años del siglo XXI se empieza con el desarrollo normativo la descentralización con la entrada en vigencia de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, en el año 2001. Este proceso implicó, un gran desafío para todo el aparato Estatal, y no sólo abarcó un aspecto presupuestal, sino de capital humano, infraestructura, etc. Dentro del sector minero, las funciones que se previeron transferir a los Gobiernos Regionales fueron las relacionadas con el rol concedente, fiscalizador y promotor de la pequeña minería y minería artesanal (Arguedas, Diez Canseco, & Rodríguez, 2011, p. 17).

En materia concesional, en el año 2007, el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (INGEMMET), que hasta ese momento realizaba actividades de investigación geológica y minera, absorbe al INACC y asume las competencias referidas al rol concedente minero (INGEMMET, 2007). Ese mismo año inicia el proceso de transferencia de funciones a los Gobiernos Regionales, en materia de titulación minera para los Pequeños Productores Mineros (PPM) y Productores Mineros Artesanales (PMA) (Arguedas, Diez Canseco, & Rodríguez, 2011, p. 20).

Durante estos primeros años del nuevo siglo, nuestra regulación empieza a evidenciar un cambio de paradigma a través de la generación de nuevas obligaciones pecuniarias para las empresas mineras que sirvieran para retribuir o remediar algunos efectos de la industria. En el año 2001, mediante Ley 27506 se aprobó la Ley de Canon, que la define como una participación de los gobiernos sub nacionales en los ingresos que el Estado obtiene como producto del otorgamiento de los recursos naturales para su aprovechamiento por los particulares (Ley 27506, 2001). Tal como se desprende de lo registrado en el Diario de Debates del Congreso de la República, correspondiente al debate del proyecto de ley que dio origen a la Ley 27506, la incorporación de la figura del canon -entre ellos el minero- tuvo una motivación social que buscaba que los ingresos provenientes del aprovechamiento de los recursos naturales sirvan para

cubrir las necesidades de toda la población de manera descentralizada (Congreso de la República, 2001).

Sin embargo, parecía que esta forma de descentralización no era suficiente, y no estaba generando los resultados que se esperaba, pues los reclamos sociales seguían en aumento; es por ello que en el año 2004, entre muchas opiniones encontradas se publicó la Ley N° 28258, Ley de Regalía Minería, que establece en su artículo 2 la obligación de los titulares de actividad minera de pagar al Estado, una contraprestación por el aprovechamiento de los recursos minerales (Ley 28258, 2004), adicionalmente a los impuestos que regularmente pagaban los titulares mineros por generación de renta gravada, y cuya naturaleza y exigibilidad han sido duramente cuestionados (Velásquez, 2005). Así las cosas, el nuevo paradigma se suma a la descentralización, y es por ello que los gobiernos regionales y municipalidades asumen la obligación de administrar los fondos recaudados provenientes de estas nuevas obligaciones mineras.

No obstante, las obligaciones creadas generaron opiniones y posiciones encontradas, hasta que el tema quedó zanjado cuando el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia del Pleno de fecha 1 de abril de 2005, recaída en el expediente N° 0048-2004-PI/TC, en la que no sólo reconoce la constitucionalidad de la regalía minera, sino que se pronuncia sobre su naturaleza jurídica y la distingue de las figuras del canon y derecho de vigencia minera; así, el máximo intérprete de la Constitución señala que el canon minero tiene una naturaleza compensatoria para los Gobiernos Regionales y Locales, mientras que la regalía es una contraprestación a cargo del titular minero, y el derecho de vigencia tiene naturaleza retributiva por el mantenimiento de la vigencia de la concesión minera (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 2005, fundamentos 52, 53 y 55).

Uno de los hechos más importantes dentro del aspecto ambiental de la minería se presentó en el año 2001, con la publicación de la Ley 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras. Esta norma delimitaba la función del Ministerio de Energía y Minas (MINEM) en materia ambiental minera, pero quedó sin efecto debido a la transferencia de dichas funciones al entonces OSINERG, ahora OSINERGMIN (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería) (Pasetta, 2008, p. 293).

El incremento de la actividad minera en el país durante los años 90, ocasionada por factores económicos externos, y apoyada por los cambios normativos de la década, dio pie a un incremento en la conflictividad social relacionada con temas

socioambientales, derechos de propiedad, distribución de riqueza, entre otros; ello llevó al Estado a idear mecanismos que permitieran hacer frente a dichos conflictos. En el año 2004 se crea la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo a la que se le encarga la tarea de monitorear e intervenir en los conflictos sociales de diversa índole, a lo largo del territorio. A partir de su creación, esta adjuntía emite un reporte mensual de los conflictos sociales registrados, haciendo distinción por causas, etapa del conflicto, zona geográfica que afecta, etc.

Años después, en abril del 2006 se firma el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-E.E.U.U. con miras a la suscripción del Tratado de Libre Comercio (TLC) con el país norteamericano (MINCETUR, 2011). En dicho acuerdo, el Estado peruano se comprometía a adecuar su marco normativo e institucional para generar garantías a la inversión de los capitales norteamericanos. Con los objetivos de adecuación planteados, y con miras a la firma del TLC con Estados Unidos, en el año 2007, el Poder Ejecutivo solicita facultades legislativas al Parlamento y expide un bloque de normas legales. Entre estas normas se encontraban los Decretos Legislativos 1015, 1073, 1064, 1089 y 1090, relacionadas a la propiedad comunal, áreas forestales, entre otros. El gran detalle fue que las medidas que se disponían en esos cuerpos normativos afectaban los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT, y no habían sido materia de consulta previa, como lo dispone el referido convenio.

Dada la trascendencia de estos sucesos para la presente investigación, en las páginas siguientes le dedicaremos un desarrollo más exhaustivo al estudio de los decretos legislativos emitidos y al Convenio 169 de la OIT, de modo que a través de la comprensión de este proceso conflictivo, podamos evidenciar claramente el punto de quiebre en el fundamento que subyacía a la regulación minera hasta ese momento. No obstante, es importante señalar que dichas medidas llevaron a una crisis por el levantamiento de la población de Bagua en el año 2009, que tuvo como resultado la muerte de 33 personas, entre pobladores y miembros de la Policía Nacional del Perú, desapariciones, secuestros y heridos.

Las consecuencias de la violencia del “Baguazo” llevaron a que, mediante Ley 29565 del 20 de julio del año 2010, se creara el Ministerio de Cultura. Este ministerio tuvo un directo antecedente en la Comisión Nacional de Cultura creada en el año 2001 durante

el gobierno de Alejandro Toledo Manrique y absorbió las competencias que estaban asignadas al Instituto Nacional de Cultura (INC).

El siguiente año, y de manera aparentemente reactiva, se aprueba la Ley 29785, Ley de Consulta Previa; sin embargo, este buen intento de fortalecer la figura de la Consulta Previa –que en opinión de muchos, no requería ninguna ley que la incorporase al ordenamiento nacional- se vio opacado por la exigencia de una reglamentación de la citada ley. Finalmente, el reglamento de la ley es aprobado mediante Decreto Supremo 01-2012-MC, pero a pesar de ello genera un problema aún peor relacionado con su aplicación en el tiempo y la entrada en vigencia del propio Convenio 169 de la OIT (Ruiz, 2014, p. 185).

Con ocasión de las medidas de adecuación que debía llevar a cabo el Estado con miras al TLC, en el año 2008, se creó el Ministerio del Ambiente (MINAM), ente que a partir de entonces asumiría la rectoría de la gestión ambiental en el país a través del SINEFA, Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental. Ese mismo año se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), adscrito al Ministerio del Ambiente; sin embargo, inicia funciones recién en el año 2010. Estos hechos, marcan sin duda un hito importante en la historia de la regulación de asuntos mineros, pues con la creación del MINAM la supervisión y fiscalización ambiental minera saldría completamente del ámbito de competencia del Ministerio de Energía y Minas.

En el año 2011 se lleva a cabo la segunda vuelta de las elecciones presidenciales, en la que resulta vencedor el ex Comandante del Ejército Ollanta Humala Tasso, representante del Partido Nacionalista Peruano. En la primera vuelta, gran parte de la población, al igual que ocurrió en su momento con la elección de Alberto Fujimori, votó por Humala Tasso gracias a que representaba un cambio en la situación política del país; en esa primera vuelta la población apoyó sus radicales ideas respecto del modelo económico, y en particular de las actividades extractivas y los conflictos que éstos generaban con las poblaciones de sus áreas de influencia. Durante la segunda vuelta, su discurso redujo el nivel de radicalización y se mostró más abierto al diálogo con el sector privado y con intenciones de no cambiar por completo el modelo económico peruano.

El ingreso del nuevo gobernante parece ser el corolario de una serie de reacciones sociales que manifiestan la incomodidad con la forma en la que el gobierno ha dirigido al país. Paradoja por dos motivos, el primero porque luego de muchos años llegaba al poder una persona con un discurso distinto al neoliberal que era el que se venía

aplicando, y segundo porque se trataba precisamente del hermano de una de las personas que encabezó el “Baguazo”: Antauro Humala.

El nuevo presidente asume sus funciones en medio del conflicto de “Conga” en Cajamarca, que si bien todavía no estaba en su etapa de crisis, venía escalando por una serie de decisiones que tenían su origen en años anteriores. En medio del recrudecimiento de la crisis de este conflicto, se crea, mediante Decreto Supremo N° 106-2012-PCM, la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad, que depende directamente de la Presidencia del Consejo de Ministros. Tal como lo señala el artículo 5 del referido dispositivo legal, esta oficina se constituye en el órgano especializado que se encargaría de dirigir los procesos de diálogo entre los actores sociales, instituciones privadas y funcionarios públicos.

Dada la importancia que tienen los hechos que dieron origen al conflicto de Conga, al igual que en el Baguazo, se procurará dedicar un desarrollo amplio en los capítulos siguientes.

1.6. TEORÍA DETRÁS DE LA REGULACIÓN

1.6.1. EXTRACTIVISMO Y “MALDICIÓN DE LOS RECURSOS”

Desde los años 40, con la consolidación del gobierno militar de Juan Velasco Alvarado, se repotenció la industrialización de la economía, aplicándose la idea de Industrialización por Sustitución de Importaciones-ISI (Chumacero, 2012, pp. 17-25), con el claro objetivo de reducir la dependencia de la economía peruana de su industria extractiva y de la exportación de materia prima (azúcar, guano, mineral, etc.). A partir de los años 90, nuestra economía adopta un modelo económico que implicó el regreso al concepto de extractivismo clásico que había sido desterrado en épocas anteriores.

El extractivismo clásico se estructuró de manera conjunta al capitalismo, en esa época, algunas regiones ricas en recursos naturales eran destinadas únicamente a la extracción de materias primas que eran exportadas a otros países que se consideran industrializados y que se encargan de procesar la materia prima a través de la manufactura. Este paradigma se caracteriza por una explotación intensiva de los recursos naturales, sobre todo por parte de grandes empresas; y, por la existencia de

un bajo o nulo nivel de procesamiento de dichos recursos previos a su exportación (Acosta, 2011, p. 85). La principal finalidad que busca el extractivismo es el desarrollo económico por medio del incremento de la exportación e ingreso de divisas, para ello el Estado asume un papel de mero ente flexibilizador de la regulación, ofertando condiciones ventajosas y atractivas para los inversionistas de capital (Portillo, 2014, pp. 15-16; Puyana, 2017, p. 76).

Tal como se presentó luego del radical cambio de políticas de los años 90, la política extrativista aplicada comenzó a presentar problemas que son propios de la teoría de la “Maldición de los recursos”. Esta teoría fue inicialmente acuñada por Richard Auty, pero a partir de ella se generaron muchas otras que la debaten o que intentan encontrar solución a los problemas que son descritos en ella. El autor afirma que existe una tendencia a que los recursos minerales ocasionen una dependencia económica imprudente de los ingresos provenientes de dichos recursos; por lo tanto, la deducción lógica de ello es el descuido de otras industrias como la manufactura o agricultura que permita no sólo diversificar la economía, sino hacer frente a los problemas que son propios de las industrias extractivas como la minería (cuyo precio depende de los mercados internacionales) (Auty, 1993, p. 241).

Como se indicó en el párrafo precedente, a partir de la teoría de la Maldición de los Recursos se han desarrollado otros enfoques que, a decir de Ferrufino (2007), pueden enmarcarse dentro de las teorías denominadas “Enfermedad Holandesa”, la “Persecución de la Renta”; o, finalmente, dentro de la “Paradoja de la Abundancia” (p. 5).

Uno de los argumentos que intenta explicar el fenómeno de la Maldición de los Recursos fue acuñada por Mehlum, Moene y Torvik. Según explica Ferrufino, en la perspectiva de estos autores la dinamización económica de los países con grandes cantidades de reservas de recursos naturales se puede lograr, y para ello se requiere que las instituciones que se encargan de la distribución de la riqueza sean eficientes. De acuerdo a esta perspectiva, son estas instituciones las que se encuentran en la capacidad de combatir la pugna por el control de la renta y así evitar caer en corrupción o clientelismo, para ello se requiere que las mismas impulsen el desarrollo de áreas productivas que permitan diversificar la fuente de ingresos; como ejemplo de este fenómeno se pueden citar a países como Canadá y Bostwana, éste último con más de 30 años de desarrollo económico sostenible (2007, p. 14).

En relación con la teoría antes descrita, se encuentra la teoría de la “Paradoja de la Abundancia”, Farrufino, desarrollando las ideas propuestas por Basedau y Lacher, señala que ésta se sustenta en la premisa de que la existencia de abundantes recursos naturales es causa central de confrontaciones armadas, conflicto e irrupción de gobiernos autoritarios; cuando los beneficios obtenidos de los recursos son abundantes y alcanzan a una gran parte de la población, las posibilidades que se desate un conflicto son reducidas, mientras que si dicho beneficio se acorta, naturalmente se beneficia sólo a algunas personas, generando una reacción violenta del sector poco beneficiado (2007, p. 16). Asimismo, señala que cuando el ingreso se mide en monto per cápita, la percepción de riqueza frente a la riqueza real puede generar un efecto de represión y rentismo (Ferrufino, 2007, p. 17).

Como se indicó líneas arriba, uno de los países que parece haber dejado atrás a la “Maldición de los Recursos” es Bostwana, y pueden evidenciarse tres características resaltantes en su manejo de los recursos: Primero, lleva un crecimiento sostenido por más de treinta años y la expansión de los ingresos se han trasladado a otros sectores económicos; de esa manera ha reducido paulatinamente los problemas de inequidad, estimulando también el desarrollo humano y empleabilidad. Segundo, han enfocado sus esfuerzos en la promoción del crecimiento y la productividad, manteniendo la apertura a la inversión y desarrollando marcos que promuevan la competitividad y competencia, controlando el gasto público a largo plazo y promoviendo que el mercado laboral mantenga salarios prudenciales. Tercero, no se han enfrascado en una única medida que permita mejorar el desempeño de sus recursos, sino que han tomado medidas diversas, evitando políticas de gobierno y promoviendo políticas de estado que trasciendan al gobierno de turno. Adicionalmente, se han adoptado fuertes medidas anticorrupción, independizando a su ente persecutor de delitos y manteniendo su autonomía respecto del poder político (Ferrufino, 2007, pp. 19-23).

1.6.2. PROPIEDAD Y NEOEXTRACTIVISMO

De otro lado, un problema que se suma e interactúa con el de los recursos naturales es el del concepto de territorio y propiedad. El pensamiento económico incorporado en nuestra regulación a través de las recomendaciones dadas por el Banco Mundial, y adopción de las diversas medidas, incorporaron la premisa de que el crecimiento económico solamente será posible si el Estado es capaz de garantizar

adecuadamente la propiedad. Ello, en países como el nuestro puede convertirse en algo delicado y complejo de lograr, debido precisamente a sus características culturales. Justamente las medidas legislativas incorporadas por el gobierno en el año 2007, con miras a la creación de un marco regulatorio que permitiera la entrada en vigencia del TLC con los Estados Unidos de América, afectaron directamente los derechos que los pobladores indígenas consideraban como parte de su concepción de propiedad; un concepto que por motivos culturales y religiosos tiene implicancias más complejas que las que se manejan en la definición jurídica de propiedad privada.

Como se desprende de lo expuesto hasta ahora, hacia finales de los años 90, las reformas económicas instauradas en la industria minera nacional comienzan a mostrar otro tipo de requerimientos. Tal como afirman Bebbington y Bury (2010), se verifica que si bien el auge de la minería ha traído muchos beneficios económicos, también ha incrementado los problemas sociales, en su mayoría aquellos relacionados a temas ambientales y de disputas de tierras en zonas mineras (pp. 69-71).

En este punto se va incorporando, aunque de manera sutil, una nueva idea de extractivismo a la que parte de la doctrina le denomina neoextractivismo. Esta corriente parte de la premisa de que existen muchas fallas en el mercado de los recursos naturales y por ello al Estado le toca asumir un papel más activo de forma que pueda corregirlos o reducirlos; bajo esta idea se da un mayor grado de empoderamiento del Estado, el mismo que no se presenta en el extractivismo clásico; así, ahora el Estado desarrolla políticas y marcos regulatorios que permiten reducir el impacto negativo de las empresas extractivas, en lugar de limitarse a promover la inversión en dicha industria (Portillo, 2014, p. 17).

Durante ésta primera década son evidentes los cambios en la tendencia extractivista, pues el gobierno se muestra alejado de un discurso de oposición a la industria extractiva pese a los conflictos socioambientales que se ven multiplicados; por el contrario, parece estar a favor siempre que el rédito de la explotación se incremente y permita una mayor distribución de la riqueza entre la población. Se empiezan a incorporar, entonces, conceptos que permitirán armonizar los intereses en conflicto, tales como la gobernanza territorial y ambiental (Dolorier y Paneque, 2013 pp. 151-152).

Para Gudynas (2010), la llegada de gobiernos con tendencias políticas y económicas diversas a la adoptada durante los años 90, en varios países de América Latina, ha representado un cambio de enfoque, dejando de lado la visión estrictamente

económica que se venía aplicando hasta determinado momento, como consecuencia de las recomendaciones del “Consenso de Washington” (p. 61). Cabe mencionar también, que para otros autores como Acosta (2011), el cambio de algunos elementos tradicionales del extractivismo como lo es la ausencia de regulación ambiental y social, no implica una diferencia trascendente, lo único que muestra es que la acumulación de riqueza proveniente del extractivismo se ha trasladado de los gobiernos abiertamente neoliberales a los gobiernos con tendencias económicas diferentes (pp. 87-88).

Pese a ello, no existen modelos económicos perfectos ni que duren eternamente; y por ello autores como Arellano (2008) afirman que actualmente nos encontramos ante “una nueva forma de maldición de los recursos”, la misma que se ve manifestada en el malestar de la población hacia las operaciones mineras y su coexistencia con altos niveles de pobreza, la falta de mano dura del Estado a la hora de hacer que las empresas mineras cumplan las reglas, a la par que la ciudadanía mantiene la idea de que el Estado favorece al sector privado (p. 80).

De otro lado, existen autores como Dougherty (2016) que prefiere alejarse de estas perspectivas que tienden resaltar el aspecto político de estos fenómenos; por tal motivo no denomina a este nuevo fenómeno como neoextractivismo, sino como nueva extracción, haciendo alusión así, a una suerte de “nueva era de la industria extractiva”. Al respecto, el autor sostiene que uno de los temas bastante estudiados en la academia es la neoliberalización en marcha, y su impacto en las comunidades en las que se asientan los proyectos mineros; en tal sentido, citando a David Harvey, afirma que nos encontramos ante una “acumulación por desposesión”, cuyo origen se remonta al concepto marxista del capitalismo y sugiere que el proceso de desposesión de tierras a los pobladores, para luego convertirlos en proletariado sin tierras no es bandera del capitalismo, sino que es un proceso que se encuentra dentro del mismo y que es característica principal de éste. El autor señala además, que la mayor parte de autores que estudian los fenómenos dentro de las industrias extractivas, encuentran asidero de estas ideas en la extracción que se viene llevando a cabo en regiones rurales e indígenas de América Latina. En tal sentido, la nueva extracción, con frecuencia puede caracterizarse por esta acumulación por desposesión, a diferencia de la minería de periodos históricos anteriores, que se caracterizaba por la acumulación de riqueza derivada de la fuerza de trabajo.

CAPÍTULO II: EL PROBLEMA SE TRANSFORMA EN CONFLICTO

2.1. BAGUAZO: LA GOTA QUE DERRAMÓ EL VASO

Como se mencionó en páginas anteriores, durante los años 90 y pasado el año 2000, la aplicación del Convenio 169 de la OIT en el sector minero era inexistente debido a las justificaciones alegadas por los operadores estatales; por ello, cuando sucedieron los hechos de violencia en la provincia de Bagua, departamento de Amazonas, muchas críticas sobre la necesidad de poner en vigencia lo establecido en el Convenio 169 cayeron de maduras. Sin embargo, es preciso mencionar que si bien hasta ese momento no se evidenciaban avances respecto a la aplicación del Convenio 169, como consecuencia del conflicto suscitado en Tambogrande se llevó la primera consulta comunitaria, que si bien no es lo mismo que hablar de consulta previa, se trata de un proceso de participación ciudadana previsto por nuestra regulación, y que fue replicado en otros países de América Latina (Dougherty, 2016).

Tal como se mencionó en el capítulo anterior, en el 2006 se firmó en Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos, que obligaba a la adecuación de nuestro marco normativo e institucional con miras a que el TLC sea suscrito años después. Dentro de esta oleada de adecuación del marco normativo, el país norteamericano también exigía que nuestro marco regulatorio garantizara la posibilidad y seguridad de la inversión. Con dicho objetivo el gobierno emitió los Decretos Legislativos 1015, 1073, 1064, 1089 y 1090. Las dos primeras normas unificaron los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de costa, sierra y selva, desconociendo las evidentes diferencias culturales, de pensamiento y cosmovisión entre estas comunidades. De otro lado, las normas señalaban que con el fin de generar mejoras en el sector agropecuario, se implementaba un marco regulatorio que facilitaba la venta de terrenos comunales a terceros que puedan invertir en ellos, desconociendo por completo lo establecido en el Convenio 169 de la OIT con relación a prever un régimen especial para que la población indígena pueda determinar el destino y uso de las tierras sobre las que habitan (Dolorier y Paneque, 2013, pp. 142-144).

El Decreto Legislativo 1064 derogaba la Ley de Tierras (aprobada por Ley N° 26505), y contenía aspectos que trasgredían los derechos de pueblos indígenas, como son la reducción de los territorios comunales, propiedades que además perdían la calidad de

imprescriptibles, favoreciendo así que se pueda adjudicar dichas tierras a terceros; finalmente, con la eliminación de la ley de tierras se suprime la obligatoriedad de llegar a un acuerdo con los propietarios de los terrenos superficiales para poder explotar los recursos minerales de las concesiones que se encuentren en dichos terrenos (Dolorier y Paneque, 2013, p. 141). Adicionalmente, mediante los Decretos Legislativos 1089 y 1090, se otorga facultades especiales al Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) para formalizar tierras eriazas y predios rústicos, teniendo dicha institución la prerrogativa de modificar los linderos de las propiedades en forma unilateral; asimismo, se señala que únicamente las tierras que tengan, en su mayoría, capacidad forestal, serán declarados patrimonio forestal, pudiendo realizarse además su cambio a uso agrícola, situación que evidencia un claro propósito de potenciar la inversión privada en la zona (Dolorier & Paneque, 2013, pp. 143-144).

La incorporación de todas estas medidas legislativas que afectaban derechos de poblaciones indígenas, sin haberse realizado la consulta previa que dispone el Convenio 169 de la OIT, desembocó en uno de los conflictos sociales de más grandes proporciones registradas en el Perú durante el siglo XXI. Luego de un paro al que se convocó en el mes de abril del año 2009, el 5 de junio del mismo año se registró la crisis de este conflicto social. Como resultado de los hechos de violencia se identificaron más de treinta personas muertas, varios desaparecidos y heridos, entre policías y civiles (Lizarzaburu, 2010; Cavero, 2011, p. 17); sin embargo, si algo trajo de bueno consigo este conflicto, es que puso bajo la lupa los urgentes requerimientos de una regulación apropiada e instituciones eficientes que permitieran promover las actividades extractivas de forma sostenible, de manera que permita mantener el crecimiento económico, pero sin dejar de lado los derechos de las poblaciones involucradas.

Este conflicto pone en primera plana el fenómeno de choque de paradigmas descrito por Ramos (2001), en el que una visión economicista y extractivista de los recursos naturales y del territorio donde estos yacen se contraponen a una visión conservacionista y comunal de los mismos. No obstante, ese no es el único choque de paradigmas que manifiestan, sino que se muestra de manera clara que la visión economicista de los recursos no es la misma visión que mantiene la población rural respecto de los mismos, ello debido a que para su cosmovisión los componentes del ecosistema tienen una relación directa con sus ritos, creencias y religión.

Así, se presenta el fenómeno descrito por Dougherty (2016), en el que aquellos que están a favor de la industria extractiva se muestran confundidos y molestos por la actitud de quienes no la aceptan pues los perciben como egoístas y poco sinceros. Por su parte, quienes se oponen a las actividades extractivas sienten que hay una depredación y asalto de los recursos y a su vez, una invasión de territorios en los que se han vivido desde épocas ancestrales, máxime si quienes son los afectados son los pueblos indígenas.

2.2. TERRITORIO, LIBRE DETERMINACIÓN Y CONSULTA PREVIA

El denominado “Baguazo” tuvo grandes repercusiones políticas como son las responsabilidades funcionales, pero también generó impactos en la regulación de las industrias extractivas que evidencian la necesidad realizar sus actividades de manera sostenible. Todos estos sucesos obligaron a que el Estado peruano se preguntara si realmente estaba garantizando de manera adecuada los derechos de estas minorías que resultaban afectadas por las diferentes industrias extractivas, y si las instituciones que se supone se encargaban de proporcionar dichas garantías, verdaderamente estaban cumpliendo con su cometido.

Como se sabe, en el año 1989, la OIT, en su Convenio 169, desarrolla de manera amplia los derechos de los pueblos indígenas, tribales y originarios; el Perú ratificó este convenio en el año 1994 y por lo tanto entró en vigencia desde el año 1995. En dicho convenio se señala, entre otras cosas, que los gobiernos firmantes, previo a adoptar medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas, tribales u originarios, deben consultarlas con los mismos; para tal fin, se debe disponer de mecanismos que permitan la participación irrestricta de los miembros de los pueblos afectados. Al respecto, la Defensoría del Pueblo señala que entre las medidas a consultarse están aquellas que potencialmente puedan incidir en su derecho de elegir sus prioridades de desarrollo, la vida de los miembros que los conforman, las tierras que utilizan para vivir y desarrollarse, sus creencias, aspectos culturales, económicos, sociales, entre otros (Defensoría del Pueblo, 2017, p. 25).

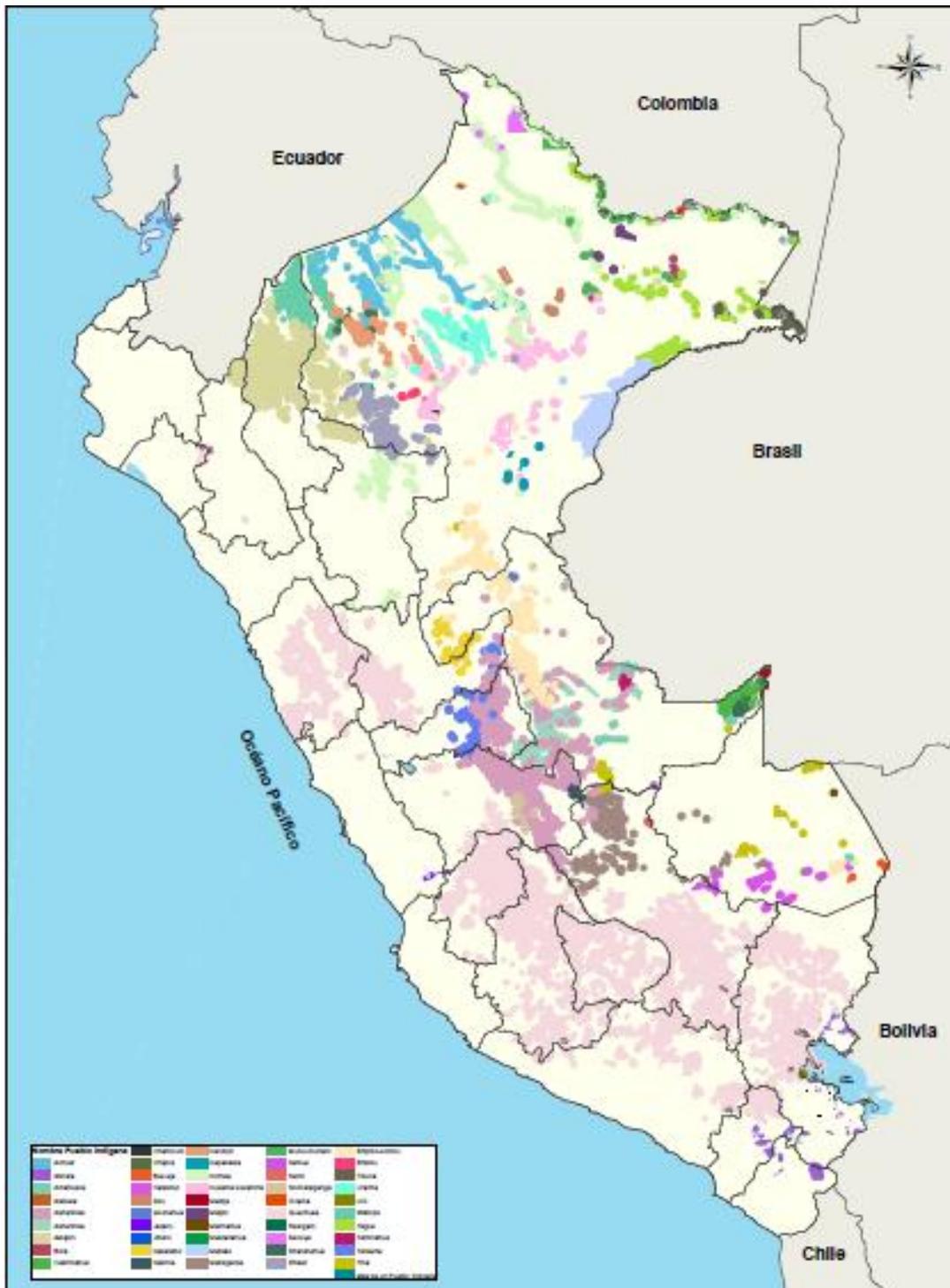
Es importante indicar que no todas las poblaciones rurales pueden ser consideradas pueblos indígenas, tribales y originarios, y que no es lo mismo hablar de estos pueblos y de las comunidades campesinas o nativas. Respecto al primer punto, el artículo 1 del

Convenio 169 prevé dos criterios de identificación: El primero es el criterio objetivo, en el que se afirma que serán considerados pueblos tribales aquellos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros de la colectividad, y que además se encuentren regidos por sus tradiciones, costumbres o una legislación especial. Las poblaciones indígenas, por su parte, son aquellas que descienden de las poblaciones que habitaban en la región geográfica o país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las fronteras del Estado, no importando su situación jurídica, y siempre que hayan conservado sus instituciones sociales propias, estructura económica, cultura, costumbres y política. De otro lado, el criterio subjetivo al que se hace referencia es la autodeterminación como miembro de un pueblo indígena u originario (Oficina Internacional del Trabajo, 2014).

Como se introdujo anteriormente, un pueblo indígena, originario o tribal no siempre se constituirá bajo la forma de comunidad campesina o comunidad nativa. Éstas últimas son figuras jurídicas bajo las cuales se pueden constituir los integrantes de una comunidad, y que los somete a una regulación distinta, basada en la propiedad comunal. Cabe señalar, que no todas las comunidades campesinas pueden ser consideradas pueblos indígenas, originarios o tribales, aunque todas éstas se pueden someter al régimen de comunidad campesina o nativa si es que así lo determinan. Finalmente, es importante señalar que algunos Estados –como el peruano- suelen formular listados de los pueblos indígenas, originarios o tribales que identifican en su territorio, sin embargo, dichas listas no son constitutivas de derechos.

De acuerdo a la información consignada en la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura, a la fecha existen registrados un total de 55 pueblos indígenas u originarios en el Perú, los mismos que se encuentran ubicados geográficamente del modo que se grafica en el siguiente mapa del territorio nacional:

GRÁFICO 2



* Fuente: Ministerio de Cultura

Elaboración propia

Dentro de la región, los países con similitudes geográficas y procesos sociales parecidos al Perú, no han sido ajenos al tema del Convenio 169 de la OIT y la aplicación del derecho a la consulta previa. En Colombia, el convenio fue ratificado en el año 1991, y entró en vigencia al siguiente año, fue incorporado dentro de su legislación desde el año 1998, a través del Decreto 1320 que regula la consulta previa para la explotación de recursos naturales. Adicionalmente, en los años 2013 y 2014, se aprobaron los Decretos 2613 y 2333, respectivamente, que aprueban, por un lado, el Protocolo de Coordinación Interinstitucional en Consulta Previa, así como la Protección de tierras ocupadas ancestralmente (Defensoría del Pueblo, 2017).

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169, la Corte Constitucional de Colombia ha emitido una serie de pronunciamientos que se resaltan la importancia de respetar los derechos reconocidos a las poblaciones indígenas, originarias y tribales dentro del citado convenio, así como respetar la el derecho de consulta previa. Uno de los pronunciamientos más conocidos de la Corte Constitucional colombiana se expide mediante la sentencia SU-039/97 que declara que la explotación de los recursos naturales debía realizarse con respeto a los derechos de las comunidades que habitaban en los terrenos donde se encontraban dichos recursos, y respetando los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT que tenía plena vigencia desde su ratificación; situación que en nuestro país fue objeto de debate por largos años, hasta el 2012 en que finalmente se publica el Reglamento de la Ley de Consulta Previa (Orduz Salinas, 2014).

Sin perjuicio de lo indicado, uno de los pronunciamientos con mayor impacto fue la sentencia T-69/2009, en la que se señaló que si bien la consulta previa no tenía carácter de vinculante, ello podría cambiar si es la medida que se pretende implementar podría ocasionar una grave afectación al pueblo, de modo que se corra el riesgo de su desaparición (Orduz Salinas, 2014, p. 11).

En el Perú, no es hasta después del conflicto en Bagua que la consulta previa y los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT empiezan a tomar la trascendencia debida. Es con esa ocasión que el Estado empieza a tomar medidas regulatorias e institucionales de ajuste, para hacer frente a la conflictividad social.

Pasado el año 2009, no es hasta el 2012 en que el Perú se vuelve a enfrentar a un conflicto de fuertes impactos como el de Bagua. El conflicto al que se hace referencia es el suscitado en torno al proyecto Conga, ésta vez, directamente relacionado a la industria minera.

2.3. CONGA: ¿APRENDIMOS LA LECCIÓN?

El caso Conga es catalogado por la Defensoría del Pueblo como un tipo de conflicto socioambiental en el que las autoridades y los representantes de la sociedad civil correspondientes a Cajamarca, Celendín y Hualgayoc solicitaban que las autoridades respectivas (Ministerio de Energía y Minas) declaren que el proyecto minero Conga sea declarado inviable dado que la Empresa Minera Yanacocha S.R.L., a través de dicha actividad, generaría irremediables impactos ambientales negativos, dentro de ellos la afectación a algunas lagunas cercanas que eran de uso agrícola para las comunidades (Observatorio de conflictos Cajamarca, 2015; Defensoría del Pueblo, 2012, p. 35).

La situación se complicó aún más cuando el entonces Presidente de la República, Ollanta Humala declaró ante los medios que el proyecto minero seguiría adelante, sin pronunciamiento previo alguno de la autoridad competente. Este acto pareció una treta directa por parte del gobierno a la ciudadanía, la cual exigía que el presidente actuara de manera congruente con lo prometido en su campaña electoral. Por aquel entonces el presidente buscaba dar señales de seguridad jurídica y económica a los inversionistas, quienes se encontraban dudosos por algunas promesas realizadas en la primera vuelta electoral y por sus antecedentes ideológicos.

No obstante, la historia entre la minería y el departamento de Cajamarca no se circunscribía únicamente al proyecto minero Conga, sino que se remontaba al año 1992 desde que tuvo un exponencial crecimiento económico hasta el año 2005 (Zavaleta, 2013). En los años 90, con el ingreso de la Minera Yanacocha, se redujo de manera sustancial la importancia de las otras actividades a las que se dedicaba la población (De Echave & Diez, 2013, p. 24). Así, dentro de los años 1999 y 2005 el aporte de Cajamarca al PBI de la minería mantuvo sus picos más altos (De Echave & Diez, 2013, p. 25).

No obstante lo indicado, el departamento de Cajamarca no tuvo el desarrollo social que se esperaba dado el impactante crecimiento económico gracias a la actividad minera. Ello puede tener como trasfondo muchos motivos; sin embargo, tal como afirma Bolaños (2013), ello se debió a un choque entre los intereses y motivaciones de la población, el Estado y la propia empresa. Se afirma que la empresa llegó motivada por el desarrollo económico (como es natural), olvidando una parte esencial para este tipo de industrias como es la responsabilidad social y ambiental. De esa manera,

buscaban reducir costos más que maximizar su relación con la población a la que afectaban (Bolaños, 2013, p. 52).

Los reclamos sociales que llevaron a los episodios de crisis en julio del 2012 se debieron a que se pretendía seguir adelante con el proyecto minero Conga, pese a que peritos internacionales realizaron observaciones al Estudio de Impacto Ambiental (EIA), y pese a que la población había advertido problemas de ese tipo varios años antes. Para el caso de las empresas, el conflicto minero Conga representó un hito que marcó una nueva etapa que se extiende hasta la actualidad, en la que sus actividades no sólo son reguladas y fiscalizadas con mayor rigidez (gracias a su importancia y verdadero impacto), sino que están sujetas al cumplimiento de protocolos y normas adicionales para obtener la llamada licencia social.

Dentro de este conflicto hubo muchos tipos de sub conflictos que estaban relacionados a causas diversas que suelen ser típicos en la conflictividad minera, estos tienen que ver con la posibilidad de daños en la salud de las personas de las áreas de influencia directa, prácticas cuestionables en la adquisición de tierras y desplazamiento de las poblaciones, acceso y uso del agua, transacciones extrajudiciales poco transparentes o atentatorias de derechos, entre otros. Este tipo de hechos evidencian, una vez más, que cuando estamos frente a este tipo de conflictos no sólo nos encontramos ante la necesidad de volver eficientes las instituciones públicas y de que el Estado evalúe medidas regulatorias idóneas, sino que las empresas privadas, al verse afectadas, requieren tomar medidas al respecto. Por ello, en las líneas que siguen se expondrán algunas de las medidas que ha tomado el sector privado.

2.4. ACCIONES DEL SECTOR PRIVADO

La primera etapa estudiada, y el pilar de libertad económica demuestran que los efectos perniciosos de la ineficiente regulación ambiental y social sobre las actividades extractivas han generado consecuencias nada deseables como el evidente incremento de la conflictividad social y el deterioro ambiental de algunas zonas aledañas a proyectos mineros. Este fenómeno no se presenta únicamente en nuestro país, sino que a lo largo del mundo las empresas mineras de países con una gran actividad extractiva también presentan problemas con la obtención de la llamada "licencia social". Como se desprende de la afirmación anterior, esta situación no afecta

únicamente a la población y a los Estados, sino que incide directamente en la actividad de las empresas extractivas, las mismas que estarían generando estos efectos adversos, y que tienen que lidiar, en gran medida, con el reclamo y descontento social de las comunidades afectadas. Sin embargo, las disputas a las que se enfrentan las empresas de industrias extractivas no se limitan a la insatisfacción de las poblaciones afectadas con los proyectos, sino que implican también problemas de propiedad y de las distintas perspectivas que tienen estos actores sobre este concepto tan complejo.

Luego de problemas legales que registraron las empresas de las diversas industrias extractivas durante los años 80 y 90, la industria alrededor de todo el mundo, y de manera concomitante, tomó medidas diversas para hacer frente a las contingencias presentadas. Dentro de estas medidas podemos encontrar la elevación de sus estándares ambientales, inversión en la remediación ambiental, incorporación de mecanismos que permitan un mejor abordaje social previo y durante el proyecto, así como un giro en el rol que asumen frente a su comunidad.

Al respecto, Alayza (2007) afirma que las empresas empiezan a reconocer las externalidades que generan sus actividades económicas, y proponen un mensaje de internalización de las mismas, generando mecanismos de autorregulación que les permitan seguir desarrollando sus actividades; el punto central es las empresas puedan hacer frente a las consecuencias que genera su actividad, sin tener que recurrir a un marco regulatorio en los países en los que se desempeñan (p.84).

Los problemas sociales suscitados como consecuencia de los efectos de la minería y de las industrias extractivas en general, obligan al sector privado a voltear la mirada hacia la Responsabilidad Social Empresarial (RSE), que si bien no es un concepto nuevo, se ha venido aplicando los últimos años con mucha fuerza. Conforme afirman Canessa y García (2005), la RSE tiene su origen en los años 50, en que Howard R. Bowen sugirió que las empresas debían hacerse responsables de las consecuencias sociales de las decisiones empresariales que tomaban. Luego de las consecuencias de la revolución industrial, y fundamentalmente después de la crisis del 29, el papel de las empresas adquiere protagonismo, asignándoseles obligaciones que si bien no pueden denominarse legales, exigen una asunción de responsabilidades hacia los grupos de interés que se pueden ver afectados por el desarrollo de sus actividades (Canessa & García, 2005, pp. 13, 21-22).

En esa misma línea argumentativa, en el año 1991, Archie Carroll desarrolló la pirámide de responsabilidades sociales de las empresas dentro de las que incluye las

responsabilidades económicas, legales, éticas y filantrópicas. En la cúspide de la pirámide se encuentran estas últimas, que se refieren a las expectativas que la sociedad tiene de una empresa como parte de la misma. En tal sentido, resulta necesario que las empresas se involucren en las necesidades y la vida de la población de la sociedad en la que se desarrollan (Canessa & García, 2005, pp. 14-15).

Canadá fue uno de los países con los esfuerzos más loables en lo que respecta a iniciativas de Responsabilidad Social Empresarial de las corporaciones en forma individual, dentro de ellas podemos nombrar a la empresa minera *Placer Dome*. En el año 1997, el Director de Asuntos Internacionales y Públicos de la empresa señaló que las empresas mineras deben preocuparse por generar una reputación positiva con la población con la que convive su actividad, y en ese sentido, deben preocuparse por lograr la “licencia social” (Escobar, 2015, p. 7). Como lo indica Escobar (2015), la licencia social no es un permiso legal que las empresas mineras deban obtener; en más, algunos sostienen que no tienen una traducción directa en nuestra regulación. El término puede entenderse como la aprobación de las poblaciones de las áreas afectadas, del proyecto minero; ello no se expresa en un documento en concreto, sino en un conjunto de acciones que imprimen legitimidad social a las actividades de la empresa (p. 8). Existen también acciones en conjunto que son dignas de resaltar; ese es el caso de la reunión que se llevó a cabo en el año 1992 en la ciudad de Whitehorse, Canadá, en la que un grupo de empresarios del gremio minero aprobaron la *Whitehorse Mining Initiative* (WMI) que tenía como objetivo generar medidas que permitieran que la industria minera contribuyera al desarrollo (De Echave, 2008, pp. 68-69; Escobar, 2015, p. 5). Por su parte, el Reino Unido también tuvo iniciativas en este sentido; así, en el año 2000 creó un ministerio dedicado en exclusividad a la RSE, mientras que Francia adoptó una figura similar para el año 2002 (Canessa & García, 2005, p. 24).

Latinoamérica no ha sido ajena a este nuevo concepto, para los años 60 se presentaron iniciativas brasileras para promover el concepto de Responsabilidad Social Empresarial dentro de toda la región; asimismo, durante los años 90 se crean instituciones en países como El Salvador, Chile y Brasil, que se dedican a promoverla. A nivel mundial, de otro lado, los Acuerdos de Impactos y Beneficios (AIB) entre empresas mineras y comunidades indígenas en Canadá se convirtieron en prácticas frecuentes en las que las empresas se comprometían a desarrollar labores y brindar beneficios a las comunidades afectadas (Canessa & García, 2005, pp. 23-24; De Echave, 2008, pp. 67-68).

Una de las primeras regulaciones que incorpora de manera normativa a la Responsabilidad Social Empresarial, es la de la Comunidad Europea. En el año 2001, se aprueba el Libro Verde, orientado al fomento de la Responsabilidad Social por parte de las Empresas; allí la define como "...un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio." (Comisión de Comunidades Europeas, 2001, p. 4). En este documento se tocan temas importantes que no tienen que ver únicamente con el aspecto ambiental, sino que se refiere a cuestiones de seguridad y salud en el trabajo, derechos humanos, comunidades locales, entre otros.

En el año 2001, un grupo de empresas asociadas a la industria minera en diferentes países, formaron el Consejo Internacional de Minería y Metal, con la finalidad de promover la sostenibilidad dentro de sus empresas y dentro de la industria en general; más tarde, en el año 2002, se formó la Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva, conformada por un conjunto de organizaciones de la sociedad civil, instituciones de financiamiento y gobiernos (Dougherty, 2016).

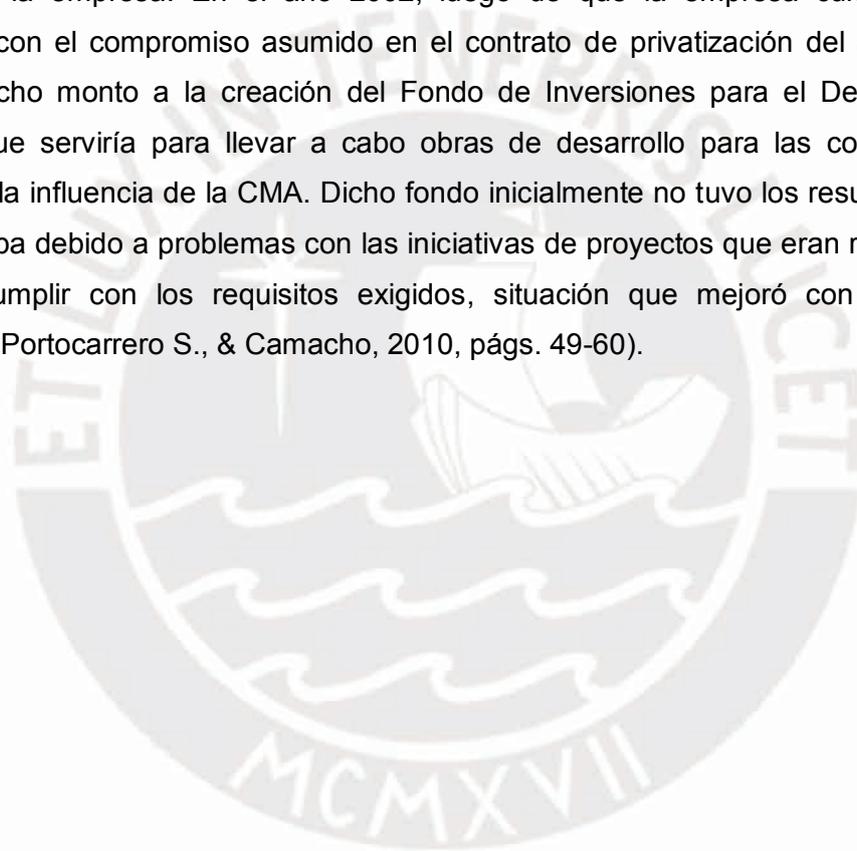
Adicionalmente, existen iniciativas multilaterales, que incluyen a varios países, dentro de ellos el Perú, que adoptan medidas para combatir el problema de la afectación al ambiente y por supuesto la afectación a las comunidades indígenas por parte de las industrias extractivas (De Echave, 2008, pp. 68-69). Dentro de estas iniciativas multilaterales se encuentra el Pacto Mundial del 2000 que insta a los participantes a cumplir con los diez principios del desarrollo sustentable que consisten en que las empresas apoyen el respeto y protección de los Derechos Humanos y procurar evitar estar involucrados en casos de violación de los mismos. Con respecto al aspecto laboral, se insta a las empresas a respetar el derecho de los trabajadores a reunirse y la negociación colectiva; adicionalmente, se procura la erradicación del trabajo infantil y la eliminación de toda clase de discriminación en el trabajo. Con respecto a las medidas medioambientales a instaurarse por las empresas, se encuentra la aplicación del principio precautorio, la promoción de la responsabilidad social ambiental y la procura del uso de tecnologías que no generen impactos negativos al ambiente. Finalmente, también se prevé una medida anticorrupción que consiste en que las empresas deben trabajar para erradicar la corrupción en todas sus formas (Canessa & García, 2005, p. 25). En nuestro país, compañías mineras como El Brocal S.A.A. y Volcan se adhirieron al Pacto Mundial.

Otro de los grandes esfuerzos multilaterales que promovió la Responsabilidad Social Empresarial se dio en la Cumbre del Milenio desarrollada por la Organización de las Naciones Unidas en el año 2000. En esta cumbre, los países participantes se comprometieron a cumplir con los ocho objetivos del milenio hacia el 2015. Éstos objetivos consisten en la erradicación de la pobreza extrema y el hambre, así como la reducción de la tasa de mortalidad infantil, la promoción de la igualdad de género y el logro de una enseñanza universal a nivel primario. También se incluyen objetivos como el combate de enfermedades como el paludismo, VIH/SIDA, entre otros; finalmente, se traza como meta la promoción de la asociación mundial para el desarrollo y lograr garantía de la sostenibilidad del medio ambiente (Canessa & García, 2005, p. 26).

Finalmente, en el Perú, la Responsabilidad Social Empresarial ha sido tomada como una decisión empresarial y no necesariamente de manera obligatoria como en el caso europeo. Es así que las empresas, a través de un cambio en su manejo y en sus políticas han intentado mostrar una cara más amigable de la industria a la sociedad. En tal sentido, afirma Arellano (2008), que se marcó una reformulación de la agenda minera dentro del sector privado, la misma que pasaba por brindar mayor transparencia de las operaciones, buscar una estrecha colaboración no sólo con las autoridades locales y regionales de los poblados que se encuentran en su área de influencia, sino también con la misma población; desarrollar mayor sensibilidad hacia ambiente y promover medidas de protección al mismo; y finalmente, respetar los derechos laborales (p. 69). Algunos de los estándares internacionales que aplican las empresas mineras con operaciones en el país son el ISO 26000 sobre Responsabilidad Social, y el Global Reporting Initiative (GRI).

Uno de los primeros ejemplos sobre la implementación del concepto de Responsabilidad Social Empresarial en el sector minero se dio por parte de la Compañía Minera Antamina. Al respecto, Sanborn, Portocarrero y Camacho afirman que La llegada de los funcionarios de la empresa generó que en sus conversaciones con los pobladores, se crearan expectativas sobre la contribución que tendría la empresa con la comunidad. En una primera etapa, el relacionamiento comunitario no fue prioridad, por lo que quienes se hicieron cargo del contacto con la población fueron profesionales de diversas áreas que no necesariamente estaban especializados o tenían conocimientos sobre la cultura y problemática de la zona; así, el discurso de la empresa no necesariamente se cumplía en el terreno (lo cual podía ser explicado por el bajo compromiso de la cultura organizacional con la Responsabilidad Social

Empresarial, ello sin contar con el hecho de que al ser una empresa joven (en ese momento), tuvo que recurrir a confiar en distintos contratistas y subcontratistas. Por ello, al inicio la compañía se caracterizaba por la ausencia de políticas claras de Responsabilidad Social Empresarial y buen relacionamiento con la población, pero la situación cambió con el paso del tiempo y con la adopción de políticas corporativas orientadas al buen relacionamiento con la comunidad. Luego de los primeros conflictos entre los años 2000 y 2001, suscitados entre la población de Huarmey y la compañía debido a la falta de consulta de medidas que la población consideraba que afectaban al ambiente (mineroducto que llegaba hasta el puerto), tuvo que trabajarse en una estrategia de comunicación integral para cambiar la percepción que los pobladores tenían de la empresa. En el año 2002, luego de que la empresa cumpliera por completo con el compromiso asumido en el contrato de privatización del año 96, se destinó dicho monto a la creación del Fondo de Inversiones para el Desarrollo de Ancash que serviría para llevar a cabo obras de desarrollo para las comunidades dentro de la influencia de la CMA. Dicho fondo inicialmente no tuvo los resultados que se esperaba debido a problemas con las iniciativas de proyectos que eran rechazados por no cumplir con los requisitos exigidos, situación que mejoró con el tiempo (Sanborn, Portocarrero S., & Camacho, 2010, págs. 49-60).



CAPÍTULO III: BALANCE, ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

A lo largo de los capítulos anteriores hemos podido demostrar claramente cómo la evolución de los principios que rigen la actividad minera han respondido a fundamentos distintos, que en la mayoría de casos respondían a una actuación contingente frente a problemas que se salían de control, como se evidenció luego de la hiperinflación de los años 80. En tal sentido, durante todo el proceso por el que ha pasado la regulación minera, desde el gran cambio normativo de los años 90, las instituciones se han enfrentado a diferentes desafíos.

Durante los años 90, la crisis obligó al Estado a replantear el modelo económico, adoptando aquél recomendado por el FMI y el BM; para llevar a cabo dicha reforma fue necesario incorporar un nuevo marco normativo y adecuar las instituciones para asumir la apertura económica que se manifestaban en las nuevas políticas. La marcada tendencia a favorecer la inversión privada, el progreso económico de nuestro país luego de la hiperinflación que se sufrió durante los años 80 y las distintas reformas llevadas a cabo de manera radical, nos hacen pensar que estábamos frente al regreso del extractivismo puro del sector minero, en el que todas las políticas estaban enfocadas en atraer la inversión privada aunque ello implicara no tener una mirada consciente de los efectos colaterales.

A fines de los años 90, y con algunos conflictos sociales sobre la mesa, el reto institucional y regulatorio se manifestó principalmente en aspectos ambientales y sociales. Ello significa que el Estado debió prepararse para el desafío que significaba afrontar los impactos que directa e indirectamente trae consigo la industria minera. Estos impactos van desde la contaminación ambiental hasta el choque cultural que sufre la población, así como la modificación de sus relaciones sociales; y por lo tanto, la modificación de su estructura cultural.

Por ese motivo, no debemos sorprendernos cuando Dargent afirma que el *boom* minero hizo visible todas las limitaciones de las instituciones, cambia la posición de poder de los actores sociales y políticos, genera nuevos desafíos que traen consigo nuevos problemas o intensifican los ya existentes (2015, p. 13). En el caso peruano, como evidencian los conflictos ejemplificados en el capítulo anterior, el rápido desarrollo de la industria minera puso sobre la mesa problemas nuevos y antiguos que quedaron sin resolver. Así, por ejemplo, el impacto ambiental presentado en La Oroya debido a la actividad minera, hizo notar la aún incipiente normatividad ambiental con la

que contaba el Estado para hacer frente a las consecuencias ambientales de la exploración y explotación masiva de mineral a la que nos enfrentábamos. De otro lado, los conflictos suscitados en Tambogrande resaltaban el poco desarrollo de nuestra regulación e instituciones al momento de enfrentarse al reto de tener que escoger si se permitía que la agricultura se siga desarrollando como lo venía haciendo en dicho territorio desde épocas anteriores, o si se daba paso a una nueva industria, la minera, y con ello hacer frente a los conflictos por derecho de propiedad que traía consigo esa decisión.

Uno de los aspectos más resaltantes de la regulación ambiental de esta época es la sectorialidad pues no existía una autoridad autónoma encargada de supervisar y fiscalizar el aspecto ambiental minero, sino que era el propio Ministerio de Energía y Minas quien se hacía cargo de dichas obligaciones y a la par se hacía cargo de la promoción de la actividad minera, situación que no sólo para el sector minero implica una completa ausencia imparcialidad de la autoridad fiscalizadora y sancionadora de infracciones a la regulación ambiental, sino que lleva, a la larga, a tener una visión poco realista de los impactos ambientales que la actividad minera tenía.

Gudynas (2010) afirma que los nuevos gobiernos de los países con grandes riquezas en recursos naturales defienden una economía basada en la extracción de los mismos, aduciendo que sería ineficiente tener tantos recursos y no utilizarlos, o que las nuevas tecnologías pueden ayudar a mitigar o remediar de manera muy eficiente los daños ambientales que se generan en la extracción. Contrario a la postura de negativa radical a las actividades extractivas que se mantuvo durante los años 70, los gobiernos recientes han adoptado una nueva visión sobre la industria extractiva en general y la minera en particular, que ciertamente implica mayor regulación por parte del Estado, incremento de los tributos a pagar por parte de estas empresas, entre otros; pero en ningún caso significa la eliminación de las actividades extractivas y exportación de materias primas (Gudynas, 2010, pp. 64-67). En esa misma línea argumentativa, Guitián y Muns (1999), citando a Fischer, señalan que adicionalmente a los diez principios del Consenso de Washington, cuyos principios regían gran parte de nuestras reformas, existen cuatro puntos que son fundamentales para la consecución del resultado deseado: “un marco macroeconómico equilibrado, un gobierno de menor tamaño y más eficiente, un sector privado eficiente y en expansión, y políticas destinadas a la reducción de la pobreza” (p. 15).

A partir del año 2000, el canon minero (2001) y la regalía (2004) fueron mecanismos que intentaron remediar la falta de equidad que los autores afirmaban que se presentaba en las reformas económicas basadas en el “Consenso de Washington”. No obstante, la forma de reparto del canon no generaba mejoras trascendentes (Barrantes, 2005, pp. 70-71); en ese sentido, como se puede verificar de lo expuesto hasta el momento, las medidas de combate a los previsibles efectos secundarios de la repotenciación de las actividades extractivas no fueron muchas, y que se suman a la perspectiva negativa que se tenía de la tan rápida privatización de las empresas mineras, empiezan a mostrar sus primeras falencias hacia fines de los años 90 e inicios de los 2000.

Si bien nuestro país, durante el primer decenio del nuevo siglo mantuvo gobiernos que continuaron con las políticas económicas adoptadas en los años 90, progresivamente se empieza a verificar cómo el marco regulatorio e institucional que atañe a la industria minera comienza a dar pequeños giros hacia una visión ciertamente más constitucionalista y garantista de derechos; por ello a partir del año 2000 en adelante, los cambios dentro del marco regulatorio e institucional que afectan a la industria minera, son más bien ajustes de las reformas que se habían llevado a cabo durante los años 90, los mismos que en su mayoría se generan por los nuevos requerimientos socioambientales del sector. Esto permite afirmar que los ajustes en la normatividad minera de los 2000, en su mayoría incluyeron aspectos que ayudarían a combatir los conflictos sociales y mitigar o prevenir los problemas ambientales.

Entre el año 2007 y 2009, el Baguazo obliga al Estado a cambiar el enfoque de remediación de los problemas generados por la economía preponderantemente de mercado, a una visión social, constitucional y preventiva, que busca trabajar sobre la necesidad de las minorías. Pero además, la actitud del gobierno frente a las necesidades sociales y ambientales empieza a cambiar. Como se señaló anteriormente, en el año 2010 se crea el Ministerio de Cultura, evidenciando una tendencia (al menos aparente) del Estado a preocuparse por los problemas sociales y culturales que atañen a la población. Dentro de este Ministerio de Cultura se incluyen oficinas que tienen la función de ocuparse de los temas que involucran no sólo a lo referido al patrimonio cultural y las artes, sino que se incluyen temas como la interculturalidad, derechos de los pueblos indígenas, costumbres y conocimientos ancestrales. Se verifica entonces, un reconocimiento y preocupación por la diferencia cultural y étnica de los distintos pueblos que conforman la nación.

A la par, el sector privado, que ya había tenido iniciativas de Responsabilidad Social Empresarial y autorregulación (a través de los estándares e ISO's) muestra una posición más consciente con el hecho de que las poblaciones sobre las que se asientan sus proyectos son uno de sus *stakeholders* más importantes. Encontramos, entonces, que a partir de este momento se suscita una suerte de constitucionalización no sólo de la regulación minera nacional, sino de la industria minera en general, que incluye también al sector privado. Este punto es muy importante, ya que resalta la trascendencia que tiene el hecho de reconocer los derechos humanos a las personas individualmente, así como a los colectivos en el ejercicio de sus prerrogativas grupales o colectivas.

Como se mencionó precedentemente, durante la primera década del siglo XXI nuestro país mantuvo gobiernos marcados por su política de apertura económica, hecho que se vio reflejado en las decisiones que afectaban a nuestra economía. Con el ingreso de Ollanta Humala Taso al gobierno, parece iniciarse una etapa distinta, marcada por dos sucesos institucionales que tienen de trasfondo el concepto de neoextractivismo, y que son importantes de mencionar; el primero es la creación del OEFA como entidad evaluadora y fiscalizadora del ambiente, que significa un alejamiento rotundo de la fiscalización ambiental sectorial; y asimismo, la creación de la Oficina de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia del Consejo de Ministros, encargada de la prevención y manejo de conflictos sociales. Este gobierno procura incidir en las políticas de ataque y reducción de la pobreza descrito por Gudynas. En tal sentido, creación de la ONDS representa, también, un hito importante dentro del manejo estatal de los conflictos sociales, así como de la compatibilización de los intereses y derechos de la empresa privada, la población y el Estado.

Finalmente, coincidimos en las afirmaciones de Acosta y Arellano sobre que en la actualidad nos encontramos ante una nueva clase de maldición, en la que si bien estamos frente a un Estado más empoderado en su regulación, todavía no puede lidiar con uno de los problemas típicos de este fenómeno, que es la existencia de conflictos debido a la deficiencia de la regulación de la propiedad, y la falta de equidad en el reparto de los beneficios provenientes de la extracción de minerales. De ese modo, tal como lo estudiaron Basedau y Lacher en otros escenarios, en el Perú, la existencia de abundantes recursos minerales dio origen a conflictos sociales de alto calibre, precisamente porque en el manejo de los mismos por el Estado, no se tomó en cuenta la perspectiva de equidad descrita por María y Chumacero, ni el de la diversidad de concepciones de la propiedad privada que existe en América Latina, y que fue

anunciada por el propio Banco Mundial en el año 89, lo cual constituye el principal reto en la actualidad.

El conflicto de Bagua ha permitido que a nivel transversal dentro de las industrias extractivas, y de manera general en el Estado se le dé importancia a sectores de la población cuyo ejercicio de derechos podía, usualmente, ser limitado debido al olvido que sufrían por parte del Estado; de igual forma, sirvió para que el Estado realice mayores esfuerzos por identificar a las poblaciones indígenas y originarias que se asientan dentro del territorio nacional; empero, no logró, todavía hallar el modo de garantizar el respeto del derecho a la propiedad privada, libertad de empresa y otros conexos, sin trasgredir la libre determinación de los pueblos indígenas, el derecho de propiedad tal como lo conciben las diversas culturas del país, ni la cultura misma y forma de vida de dichas poblaciones.

Finalmente, si se pudiera resumir la idea que ha dado soporte a la presente investigación, se tendría que citar a Francisco Tomás y Valiente cuando afirma que:

No hay dogmática sin historia. O no debería Haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizás invisible, pero condicionante.

En el Perú, quizás más que en otros países que no cuentan con la diversidad cultural, idiomática y geográfica que tenemos, es necesaria una concienzuda observación de la realidad antes de intentar implementar cualquier regulación o política. De no ser así, seguiremos el ciclo vicioso de implementar medidas que funcionaron en otras latitudes sin adaptarlas a nuestros requerimientos, generando, pronto, efectos adversos irreversibles.

CONCLUSIONES

- La realidad, como es natural, avanza con mayor rapidez que la regulación, por ello es necesario contar con una regulación caracterizada por su adaptabilidad a nuevas circunstancias. La regulación minera nacional no ha sufrido cambios trascendentales desde los años 90 hasta la actualidad; sin embargo, los ajustes regulatorios implementados alrededor del año 2000, ha permitido identificar con claridad el fundamento que trasciende a la regulación minera de los años 90, y el que inspiró los ajustes antes señalados.
- A principio de los años 90 entró en vigencia una novísima regulación minera. La implementación de un régimen económico diferente, que permitiera el desarrollo económico y la superación de la crisis, y que además se basaba en los principios señalados en el “Consenso de Washington”, fue el marco que permitió un cambio en nuestra legislación minera. La nueva regulación se caracterizaba por su adaptación al recién incorporado régimen económico, y fue apoyada por la promulgación de una nueva Constitución Política en el año 1993.

Lo antes señalado permite concluir que el fundamento que trascendió a la regulación minera peruana durante los años 90 fue preponderantemente económico, pues buscaba el crecimiento económico del país a través de diversas figuras como la privatización de las unidades mineras que hasta ese momento correspondían al Estado, la adopción del Estado de un papel subsidiario que permita al sector privado cobrar protagonismo en el aprovechamiento de los recursos minerales, la adopción de procedimientos administrativos más céleres, implementación de reglas de juego confiables que atrajeran la inversión privada, entre otros. Estas características nos llevan a afirmar que durante este periodo la industria minera se encontraba frente a lo que la doctrina denomina extractivismo puro.

- Luego de un periodo de tranquilidad entre la industria minera y todos los agentes involucrados, la regulación que priorizaba aspectos económicos comenzó a presentar sus efectos adversos en su aplicación. Las principales críticas al “Consenso de Washington” tales como la falta de equidad que dificultaba su implementación en países con diversidad cultural como el Perú comenzaban a hacer eco al interior de la industria minera nacional; y entonces,

las consecuencias no deseadas se evidenciaron principalmente en aspectos ambientales y sociales.

Los altos niveles de contaminación en Cerro de Pasco son el ejemplo más notorio de la deficiencia de la regulación ambiental en la industria minera peruana; posteriormente, el conflicto en Tambogrande evidenciaba la dicotomía entre minería y agricultura, y la necesidad de tomar en serio a las poblaciones de las áreas de influencia de las operaciones mineras. Años después, el conflicto social de Bagua no sólo confirmó la necesidad, sino incluso la urgencia de contar con marcos regulatorios ambientales y sociales que garantizaran los derechos de las poblaciones afectadas, pero que no ahuyentara las inversiones. Asimismo, este conflicto evidenció que el proceso de creación normativa no pasa únicamente por intentar remediar algún problema social, sino por identificar la pertinencia de la medida y su adecuación al contexto al que se debe aplicar. En el caso del bloque de normas emitidas por el Ejecutivo con miras a la firma del TLC con Estados Unidos, no sólo no se tomó en cuenta lo antes mencionado, sino que se obvió el procedimiento de consulta previa que el Estado se encontraba obligado a implementar y aplicar en mérito a la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

- Si bien por un lado la regulación minera no se ha adaptado con facilidad a los requerimientos de todos los actores de la industria, los principios se han adaptado de mejor manera. Ello no implica que aquí se afirme que los principios que inspiran a la regulación varíen con facilidad, sino la industria minera en primera instancia, y la regulación minera peruana en segunda instancia, han incorporado aspectos que antes no parecían necesarios.

La ausencia de políticas francas que tomaran en cuenta las necesidades de las minorías y los distintos contextos que se presentan en la realidad nacional ha sido y es una de las causas principales para que la regulación minera parezca siempre insuficiente frente a la realidad. A pesar de que se tomaron medidas orientadas a mejorar el reparto de la riqueza proveniente de la exploración y explotación minera, así como la remediación de los problemas ambientales y sociales-concordantes con lo que la doctrina denomina neoextractivismo-, los pocos resultados que las mismas mostraron, llevaron a la empresa privada a asumir un papel más proactivo de cara a mejorar el contexto en el que desarrollaban sus actividades de negocio; por ello, es preciso afirmar que dado

que la regulación minera carecía de adaptabilidad, el sector privado se adaptó a las necesidades de manera más rápida a través de la Responsabilidad Social Empresarial y la autorregulación.

- Las medidas regulatorias de carácter ambiental fueron las priorizadas por el Estado, y como consecuencia de ello se generó un periodo de adaptación institucional que llevó de la sectorialidad a la especialidad. Las medidas para solucionar la conflictividad social y la consecuente adaptación institucional le siguió al periodo anterior, y se caracterizó precisamente por tomar una posición reactiva al conflicto. Actualmente, las industrias extractivas, y la industria minera peruana en particular, se ven ante la necesidad de tomar un papel más proactivo, el mismo que como se dijo, en mayor medida ha sido adoptado por el sector privado antes que por el Estado. Sin embargo, el Estado parece tener en claro que es mejor prevenir que lamentar, en ese sentido, a través de algunas instituciones como la ONDS se ha comenzado a promover la prevención de conflicto, en lugar de únicamente intentar combatirlo.
- A la fecha no estamos frente a la necesidad imperiosa de crecimiento económico que se presentaba durante los años 90, sino que estamos en medio de un periodo en el que urge un desarrollo sostenible en diversos aspectos que no solamente incluyen el crecimiento económico. Nos encontramos, entonces, en un periodo que podemos denominar “constitucionalización de la industria minera”, en la que el desarrollo de la población y el respeto de sus derechos debe ir de la mano con el crecimiento económico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 0048-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional 1 de Abril de 2005).
- A. Sanborn, C., Portocarrero S., F., & Camacho, L. (2010). Aprendiendo sobre la marcha: La Compañía Minera Antamina. En F. Portocarrero S., C. A. Sanborn, & L. Camacho, *Moviendo Montañas: empresas, comunidades y ONS en las industrias extractivas* (Primera Edición ed., págs. 20-120). Lima: Universidad del Pacífico.
- Acosta, A. (23 de Diciembre de 2011). *Extractivismo y neoextractivismo: Dos caras de la misma maldición: La línea de fuego*. Obtenido de La línea de fuego web site: <http://lalineadefuego>.
- Alayza Moncloa, A. (2007). *No pero sí: comunidades y minería. Consulta y consentimiento previo, libre e informado en Perú*. Lima, Lima, Perú: Acción Solidaria para el Desarrollo-CooperAcción.
- Arellano, J. (Enero-Junio de 2008). Resurgimiento minero en el Perú: ¿una versión moderna de una vieja maldición? *Colombia Internacional*(67), 60-83.
- Arguedas, C., Diez Canseco, C., & Rodríguez, V. (2011). *La experiencia de la descentralización en el sector minero* (Primera ed.). (P. Quiroz Vásquez, & R. Rivera Paz, Edits.) Lima, Lima, Perú: Lettera Gráfica.
- Auty, R. M. (1993). *Sustaining development in minieral economies, The Resource Curse Thesis* (Primera ed.). Nueva York: Routledge.
- Baldeón Ríos, J. F. (2016). *Tratado de Derecho Minero Peruano* (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Jurista Editores.
- Banco Mundial. (1991). *Resumen del Informe sobre el desarrollo mundial 1991*. Washington, D.C.: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/BANCO MUNDIAL.
- Barrantes, R. (2005). Minería, desarrollo y pobreza en el Perú, o de cómo todo depende del cristal con que se mire. En R. Barrantes, P. Zárate, & A. Durand, *"Te quiero pero no": minería, desarrollo y poblaciones locales* (Primera ed., págs. 17-79). Lima, Lima, Perú: IEP Ediciones.
- BCRP. (2018). *Estadísticas; Banco Central de Reserva del Perú*. Recuperado el 10 de Setiembre de 2018, de sitio web del Banco Central de Reserva del Perú. Recuperado de: <http://www.bcrp.gob.pe/>
- Belaunde Moreyra, M. (2013). *Derecho Minero y Concesión* (Quinta ed.). Lima, Lima, Perú: Editorial San Marcos.

- Bergara, M., & Milnitsky, S. (Enero-Marzo de 2018). Uruguay: Incentivos e instituciones en una década de reformas. *El Trimestre Económico*, LXXXV(337), 5-50.
- Canessa Illich, G., & García Vega, E. (2005). *El ABC de la Responsabilidad Social Empresarial en el Perú y en el mundo* (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Siklos S.R.Ltda.
- Cavero, O. (Setiembre de 2011). Después del Baguazo: informes, diálogo y debates. (*Cuaderno 13*), 72. Lima, Lima, Perú.
- Chumacero Calle, J. A. (2012). Industrialización en el Perú: 1930-1975. *Pensamiento Crítico*, 17(2), 9-26.
- Clift, J. (Setiembre de 2003). Más allá del Consenso de Washington. *Finanzas & Desarrollo*, 40(3), 9.
- Código Civil de 1984. (25 de Julio de 1984). Código Civil de 1984. *Decreto Legislativo 295*. Lima, Lima, Perú.
- Colom Jaén, A. (2008). La nueva agenda del Sistema de Cooperación: ¿El fin del Consenso de Washington? *Revista de Economía Mundial*(18), 79-92.
- Comisión de Comunidades Europeas. (18 de Julio de 2001). Libro Verde. *Libro Verde*, 35. Bruselas, Bélgica.
- Congreso de la República. (2001). Texto del Debate del proyecto de ley relativo a la Ley General del Canon., (págs. 3661-3722). Lima.
- Const. (1979). Constitución Política del Perú de 1979. *Constitución Política del Perú de 1979*. Lima, Lima, Perú.
- Const. (29 de Diciembre de 1993). Constitución Política de 1993. Lima, Lima, Perú: Recuperado de: <http://spij.minjus.gob.pe/>.
- Dammert Lira, A., & Molinelli Aristondo, F. (2007). *Panorama de la Minería en el Perú*. OSINERGMIN. Lima: OSINERGMIN.
- Damonte, G. (2016). Minería, Estado y Comunidades: cambios institucionales en el último ciclo de expansión extractiva en el Perú. Un balance de investigación. En GRADE, *Investigación para el Desarrollo en el Perú* (págs. 403-444). Lima, Lima, Perú: Impresiones y Ediciones Arteta E.I.R.L.
- Danós Ordóñez, J. (Julio de 2013). Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú. *IUS ET VERITAS*(46), 258-269.
- Dargent, E. (2015). Capacidad de respuesta del Estado en el Perú: crisis, desafíos y entorno cambiante. *Revista de Ciencia Política y Gobierno*, 2(4), 11-22.
- De Echave C., J. (2008). *Diez años de minería en el Perú* (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Ediciones Nova Print SAC.

- Roca Rey, B., De Soto, H. (Productores), & Becket, J. (Dirección). (2009). *The mystery of Capital Among the Indigenous Peoples of Amazon* [Película]. Perú.
- Defensoría del Pueblo. (Mayo de 2012). Reporte de Conflictos Sociales N° 99. *Reporte de Conflictos Sociales N° 99(99)*, 100. Lima, Lima, Perú.
- Defensoría del Pueblo. (2017). *Estándares regionales de actuación defensorial en procesos de Consulta Previa de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Defensoría del Pueblo, Lima. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Dolorier Torres, G., & Paneque Salgado, P. (Setiembre de 2013). Poder, gobierno y territorio; análisis del conflicto de Bagua, Perú. *Letras Verdes*(14), 139-159.
- Dougherty, M. (2016). From global peripheries to the earth's core: the new extraction in Latin America. En K. Deonandan, M. Dougherty, K. Deonandan, & M. Dougherty (Edits.), *Mining in Latin America, Critical approaches to the new extraction* (págs. 3-24). Nueva York, Nueva York, Estados Unidos de América: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Escobar Banda, R. (Setiembre de 2015). Licencia social para operar: Una licencia que no es licencia. *Minas & Derecho*(4), 1-13.
- Ferrufino Goitia, R. (2007). *La Maldición de los Recursos Naturales. Enfoques, teorías y opciones* (Primera ed.). La Paz, Bolivia: Fundación Milenio.
- Gamarra Barrantes, C. (2009). *La Concesión Minera*. Lima, Lima, Perú: Eds. Caballero Bustamante.
- Gudynas, E. (2010). Si eres tan progresista ¿Por qué destruyes la naturaleza? Neoextractivismo, izquierda y alternativas. *Ecuador Debate*(79), 61-81.
- Gutián, M., & Muns, J. (1999). La Cultura de la Estabilidad y el Consenso de Washington. *Colección de Estudios e Informes*(15), 11-23.
- Huapaya Tapia, R. (2007). La Regulación del Sector Minero en el Perú: Reflexiones y Propuestas desde una Visión Administrativa. *Derecho & Sociedad*, 220-226. (H. Campos García, & S. Chávez Torres, Entrevistadores) Lima, Lima, Perú.
- INEI. (2016). *Producto Bruto Interno según actividad económica 1950-2016: INEI*. Recuperado el 10 de Abril de 2018, de sitio web de INEI. Recuperado de: <http://www.inei.gob.pe>
- INGEMMET. (2007). *Historia institucional: INGEMMET*. Recuperado el 10 de Mayo de 2018, de INGEMMET web site. Recuperado de: <http://www.ingemmet.gob.pe>
- J. Bebbington, A., & T. Bury, J. (2010). Minería, instituciones y sostenibilidad: desencuentros y desafíos. *Anthropológica*, 28 (28), 53-84.
- Krugman, P. (Octubre - Noviembre de 1995). Tulipanes Holandeses y Economías Emergentes. *Política Exterior*(47).

- Lanegra Quispe, I. (2014). Consulta Previa, Minería y Regulación Ambiental en la Legislación Nacional. *Derecho & Sociedad*(42), 101-112.
- Ley 26821. (25 de Junio de 1997). Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. *Ley 26821*. Lima, Lima, Perú.
- Ley 27506. (9 de Julio de 2001). Ley de Canon. *Ley de Canon*. Lima, Lima, Perú.
- Ley 28258. (23 de Junio de 2004). Ley de Regalía Minera. *Ley de Regalía Minera*. Huariaca, Pasco, Perú.
- Lizarzaburu, J. (2010). *Mundo: BBC*. Recuperado el 7 de Julio de 2018, de sitio web de BBC: www.bbc.com
- María Serrano, J. F. (2000). El "Consenso de Washington" ¿Paradigma económico del capitalismo triunfante? *Revista de Fomento Social*(55), 29-45.
- MINCETUR. (2011). *Sobre el acuerdo: Acuerdos Comerciales del Perú*. Recuperado el 10 de Octubre de 2018, de sitio web de Acuerdos Comerciales del Perú. Recuperado de: <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe>
- Noejovich, H. (2010). El "Consenso de Washington": antes y después. El caso de Argentina y Perú en el período 1990-2008. *Contabilidad y Negocios*, 5(9), 85-94.
- Observatorio de conflictos Cajamarca. (2015). *Conflicto minero Conga*. Cajamarca.
- Oficina Internacional del Trabajo. (2014). *Publications: ILO*. Recuperado el 28 de Junio de 2018, de Sitio web de ILO. Recuperado de: <https://www.ilo.org/>
- Ordúz Salinas, N. (Julio de 2014). La Consulta Previa en Colombia. *La Consulta Previa en Colombia*(3). Santiago.
- Paliza, R. (1999). Impacto de las Privatizaciones en el Perú. *Estudios Económicos*(4), 9-37.
- Paseta Spilhmann, E. (2008). Apuntes sobre la Supervisión de las Actividades Mineras en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*(6), 293-302.
- PNUD. (2018). *Objetivos de Desarrollo Sostenible: PNUD*. Recuperado el 10 de Mayo de 2018, de PNUD web site. Recuperado de: <http://www.undp.org>
- Portillo Riascos, L. (Julio-Diciembre de 2014). Extractivismo clásico y neoextractivismo, ¿Dos tipos de extractivismos diferentes? *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad de Nariño*, XV(2), 11-29.
- Puyana Mutis, A. (Mayo-Agosto de 2017). El retorno al extractivismo en América Latina. ¿Ruptura o profundización del modelo de economía liberal y por qué ahora? *Espiral Estudios sobre Estado y Sociedad*, XXIV(69), 73-113.
- Ramos, G. (2001). *Una Visión alternativa del Perú*. Lima: URP.

- Ruiz Molleda, J. (2014). Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en I Perú: o los "Pretextos Jurídicos" del Gobierno para Incumplirla. *Derecho & Sociedad*(42), 179-192.
- Tejada Gurmendi, J. (2014). Régimen Legal de Titulación Minera: Análisis del Procedimiento Ordinario Minero para la obtención del Título de Concesión Minera y de los Procedimientos Administrativos Regulados por el TUO de la Ley General de Minería Vinculados a la Titulación. *Derecho & Sociedad*(42), 289-310.
- The Oakland Institute. (2015). *World Bank Group*. Recuperado el 1 de Mayo de 2018, de Oakland Institute web site. Recuperado de: <http://www.oaklandinstitute.org>
- Trelles, J. (2008). Una mirada al conflicto minero de tambogrande bajo una perspectiva económica conductual y psicología vognitiva. *Themis*(55), 309-326.
- Velásquez Lopez-Raygada, P. (2005). Naturaleza Jurídica de la Regalía Minera. *Foro Jurídico*(4), 91-95.
- Wieland, P., & Thorton, T. (2013). Escuchando ladrar a los perros: Hernando de Soto y su receta para la Amazonía. *Derecho PUCP*(70), 325-344.
- Williamson, J. (2003). No hay consenso Reseña sobre el Consenso de Washington y sugerencias sobre los pasos a dar. *Finanzas & Desarrollo*, 40(3), 10-13.
- Zavaleta, M. (6 de febrero de 2013). *Los orígenes del conflicto Conga: NoticiasSER.pe*. Recuperado el 1 de febrero de 2018, de sitio web de NoticiasSer.pe. Recuperado de: <http://www.noticiasser.pe>