EL ESTADO PERUANO ANTE LOS CONFLICTOS SOCIALES POR LA SUPERPOSICIÓN DE CONCESIONES MINERAS SOBRE TERRITORIOS COMUNALES: *Bases para armonizar derechos*

UNIVERSIDAD NACIONAL
MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

E.A.P. DERECHO

EL ESTADO PERUANO ANTE LOS CONFLICTOS SOCIALES POR LA SUPERPOSICIÓN DE CONCESIONES MINERAS SOBRE TERRITORIOS COMUNALES:
Bases para armonizar derechos

Erick Leddy García Cerrón
Bachiller en Derecho

Tesis para optar el Título de Abogado

Lima-Perú
2011

Esta tesis es el resultado de la fuerza y fe
de las personas a las que más amo y más
me amaran en esta vida.
A mis padres y mi hermana,
Lino, Natividad y Fiorela,
a ustedes va dedicada esta investigación,
por todo el amor que me han entregado
sin pedir nada a cambio.

«La Organización Internacional del Trabajo le encargó a Moisés Poblete Troncoso que hiciese un informe sobre las condiciones de trabajo de los indios peruanos. Su informe, "Condiciones de vida y de trabajo de la Población Indígena del Perú (1938)" es un frio expediente en el que describe las condiciones en las que trabajaban indios, junto con una larga lista de aquellas leyes del código civil que estaban siendo violadas. Siempre me fascinó la contradicción entre la práctica generalizada de explotación de cara a una legislación benevolente o protectora que nadie hacía cumplir. ¡Su recomendación fue que hagan más leyes!»

Enrique Mayer
Cuentos feos de la Reforma Agraria Peruana

«Ningún sistema teórico, por perfecto que sea, puede por sí solo resolver satisfactoriamente los hechos. No son paralelos el progreso legal y el adelanto moral de una nación».

Manuel Augusto Olaechea y Olaechea.
Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil 1936.

«Las situaciones de conflicto social exigen de nosotros, participantes de la comunidad jurídica, el máximo cuidado argumentativo. Si dicha cautela resulta siempre recomendable, los recaudos a tomar deben ser extremados cuando enfrentamos situaciones de fractura social (y mucho más, cuando algunos de los grupos involucrados en tales casos viven o sobreviven en situaciones de precariedad extrema)»

Roberto Gargarella
El Derecho a la Protesta: *El primer derecho*

ÍNDICE

Agradecimientos ……..... XII

Principios y Metodología …… XIV

Introducción ……..... XVIII

Capítulo I
Marco teórico

1. El Derecho de Propiedad
   1.1. Definición ..……..... 1
   1.2. Naturaleza jurídica del derecho de propiedad ..…… 1
   1.3. Clasificación del derecho de propiedad según el titular del bien ..…… 3
      1.3.1. Bienes de Propiedad del Estado …….. 4
         1.3.1.1. Bienes de Dominio Público del Estado ……..……... 4
         1.3.1.2. Bienes de Dominio Privado del Estado ……..……... 6
      1.3.2. Bienes de Propiedad de particulares ……... 6
   1.4. Limites al derecho de propiedad: *La expropiación* ……... 7
   1.5. La Función Social de la Propiedad …… 9
      1.5.1. El ejemplo Español ..……... 10
   1.6. Una visión económica del derecho de propiedad …….. 11

2. Consideraciones jurídicas en torno a dos derechos en conflicto:
   El derecho de "propiedad" sobre tierras comunales y la concesión minera
   2.1. Cuestiones Preliminares ……..... 16
      2.1.1. La soberanía estatal sobre los recursos naturales: *El dominio eminente en el ordenamiento jurídico peruano*....……..... 16
      2.1.2. El dominio eminente en otras experiencias jurídicas…… 18
         2.1.2.1. El dominio eminencial según el constitucionalismo colombiano ...……..... 18
         2.1.2.2. La jurisprudencia norteamericana: El caso *Kelo vs. City of New London* …….……..... 20
   2.2. La naturaleza jurídica del derecho de "propiedad" que poseen las comunidades campesinas sobre sus tierras comunales ……... 24
      2.2.1. El reconocimiento legal de las Comunidades Campesinas 24
      2.2.2. Una noción antropológica sobre el derecho de propiedad en las comunidades campesinas y su materialización en la realidad 26
      2.2.3. La naturaleza jurídica del derecho de propiedad sobre las tierras comunales …….. 29
         2.2.3.1. Marco Legal ……..……..... 29
         2.2.3.2. Formalización del derecho de propiedad de las Comunidades Campesinas ……..... 34
         2.2.3.3. El Decreto Legislativo N° 1064 – Aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario ……..... 43
         2.2.3.4. La propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras,

el Convenio 169 de la OIT y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ……... 49

2.3. La concesión minera …….. 56
2.3.1. Cuestiones generales ……..... 57
2.3.2. Sistema de dominio sobre los recursos naturales …….…….... 59
2.3.3. Definición ……..…….. 59
2.3.4. Procedimiento de otorgamiento de la concesión minera …… 63
2.3.5. Limitaciones territoriales al ejercicio de la actividad minera … 66
2.3.6. Derechos y deberes de los concesionarios mineros ……..…….. 71
2.3.7. Extinción de la concesión minera ……..……. 73

Capítulo II
Contextualizando los conflictos sociales mineros en el Perú

3. Conflictos sociales en el Perú
3.1. Aproximaciones a la teoría de los conflictos sociales, *una definición* 74
3.1.1 ¿Qué son los conflictos sociales? ……..... 74
3.1.2. Un modelo teórico para explicar los conflictos sociales ……. 76
3.1.3. Estado, tipos y fases de los conflictos sociales en el Perú …..... 81
3.2. Una breve evolución histórica de los conflictos sociales en el Perú 1980 – 2008 ……... 82
3.2.1. El Conflicto armado interno en el Perú …….. 84
3.2.2. La época de la anti-política: Fujimori y la desestructuración del sistema de intermediación política ……. 86
3.2.3. La democracia en transición: Toledo y el auge de los conflictos sociales ……..... 88
3.2.4. El País de la Protesta: Los conflictos sociales durante el segundo Gobierno Aprista ……..... 93
3.3. Los conflictos sociales mineros en el Perú ……... 98
3.3.1. A modo de definición ……..... 98
3.3.2. Antecedentes ……..... 99
3.3.3. Aproximaciones a las causas de los conflictos sociales Mineros ……..... 100
3.3.4. Clasificación …… 104

Capítulo III
De los actores

4. Las Comunidades Campesinas
4.1. La diversidad de una aparente homogeneidad legal …… 112
4.2. Situación actual de las comunidades campesinas reconocidas por el Estado Peruano *¿Cuántas son y donde están?* …….. 113
4.3. Comunidades Campesinas, territorio comunal e impactos de su formalización: *De la Reforma Agraria a la desactivación del Programa Especial de Titulación de Tierras* ……..... 115
4.3.1. Las contradicciones de la Reforma Agraria ……... 117
4.3.2. Deslinde y titulación: *Enmarcando el derecho de propiedad* ….... 120

4.3.3. Titulación de tierras comunales: *Una labor inconclusa* …….. 120
4.3.4. El impacto del proceso de titulación de las tierras comunales ….. 122
4.4. La vigencia del argumento de la propiedad colectiva como elemento central de la identidad de las Comunidades Campesinas y otros datos relevantes: *El Informe la Universidad ESAN sobre la titulación de tierras en las Comunidades Campesinas del Perú* ……..... 126
4.5. La promesa incumplida: *Un breve comentario sobre el desarrollo rural en la sierra y el contexto social, económico y político que encuentra la actividad minera* …… 129

5. El Estado Peruano
5.1. El Gobierno y los conflictos sociales mineros: *Una responsabilidad a distribuir* …… 133
5.2. La institucionalidad estatal y conflictos sociales mineros: *Los dilemas de la función pública* ……..... 134
5.2.1. El Poder Ejecutivo ……..... 134
5.2.1.1. La Presidencia del Consejo de Ministros ……. 139
5.2.1.2. Ministerio de Energía y Minas ……. 142
5.2.1.3. Ministerio del Ambiente ……... 147
5.2.1.4. Ministerio de Agricultura …….. 148
5.2.2. El Poder Legislativo ……..... 151
5.2.3. Los Gobiernos Regionales y Locales ……..……..... 151
5.2.4. La Defensoría del Pueblo …… 153

6. Las empresas mineras
6.1. La gran minería ……..... 156
6.2. La mediana minería ……..... 156
6.3. Compañías de exploración: mineras "Junior" ……..... 157
6.4. El marco legal, relevancia económica e impactos de la actividad minera ……..... 157
6.4.1. Cuestiones generales ……..... 157
6.4.2. Las reformas estructurales y la legislación promotora de inversión en el sector minero …….. 158
6.4.2.1. La privatización del sector minero ……..... 159
6.4.2.2. Legislación para la promoción de la inversión minera …. 160
6.4.3. Marco legal de la actividad minera en el Perú ……..... 162
6.4.3.1. Solicitud del petitorio y otorgamiento de la concesión minera ……..…..... 162
6.4.3.2. Exploración ……..…… 163
6.4.3.3. Desarrollo ……..…… 164
6.4.3.4. Explotación ……..... 165
6.4.3.5. Cierre ……..... 166
6.4.3.6. Participación Ciudadana ……..…….. 167
6.4.3.7. Otras obligaciones de los titulares mineros …….. 169
6.4.4. La relevancia económica de la actividad minera: *El boom de las inversiones* …….. 171
6.4.4.1. Evolución económica de la minería peruana luego de las reformas estructurales ……..…..... 172
6.4.4.2. Impacto de la actividad minera en la economía del Perú .. 172

6.4.4.3. El escenario actual de la actividad minera peruana: *Índices, variables y cartera estimada de proyectos* 176
6.4.4.4. Breve comentario a los impactos económicos de la actividad minera en las poblaciones dentro de su ámbito de influencia ……..... 179
6.5. Impactos sociales, culturales y ambientales de la actividad minera en el Perú ……..…..... 180
6.5.1. Las implicancias ambientales de la actividad minera ……..…..... 181
6.5.2. Las implicancias sociales de la actividad minera ……..…..... 185

Capítulo IV
Ausencia estatal frente a las concesiones mineras sobre territorios comunales: *¿Irresponsabilidad o desidia? El caso del reasentamiento poblacional involuntario por actividades mineras*

7. Cuestiones Preliminares
7.1. Comunidades Campesinas, Estado y el Convenio 169 de la OIT ……... 191
7.2. Superando la disyuntiva: Propiedad, comunidades y concesiones mineras ……..... 198

8. Recursos minerales en territorios comunales: *Cuando la concesión minera se superpone sobre tierras comunidades y de las principales cuestiones legales en los conflictos sociales mineros*
8.1. Otorgamiento de concesiones mineras en territorios comunales: *¿Incumpliendo con el derecho a la consulta previa reconocido por el Convenio 169 de la OIT?* …….. 208
8.2. Consideraciones legales relativas a los conflictos sociales por la disposición de territorios comunales para minería …… 212
8.3. Conclusiones Preliminares …….. 225

9. El Estado ante el reasentamiento poblacional involuntario por actividades mineras: *La necesidad de un marco legal*
9.1. Consideraciones generales …… 230
9.2. Minería y reasentamiento poblacional: *Implementación de procesos de reubicación involuntaria sin base normativa* ……..... 231
9.2.1. Minera Yanacocha ……... 237
9.2.2. Compañía Minera Antamina ……... 241
9.9.9.1. El proceso de compra de tierras y reasentamiento Poblacional …… 243
9.9.9.2. Proceso de Reubicación y Programa de Post – Reubicación en Antamina …….. 245
9.2.3. Empresa Minera Chinalco Peru: *Proyecto Toromocho* …….. 250
9.2.4. Xstrata Cooper S.A.: *Las Bambas* …….. 257
9.2.4.1. El reasentamiento de la Comunidad Campesina de Fuerabamba ……... 258
9.3. Horizontes normativos: *La Política Operacional 4.12 del Banco Mundial y las Normas de Desempeño del IFC* ……... 262
9.3.1. El Banco Mundial y sus políticas para el reasentamiento Involuntario ……. 262

9.3.2. La Corporación Financiera Internacional y sus instrumentos normativos para la adquisición de tierras y reasentamiento involuntario ……. 269
9.4. Consideraciones legales en torno a los procesos de reasentamiento poblacional involuntario …….. 272
9.4.1. El Código de Medio Ambiente y Recursos Naturales – Decreto Legislativo Nº 613 ……... 275
9.4.2. Ley General del Ambiente – Ley Nº 28611 …… 276
9.4.3. Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – Ley Nº 27446 y el Reglamento Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM ……..... 277
9.4.4. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería – Decreto Supremo N° 014-92-EM y el Reglamento Ambiental para las Actividades de Explotación – Decreto Supremo N° 016-93-EM ... 283
9.4.5. Política Pública en construcción: *El procedimiento de reasentamiento poblacional involuntario para actividades mineras*…… 287
9.4.5.1. Un recorrido por las propuestas normativas relativas a proyectos de marco legal sobre reasentamiento poblacional involuntario……..... 288

Conclusiones

Bibliografía

Apéndices

I. Cuadro sinóptico de marco legal analizado

II. Breve comentario al Decreto Supremo N° 023-2011-EM – Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas

AGRADECIMIENTOS

A mí *alma mater,* la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y su Facultad de Derecho y Ciencia Política, por toda la felicidad que genera el orgullo de saber que soy sanmarquino; a mí Asesor, el Dr. Luis Aliaga Jibaja, por su paciencia, comentarios y fe en mi trabajo, por contestar mis mails y a pesar de su apretada agenda hacerse de un tiempo para revelarme el camino de la investigación, gracias a sus consejos esta tesis fue posible, incalculable su apoyo, sin duda una deuda para toda la vida; a Lialka Nataly, porque siendo dos, la vida te une a quién amas como si fueras uno, por haber estado conmigo durante este largo trayecto, escuchando mis cavilaciones y encausando mis exageraciones, gracias por todo, tú llenas de significado el futuro de mis días.

A continuación quisiera agradecer a todas aquellas personas que han hecho posible de alguna manera esta tesis, aunque muchas de ellas ni siquiera lo sepan. Este es un agradecimiento particular y no tiene ni orden cronológico ni prioridad. Al Dr. Alberto Retamozo, por permitirme asistir a sus clases de metodología de la investigación en el postgrado de Derecho Civil de la UNMSM; al Dr. Francisco Baldeón, por explicarme que el artículo 7° de la Ley N° 26505 constituía el principal obstáculo para el desarrollo de la actividad minera, podría afirmar que aquel comentario fue el inicio de esta tesis; a Radsul Camborda, ex asesor legal de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, por tomarse la molestia de contestar mis mails y explicarme con paciente detalle que implicancias tenía el artículo 7 de la Ley N° 26505 y otras normas de la legislación minero-ambiental; a Gustavo Zambrano, compañero de filosofía y profesor de Sociología Jurídica de la PUCP, por sus artículos de Ius et Veritas y enseñarme metodología de la investigación jurídica desde una perspectiva sociológica; a Javier Jahncke de Fedepaz, por explicarme la minería desde el punto de vista de una ONG principista; a Rafael Méndez, ex asesor legal de Minera Perú Cooper, por explicarme como son las cosas en el negocio minero; a Guido Zamora y Cecilia Peche, ingenieros de Knight Piésold, por su visión de la actividad minera y honestidad en su opinión respecto a las comunidades campesinas; a Miguel Lévano, ex comisionado de la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo, por iniciarme en el complejo mundo de los conflictos socioambientales, además de ser siempre una fuente de datos y respuestas sobre los mismos; a Gerardo Damonte, investigador principal de GRADE, por ilustrarme con su experiencia lo complicado que resultar reubicar a una comunidad campesina, lo cual otorgo más sentido a esta investigación; a Carlos Meléndez de la Universidad de Notre Dame, por sus teorías de intermediación política y acción colectiva para explicar los conflictos sociales, sin duda una visión revolucionaria ante la perplejidad de nuestros científicos sociales; al Ingeniero Victoriano Cáceres de Cofopri, por saber demasiado sobre comunidades campesinas, espero que algún día su sapiencia y compromiso sea mejor valorada por el Estado Peruano; a la Dra. Silvana Baldovino, asesora legal de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, por absolver en nuestras conversaciones demasiadas dudas; al Arquitecto Luis Tagle Pizarro, Director Nacional de Urbanismo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, por ser un ejemplo de honestidad y franqueza para señalar los retos que aún tiene pendiente nuestro marco legal y administración pública; a los profesores del curso de especialización en Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Pontificia Universidad Católica, especialmente al Dr. Manuel Pulgar-Vidal y a la Dra. Ada Alegre, sus clases, conversaciones informales,

comentarios y textos han sido vitales en la consolidación de esta investigación; y a mis queridos amigos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por estar siempre allí sin siquiera estar presentes, no hay manera que les pueda pagar aquellos 6 años inolvidables, donde compartimos la alegría de formar de parte de este pequeño Perú que es nuestra querida San Marcos.

Finalmente, no podría considerar completa estas menciones sin dejar de agradecer a mi tío Reynaldo García, por haberme hecho hablar durante mucho tiempo en los cumpleaños de casi toda la familia, gracias a ello perdí gran parte de ese medio que tenemos todos a comunicarnos en público, fue él quién también me dijo que el tema ambiental iba a ser mi futuro, no se equivoco.

Ahora bien; no obstante los mencionados, extiendo mis disculpas si acaso luego de impresa y entregada esta investigación, recuerdo que omití a alguien.

PRINCIPIOS Y METODOLOGÍA

I. Principios

1. *El sistema jurídico debe mantener estrecha conexión con los hechos sociales que busca regular*

La presente investigación analiza los elementos de nuestro ordenamiento jurídico y las condiciones sociales que anteceden y se desencadenan como resultado de la superposición de concesiones mineras sobre territorios comunales (situación que se puede extender también a otros espacios geográficos y grupos humanos dentro del ámbito de influencia de un proyecto minero).

En esa medida, la tesis tiene como uno de sus ejes centrales la crítica al "Derecho" entendido como una herramienta de construcción social, responsable de evitar conflictos sociales o disponer las condiciones legales necesarias para conjugarlos dentro del contexto jurídico-político envuelve las protestas sociales.

Por lo tanto, la presente investigación busca poner en relieve la desconexión que existe entre nuestro sistema jurídico y el contexto social en que se vinieron desarrollando los proyectos mineros.

2. *El presencia imperativa del Estado en la solución de conflictos sociales*

La intervención del Estado en la solución de conflictos sociales es necesaria. Para intervenir de manera legítima es indispensable desarrollar un sistema jurídico legitimado por todo los actores involucrados; logrando así obtener el balance necesario para ser la cúpula de aquel triangulo de actores que conforman los conflictos sociales.

II. Metodología

1. El Problema

La superposición de dos derechos excluyentes entre sí; por un lado, el derecho de propiedad (o posesión) de las comunidades campesinas sobre su territorio (terreno superficial), y por el otro, la concesión minera, derecho real otorgado por el Estado para el aprovechamiento de los recursos minerales (desde la superficie hasta donde sea beneficioso en el subsuelo), constituyen la génesis de la presente investigación.

La identificación del presente problema parte de la revisión de los Reportes sobre Conflictos Sociales emitidos por la Defensoría del Pueblo desde principios del 2006, donde se verifica que los conflictos sociales por la superposición de estos derechos han constituido un supuesto típico de protesta social contra la actividad minera en nuestro país. En este contexto, la investigación analiza la confrontación jurídica de ambos derechos a la luz de la responsabilidad estatal en armonizarlos y definir los criterios de prioridad entre ellos.

2. El objeto de estudio

La presente tesis analizará procesos de conflictividad social que – de acuerdo con los documentos consultados – tiene sus orígenes en las reformas estructurales implementadas durante el primero gobierno del Presidente Alberto Fujimori, donde se dispuso – entre otras cosas – reinsertar al Perú en el mercado internacional a través de la promoción del ingreso de capitales, la desregulación de algunas actividades económicas y la participación de la inversión extranjera en sectores productivos estratégicos que habían estado en manos del Estado desde finales de la década del 60[1].

Durante el trabajo de investigación no se encontraron fuentes directas que permitieran concluir que durante los dos gobiernos de Alberto Fujimori, las reformas estructurales generaran protestas sociales o acciones de oposición constante y beligerante al programa de gobierno; por el contrario, a diferencia de las protestas que germinarían con el regreso de la democracia, durante el "Decenio" aquellas zonas y pobladores que luego serían protagonistas de los conflictos sociales más complejos y mediáticos del país, convivían en aparente calma con el "éxito" alcanzado por las reformas estructurales.

Esta ausencia de conflictividad social no se mantuvo con el cambió de régimen político; por el contrario, conforme se detalla en el capítulo II de la presente tesis, la llegada de la democracia abrió el abanico de libertades que habían sido proscritas durante la dictadura, lo cual permitió el desarrollo de un contexto social y político proclive al desencadenamiento de conflictos sociales de diversa índole.

Tener presente este contexto es fundamental, toda vez que con el advenimiento de la democracia, se observa como una de las más graves consecuencias del modelo de Gobierno autoritario, donde el Estado se encuentra acostumbrado a imponer sus reglas, donde la respuesta a sus opositores es el uso de la fuerza en sus distintas manifestaciones.

3. Muestra

La presente investigación ha decidió incidir en los conflictos sociales de carácter socioambiental, conforme a las categorías establecidas por la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo.

Así, tal como se señalo en la descripción del problema, de todos los conflictos sociales que se desencadenan a partir del año 2002 (de cuales hay reportes desde finales del 2004), la presente investigación tomará el registro elaborado por la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y Gobernabilidad entre julio del 2008 y enero del

[1] La presente investigación busca analizar desde una perspectiva jurídica un fenómeno social poco estudiado, los "conflictos sociales". Si bien pueden encontrarse análisis y estudios sobre procesos de conflictividad social, los mismos responden a investigaciones de contextos sociales distintos a los que analizan en la presente tesis. Así, podemos encontrar estudios sobre la protesta estudiantil universitaria (Bernales, Lynch) o la violencia política durante el conflicto armado interno (Informe Final CVR), que si bien son documentos sumamente reveladores y transcendentales para comprender los procesos de conflictividad social que vive nuestro país, responden a circunstancias completamente diferentes de las que se exponen y plantean en la presente investigación. Señalar ello es fundamental, toda vez que hasta el día de hoy no se ha desarrollado un esquema respecto sobre la evolución de la conflictividad social en el Perú; por lo que resulta indispensable ubicar desde nuestro objeto de estudio dentro de un contexto que permita diferenciarlo del resto de procesos sociales donde la violencia y protesta se manifiestan como elementos centrales.

2010, donde los conflictos sociales mineros presente una frecuencia creciente con el paso de los meses. De dicho intervalo se analizan dos conflictos sociales que resultan de transcendental relevancia para el sector minero, no solamente por lo que significan en inversión y la producción estimada; sino además por el reto que configura su puesta en marcha para nuestra marco legal, el Proyecto Minero Toromocho de la Empresa Minera Chinalco, y el Proyecto Las Bambas de Xstrata Cooper (recientemente aprobado por el MINEM).

4. Variables

La presente investigación trabajará con las siguientes variables que permitirán comprobar la validez de los principios que construyen la investigación.

a) Variable X: "Sistema Jurídico"
   X_1: Derecho sobre territorios comunales
   X_2: Concesión Minera

b) Variable Y: "Los actores"
   Y_1: El Estado
   Y_2: Comunidad Campesina
   Y_3: Empresa Minera

c) Variable Z: "Conflictos Sociales"

- En la presente investigación se demuestra que a mayor participación del Estado en la relación Comunidad Campesina – Empresa Minera, los conflictos sociales tienden a reducirse, en tanto que un adecuado sistema jurídico desarrollado de manera concertada por el Estado brinda mayor confianza y seguridad jurídica a los actores.

- La definición respecto a qué derecho debe priorizarse ante un eventual proyecto minero se decidirá en cada caso en concreto; las normas no deben estar estructuradas para favorecer un opción respecto al otra, nuevamente el papel del Estado resulta preponderante para definir la condiciones que permitirán resolver los conflictos sociales.

5. Justificación

La presente investigación se justifica por las siguientes razones:

Jurídica.- El derecho tiene la función de regular de manera armónica las relaciones humanas dentro de nuestra sociedad. Sin embargo, el alto índice de conflictos sociales mineros demuestra que en el Perú no se ha podido consolidar un modelo jurídico que permita conciliar los derechos comunales sobre sus territorios y las concesiones mineras otorgadas por el Estado. En esa línea, la presente investigación considera que existe una serie de vacíos legales respecto a los diversos alcances e implicancias que tiene la institución del derecho de propiedad dentro de esta serie de hechos dinámicos. En esa medida, la regulación del derecho de propiedad requiere no solamente la dación de normas sino desarrollar un marco que cumpla con las

consideraciones de igualdad y justicia que permita disponer adecuadamente y dentro de una lógica de acuerdo y consenso como se armonizarán los derechos en conflicto.

Social.- Los conflictos sociales son hechos que responden a dinámicas complejas entre variables sociales, culturales, económicas y ambientales que determinan su aparición. Para elaborar una respuesta jurídica acorde con esta realidad, el derecho debe ser analizado a la luz de estas variables; formulando leyes, reglamentos etc. que consignen esta complejidad social (y también ambiental) de un fenómeno donde los actores involucrados necesariamente necesitan la tutela de un tercero con el poder y legitimidad suficiente para imponer los valores de justicia que el derecho representa.

Económica.- La actividad minera requiere de una serie de elementos tanto legales como económicos para desarrollar de manera sostenida sus actividades de exploración, explotación. Si bien son los conflictos sociales es uno de los mayores problemas para complicar nuevos proyectos; por lo que no debe pretender que la solución a los mismos se obtenga mediante normas que faciliten; por ejemplo, el procedimiento administrativo de otorgamiento de la concesión o hacer más laxo el procedimiento de servidumbre minera; el derecho no debe considerar solamente las cifras macroeconómicas – que son fundamentales para entender la dimensión de lo que se dejaría de percibir – sino analizar la complejidad de los hechos que suceden en la realidad. La interrelación comunidad – empresa, no es solamente el encuentro de dos lógicas de desarrollo distintas (sobre todo en proyectos mineros al norte del país) sino que puede ser la solución a años de pobreza y atraso en que han caído algunas comunidades por desatención del Estado.

INTRODUCCIÓN

Siendo la relación entre el Derecho y los conflictos sociales, intrínseca; resulta plausible – aunque no por ello necesariamente evidente – que nuestro ordenamiento jurídico, sus normas e instituciones constituyeran elementos esenciales dentro del proceso de organización social y adquirieran cierta forma como resultado de los procesos de conflictividad social producto de intereses contrapuestos entre los distintos actores sociales.

Partiendo de esta premisa, el objetivo principal de la presente tesis fue profundizar en las cuestiones legales que se suceden a lo largo de los procesos de conflictividad social minera; para desarrollar a partir de ello, algunas respuestas que permitieran explicar y formular soluciones definitivas a los proceso de conflictividad social minera generada por la superposición de concesiones mineras sobre territorios comunales; pretendiendo con ello, no desarrollar una teoría jurídica sobre los conflictos sociales, sino incidir en aquellos aspectos legales que dada su configuración normativa han incidido y mantenido el nivel de conflictividad social que la actividad minera en nuestro país padece hasta hoy en día.

Por ello, teniendo presente que el Derecho organiza la estructura normativa de la sociedad, busca regular el comportamiento de los individuos e interviene, según sea el caso, en la estructura social y económica; considere que el mismo está llamado a ser el elemento canalizador de las diferencias, configurándose como una institución que promueva el orden y controle los conflictos. En otras palabras, al entenderse en la presente tesis al "Derecho" como la posibilidad de ejercer un control social no solamente represivo sino sobre todo promocional, regulativo y preventivo, a través del cual se formula un control positivo que intenta introducir cambios en las estructuras sociales y económicas mediante el sistema legal y que conlleva además, la utilización política del sistema jurídico para promover valores e intereses sociales, culturales y económicos. Lo cual, en definitiva, implica la búsqueda de un derecho que tienda a ir en favor de las clases y grupos sociales menos favorecidos, en garantía de los derechos sociales y culturales, así como cumplir una función redistributiva de los recursos disponibles.

Si bien esta situación se puede alcanzar de distintas maneras (acudiendo al Poder Judicial por ejemplo), una de ellas es mediante el tratamiento y previsión legal de los conflictos a través de la dación de leyes y normas administrativas. El Derecho puede ofrecer mecanismos que armonicen los intereses antagónicos enfrentados en la interacción social (solamente cuando estos mecanismos formales fallan se debería recurrir a los tribunales, los cuales en teoría canalizarían los intentos de protesta). Así, el Derecho trabajaría en la organización social, asignando roles sociales, otorgando competencias para regular los comportamiento sociales, interviniendo en las estructuras sociales, culturales y económicas. Se concretaría un papel donde la Ley adquiriría un valor por sí misma y su nivel de cumplimiento no se encontraría supeditado a factores externos; lamentablemente, ello no siempre resulta tan sencillo, ante lo cual no solamente resulta necesario ir adecuando las leyes, sino además otorgando mayores capacidades a los responsables de hacerla cumplir.

***

Al analizarse jurídicamente un fenómeno tan complejo como un conflicto social minero, se buscó plasmar esta visión. Para ello, se realizaron distintas evaluaciones que permitieran delimitar el campo de análisis jurídico que se habría de abordar. En ese sentido, la primera tarea de esta investigación no solamente consistió en delimitar que tipo de conflictos sociales mineros iban a abordarse, sino además trabajar en la clarificación del conjunto de leyes donde se enmarcaban estos conflictos y establecer qué relación tenía el Derecho con los mismos; es decir, aquellas normas que por su especialización regulaban los aspectos más conflictivos de la relación Comunidad Campesina – Empresa Minera.

Así, evaluando distintos conflictos sociales mineros "emblemáticos" como Tambogrande, Cerro Quilish, Majaz/Río Blanco, entre otros acaecidos en los últimos tres años, se identificó constantes "jurídicamente relevantes" que sintetizaban en cierta medida distintas cuestiones legales y sociales propias de este fenómeno[1]. De las constantes con mayor relevancia jurídica resaltaron dos, ello producto de su mayor incidencia; la primera giraba en torno *al papel del Estado en la regulación de la actividad minera*; es decir, la relación conflictiva en la trinidad conformada por Comunidades, Empresas y Estado, donde este último se constituía en la base de un triangulo, donde los actores aspiraban que asumiera tanto la función promotora de la inversión, como la responsabilidad de hacer respetar los derechos de las poblaciones directamente afectadas por el proyecto. En tanto, la segunda constante se construía alrededor de las discusiones sobre el *aprovechamiento sostenible de los recursos naturales* y *el derecho de participación ciudadana en la aprobación (y porque no desaprobación) de proyectos mineros*. La identificación de estas contantes permitiría desarrollar el contenido jurídico de la presente investigación, identificando con mayor precisión aquellos hechos con relevancia jurídica que eran fuente constante de conflictos sociales mineros.

Por lo que, a sabiendas que existe una relación directamente proporcional entre el impacto positivo de la actividad minera para nuestra economía y el nivel de conflictos sociales que genera, ha motivado el desarrollo de importante literatura que busca analizarlos, elaborándose aportes desde distintas disciplinas vinculadas a las ciencias sociales y política. No obstante ello, en el ámbito jurídico aún no se han desarrollado estudios que permitan interpretar las relaciones entre el Derecho y los conflictos sociales que se generan a cuestas del incumplimiento de sus normas o ante la imprevisibilidad que presenta por naturaleza todo marco legal.

En esa medida, de la mano de otras áreas del conocimiento y la visión del Derecho señalado líneas arriba, la presente investigación incide en una posición jurídica interdisciplinaria del problema, desarrollando distintos enfoques que enriquecen las constantes señaladas líneas arriba; procurando centrar el estudio – como ya se dijo – en el análisis legal de los conflictos sociales mineros generados por la superposición de

[1] Es importante tener en cuenta que estas "constantes" dependiendo del contexto, se presentan con mayor o menor intensidad; es decir, pueden variar en el hecho de ser o no decisivas en la dirección que tome el conflicto. Ahora bien, es importante señalar que en muchos casos hay constantes que no son estrictamente "legales"; en el sentido que el conflicto no se genera por la contraposición de posiciones jurídicas; siendo – por el contrario, el "Derecho" un elemento más de un problema – si se quiere interdisciplinario – conformado por una serie de variables de índole social, económico y cultural, envueltas en una maraña de cuestiones técnicas y políticas que complejizan aún más la cosas.

concesiones mineras sobre territorios comunales, que conllevan necesariamente al reasentamiento involuntario de la Comunidad Campesina afectada[2].

La primera constante: *"El papel del Estado en la regulación de la actividad minera"*, se tradujo en el reto de desarrollar propuestas que permitieran superar algunos problemas identificados en la relación Empresa, Población y Estado a nivel institucional; donde se identificó la ausencia de este último en su función de cúpula de aquel triangulo descrito[3]. Ahora bien, las respuestas giran en torno a la capacidad del Estado para dotar de contenido y eficacia a los derechos de las poblaciones dentro del ámbito de la actividad minera, lo cual a criterio de esta investigación sólo puede lograrse con una verdadera voluntad política que se concrete con leyes y reglamentos que asignen competencias y presupuesto a las entidades públicas vinculadas a la gestión social y ambiental de la actividad minera, toda vez que estos son los temas más delicados en los procesos de evaluación, supervisión y fiscalización de la misma y su relación con las Comunidades.

Por otra parte, en cuanto a la *segunda constante*; las decisiones respecto al *aprovechamiento de los recursos minerales* y *la participación ciudadana en la evaluación de la actividad minera* se constituyen como elementos centrales de todo conflicto. Lo cual se ve reflejado con la superposición de derechos mineros (concesión minera) con los derechos (de propiedad o posesión) de las comunidades sobre sus tierras, alcanzando – evidentemente – a la superficie que deberá ser afectada por la concesión en sí misma. Lo cual constriñe inevitablemente a la confrontación entre los titulares de estos derechos, marcando así, el inicio de un potencial conflicto social.

En términos legales, este conflicto expresa la contradicción que amerita reconocer que la concesión minera (no obstante que como derecho podría considerarse inferior a la propiedad), en la práctica constituye un derecho de mayor valor frente a cualquier otro reconocido o por reconocer en se le superponga, incluso la propiedad[4]. Asimismo, la participación ciudadana en la aprobación de estudio ambientales mineros se ha configurado como un elemento central del conflicto, toda vez que la Audiencia Pública de presentación del Estudio de Impacto Ambiental (etapa clave del proceso de participación ciudadana) constituye la última posibilidad que tiene toda población para paralizar un proyecto minero, ello en tanto que imposibilitando la realización del mismo, se consigue la paralización del procedimiento administrativo para su aprobación (ej. Tía María). Este hecho ha generado discusiones en torno a los límites que deberían imponerse al derecho de participación ciudadana en la aprobación de EIA; lo cual debe ser señalado, no obstante, no constituya parte central de la investigación.

***

[2] No obstante ello – es necesario reconocer – que aún persisten una serie de aristas sin analizar, toda vez que rebasan cualquier posibilidad de un tratamiento meramente legal.

[3] Ref. REVESZ, Bruno y Alejandro DIEZ. "El triángulo sin cúpula (o los actores desregulados en los conflictos mineros)". En Eduardo Toche (comp.), *Nuevos rostros en la escena nacional. Serie Perú Hoy Nº 10.* DESCO, 2006, Lima, p. 79

[4] Si bien esto tiene una explicación tan política como económica, era evidente la sobredimensión que conservan los derechos mineros hasta la actualidad; dado que, para oponerse a los mismos no hay herramienta legal que surtiera efecto, otorgada una concesión la expectativa gira en torno a hacerla productiva en el menor tiempo posible.

El papel que han jugado los conflictos sociales en la creación y/o modificación de normas legales es un punto que la presente investigación busca resaltar. Este detalle tiene – en mayor medida – su origen en la primera constante, toda vez que conforme se demostrará en la presente investigación, no fue sino hasta hace muy pocos años que – a partir de importantes procesos de violencia social – la regulación de la actividad minera ha sido modificada en aspectos donde "a todas luces" se ponía en desventaja a cualquier actor social frente a la empresa minera.

Más aún, si a esta reformulación legislativa le agregamos las reformas que vienen proponiéndose a raíz del contenido del derecho de propiedad o posesión para el caso de los Pueblos Indígenas, y el aprovechamiento de los recursos naturales en sus tierras; así como la obligación del Estado respecto al deber de consultarles sobre cualquier medida que afecte a sus intereses; encontraremos que el panorama legal de las constantes señaladas líneas arriba con el paso de los años se han ido complejizando a la par que los conflictos sociales han venido creciendo sostenidamente.

No obstante ello, concretar muchas de las exigencias señaladas requiere la adopción de una serie de definiciones legales que aún no han sido desarrolladas; siendo por lo tanto un elemento que se abordará en la presente investigación en lo referido al desarrollo del proceso de reasentamiento involuntario de Comunidades Campesinas por actividades mineras. Ello en tanto que, la materialización de las constantes identificadas deben ser expuestas en referencia a procesos concretos donde se puedan ejemplificar las contradicciones que generan conflictos sociales.

Por lo tanto, la presente tesis va en la búsqueda de un Derecho realista que no obstante en algunos casos se pueda encontrar incapacitado para conseguir objetivos sociales específicos, nunca claudique en el afán de brindar un orden social estable que permita a los individuos la libertad de luchar por alcanzar sus propios objetivos. Y es que, en un país como el nuestro, no basta con que se reconozcan derechos, se promulguen normas para cumplir con formalidades y se afirme alegremente que la dación de una ley conlleva a la plena vigencia del mismo. En un país como el nuestro donde la corrupción campea, la ausencia de meritocracia inunda el Estado, la captura del Estado coopta en contra de los intereses nacionales, el tráfico de influencias obtiene sentencias judiciales, resoluciones ministeriales e incluso leyes del parlamento; pareciera que lo último que necesitamos son más normas.

Concluiré esta introducción afirmando que esta tesis nació como resultado de una visión crítica al papel de las leyes en cuanto al aspecto social de la actividad minera; no obstante ello, aquel eterno retorno al que nos convoca nuestra vocación jurídica, nos llama a confiar que será finalmente el derecho un componente central en la cimentación del desarrollo de nuestro país, aquel que se construye a imagen y semejanza de quien lo crea y aplica.

.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1. El Derecho de Propiedad

1.1. Definición

El paradigma de los *ius in re* es el derecho de propiedad. Este derecho constituye un poder inmediato del titular sobre el bien, generando una relación que el ordenamiento jurídico reconoce como valida, otorgándose distintas atribuciones sobre el bien como su oponibilidad *erga omnes.* La propiedad representa así una potestad jurídica, el derecho al señorío pleno sobre la cosa.

Ahora bien, esta definición concibe a la cosa como el objeto inmediato del derecho, ya que hace consistir el derecho en la potestad jurídica sobre la cosa o en su sometimiento directo y exclusivo a nuestra acción y voluntad[1].

Sin embargo, el derecho de propiedad también puede ser concebido desde una posición doctrinaria no necesariamente personalista. Esta visión se ejemplifica en situaciones reales como la del propietario que sin contar con la cosa sometida a su acción y voluntad, sigue manteniéndola (como propia); en estos casos existe el derecho de propiedad pero le falta todo el contenido de la definición: *el sometimiento directo de la cosa*.

Por ello también debemos aceptar que cabe sometimiento sin derecho (en el caso de los ladrones) y derecho sin sometimiento como ya se dijo en el caso del propietario que no posee la cosa. No obstante esto, conforme lo señala Morineau, lo importante es que aún reconociendo que el derecho no es el sometimiento de hecho, sino la *facultad de sometimiento*; entonces, la característica del derecho real no radica en el contacto del titular con la cosa, sino en la facultad de ejercer actividades sobre la misma[2].

1.2. Naturaleza jurídica de la propiedad.

La propiedad es el poder jurídico que permite usar (*ius utere*), disfrutar (*ius fruere*), disponer (*ius abutere*) y reivindicar (*ius vindicare*) un bien (artículo 923º del C.C.).

El derecho de usar el bien implica el derecho de poseer (*ius possidendi*); *el derecho de disfrutar* comprende el aprovechamiento de los frutos y productos, así como el consumo del bien; *el derecho de disponer* consiste tanto en la disposición *jurídica* del bien enajenándolo a título oneroso (venta, mutuo, suministro en propiedad, etc.) o gratuito (donación, anticipo de herencia, legado, etc.) o constituyendo derecho a favor de otro, por ejemplo, arrendándolo, hipotecándolo; como la disposición *material,* por ejemplo, sembrar, edificar, consumir, demoler, talar, destruir el bien; y finalmente *el derecho de reivindicar* es la facultad que tiene el propietario de reclamar judicialmente la propiedad y también la posesión del bien que le pertenece. Estos poderes inherentes a

[1] El presente párrafo señala la posición considerada clásica.

[2] MORINEAU, Oscar. *"Los Derechos Reales y el Subsuelo en México"*. Fondo de Cultura Económica. México, 1948 p. 12 – 14. El autor cita a Planiol, promotor Francés de la teoría personalista, que citando a Aubry y Rau sostiene que la propiedad es el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida, de una manera absoluta y exclusiva, a la acción y a la voluntad de una persona.

la propiedad deben ser ejercidos por el propietario en armonía con el interés social (bien común) y dentro de los límites de la ley[3].

Asimismo, la doctrina ha señalado una serie de características propias del derecho de propiedad tales como absoluto, elástico, exclusivo, perpetuo, inviolable, pleno y principal[4], las cuales reseñamos a continuación:

Es *absoluto*, no en el sentido de ser un poder ilimitado, sino por otorgar las mayores facultades posibles sobre un bien y por ejercerse contra todos. El ejercicio del derecho del propietario, de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien, solamente puede ser restringido dentro de los límites permitidos por ley y la Constitución Política. En ese sentido, cualquier otro derecho distinto del de propiedad que pueda caber sobre un bien es solamente una parcelación de aquél.

Es *elástico* debido a que la propiedad originalmente pura, libre de toda carga o gravamen, puede sufrir desmembraciones cuando el propietario dispone de algunas de sus facultades en favor de otras personas, haciendo nacer derechos temporales, por ejemplo, cuando arrienda, hipoteca, constituye usufructo pero una vez extinguidos éstos, la propiedad recupera su amplitud inicial como la de un elástico temporalmente extendido.

Es *exclusivo* en el sentido de que no pueden existir dos o más propietarios sobre un mismo bien ya que, en tal caso, no había un derecho absoluto sino un derecho limitado al ejercicio del derecho del otro titular, es decir, en la práctica sería imposible que cada titular ejerza su derecho en exclusividad. Sobre un mismo bien no pueden existir dos o más propietarios en exclusividad sino solamente en forma de copropiedad, en la cual cada copropietario no es un propietario exclusivo ni de todo el bien ni de una parte determinada del bien, sino solamente de una parte alícuota, de una cuota ideal, sobre la totalidad del bien.

Es *perpetuo* en el sentido que no está sujeto a un plazo predeterminado de duración, salvo excepciones, por ejemplo, la compraventa con reserva de propiedad, la propiedad literal e industrial también están sujetas al término final. No se extingue por el no uso, salvo que otro lo adquiera por prescripción (art. 968.1 C.C.) o que por abandono durante 20 años pase el predio al dominio del Estado (art. 968.4 C.C.).

Es *inviolable* según lo establece la Constitución. Todo derecho, por consiguiente también el de propiedad, es por naturaleza violable. Lo inviolable no puede ser materia de regulación jurídica. Cuando el art. 70 de la Constitución prescribe que la propiedad es inviolable no quiere decir que por ello ya no habrán ladrones, estafadores, usurpadores, lo que quiere significar es simplemente que «a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio», concediéndole al propietario, acción ante el Poder Judicial para contestar el valor que el Estado haya asignado a la propiedad.

Es *pleno* porque atribuye al propietario toda clase de poder lícito de utilización del bien (aún cuando esas atribuciones no entren en el uso, disfrute disposición y reivindicación) dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, es *principal* porque tiene existencia propia no depende de ningún otro derecho, a diferencia de los otros derechos reales que presuponen que otra persona es el

[3] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil.* Editorial Themis. Bogotá 2002. p. 559-560
[4] *Ibíd.,* p. 558-559

titular del derecho de propiedad, del cual derivan su existencia, por ejemplo, el acreedor hipotecario deriva su derecho de hipoteca del derecho de propiedad del hipotecante.

Breve comentario a la regulación del derecho de propiedad en la Constitución Política y el Código Civil

El derecho de propiedad se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico principalmente en dos normas fundamentales, la Constitución Política de 1993 y el Código Civil de 1984.

Si bien es cierto que este derecho puede presentar regulación especifica, como de hecho señalaremos en puntos posteriores, no puede dejarse de mencionar que el marco regulatorio general sobre el cual se desarrolla el derecho de propiedad, constituyen las dos normas previamente acotadas. En ese sentido, resulta necesario comentar el tratamiento legal otorgado a este poder jurídico que recae tanto sobre bienes corporales (cosas) o incorporales (derechos, art. 884º C.C.).

La Constitución Política de 1993 consagra el derecho de propiedad (art. 2 inc. 16) como un derecho fundamental, señala que el mismo es inviolable[5], que se encuentra garantizado por el Estado, debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de las limitaciones establecidas por ley. Señala además que este derecho no puede ser vulnerado, salvo el Estado decida privar al propietario de lo que es suyo mediante la expropiación, procedimiento por el cual, en base a razones de seguridad nacional o de necesidad pública declarada por ley, la autoridad toma para sí la propiedad de terceros mediante el cumplimiento de los tramites legales establecidos y pagando previamente en efectivo la indemnización justipreciada que incluya la compensación por el eventual perjuicio. Esta disposición tiene su correlato con lo establecido en el artículo 928º del *Código Civil*, el cual señala que la expropiación se rige por la legislación en la materia. Por ejemplo, en el caso minero, esta será desarrollada en el T.U.O de la Ley General de Minería (Decreto Supremo Nº 014-1992-EM) y el Reglamento del artículo 7º de la Ley 26505 (Decreto Supremo Nº 017-96-AG).

Así, la Constitución cumple con no otorga al derecho de propiedad un carácter absoluto, por el contrario establece puntualmente que será por ley y en búsqueda del bien común que el mismo se relativice. Sobre este punto, el Código Civil (art. 925º) señala que las restricciones legales están condicionadas a razones de necesidad y utilidad pública como la expropiación; o de interés social, como por ejemplo, la obligación de usar las tierras conformidad con la zonificación urbana; o de seguridad nacional, en el caso de la prohibición a los extranjeros de adquirir bienes ubicados dentro de los 50 kilómetros de las fronteras (art. 71º Constitución 1993).

Finalmente, es importante señalar que se volverá sobre algunas disposiciones del Código y la Constitución no comentadas aún, en secciones siguientes de la presente investigación.

1.3. Clasificación del derecho de propiedad según el titular del bien

Desarrollada las potestades que reconoce el ordenamiento jurídico al derecho de propiedad, así como sus características en términos amplios. Resulta indispensable además, desarrollar en nuestro marco teórico aspecto relevantes acorde con los fines de

[5] La inviolabilidad se refiere a que el propietario no puede ser privado de su derecho a menos que sea por decisión judicial.

la presente investigación. En ese sentido se expondrá la clasificación doctrinaria del derecho de propiedad establecida en función al titular de los bienes, sean estos públicos o privados.

1.3.1. Bienes de propiedad del Estado

Nuestro ordenamiento jurídico ha diferenciado entre dos tipos de bienes sobre los cuales el Estado puede ejercer su dominio, los denominados bienes de dominio público cuya disposición presenta libertades restringidas y los bienes de dominio privado donde el Estado puede ejercer todas las facultades propias de un propietario, las consideradas en el Código Civil.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de los bienes de dominio del Estado, no puede dejarse de reconocer que es necesario que el Estado disponga de una serie de bienes que le permita cumplir con sus fines. En ese sentido, según Jiménez Murillo, el Estado, por su posicionamiento jurídico y ser el gran administrador de los recursos públicos, es quién está en mejor aptitud para lograr que dichos bienes generen bienestar a toda la comunidad[6].

A nivel legislativo se ha desarrollado los conceptos de dominio público o dominio privado. Así, la Ley Nº 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, establece en su artículo 3° que: *"los bienes estatales comprenden los bienes muebles e inmuebles, de dominio privado y de dominio público, que tienen como titular al Estado o a cualquier entidad pública que conforma el Sistema Nacional de Bienes Estatales, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan"*. Por su parte, en cuanto a sus definiciones correspondientes, estas han sido desarrolladas en el Reglamento de la Ley correspondiente, Decreto Supremo Nº 007-2008-VIVIENDA, el cual estipulado en su artículo 2º lo siguiente:

a) Bienes de dominio público: *Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y tutela conforme a ley.*

b) Bienes de dominio privado del Estado: *Aquellos bienes estatales que siendo propiedad del Estado o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos.*

1.3.1.1. *Bienes de dominio público del Estado*

[6] JIMENEZ MURILLO, Roberto. *Compendio de Legislación Propiedad Estatal.* ARIAL Editores. 1999. p. 19

Los bienes de dominio público[7] del Estado se clasifican en:

a) *Bienes de uso público*, que son aquellos que están destinados al uso de todos los habitantes. Por ejemplo, calles, ríos, puertos, carreteras, etc.)

b) *Bienes destinados al servicio público* a cargo del Estado como son los hospitales, colegios públicos, registros públicos, alumbrado público etc.

En cuanto a la naturaleza jurídica de estos bienes, hay distintas posiciones. Unos niegan que se trate de un derecho de propiedad porque no son susceptibles de disposición y otros afirman que el Estado es titular del derecho de propiedad, la cual no se ve alterada por las limitaciones legales.

Particularmente comparto la primera afirmación, la cual en opinión de Duguit, citada por Aníbal Torres[8], señala que los bienes de dominio público no son de propiedad del Estado, ya que éste no tiene la facultad de disposición, sino la de garante, es decir la de tutelar y proteger estos bienes y utilizarlos en beneficio del interés público al que se encuentran afectados. Más aún cabe señalar que el Estado tiene sobre los bienes públicos un derecho de tutela, de protección y de sobrevigilancia, por el cual impiden que se haga de ellos un uso diverso del que marca su destino, y no un derecho de propiedad[9].

Por su parte, la Constitución señala en su artículo 73° que: *"Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a la ley, para su aprovechamiento económico"*.

En ese sentido, la inalienabilidad se expresa en la indisponibilidad de ser susceptibles de transmisión, prescripción, expropiación, constitución de derechos reales de goce o garantía o constitución de derecho de contenido obligacional. Solamente pueden ser concedidos a particulares mediante actos de concesiones administrativas compatibles con la función a la cual está destinado el bien. En cuanto a la imprescriptibilidad, quiere decir que los bienes que forman parte del dominio público no pueden ser adquiridos en propiedad mediante la posesión como propietario en forma pública y pacifica durante cierto tiempo.

Finalmente a estas características debemos agregar lo estipulado por la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 006-97-AI-TC que resuelva la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26599, que modifica el Art. 648 del Código Procesal Civil, el cual establece en el inciso 1 la imprescriptibilidad de los bienes del Estado. En ese sentido, el Tribunal sobre la base de los criterios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley declaró: *"FUNDADA la demanda (...) precisando que subsiste la vigencia del Artículo 73 de la Constitución, según el cual son inembargables los bienes del Estado de dominio público e INFUNDADA la*

---

[7] Según Avendaño la noción de dominio público no es unívoca. Según su punto de vista, hay, en primer lugar, el dominio soberano del Estado, que recae sobre bienes esenciales e incondicionalmente dominiales (en primer término, el territorio y el mar territorial; y en segunda instancia playas, puertos, ríos, lagos). Asimismo, señala que existen bienes de dominio público, propiamente dicho, cuya dominalidad no es genérica, se encuentran sometidos por ley al régimen propio del dominio. Finalmente señala que dentro de los bienes de dominio público deben incluirse los que se destinan al uso de todos, los llamados "bienes de uso público", siendo una subespecie del dominio público. AVENDAÑO, Jorge. *"El Derecho de Propiedad en la Constitución"*. En: THEMIS N° 30, 1991. p 121

[8] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *óp. cit*., p. 491

[9] *Ibíd.,* p. 491

demanda en lo demás que contiene". Con esta decisión, el Tribunal Constitucional, sobre la base de su potestad para ejercer el control concentrado de la Constitución, establece esta nueva característica para los bienes de dominio público del Estado.

Cabe concluir señalando que los bienes de dominio público sólo podrán ser enajenados cuando opere la desafectación, procedimiento administrativo por el cual el Estado considera que el bien de dominio público ha perdido la naturaleza o condición apropiada para su uso público o para prestar un servicio público, y será aprobada por la Superintendencia de Bienes Estatales – SBN, de acuerdo con sus respectivas competencias. Respecto a esta posibilidad, el Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales, señala que la entrega en concesión de los bienes de dominio público a favor de particulares, se realizará conforme a la normatividad sobre la materia (artículo 45º).

1.3.1.2. *Bienes de dominio privado del Estado*

Estos bienes son aquellos que el Estado utiliza como particular. El dominio privado está considerado como aquél que el Estado ejerce sobre sus bienes de uso ordinario, a través de sus órganos y entidades representativas, los mismo, que están aplicados para los fines estatutarios de éstas o que coadyuven el soporte de sus actividades funcionales o institucionales[10]. En esto casos, el Estado tiene mayor libertad de disposición sobre estos bienes pues al no encontrarse ligados a una funcionalidad pública o estatal pueden ser dispuestos con mayor libertad por aquellas instituciones estatales que ejerzan su titularidad. La ley tiene claro estas consideraciones para el caso de los bienes inmuebles (el reglamento no considera la posibilidad de bienes muebles); asimismo, el reglamento considera una serie de disposiciones y liberalidades que pueden concurrir sobre estos bienes tales como ser entregados en donación, dación en pago a favor del Estado. Más aún se puede incluir dentro de los bienes inmuebles de dominio privado aquellos incautados o decomisados; también puede efectuarse la transferencia en dominio fiduciario de estos bienes, así como la de dominio entre entidades confortantes del Sistema Nacional de Bienes Estatales, entre otros. En conclusión, en el caso de bienes estatales de dominio privado, el Estado tiene la potestad legítima de actuar como propietario.

1.3.2. Bienes de propiedad de particulares

Tanto las personas naturales (individuos) o jurídicas (sociedades, cooperativas, comunidades campesinas, etc.) de derecho privado son susceptibles de ser titulares de un derecho de propiedad. Esta propiedad confiere a las personas lo necesario para poder existir y subsistir y para alcanzar sus propios fines. El propietario tiene el derecho de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien que le pertenece, encontrándose a su favor todas las características de este derecho señalas en párrafos anteriores.

La propiedad privada está protegida constitucionalmente por el artículo 70, estableciéndose su inviolabilidad, la garantía que debe recibir por parte del Estado y deber de ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Asimismo, se establecen las condiciones para la expropiación, como son la seguridad

[10] JIMENEZ MURILLO, Roberto. *óp. cit.,* p. 22

nacional o necesidad pública, las cuales serán desarrolladas en la sección correspondiente.

Ahora bien, siguiendo con el tratamiento constitucional, el artículo 71° señala la igualdad de los derechos de propiedad entre los extranjeros y connacionales. La única diferencia entre nacionales y extranjeros está dada por la prohibición a los extranjeros, por razones de seguridad nacional para adquirir dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras (no puede adquirir ni poseer título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía), la cual será exceptuada en casos de necesidad pública expresamente declarado por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Finalmente, el artículo 72° indica que razones de seguridad se puede establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas, tanto a nacionales como a extranjeros, para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.

1.4. Limites al derecho de propiedad: *la expropiación*

Desde la concepción del *"Leviatán"*[11], como aquella superestructura responsable de infundir validez a los derechos de los hombres que voluntariamente se habían sometido a su imperio, se reconoce que los derechos del hombre se encuentran restringidos en cierta medida al poder del Estado. Concebido el Estado Moderno, se entendió que se necesitaba de un supremo responsable que velara por el cumplimiento de las obligaciones y administración de los recursos de los hombres que por su naturaleza *violenta y tendiente a la guerra* no podían hacerla efectiva, se necesitaba de ese hombre o grupo de hombres que cumplieran con esa responsabilidad. Sobre esta premisa, para Hobbes, el Estado se encuentra omnipresente en todos nuestros derechos y obligaciones; por más halo de (aparente) sacralidad que envuelva nuestros derechos, estos se encontraran sometidos de alguna manera al *ius imperium* del Estado. Por esta razón, el derecho de propiedad no iba a ser la excepción[12].

La máxima expresión de las limitaciones del derecho de propiedad está dada por la expropiación forzosa. Esta figura jurídica importa al acabamiento del derecho de propiedad privada, al adquirir el Estado, de modo obligatorio, bienes pertenecientes a los particulares, que son necesarios para la realización de los fines del Estado. Tiene como base legal el art. 70° de la Constitución que reconoce la capacidad que tiene el Estado para privar de la propiedad por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

La potestad[13] expropiatoria queda así sujeta a estos requisitos establecidos en el texto constitucional. Las causales de seguridad nacional o necesidad pública deberán ser

---

[11] HOBBES, Thomas. *Leviatán. Capitulo XVII. De las causas, generación y definición de un Estado* Alianza Editorial. Barcelona, España, 1996, p. 169 - 173

[12] Cabe indicar que la "dignidad humana" como fundamento central de los derechos humanos se constituye como la razón suficiente para limitar la actuación estatal.

[13] Para Avendaño el concepto jurídico de **potestad** se ha desarrollado en el derecho administrativo; esta a diferencia del derecho subjetivo, no emerge de una relación jurídica concreta. La potestad es un poder abstracto y genérico, que no nace de vinculaciones negociables. El efecto de la potestad es la modificación de situaciones jurídicas existentes (potestades innovativas) o el mantenimiento, realización o tutela de situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o innovarlas. La potestad no encuentra al frente obligados singulares, prestaciones o actuaciones debidas, sino más bien sujeciones. La faculta de

justificadas por ley del Congreso de la República, el pago previo de una indemnización justipreciada que podrá incluir la compensación por eventual perjuicio deberá ser otorgada previamente y el afectado podrá contar con la posibilidad de accionar ante el poder judicial sólo para impugnar el valor de la propiedad que haya fijado el Estado en el procedimiento expropiatorio.

Del mismo modo, a nivel legislativo es necesario remitirnos a la definición de expropiación establecida por el artículo 2 de la Ley General de Expropiaciones – Ley Nº 27117[14] donde se advierte mayor énfasis en la exigencia de una "ley expresa del Congreso de la República", se establece que esta ley expresa sólo puede operar por la iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobierno Locales, el beneficiario de la expropiación determinada por dicha ley deberá ser el Estado y que el pago de la indemnización justipreciada y la compensación por el eventual perjuicio que sufra el afectado no sólo deberá ser previo, sino también en efectivo[15].

Volviendo al texto constitucional, cabe señalar que los temas más relevantes se encuentran en los requisitos señalados, las causales expropiatorias y la necesidad de ley expresa en esta materia las que se deben abordar.

En lo que se refiere a las causales habilitantes del proceso expropiatorio es importante señalar que en la doctrina no existe consenso al respecto, optándose por su determinación en cada caso concreto[16]. Para Jorge Avendaño las causales expropiatorias que contempla la Constitución actual son más restrictivas que las de 1979 y 1933. Mientras ahora sólo se consideran la seguridad nacional o necesidad pública, la Constitución de 1979 la autorizaba por causa de *necesidad y utilidad pública* o de interés social y la 1933 por causa de utilidad pública o de interés social[17]. Por su parte, García Toma[18] define ambas causales desde una perspectiva principista; la seguridad nacional es entendida como el fin primario y elemental del Estado. Alude a una situación en la cual el cuerpo político logra el control de la pluralidad de influencias atentatorias contra los objetos de la preservación, desarrollo y continuidad de la nación peruana. En cuanto a la noción de necesidad pública, el mismo autor señala que ésta alude a "… las medidas que redundan en beneficio, ventaja o utilidad a favor de la ciudadanía; por ejemplo, la realización de obras públicas. En puridad, en este específico

---

expropiar cuadra perfectamente con la noción de potestad. AVENDAÑO, Jorge. *"El Derecho de Propiedad en la Constitución" óp. cit.,* p. 120

[14] *"… la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del congreso de la República a favor del Estado a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.*

[15] MARTIN TIRADO, Richard. *"Aplicación de la nueva Ley General de Expropiaciones al régimen de concesiones sobre obras públicas de infraestructura y de servicios públicos".* En: Themis Nº 39. Segunda Época. 1999 p. 139

[16] Por su parte, el Código Civil en su artículo 923 señala que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. Según Avendaño[16], esto requiere algunas precisiones. Primero, que la norma al aludir el interés social, lo hace en concordancia con la Constitución de 1979 (vigente cuando se publicó el Código); sin embargo, al actual constitución ha cambiado "interés social" por "bien común" modificando tácitamente dicho artículo. Esta modificación transforma totalmente la concepción que debemos tener respecto al ejercicio sobre los derechos de propiedad, en la medida que bajo la concepción de bien común (que aspira al bien de la sociedad en su totalidad) se abre la posibilidad de imponer validamente límites al derecho de propiedad.

[17] AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. En GACETA JURÍDICA. *"La Constitución Comentada" Tomo I.* Lima Diciembre 2005, p. 944-946

[18] GARCÍA TOMA, Víctor. *"Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993"* citado por MARTIN, Richard. *óp. cit.,* p. 141

aspecto hace referencia a las acciones que el Estado realiza en el campo de la construcción de infraestructura que luego pone al servicio de la población…"

En lo que respecta a que sea "declarada por ley", esta exigencia genera la obligación de definir los límites materiales de las causales, con el objetivo de no extender el contenido de las mismas cada vez que se expidan las leyes específicas de expropiación. Es decir, al no mediar una definición unívoca de ambas causales en la propia Ley General de Expropiaciones, es bastante probable que cada ley específica que autorice o disponga la ejecución de un procedimiento expropiatorio extienda los alcances y contenidos de dichas causales[19].

¿Expropiación con fines mineros?[20]

Sobre la base del Informe Legal preparado por el Dr. Jorge Avendaño para la Dirección General de Minería respecto a procedencia de la expropiación con fines mineros. Cabe señalar que el jurista desde su introducción manifiesta su negativa ante tal posibilidad, sustentado su apreciación en que la constitución de 1993 ha derogado las normas de rango legal que autorizaban dicha expropiación. Así señala: "En efecto, el artículo 70 de la Constitución vigente limita la expropiación a dos causas: seguridad nacional y necesidad pública. La utilidad pública y el interés social. Que estaban previstos en las constituciones anteriores, han sido descartados. La actividad minera, según el TUO, es de utilidad pública. La inversión en minería, de otro lado, es de interés nacional. Ambos son sin embargo conceptos distintos a la necesidad pública que menciona la Constitución. La necesidad pública es de todos. La construcción de una carretera o un hospital son de necesidad pública. La obra necesaria para todo. Todos se van servir de ella. No es el caso de la actividad minera, que si bien interesa a la Nación y representa un beneficio (utilidad) público, no responde a la necesidad de todos[21].

La propiedad de las tierras de las comunidades campesinas por mandato legal y constitucional no puede adquirirse a través de un proceso de expropiación. Aún si se cumpliera con el requisito de establecer por ley que la actividad minera es de necesidad pública. Como bien lo ha señalado el Jurista Avendaño esto sería inconstitucional. No obstante esta conclusión, ello tampoco debe llevar a limitar la actividad empresarial sobre en todo en la gran minería que produce ingentes réditos al fisco peruano y los gobiernos regionales y locales. La solución inmediata a esta disyuntiva se plantea con la figura legal denominada *servidumbre minera.*

1.5. La función social del derecho de propiedad

Cuando nuestra constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legitimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio en atención a los

[19] MARTIN, Richard. *Ibíd.,* p. 140

[20] El presente documento forma parte de los anexos de la presente tesis.

[21] ESTUDIO JORGE AVENDAÑO V. ABOGADOS. Dirección General de Minería. Informe Legal: *"Establecimiento de servidumbres para el ejercicio de actividades mineras".* Agosto, 1998. pp. 19–20

intereses colectivos de la Nación[22]. En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad debe determinarse tanto bajo la óptica de los intereses particulares, como además tomar en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social.

La idea de la función social de la propiedad se expresa sustantivamente cuando interviene la administración pública y concreta la referencia al interés social en nombre del interés general; como en el caso de los bienes que siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, las acciones que tome el Estado con respecto a ello se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma; otros ejemplos concretos se realizan con relación a intereses económicos-sociales como la ordenación de la producción agrícola, regulación urbana, desarrollo de la vivienda, etc.

En este marco, la propiedad se entiende dentro del papel que cumple en relación con las necesidades económicas de la sociedad. Los derechos de los particulares deberán conciliarse con los de la comunidad, la propiedad privada ya no será solamente un derecho subjetivo de propietario. La base jurídica de esta idea descansa sobre la concepción de que la propiedad deja de ser un derecho del individuo para convertirse en un derecho a favor de la sociedad. Se considera que el propietario tiene el bien con autorización de la sociedad y que solo puede hacer uso de las facultades que tiene sobre ella en forma concordante con los intereses de la sociedad misma. La propiedad ya no es solamente un derecho, se ha convertido además en una suerte de deber.

Walter Gutiérrez señala en su comentario al artículo 924 del Código Civil, que se ha relativizado el absolutismo de la propiedad, que su supuesta autonomía era en realidad la relación de oponibilidad de este derecho frente a terceros o una relación con el poder público, que sólo podría tomarse basándose en el interés común y previo pago de una justa indemnización. Gutiérrez afirma: "Lo absoluto no forma parte del mundo jurídico" [23], afirmación cierta pero lamentablemente contiene – dependiendo del contexto y como se de la norma – una trampa. No podemos obviar que este proceso de socialización de la propiedad pueda contener en ciertos casos sendas desigualdades que originen la indefensión de un sector de la población simplemente en nombre del bien común. Para evitar ello es necesario determinar si las normas dadas por el Estado están o no funcionando efectivamente dentro de determinados espacios sociales [24].

1.5.1. El ejemplo Español

La experiencia española sobre el derecho de propiedad es sumamente pedagógica, enfoca de forma sistemática la noción sobre la función social del derecho de propiedad y como esta idea se debe ir aplicando en su propia realidad.

Por ello, para la jurisprudencia constitucional española el contenido esencial del derecho de propiedad debe entenderse, desde la referencia a la función social del mismo, como la *«recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento*

[22] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *"Sentencia recaída en el expediente N° 0048-2004-PI/TC"*. Fundamentos 78-80

[23] GUTIERREZ CAMACHO, Walter. En GACETA JURÍDICA. *Código Civil Comentado. Tomo V "Libro V: Derechos Reales"*. Lima, Diciembre 2003, p. 194

[24] GRIFFITHS, John, *Pluralism and the Social Working of Law.* Citado en ZAMBRANO, Gustavo. *Conceptos transversales a tener en cuenta como parte del análisis de los conflictos socioambientales en minería.* En: Ius Et Veritas. Nº 32. Lima pp. 397 – 419. Griffiths es profesor principal de sociología jurídica en el Departamento de Teoría Legal de la Universidad Groningen – Holanda.

histórico de que se trate y como practibilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable»[25]. Más aún, el Tribunal Español afirmó que la propiedad privada ha experimentado durante nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil, transformación que ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre los suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de tierra agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes por trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas.

Es decir el Tribunal Constitucional Español no especifica, cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad, más bien ha establecido una pauta que permite su identificación en cada caso concreto y que gira en torno a unos datos comunes: dependerá de cada tipo de derecho dominical, del momento histórico en que se produzca la regulación o la aplicación, de la posibilidad efectiva de ejercicio del derecho y de la sujeción de las restricciones al principio de proporcionalidad[26].

Lo curioso de todo esto es que ha traído como consecuencia algo absolutamente impensable en nuestra realidad "el reforzamiento de las intervenciones delimitadoras del derecho de propiedad por su función social no sometidas a indemnización". Se sostiene que en virtud de la función social, la propiedad deja de ser una mera suma de facultades de goce y disposición, solamente limitadas desde el exterior, para convertirse en un conjunto tanto de derechos como de deberes que, en virtud de las exigencias generales actúan desde el interior del derecho y conforman su identidad[27]. En todo caso es importante tener en cuenta que en el caso español no se partió de cero pues para delimitar el derecho de propiedad sobre la base de su función social se requirió seguir una serie de políticas públicas reflejadas en leyes previas sobre el uso del suelo, reforma agraria o zonificación ecológica económica que lamentablemente no se han desarrollado completamente en nuestro país hasta la actualidad.

1.6. Una visión económica del derecho de propiedad

Por su parte, para el análisis económico del Derecho, la propiedad es fundamentalmente un bien plausible de transacciones en el mercado que permitirá generar riqueza.

Bajo esta visión se plantea que la propiedad alcance su asignación más eficiente como recurso, es decir que se encuentre en las manos de los individuos que le den mayor valoración económica, y donde los *property rights*[28] funcionen como incentivos para que los individuos dediquen esfuerzo a las actividades que llevan al crecimiento económico[29].

---

[25] STC 37/1987 de 26 de marzo

[26] PONS CÀNOVAS, Ferran. *"La incidencia de las intervenciones administrativas en el Derecho de propiedad" Perspectivas actuales.* Editorial Marcial Pons, Madrid 2004, p. 77

[27] PONS CÀNOVAS, Ferran. *Íbid.,* p. 33*,*

[28] Se entiende por *property rights* una gama derechos más amplia sobre las cosas, como el uso o el disfrute, razón por la cual resulta más apropiado llamarlos *derechos de apropiación.* La teoría de los *property rights* se guía bajo los criterios de eficiencia el manejo de recursos considerados por definición escasos)

[29] DELGADO FLORES, Enrique *"Propietarios de su destino" Análisis económico de los derechos de propiedad en la comunidades campesinas de la Sierra* en DERECHO PUC Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 49 Diciembre 1995, p. 395

Conforme a esta postura los individuos actúan guiados por un deseo de maximización de sus beneficios. Por ello asumen que en un sistema donde no existiera propiedad privada, todos actuaran de un modo tal que su búsqueda por aprovechar al máximo los recursos existentes, los lleve a tomar decisiones que no tomen en cuenta ni la posibilidad de extinción de estos recursos, ni los costes que suponen para los demás (externalidades)[30]. Esta teoría aspira a un sistema en que cada individuo tome en cuenta no sólo los beneficios que obtendrá, sino también los costos que ello produce a la sociedad.

Un claro ejemplo de esta situación se ve reflejado en la condición de las tierras de las comunidades campesinas en cuyo subsuelo se encuentra un yacimiento minero. Mientras el yacimiento era desconocido, las tierras de las comunidades campesinas sólo tenían valor para los pobladores de la zona pues este era el espacio geográfico donde desarrollan su vida y realizaban sus labores agrícolas y de pastoreo. Una vez descubierto el yacimiento minero y otorgada la concesión, la propiedad de las tierras eleva su valor, no por ser estas la que contiene el mineral, sino por representar el derecho (algunas veces, el obstáculo) que debe ser sometido para iniciar los trabajos de explotación. En este caso, el aprovechamiento eficiente del derecho de propiedad sobre las tierras comunales sería permitir su otorgamiento en servidumbre respecto de la concesión minera, lo cual permitiría extraer los minerales.

Sobre la base de los criterios del análisis económico del derecho aplicado a la propiedad, se espera que los titulares de las tierras comunales cedan sus derechos en pos de la maximización de los recursos que se encuentran en el subsuelo. No obstante, la realidad no se presenta así; si bien la propiedad sobre la tierra comunal puede llegar a tener un alto valor en el mercado, la lógica eficientista del *costo – beneficio* muchas veces no puede ser aplicada en estos casos (pura lógica económica). Quizás porque la propiedad comunal sobre estas tierras contiene una significado distinto que aún no alcanza a reconocer el derecho.

Ahora bien, para alcanzar el objetivo de maximizar el valor de la propiedad es claro que se requiere un sistema eficiente de transferencia de propiedad. En ese sentido, tal como lo recoge Mario Castillo Freyre[31]; las funciones a las que esta llamado a cumplir este sistema de transferencia de derechos de propiedad presuponen que el mismo cuente con las siguientes tres características[32]:

- *Universalidad*; todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que por su abundancia puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás.
- *Exclusividad*; significa que el sistema debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Los derechos de propiedad únicamente aparecen, entonces, cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios

[30] DELGADO FLORES, Enrique. *Ibíd.,* p. 395

[31] CASTILLO FREYRE, Mario. *"La Transferencia de Propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica"*. Palestra. Lima, 2007, p. 12 - 13

[32] TORRES LÓPEZ, Juan. *"Análisis económico del Derecho"* citado por Enrique Delgado Flores *"Propietarios de su destino" Análisis económico de los derechos de propiedad en la comunidades campesinas de la Sierra* en DERECHO PUC Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú Nº 49 Diciembre 1995 p. 398

que el propio uso exclusivo genera. Según Bullard[33] sería lo que la doctrina tradicional ha denominado carácter *erga omnes,* es decir, la oponibilidad absoluta del derecho de propiedad. Asimismo, señala que permite otorgar un incentivo para la inversión en el bien determinado que permitiría además internalizar los costos de en una posible sobreexplotación del bien[34]. Por ello, a partir de la exclusión de los demás surge el incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado y, como contrapartida, racionalizar los costos que se derivarían de una sobreexplotación del bien.

- *Transferibilidad;* se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos (de actividades que obtienen poco valor a otras que los administren de manera más eficiente).

Llegado a este punto es importante resaltar el aporte realizado por Hernando De Soto, reconocido economista, estudioso de los sistemas de transferencia de propiedad y uno de los principales impulsores de propuestas que buscan revalorar el papel de este derecho como elemento para el desarrollo social y alivio de la pobreza, habiendo postulado una serie de aportes fundamentales que consideramos indispensables consignar, a fin de comprender en toda su magnitud la importancia del derecho de propiedad.

De Soto define a los derechos de propiedad como aquellos, tanto personales como reales, que reconocer a sus titulares la enajenabilidad y la exclusividad sobre los mismos; es decir, la potestad de disponer libremente de ellos y la posibilidad de utilizarlos con exclusión de todos los demás o disfrutarlos libremente[35].

Asimismo, señala que en Occidente el sistema de propiedad formal empieza a transformar activos en capital mediante la descripción y organización de los aspectos social y económicamente más útiles sobre los activos, preservando esta información en un sistema de registro que luego se incorpora en un título. Cualquier activo cuyos aspectos económicos y sociales no están fijados en un sistema de propiedad formal es sumamente difícil de mover en el mercado. Por ello para De Soto, la única manera de controlar las enormes cantidades de activos que cambian de manos en una economía moderna de mercado es mediante un proceso de propiedad formal. Sin este sistema, cualquier tipo de transacción exigiría un enorme esfuerzo, comenzando por la determinación de los elementos básicos de la transacción, los cuales por su informalidad no cuentan con información suficientemente confiable para ser objeto de transacción[36].

En ese sentido, el valor del análisis elaborado el De Soto yace en la visualización del engranaje oculto que articula las miles de piezas de legislación, estatutos, reglamentos, e instituciones que rigen el sistema de transferencia de propiedad; expone una visión extralegal que permite comprender mejor cómo funciona el sistema y qué efectos produce, cono lo cual permite poner en valor al derecho de propiedad y permite responder en cierta medida como se pueden generar riquezas a partir de ello.

Para De Soto, la propiedad genera una serie de efectos, que de hacerse accesibles a los personas con pocos recursos, les permitirá aprovechar legalmente el potencial

---

[33] Citado por Castillo Freyre

[34] BULLARD GONZALES, Alfredo. *"Un mundo sin propiedad"* citado por Enrique Delgado Flores *"Propietarios de su destino" Ibíd.,* p. 398

[35] DE SOTO, Hernando. "*El otro sendero"* citado por Mario Castillo Freyre *"La Transferencia de Propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica" óp. cit.* p. 13

[36] DE SOTO, Hernando. *"El Misterio del Capital"*. Editorial El Comercio. Lima, 2000. p. 76-77

económico de sus activos para producir, afianzar o garantizar mayor valor en un mercado de nuevas dimensiones. Estos efectos son expuestos a continuación[37]:

- *Fijación del potencial económico de los activos;* el autor hace referencia a la diferencia operacional que existe entre el título de propiedad de una casa y la casa misma, cuanto objeto tangible, automáticamente ha dado el paso del mundo físico al universo conceptual donde reside el capital. La propiedad sobre la casa se vuelve puro concepto cuando esta cambia de dueño, pues nada se altera en lo físico. Por ello, afirma, la propiedad no es la casa misma sino un concepto económico acerca de la casa, encarnado en una representación legal que describe no sus cualidades física sino las cuales económica y socialmente significativas que los seres humanos le atribuimos al bien (y que, pueden ser afianzadas mediante hipotecas, servidumbres y otros mecanismos).
- *Integración de la información dispersa a un solo sistema*; se refiere al acopio de toda la información así como las reglas que rigen la riqueza acumulada de los ciudadanos en una sola base de conocimientos.
- *Responsabilidad de los actores*; gran parte del valor potencial de la propiedad legal se deriva de la posibilidad de tener que desprendernos de ella. Por lo tanto mucho de su poder nace de la confiabilidad que crea, de los límites que impone
- *Fungibilidad de los activos*; uno de los efectos más importantes del sistema de propiedad formal es que da mayor accesibilidad a los activos, para que tengan otros usos. A diferencia de los activos físicos, las representaciones de los activos son fáciles de combinar, dividir, movilizar y utilizar para alentar tratos comerciales. Al separar los rasgos económicos de un activo de su rígico estado físico, la representación vuelve al activo «fungible», es decir, capaz de modelarse para encajar en prácticamente cualquier transacción.
- *Interacciones*; el aporte de la propiedad formal a la humanidad no es proteger la condición de dueño, pues invasores, organizaciones de vivienda, mafias e incluso tribus primitivas se las arreglan para proteger sus activos con considerable eficiencia. El verdadero avance en este tipo de propiedad es que mejora radicalmente el flujo de comunicación sobre los activos y su potencial. También eleva el status de sus propietarios. También proporciona a las empresas información sobre los activos y sus propietarios, domicilios verificables y registros objetivos del valor de la propiedad, y abre los historiales crediticios de las personas. Ello permite volver el riesgo más manejable, permite agrupar propiedades hipotecadas, acceder al crédito y garantizar deudas.
- *Protección de las transacciones*; los sistema de propiedad formal funcionan como una red en la cual todo los registros de propiedad son continuamente rastreados y protegidos. Los registros públicos son las agencias estatales que custodian las representaciones. Administran archivos que contienen todas las descripciones económicamente útiles de los activos, trátese de tierras, bienes muebles o inmuebles, buques, industrias, minas o aeronaves. La seguridad se

[37] *Ibíd.,* p. 79-92. Los subtítulos han sido tomados de Castillo Freyre. *La Transferencia de Propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica"*

> acentúa a fin de hacer confiables las transacciones para facilitar que los activos de las personas lleven una vida paralela como capital.

Si bien el derecho de propiedad constituye la base del orden patrimonial en nuestro sistema jurídico, no solamente por ser considerado el derecho real "perfecto", sino además por constituir un elemento que debidamente reconocido y administrado generará riqueza a su titular como lo señala De Soto; también como todo derecho, presenta una serie de nuevas dimensiones en función al contexto socio-cultural en que se desarrolle.

Por lo tanto, el derecho de propiedad, su manifestación, administración, alcances y límites deberá tener en cuenta nuevas variables, las cuales por no ser necesariamente jurídicas concurren en auxilio del derecho, el cual deberá asumirlas y regularlas conforme establezcan las circunstancias. Esa es la visión de la presente investigación respecto al derecho de propiedad, la cual – a lo largo de la investigación – habré de sustentar.

2. Consideraciones jurídicas en torno a dos derechos en conflicto: *El derecho de propiedad sobre tierras comunales y la concesión minera*

2.1. Cuestiones preliminares

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce en el Estado una doble titularidad sobre los bienes que se encuentran dentro de su esfera jurídica; por un lado, el deber de administración de los bienes sujetos al dominio público estatal; y por otro, la potestad de conducirse como particular (propietario) respecto a los bienes clasificados dentro del domino privado del Estado. No obstante esta clasificación aparentemente completa, la misma no ha tomado en cuenta un conjunto importante de bienes como son *los recursos naturales.*

Si alguien preguntará ante un auditorio: *¿A quién le pertenecen los recursos naturales?* Las respuestas más recurrentes serian – sin duda – que estos son propiedad del Estado. Si bien esta respuesta parece absuelta en base al sentido común, en estricto no es correcta. Los recursos naturales no constituyen en estricto propiedad del Estado Peruano; es decir, la potestad que tiene el Estado sobre los mismos no lo faculta a conducirse como lo haría un particular sobre sus bienes; los recursos naturales presentan una naturaleza distinta a los bienes de dominio público estatal; en ellos el Estado expresa a través del dominio eminencial, que lo facultad a delegar ciertos derechos a terceros, pero no el desprendimiento del dominio.

2.1.1. La soberanía estatal sobre los recursos naturales: *La teoría del dominio eminente*

La Constitución Política establece en su artículo 66° que los recursos naturales renovables y no renovables constituyen **patrimonio de la Nación;** que el Estado es soberano en el aprovechamiento de los mismos, y cuya condiciones de utilización y otorgamiento deberá regularse mediante ley orgánica, la cual se realizará a través de la modalidad de concesión, obteniendo los titulares un derecho real, sujeto a su respectiva norma legal.

Se desprende de este párrafo que el Estado no solamente ejerce un dominio sobre los recursos naturales, sino que además, como parte de sus funciones y responsabilidades, debe administrarlos de manera adecuada. Esta administración implica la potestad de determinar la manera más eficiente por la cual pueden aprovecharse en beneficio de la sociedad en su conjunto. Permitiendo así que los particulares (a través de la concesión) también puedan realizar actividades de aprovechamiento y explotación de los recursos naturales, asumiendo el Estado una responsabilidad respecto a su aprovechamiento sostenible con independencia de quien lo haga.

En cuanto al marco legal específico, lo encontramos en la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (LOARN) - Ley Nº 26821[38]. La citada norma define en su artículo 3° a los recursos naturales[39], señalando que son todo

[38] Conforme su artículo 2°, la LOARN tiene como objetivo promover y regular el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, renovables y no renovables, estableciendo un marco adecuado para el fomento a la inversión, procurando un equilibrio dinámico entre el crecimiento económico, la conservación de los recursos naturales y del ambiente y el desarrollo integral de la persona humana.

[39] Son recursos naturales: a). las aguas: superficiales y subterráneas; b). el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección; c). la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistos; los recursos genéticos, y los

componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado.

Por su parte, el artículo 4° desarrolla el alcance del domino sobre los recursos naturales que tiene el Estado, estableciendo que: *"(...) mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos mediante concesión, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos".*

Como se puede ver, los recursos naturales poseen una doble naturaleza; constitucionalmente son Patrimonio de la Nación y al mismo tiempo, son bienes que corresponden al *dominio eminente* del Estado, el que se traduce en la competencia estatal para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos. Son bienes sobre los que aún no se han establecido necesariamente derechos específicos pero se encuentran adscritos al Estado por estar en su territorio[40]; en otras palabras, es la soberanía estatal la que se manifiesta.

La teoría del dominio eminente

El dominio eminencial es una figura legal, que reconoce al Estado ciertos atributos de propietario respecto a los recursos naturales, con la finalidad que el mismo pueda administrarlos con cierta libertad en nombre de la Nación. En el dominio eminente, el Estado nunca deja de ser el principal titular de los recursos naturales; sin embargo, al no reconocerse en esta figura las potestades propias de la propiedad privada sobre los mismos, el Estado se encuentra restringido en la posibilidad de enajenarlos, es decir entregarlos en propiedad a particulares, aunque en la práctica el efecto de los derechos que se adquieren sobre los recursos naturales sean los mismos.

Para Jorge Avendaño, el dominio eminencial es una de las formas que admite el dominio del Estado (pues admite hasta cuatro por lo menos) mediante la cual el Estado mantiene una suerte de dominio vigilante sobre los bienes que ha concedido a los particulares para su explotación. Por ejemplo, según el jurista, ese sería el caso de las minas donde se concede el derecho a explotar la mina y hacerse de los frutos, pero con un Estado vigilante, mirando si el concesionario no cumple con las condiciones de la concesión, pues caso contrario la concesión revierte al dominio del Estado y el Estado vuelve a conceder la mina a otro particular.

En palabra de Chirinos y Ruiz, lo que se reconoce al Estado es la facultad de delegar ciertos derechos a particulares pero no a desprenderse del dominio. El Estado concede algunas facultades similares al usufructo que permitiría asignarlos para su explotación a particulares, manteniendo siempre dicho dominio, es decir, el dominio latente[41].

Finalmente, en cuanto a sí los recursos naturales podrían ser considerados como bienes de dominio público, comparto la opinión de Chirinos y Ruiz quienes señalan que constituye una categoría de dominio distinta, el Estado administra los recursos naturales en beneficio de todos y que, en cuanto al dominio público, el Estado detenta la afectación de los mismos a un fin público. Entonces, debe dejarse claro que los recursos

---

ecosistemas que dan soporte a la vida; d) los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares; e) la atmósfera y el espectro radioeléctrico; f) los minerales; g) los demás considerados como tales. El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley.

[40] CHIRINOS, Carlos y RUIZ, Manuel. *"Concesiones sobre Recursos Naturales: Una oportunidad para la gestión privada".* Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA, 2002. p. 24

[41] CHIRINOS, Carlos y RUIZ, Manuel. *Ibid.,* p. 34

naturales si bien podrían consignarse dentro de la categoría de bienes de dominio público, en puridad y conforme ha señalado nuestro derecho, presentan una característica particular al encontrarse bajo el dominio eminencial del Estado, la cual constituye una categoría de dominio distinta al dominio público clásico. Esta idea del dominio eminencial del Estado sí le permitiría asignarlos para su explotación a particulares, manteniendo siempre dicho dominio hasta el momento en que se generan frutos y productos, en cuyo caso el dominio de éstos pasa a manos de quien se encuentra explotando y usando los recursos[42].

Los recursos naturales como bienes de dominio público

En nuestro ordenamiento jurídico no son pocas las ocasiones en que se presentan confusiones o paralelismos en el uso de algunos términos.

Este sería el caso del domino eminente, que| la presente investigación sostiene no se encuentra adscrita a la categoría de dominio público que ha establecido nuestra constitución, posición que no comparte el Tribunal Constitución que en una sentencia muy famosa sobre recursos minerales ha señalado lo siguiente:

"98. Los recursos naturales renovables y no renovables, ***al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación*** *-no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo- configuran lo que se denomina una "propiedad especial". Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73° de la Constitución Política del Perú, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil".*

Sin embargo, en la misma sentencia el máximo intérprete de la Constitución reconoce lo siguiente:

30. ***El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente****, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.*

Frente a esta situación cabría concluir que independientemente del adjetivo que la doctrina o jurisprudencia pretenda colocar al lado del sujeto recurso natural, lo realmente importante se encuentra en reconocer que el aprovechamiento otorgado por el Estado constituye un tipo de "propiedad especial", la cual independientemente de los atributos que adquiera como finalmente señala el TC: *nunca pasan a ser propiedad absoluta de quien los recibe en concesión*[43].

2.1.2. El dominio eminente en otras experiencias jurídicas

2.1.2.1. El dominio eminencial según el constitucionalismo colombiano

Los tratadistas colombianos siguiendo a Hauriou parten de la siguiente premisa: *"El territorio es el espacio en el cual se ejerce el dominio eminente del Estado"*[44]. En otras palabras, entienden el dominio eminente como el derecho que tiene el Estado, en su

[42] *Ibíd.,* p. 37
[43] STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC. Fundamento 83.
[44] HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* citado por HERRERA ROBLES, Aleksey en: Revista de Derecho, Universidad del Norte N° 20, 2003, p. 78

condición de persona jurídica, para ejercer soberanía sobre su territorio y sobre los bienes en él contenidos. En palabras de Marienhoff: *"El dominio eminente es un poder supremo sobre el territorio vinculado a la noción de soberanía, el cual se ejerce potencialmente sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate de dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares administrados*[45].

En tal sentido, desde la perspectiva constitucional colombiana, la figura del dominio eminente se encuentra ligada con aquellos elementos constitutivos del territorio de Colombia con respecto a los cuales se permite el ejercicio de actos de soberanía: tales son el suelo (territorio continental e islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen), el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el espectro electromagnético, entre otros. De modo tal que el territorio "con los bienes públicos que de él forman parte", pertenecen a la Nación, que aparece como personificación jurídica del Estado[46]

Lo señalado en el párrafo anterior ha sido objeto de análisis por distintos tratadistas, quienes señalan debe distinguirse el concepto civilista de propiedad de la especial relación jurídico-institucional que tiene el Estado con ese elemento material que lo integra llamado «territorio» y que, de manera ya inveterada, se ha denominado «dominio eminente». Se trata de un dominio *sui generis,* ajeno al uso, disfrute y abuso implícito en aquél y que es expresado a través del imperativo poder de mando y de regulación. En síntesis, el carácter de «eminente» que la doctrina le asigna a esta forma especial de dominio del Estado, por significar «alto, elevado, que sobresale en mérito a cualquier otra cualidad», lo aleja de toda posible ubicación o clasificación construida bajo la expresión genérica de «propiedad» o de «formas de dominio», si estos últimos encierran el sentido de derecho real o poder jurídico de una persona sobre una cosa con contenido económico[47].

Finalmente es importante señalar que por parte del Estado existe una doble relación jurídica respecto a determinados bienes que forman parte del territorio; en ese sentido, conforme a lo establecido por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-566-92, la propiedad está protegida y garantizada junto con los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, y distingue tres clases: la privada, la estatal y la pública. La primera es la propiedad particular de los asociados en todas sus formas de aplicación; la segunda, se encuentra referida a la propiedad sobre los recursos naturales no renovables y subsuelo[48]; y la tercera consagrada a los bienes llamados de uso público, que son los que comparte una doble dimensión con el dominio eminente[49].

…

[45] MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V, Dominio Público* citado por HERRERA ROBLES, Aleksey en: Revista de Derecho, Universidad del Norte N° 20, 2003,
[46] Artículos 101° y 102° de la Constitución Colombiana de 1991.
[47] HERRERA LLANO, Wilson. *"El Constitucionalismo Colombiano: Parte dogmática, territorio y población"*. Ediciones Uninorte. Colombia. 2004., p. 168-169
[48] En cuanto al concepto de subsuelo, por su carácter de fuente inagotable de riquezas naturales, tiene dos menciones diferentes en la Constitución, una como parte del dominio eminente que enuncia el artículo 101 y la otra como parte de la propiedad del Estado sobre los recursos naturales declarada en el artículo 332 de la misma
[49] HERRERA LLANO, Wilson. *óp. cit.,* p. 169-170

En la tradición jurídica colombiana el concepto de *dominio eminente* dista mucho de la desarrollada por nuestros legisladores (siendo semejante, en todo caso, con lo que entendemos como bienes dominio público), la cual abarca distintos bienes dentro del territorio colombiano, cuya potestad podrá hacerse efectiva en merito ejercicio de su soberanía. Por su parte, los recursos naturales y el subsuelo han sido declarados "propiedad" del Estado (sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes), visión distinta de la planteada por la doctrina y legislación peruana. El texto constitucional ha señalado que por ley se determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables. Finalmente, es interesante resaltar que se ha establecido que la explotación de estos recursos naturales no renovables causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

2.1.2.2. La jurisprudencia norteamericana: El caso *Kelo vs. City of New London*

La figura del *dominio eminente* también ha sido desarrollada en otras tradiciones jurídicas como el *common law*. En el caso del derecho anglosajón, la disposición que sobre la propiedad privada puede ejercer el Estado presenta una concepción distinta, ligada fuertemente a las experiencias sobre expropiación ocurrida en los Estados Unidos, cuyo análisis no servirá para comprender los límites que deben acompañar al poder Estatal.

La Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos señala: *"ninguna propiedad privada será tomada para uso público sin una compensación justa"*[50]. Esta cláusula es conocida como la cláusula de "compensación justa", "dominio eminente"[51] o "expropiación".

De la lectura de Fischel[52] se pude desprender que hasta hace algunos años (2004) la Corte Suprema de los Estados Unidos mantenía una visión particular de la cláusula del "uso público", sobre la cual muchos autores aún consideran que prohíbe al gobierno tomar la propiedad privada (otorgando una compensación) para dársela a otro individuo para su uso privado. La Corte concordaba con que el ejercicio del dominio eminente debía darse en relación con uso público, pero acepta sin mayor reparto casi cualquier declaración legislativa que, por ejemplo, un centro comercial privado o una planta ensambladora de automóviles sea considerado de "uso público". La posibilidad de que ciertos individuos puedan estar operando a través del proceso legislativo para beneficiar sus intereses particulares era considerablemente desatendida.

En el ámbito jurídico la discusión giraba respecto a la definición de lo que debía ser considerado legalmente como de *"uso público"*. La principal controversia era determinar bajo que circunstancias, el Estado puede hacer uso de su poder de dominio eminente para el beneficio de intereses particulares considerando que esos intereses coincidirían con el uso público. Un punto de vista sostiene que las recaudaciones requieren ser de propiedad pública o de acceso público. Bajo este punto de vista, el

[50] "[N]or shall private property be taken for public use, without just compensation"

[51] Se dice que el término *eminent domain* o dominio eminente tuvo su origen en el pensamiento del jurista del siglo XVII Hugo Grotio. Por éste se entendía el poder del Estado de tomar la propiedad privada en beneficio del resto de la sociedad, siempre y cuando se compensase el daño generado. La Constitución Federal Norteamericana no hace una referencia explícita a este poder; sin embargo, es un término bastante utilizado dentro de la doctrina y jursiprudenca de ese país.

[52] FISCHEL, William A. *"Expropiaciones y elección pública: La persuasión del precio"*. En: Themis Nº 48. Julio 2004. p. 118

gobierno utiliza el dominio eminente para una oficina postal, aeropuertos o carreteras. Un punto de vista contrario sostiene que el dominio eminente puede ser justificado para cualquier uso privado en tanto que la recaudación ostensiblemente produzca un beneficio público general. Bajo este punto de vista, la recaudación pueden ser justificada permitiendo al privado desarrollar un conjunto habitacional, levantar una fábrica o construir un estadio casino. Como se verá concurre predominantemente con esta última visión, la Corte Suprema de los Estados Unidos, muchas Cortes Federales y Cortes Estatales quienes han definido "uso público" incluyendo el "interés público" confirmando un amplio espectro de proyectos privados que encajan en este requerimiento[53].

Siguiendo lo establecido por Daniel B. Nelly[54] hay tres grandes temas que son concurrentes en la jurisprudencia sobre dominio eminente. Primero, la Corte ha asumido de manera extensa que prácticamente no hay mecanismos para distinguir entre uso publico y privado. Segundo, las Cortes creen que las legislaturas están mejor situadas para determinar que proyectos beneficiaran lo público, por lo que se ha diferido casi universalmente al legislativo las determinaciones del uso publico. Tercero, las Cortes han asumido que el dominio eminente es necesario para implementar proyectos privados con beneficios públicos secundarios porque, si no fuera así, los desincentivos impedirían que estos proyectos lleguen a concretarse.

En todo caso, la oportunidad para que la Corte Suprema de los Estados Unidos examinara los requisitos para que una actividad sea considerada de uso público se dio con el caso *Kelo vs. City of New London.* New London en Connecticut había delegado su autoridad de dominio eminente a una corporación de desarrollo privada encargada de revitalizar los suburbios y las áreas que bordeaban el lago de la ciudad. La corporación de desarrollo decidió remover casas y negocios en diecinueve acres de propiedad inmobiliaria y reemplazarla con edificios de oficinas privadas y un hotel en la rivera del río que se complementaria con la empresa *Pfizer Centro de Investigación Global.* Luego de que nueve propietarios se rehusaran a vender, la corporación de desarrollo tomo las tierras a titulo del dominio eminente. La corporación de desarrollo anunciaría que tenía planeado arrendar esas tierras para un proyecto de desarrollo privado. Por su parte, las autoridades de la ciudad argumentaron que las expropiaciones y transferencias para proyectos de desarrollo estaban justificadas porque la ciudad había sufrido décadas de decadencia económica, incluyendo una severa tasa de desempleo y que no había otra opción viable para incrementar los ingresos[55].

---

[53] KELLY, Daniel B. *"The public use requirement in eminent domain law. A rationale based on secret purchase and private influence"*. En: Cornel Law Review. Vol. 92: N° 1 2006 p. 2-3 disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract:id=760405

[54] KELLY, Daniel B. *"The public use requirement in eminent domain law. A rationale based on secret purchase and private influence"*. *Ibid.,* p. 9. Traducción libre del texto original en ingles: *"Three major themes recur throughout eminent domain jurisprudence. First, courts have widely assumed that there is no practicable mechanism for distinguishing between public and private uses. Second, courts, believing that legislatures are better situated to determine which projects will benefit the public use. Third, courts have assumed that eminent domain is necessary for implementing private projects with incidental public benefits because, otherwise, the holdout problems would prevent such projects form occurring"*.

[55] Versión original en ingles: *The opportunity for the U.S. Supreme Court to reexamine the public use requirement came shortly thereafter in* ***Kelo v. City of New London.*** *New London, Connecticut, had delegated its eminent domain to a private development corporation charged with revitalizing the downtown and waterfront areas of the cit. The development corporation decided to remove existing homes and businesses on ninety acres of real estate and replace them with privately owned office buildings and a riverfront hotel that would complement a new Pfizer global research facility. After nine property owner refused to sell, the development corporation took title to the land through eminent*

El 23 de Junio de 2005 en su fallo sobre la apelación de lo decido por la Corte Suprema de Connecticut, la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó lo establecido por la Corte Federal. Entre sus argumentos manifestaba que el uso del dominio eminente para fines de desarrollo económico no violaba la cláusula de uso público de la Constitución. Asimismo estableció que si un proyecto económico creaba nuevos trabajo, incrementaba los ingresos a través de impuestos y revitalizaba una depreciada área urbana, este calificaba como de uso público. Más aún, la Corte consideró que la delegación del poder de dominio eminente a una entidad privada era constitucional, en tanto que esta fuera legalmente autorizada por la agencia correspondiente del gobierno.

A fin de comprender los alcances de la sentencia es importante reseñar lo establecido por la Corte. La decisión fue tomada por 5 votos contra 4, el Juez John Paul Stevens fue quién suscribió la opinión de la mayoría estableciendo que el uso del dominio eminente para transferir la propiedad de un privado a otro privado para generar desarrollo económico constituía de legítimo uso público. La Corte baso esta conclusión en la línea de dos casos. Primero, recurriendo a *Fallbrook Irrigation District v. Bradley,* la Corte continúo definiendo en líneas generales de uso público equiparándolo con interés público. Segundo, recurriendo a *Berman* y *Midkiff,* la Corte continuo defiriendo al Legislativo la determinación del uso público. Citando *Midkiff,* reiteró que: *"cuando la propuesta legislativa es legítima esto es no irracional, nuestros casos aclaran los debates empíricos sobre lo acertado de las expropiaciones*[56]*– no menos que los debates sobre lo acertado de otros tipos de legislación socioeconómica – que no están cumpliéndose en la corte federales".* Como resultado, la Corte concluye que el potencial incremento de trabajos e ingresos incidentales por impuestos a cargo del desarrollo privado satisface el requerimiento de uso público. En su opinión concurrente, el Juez Anthony Kennedy sugirió que su concordancia con la mayoría en este caso no cerraba la posibilidad de que se estableciera un estándar más riguroso de revisión más apropiado para las transferencias privadas con alto riesgo de no detectarse favoritismos ilícitos a grupos privados. Él anotó que la principal motivación de estas expropiaciones no es el beneficio privado de Pfizer. Para él, las expropiaciones eran parte de un compresible plan de desarrollo.

Por el contrario, los jueces Sandra Day O'Connor y Clarence Thomas argumentaron en dos opiniones disconformes que la interpretación de la mayoría exponía a casi toda propia privada al uso del dominio eminente para más proyectos privados productivos. La Jueza O'Connor, en defensa de los cuatro disidentes, manifestó que mientras en decisiones previas como *Berman* han enfocado algunas influencias nocivas en uso de la propiedad, la decisión de la mayoría ha expandido el significado de uso público. Ella anotó que bajo la interpretación de la mayoría, el estado podría transferir la propiedad de un uso privado a otro *"con tal de que el nuevo uso pronostique algún beneficio secundario para la sociedad – tales como el incremento de ingresos por impuestos, más trabajos y quizá placer estético".* De manera similar, el Juez Thomas argumentó que la opinión de la mayoría no constituyo una línea de principios para lo toma de

---

domain. The development corporation later announced that it planned to lease much of the land it had acquired to private developers. City authorities argued that the condemnations and transfers to private developers were justified because the city had endured "[d]ecades of economic decline," including severe unemployment, and had no other viable options for increasing its revenue.

[56] En el texto en ingles se utiliza la palabra *takings* que conforme *"The American Heritage Dictionary"* se puede traducir como: "La acción del gobierno que asume la propiedad de un inmueble a través del dominio eminente".

decisiones judiciales. El sostiene que la interpretación utilizada para los casos *Berman y Midkiff* es suficiente prueba para demostrar que la noción estándar de interés público no es susceptible de ser aplicada como principio. Finalmente, en su respuesta a los disidentes, el Juez Stevens defiende la postura mayoritaria afirmando que la cláusula de uso publico conserva su significado. El anota que la transferencia de la propiedad del ciudadano A al ciudadano B por al sola razón que el ciudadano B utilizará la propiedad para algo más productivo y seguramente pagará más impuestos, ciertamente incrementa la sospecha que el propósito privado fue puesto en marcha. Sin embargo, tal como lo señala Nelly, la Corte no proveyó ningún estándar para distinguir entre el sentido general de uso público (como en *Kelo*) y el uso privado potencial (como en la hipotética transferencia del ciudadano A al ciudadano B)[57].

Sin embargo fue la reacción pública ante la decisión acontecida en el caso *Kelo* la que finalmente marcaría una senda de verdaderos cambios. La indignación se hizo completamente evidente cuando en una encuesta de Julio del mismo año mostró que el 68% de los votantes registrados estaban a favor de establecer límites legislativos al *dominio eminente*. Por su parte en el congreso el 62% de los Demócratas, el 74% de los independientes y el 70% de los Republicanos apoyaban estos límites. El contragolpe[58] (como se denomino a la reacción ciudadana frente al caso *Kelo)* no se quedo en la retórica. Alrededor de todo el país, políticos de ambos partidos inmediatamente comenzaron a proponer límites legislativos a la decisión tomada por la Corte. En menos de un mes post *Kelo,* veintiún (21*)* estados introducían legislación que recortaba el dominio eminente para el desarrollo privado; dos semanas después el número había subido a 24; y para agosto de 2005, legisladores en 28 estados habían introducido más de 70 proyectos[59].

En noviembre de 2005, la Cámara de Representantes votó 376 a 38 a negar los estados y localidades federales subvenciones para el desarrollo económico por dos años si ellos permiten expropiaciones de la propiedad privada para reurbanización con fines privados. Por otra parte, a finales de 2007, 42 estados habían aprobado algún tipo de reforma al dominio eminente diseñado para detener o al menos frenar abusos al estilo *Kelo.* Algunos de esos proyectos de ley produjeron reformas más fuertes que otras, así a partir de noviembre de 2007, 21 estados habían adoptado una reforma sustantiva al dominio eminente[60].

Finalmente cada Estado estableció la normatividad que se adecuaría al nuevo marco legal. Florida, por ejemplo, aprobó una reforma fuerte pues estipula que los gobiernos locales deben esperar 10 años antes de transferir de un propietario a otro las tierras tomadas por dominio eminente. Esto en la práctica eliminó las expropiaciones para el desarrollo privado. Por otra parte, Wisconsin ejemplifico un modelo de reforma moderada. En este Estado la legislación prohíbe al gobierno la designación de grandes áreas como "ruinosas" teniendo como fundamente que solo existen un número pequeño de propiedades dentro de estas áreas. Asimismo se prohibió la expropiación de propiedades no ruinosas para el desarrollo privado. Finalmente, también proporcionó

---

[57] KELLY, Daniel B. *Ibid.,* p. 17-18

[58] *Kelo backlash*

[59] CARPENTER, Dick M. & ROSS, John K. *Doomsday? No way. Economic Trends & Post-Kelo Eminent Domain Reform.* Institute for Justice. January, 2008. Disponible en: http://www.ij.org/imiages/pdf_folder/other_pubs/doomsday-no-way.pdf

[60] CARPENTER, Dick M. *Ibid.,* p. 3

una mayor protección para las propiedades residenciales mediante la adición de nuevos factores a la definición legal de ruinoso[61].

2.2. La naturaleza jurídica del derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras comunales

Habiendo señalado la posición de la doctrina así como el contexto normativo respecto al aprovechamiento de los recursos naturales a través del dominio eminente del Estado, corresponde iniciar el análisis detallado de los dos derechos que se encuentran en conflicto y constituyen la base de la presente investigación.

La disyuntiva generada en torno al aprovechamiento del subsuelo de tierras bajo el dominio de comunidades campesinas, por actores titulares de un derecho minero (otorgado mediante el acto administrativo denominado concesión minera) constituye el núcleo del debate en cuanto a las consideraciones jurídicas que deben implementarse para superar definitivamente estas diferencias.

Si bien pueden alegarse razones de carácter político como el evidente compromiso de los últimos tres Gobiernos con la promoción de la actividad minera en desmedro de otros modelos de desarrollo, ello no justifica y menos soluciona una serie de deficiencias en el marco normativo que se han generado a partir del encuentro de estos dos derechos.

Por ello, la presente sección se presenta como una suerte de parte general del marco legal específico que regulan estos dos derechos, sus alcances y límites, así como la preponderancias que se ha otorgado a los mismos, reflejados en distintas políticas públicas implementadas por nuestro Gobierno. Posteriormente en el desarrollo de la investigación se conectará lo señalado en la presente sección con ejemplos concretos de vacíos normativos que tienen como base esta disyuntiva y requiere de manera urgente una respuesta del Estado que promueva la protección de los derechos de los actores, así como la viabilidad y sostenibilidad de nuestro modelo de desarrollo.

Finalmente, la presente sección, así como la correspondiente a la *Concesión minera,* buscará profundizar en la *ratio legis* del marco legal*,* el espíritu de la norma, y a partir de las disposiciones establecidas en nuestro ordenamiento jurídico poner en evidencia las condiciones que hacen inevitable los conflictos que deberán afrontar los actores involucrados.

2.2.1. El reconocimiento legal de las Comunidades Campesina

La comunidad campesina que hoy conocemos, tiene un origen colonial. A partir de 1570, durante la administración del Virrey Francisco de Toledo, se buscó agrupar a la población indígenas en las denominadas «reducciones de indios», que se generalizaron en todo el territorio de la colonia. Esto produjo que los ayllus encontrados por los españoles fueron adecuados a la lógica de la comunidad agraria ibérica. No obstante, los caracteres esenciales de los ayllus fueron respetados y se constituyeron pieza clave de la nueva forma de organización social[62].

---

[61] La palabra que se usa en ingles para identificar una propiedad en estado precario, ruinoso o depreciada en su valor es *blight.* Sin embargo para el derecho norteamericano su definición contiene una serie de características que se pueden relacionar con diversos factores como la falta productividad agrícola hasta problemas ambientales.

[62] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES). *Informativo Legal Agrario: "Legislación de comunidades campesinas y nativas"*. Nº 21 Segunda época. Abril 2005, pp. 11-12

Las Leyes de Indias reconocieron el régimen de tenencia de la tierra vigente para el ayllu durante el Imperio Incaico, así como la forma de organización de la producción; esto es: propiedad colectiva de la tierra, usufructo individual de las parcelas de cultivo, rotación periódica, carácter común de los pastos naturales, trabajo comunal de ciertas tierras para determinadas actividades, y formas de ayuda mutua como el ayni y la minka. Además, estas mismas leyes prohibieron la enajenación de las tierras comunales, las que se encontraban, así fuera del mercado de tierras.

El advenimiento de la República significó una modificación completa del régimen legal comunal a través de normas que buscaban la desaparición de las comunidades, pues pretendían cambiar precipitadamente el orden social. De esta forma, se decretó la propiedad individual de cada indígena (bajo la idea de que ello igualaría a la población indígena con el resto de la sociedad en lo referido a la disposición sobre sus derechos de propiedad) sobre la parcela que ocupaba, dándole la libertad de enajenarla a su libre albedrío. Lamentablemente estas reformas que buscaban transformar a los indígenas en una comunidad de campesinos peruanos no dieron resultado[63]. La oligarquía criolla, separada por un abismo social-cultural del campesinado indígena, trato por todos los medios de excluirlo de la agenda nacional y del aparato político, a tiempo que se iniciaba un proceso de acaparamiento de tierras de las comunidades, la época de los gamonales había comenzado.

El reconocimiento Constitucional

No fue sino recién con la Constitución de 1920 que se estableció la existencia legal (constitucional) de las comunidades indígenas y se les reconoció la propiedad sobre sus tierras[64]. A partir de entonces y en circunstancias diversas alrededor de 5000 pueblos diseminados en los Andes peruanos, incluso en la costa, empezaron a acogerse a estas leyes que establecieron un régimen especial para ellas[65]. En la Constitución de 1933 se completaría el marco de protección de las tierras indígenas al considerarlas inalienables, inembargables e imprescriptibles[66]. Esta protección buscaba evitar el despojo a las comunidades de sus tierras a través de la simulación de contratos o la aplicación de la prescripción adquisitiva de dominio (validando jurídicamente la invasión de las tierras de las comunidades). Durante el periodo de vigencia de la Constitución de 1933 se promulgó la Ley de Reforma Agraria la cual introdujo una serie de reformas respecto a la propiedad sobre las tierra de las comunidades campesinas que podemos sintetizar en la siguiente frase: *"La tierra para el que la trabaja"*.

Con el regreso del sistema democrático se emprendió la redacción de una nueva carta constitucional. Así, se dio la Constitución de 1979 que en su artículo 163

---

[63] A partir de la década de 1850 se iniciará la feudalización de la sociedad rural. Muchas comunidades campesinas terminarán, así, siendo encapsuladas dentro de las haciendas.

[64] Confirmada con una resolución expedida por el presidente Augusto B. Leguía el 29 de enero de 1926. El artículo 41 de dicha carta establecía: «Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades indígenas son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público en los casos y en la reformas que establezca la ley».

[65] GOLTE, Jurgen. *"Comunidades, empresas mineras y política social en la minería peruana"*. Instituto de Estudios Peruanos (Consultoría para la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía) Noviembre 2001, p. 11

[66] El artículo 209 de la Constitución de 1933 establecía que: *"La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo inembargable.*

consagraría el régimen de protección de las tierras comunales[67]. Adicionalmente, ensaya un pequeña pero a la larga importante modificación al régimen de propiedad sobre las tierra de las comunidades al matizar la inalienabilidad absoluta de las mismas permitiendo su enajenación con la aceptación de una mayoría calificada de los dos tercios de los comuneros y que fuera aprobada por ley fundada en el interés de la comunidad. Esta pequeña modificación fue el inicio de una nueva concepción sobre las tierras comunales que domina hasta la actualidad.

La Constitución de 1993 marco un cambio sustantivo en la regulación del régimen agrario y las comunidades campesinas y nativas. En este texto a diferencia del anterior[68] se aprobó un solo capítulo con dos artículos que escuetamente reconocen la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas como personas jurídicas; la autonomía en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, las cuales se consideraron solamente imprescriptibles, además se estipulo que en caso de abandono pasarían a dominio del Estado. Respecto a este último punto, Figallo Adrianzén en su comentario al artículo 89 de la Constitución señala: *"(...) no se puede equiparar la propiedad privada con la propiedad comunal porque de ser caso no habría motivo para distinguirlas. La tierra comunal no es un bien económico transable en el mercado; más bien, se acerca al concepto de territorio como asiento de la nación o de una autonomía y, por ende no puede caer en abandono, lo que lleva a concluir que dicho dispositivo concurre a una política de extinción de las comunidades"*[69].

2.2.2. Una noción antropológica sobre el derecho de propiedad en las comunidades campesinas y su materialización en la realidad

Como puede observarse en el punto anterior, el tema de la propiedad de las comunidades campesinas y, como parte de él, los derechos de las familias que las integran, tiene muchas aristas. Nos remite a una serie de derechos construidos a lo largo de decenios y modificados lenta y constantemente en la interacción entre el uso de un territorio y la adaptación de un grupo social a él; es también la regulación de los conflictos entre sujetos, la legislación estatal sobre la tierra y los procesos sociales que esta genera, el establecimiento de normas, costumbres y la formación de identidades y valores culturales que la sostienen[70].

Partiendo de estas consideraciones, corresponde exponer de manera previa al análisis legal específico sobre la naturaleza jurídica del derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras, la formación de las nociones de propiedad tal y como las conciben las comunidades, nociones que tiene su origen en una serie de procesos de titulación del territorio comunal iniciados hace aproximadamente 150 años,

---

[67] El primer párrafo del art. 163 establece que: *"Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la comunidad y la solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad pública. En ambos casos con pago previo con dinero"*.

[68] A diferencia del la Constitución de 1979 que hacía una apuesta por un modelo de desarrollo basado en la agricultura (*"El Estado otorga prioridad absoluta al desarrollo integral del sector agrario* - Artículo 156 Constitución de 1979), la norma actual habla de un "apoyo preferente" dejando de lado la importancia que puede tener este sector para aumentar el crecimiento económico.

[69] FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo. En GACETA JURÍDICA. *"La Constitución Comentada" Tomo I.* Lima Diciembre 2005, p. 1086

[70] DIEZ, Alejandro. *"Interculturalidad y Comunidades: Propiedad Colectiva y Propiedad Individual"*. En: Debate Agrario Nº 36, Diciembre 2003, p. 71

los cuales en su momento se superpusieron sobre principios más antiguos de uso y posesión del territorio[71].

Para los campesinos, la historia de la tierra es producto de una serie de luchas y reivindicaciones, un proceso de defensa o de recuperación (no adquisición) de su territorio ancestral (es importante señalar que puede ser calificado como "ancestral", independientemente de su origen "histórico" ósea no tiene que ser necesariamente muy antiguo). Se puede afirmar que existe una conciencia histórica que establece una serie de vínculos con la tierra y territorio que se ocupa, de tal manera que muchas veces es indisociable de la identidad del grupo comunero. Además de esta relación se presentan otras dimensiones que vinculan al grupo con el territorio: una relación de propiedad vinculada a la producción y aprovechamiento de ella, normas e instituciones propias de la comunidad que están ligadas a las estrategias productivas, una historia de negociación con el Estado por la propiedad de la tierra y una serie de representaciones o rituales relacionados con el territorio, la propiedad y el vínculo del grupo con ellos.

Es importante tener presente que por lo general los comuneros admiten la propiedad de la comunidad, reconociéndose ellos mismo solo como posesionarios o usufructuarios de la porción de tierra que trabajan; no obstante, a su vez, se consideran a sí mismos dueños de dicha tierras. La Comunidad cumple el papel de garante que certifica la propiedad y los derechos de cada una de las familias que la integran. En la práctica más que de propiedad puede resultar más adecuado hablar de diversos grados de "apropiación" del territorio que combina derechos culturales, históricos y localmente determinados[72].

El antropólogo Alejandro Diez ha distinguido cuatro tipos de situaciones-tipo con derechos de propiedad y de apropiación específicos[73]:

1) *Tierra bajo riego*.- con derecho de acceso exclusivo de individuos y familias, el control comunal sobre ellas es mínimo cuando no inexistente. Tienen baja altitud y son de mayor calidad (más productiva para frutales y legumbres).
2) *Tierras de secano*.- su utilización esta sujeta a los cambios climáticos y la disponibilidad de agua. Son usadas por las familias para el trabajo agrícola pero son dejadas para el usufructo comunal cuando no son trabajadas directamente o se hallan en descanso, destinándose al pastoreo del ganado de los comuneros.
3) *Tierras de pastos*.- por lo general son propiedad "colectiva" para el pastoreo del ganado (eventualmente se destinan a algunos cultivos de altura. Sobre estas tierras se ejerce un control comunal mayor cobrando por el derecho de pastaje o el alquiler de porciones de territorio. Sobre esta tierra se ejerce un derecho de exclusividad frente a otras comunidades.
4) *Tierras de uso público*.- pueden ser cualquiera de las anteriores que sean consideradas "comunales" pero a manera de propiedad privada para usos de interés colectivo: son las tierras de los santos o aquellas tierras cuyos productos se destinan a los gastos de la dirigencia comunal.

[71] GLAVE, Manuel: *Vida, símbolos y batallas. Creación y recreación de la comunidad indígena. Cusco, siglos XVI-XX.* Lima. FCE, 1992, citado en Alejandro Diez. "Interculturalidad y comunidades: propiedad colectiva y propiedad individual", Debate Agrario Nº 36 (diciembre de 2003), p. 72.
[72] DIEZ, Alejandro. *óp. cit.* p. 74
[73] DIEZ, Alejandro. *Ibíd.,* p. 75-76

Otro punto importante es vínculo entre la cultura tradicional de las comunidades campesinas con la tierra. No debemos pasar por alto que la defensa de la tierra forjada durante una lucha continua por más de 150 años no solo ha construido derechos colectivos; también ha generado identidades comunales y locales específicas, que constituyen el primer escalón de una serie de derechos o relaciones de carácter simbólico que unen a un grupo con un territorio. A ello debemos sumar el carácter de "sagrado" que a través de su cultura le dan las comunidades campesinas a su territorio, siendo un elemento de identificación del conjunto de comuneros con él. Muchas comunidades cuentan con una serie de ceremonias destinadas en parte al culto de los santos o a la organización de ciertos trabajos colectivos cuyos efectos sociales son la integración de la colectividad como un todo organizado. Por medio de ellas, las localidades se reafirman como unidas a pesar de que en su actuar cotidiano se multipliquen ineficiencias, desunión o conflictos. En esa medida, el mayor grado de identificación con el territorio, de manera simbólica y no pocas veces real, se da en la ceremonias y actos de reafirmación de linderos: un conjunto de ceremonias la mayor parte de las veces solo de recorrido, de parte de las autoridades comunales o de toda la comunidad, conducentes a transitar por los límites del territorio comunal, revisando los linderos y los hitos, reafirmando la propiedad colectiva sobre el conjunto del territorio comunal[74].

Por otra parte, se presenta una distinción entre derechos formales y derechos reales sobre la propiedad y las dinámicas generadas por las tensiones entre las familias, los colectivos intracomunales y la comunidad como propietario de la tierra y garante institucional, el profesor Diez señala que la propiedad colectiva de las comunidades campesinas supone cierta ficción de igualdad entre sus miembros. En un primer lugar, implica igualdad de derechos, por lo que en materia de acceso a la tierra presumiría igualdad de acceso. Sin embargo en la práctica hay tierras asignadas a las familias que están por lo general desigualmente distribuidas; además, no todos acceden por igual a los terrenos de usufructo colectivo – generalmente los pastos – de los que se benefician en particular aquellos comuneros que tienen más ganado. Sin embargo aquellos que tienen acceso real a las tierras son ante la ley igualmente propietarios del conjunto del territorio comunal, lo que genera un desfase entre "propietarios formales" (en principio todos los comuneros) y usufructuarios (que, como ya vimos, se consideran a sí mismo "propietarios"). Este tema se agrava por dos circunstancias: 1) la imprecisión de los padrones comunales, que, además de no estar actualizados, no registran realmente al conjunto de comuneros que tienen "derechos" sobre el territorio comunal; y, 2) la emigración de las últimas décadas, que mantiene un importante contingente de población no residente en las comunidades pero que conserva sus "derechos"[75].

Como es previsible, la dinámica interna de las comunidades gira alrededor de una serie de tensiones entre lo individual y colectivo. Sin embargo, la tensión entre los derechos de las familias y los derechos de la comunidad aparecen dependiendo de las circunstancias, de acuerdo con las necesidades de acción (y reacción) colectiva. En condiciones normales solo se mantiene la función de regulación; en casos de conflicto interno, las familias se opacan apareciendo las diversas facciones que componen la comunidad; en casos de amenaza externa, familias y facciones se eclipsan dando paso a la solidaridad colectiva.

[74] DIEZ, Alejandro. *Ibíd.,* p. 83
[75] DIEZ, Alejandro. *Ibíd.,* p. 84-85

Finalmente, en materia de propiedad, la tensión entre lo individual y lo colectivo se traduce en derechos diferentes de apropiación del territorio: el título comunal compete a todos; los certificados de posesión u otros documentos otorgados por la comunidad – en el caso de que existan – competen a las familias pero provienen del derecho que el título le confiere a la comunidad en tanto propietaria de las tierras. Para los comuneros un título es a fin de cuentas un certificado de posesión que les garantiza derechos exclusividad de acceso – y garantía de defensa en caso de ser necesario – y que consideran en última instancia refrendado por el Estado. En la lógica de los comuneros el título significa garantía y seguridad en el acceso; por ello, cuanto más títulos y certificados (derechos refrendados) se tenga mejor[76].

2.2.3. La naturaleza jurídica del derecho de propiedad sobre las tierras comunales

El concepto de Comunidades Campesinas es indesligable de la relación que mantienen con su territorio comunal. Tanto desde la perspectiva antropológica como desde el punto de vista legal (que históricamente ha regulado las condiciones para el aprovechamiento de estas tierras), puede observarse su desarrollo a la par de la costumbre comunal así como los derechos y obligaciones reconocidos sobre su territorio.

Por lo tanto, esta relación consustancial con la tierra, debe ser la guía para analizar y mejorar nuestro marco legal vigente.

2.2.3.1. Marco Legal

Antes de iniciar el análisis del marco legal, cabe hacer una primera distinción entre los términos *tierra* y *territorio*. Si bien en el plano jurídico no significan lo mismo, tanto en el habla cotidiana como en la propia legislación se usan ambos términos de manera casi indiferenciada. Así en la Constitución de 1993 encontramos que la segunda parte del artículo 89° se refiere a tierras comunales: «Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus *tierras* es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior». Revisando el texto de la Constitución de 1979, esta emplea la misma expresión cuando señala que: «Las tierras de las comunidades campesinas y nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables…». Por su parte, la Ley General de Comunidades Campesinas – Ley N° 24656, parece usar en forma indistinta ambas expresiones. Así, define a las comunidades campesinas, en el primer párrafo de su artículo 2, como «organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados *territorios*, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la *tierra*...». Asimismo, junto a numerosas alusiones a la tierra, el artículo 1 señala que el Estado: «a) Garantiza la integridad del derecho de propiedad del *territorio* de las comunidades campesinas». De manera más específica, el título IV de dicha ley está dedicado al territorio comunal empieza diciendo: «Las *tierras* de las comunidades campesinas son las que señala la Ley de deslinde y titulación y son

[76] DIEZ, Alejandro. *Ibíd.,* p. 85

inembargables e imprescriptibles»; aunque al iniciar su segundo párrafo dice: «El *territorio* comunal puede ser expropiado…»[77].

Sin embargo *tierra* no es sinónimo de *territorio.* En realidad, la palabra *territorio* es propia de las relaciones entre Estados (nación territorio, soberanía). Por eso, el Convenio 169 de OIT se refiere en forma reiterada a *tierras* de los pueblos indígenas, especialmente en su parte II (Tierras: artículo 13 a 19). No obstante, señala que la «La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera» (artículo 13, inciso 2)[78].

***

Las *«tierras»* de las Comunidades Campesinas han sido objeto de reconocimiento constitucional desde la Constitución de 1920 hasta a la actualidad; regulada sobre la base de distintos criterios, entre el reconocimiento y restricción de derechos de acuerdo al pensamiento jurídico e intereses que se impusieron en cada asamblea Constituyente[79].

Actualmente, el marco legal vigente respecto a la propiedad sobre las tierras comunales lo encontramos en el Capítulo VI «Del Régimen agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas», del Título III: «Del Régimen Económico» de la Constitución Política de 1993.

Este capítulo conformado por dos artículos, establece en el primero (88°) la garantía que otorga el Estado al derecho de propiedad sobre la tierra, ya sea en forma privada, comunal o cualquier otra forma asociativa. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado (…). Por su parte, el artículo 89°, reconoce la existencia legal de las Comunidades Campesinas como personas jurídicas (…) autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras (…); establece que el derecho de propiedad sobre sus tierras es

---

[77] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES). *Informativo Legal Agrario: "Legislación de comunidades campesinas y nativas".* óp. cit., p. 20

[78] *Ibíd*., p. 21

[79] La Constitución de 1920 reconoció la existencia constitucional de las comunidades indígenas y la propiedad sobre sus tierras. El artículo 41° de dicha carta establecía: «Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades indígenas son imprescriptibles y solo se podrán transferirse mediante título público en los casos y en la formas que establezca la ley». No obstante ello, algunos estudiosos consideran que la protección constitucional llegó tarde, pues el proceso de concentración de tierras comunales en manos de los hacendados ya se había dado. Por su parte, la Constitución de 1933 completaría el marco de protección de las tierras comunales al considerarlas inalienables, inembargables e imprescriptibles. El artículo 209 de la señalada Constitución disponía lo siguiente: «La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable». La Constitución de 1979 innovaría al dedicar el capítulo sétimo de título tercero («Del régimen económico») al «Régimen agrario» (artículo 156 al 160), y el capítulo octavo a las «Comunidades campesinas y nativas» (artículo 161 al 163). En el artículo 163 se consagrará el régimen de protección de tierras comunales: «Las tierra de las comunidades campesinas y nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad pública (…)». El fin del proteccionismo de las tierras comunales se daría con un nuevo quiebre constitucional como consecuencia del autogolpe de 1992, la elaboración de una nueva constitución donde se reemplazó el principio de «la tierra es de quien la trabaja» por el principio de que se garantiza a quien es su propietario, entendiendo como tal a quien cuenta con su título de propiedad, sin importar mayormente el uso de la tierra. Ello significó, un retorno a los principios que estuvieron vigentes antes de la reforma agraria. CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES. óp. cit., p. 14–22.

imprescriptible, salvo en el caso de abandono. Así como el respeto del Estado a su identidad cultural como Comunidad Campesina.

Cabe resaltar que el nuevo marco constitucional al extender la autonomía de las comunidades al "uso y libre disposición de sus tierras", eliminó la característica de inalienabilidad de estas (consignada en constituciones anteriores), por lo que se facultó a las comunidades campesinas (y nativas) a ejercitar cualquier acto de disposición sobre sus tierras: venderlas, donarlas, cederlas, arrendarlas hipotecarlas, entre otras muchas posibilidades. Adicionalmente, habilita la posible asignación de propiedad de porciones de la comunidad a las familias comuneras. En esa medida también resulta sobrando el mecanismo de la inembargabilidad, pues si la comunidad puede disponer de sus tierras, por ejemplo, dándolas en garantía, resulta necesario, para guardar coherencia, permitir su embargo, con las consecuencias que ello puede tener para la comunidad[80].

Así, la Constitución de 1993 nos trajo un modelo liberalizador en cuanto a la disposición de las tierras comunales, buscando crear un mercado de tierras e inversión privada en las mismas. La garantía sobre la tierra dejaba de ser la posesión como se había entendido hasta ese entonces para ser reemplazada por el título de propiedad como el único elemento para acreditar alguna titularidad sobre las tierras; el nuevo modelo impulsaba la titulación como el mejor mecanismo para el aprovechamiento y defensa de las tierras, no siendo relevante para los constituyentes las contradicciones que ello podría generar dentro de una lógica de propiedad colectiva que se había reconocido hasta ese entonces dentro de las comunidades campesinas. Estos objetivos se complementarían con leyes publicadas poco después.

Por otro lado, es importante señalar que las leyes especiales respecto al tratamiento legal de las comunidades campesinas y sus tierras (como la titulación) se encuentran vigentes hasta la actualidad.

La Ley General de Comunidades Campesinas – Ley N° 24656, publicada en 1987, durante la vigencia de la Constitución de 1979, constituyó una de los esfuerzos más importantes a nivel legislativo para comprender la naturaleza de las Comunidades y transmitir su modelo de vida al derecho. Esta norma declara de necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas, las reconoce como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra (…). El Estado garantiza la integridad del derecho de propiedad de [su] territorio, así como respeta y protege los usos, costumbres y tradiciones de la Comunidad, propiciando el desarrollo de su identidad cultural (artículo 1°). En cuanto a la relación de la Comunidad con su territorio, esta constituye la base de su definición al señalarse que (artículo 2°): *"Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales expresados en la propiedad comunal de la tierra (...) cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.*

En cuanto al *territorio comunal* (artículo 7°) repite en parte lo señalado por el artículo 163° de la Constitución de 1979 cuando señala que: *"Las tierras de las Comunidades Campesinas son las que señala la Ley de Deslinde y Titulación y son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables. Por excepción podrán ser enajenadas, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad, reunidos en Asamblea General convocada expresa y únicamente con tal*

[80] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES), *óp. cit.,* p. 22

finalidad. Dicho acuerdo deberá ser aprobado por ley fundada en el interés de la Comunidad, y deberá pagarse el precio en dinero por adelantado. El territorio comunal puede ser expropiado por causa de necesidad y utilidad públicas, previo pago del justiprecio en dinero. Cuando el Estado expropie tierras de la Comunidad Campesina con fines de irrigación, la adjudicación de las tierras irrigadas se hará preferentemente y en igualdad de condiciones a los miembros de dicha Comunidad".

Por otra parte, si bien es evidente que parte de lo señalado por los artículos reseñados (que formalmente se encuentran vigentes aún) han sido derogados con la dación de un nuevo marco constitucional, ello no resta vigencia ni legitimidad a ciertas disposiciones que al no haber sido derogadas expresamente puedan ser aún acopladas al marco legal vigente, no obstante genere en ciertos casos dificultad al momento de definir cuál es la norma aplicable y su ámbito de aplicación.

Un ejemplo de ello se presenta en cuanto a definir que tierras son consideradas de las Comunidades Campesinas. Tal como lo ha señalado el artículo 7° de la Ley General de Comunidades Campesinas: *"Las tierras de las comunidades campesinas son las que señala la Ley de deslinde y titulación (...)".* Esta disposición es la única actualmente aplicable toda vez que el resto del artículo se fundaba en lo establecido por la Constitución de 1979.

Por otra parte, en cuanto a lo dispuesto por la Ley de deslinde y titulación – Ley N° 24657[81] respecto a las tierras comunales cabe señalar que: *"El territorio comunal está integrado por las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden: las que la Comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos. En caso de controversia sobre esos títulos, el Juez competente calificará dichos de instrumentos"* (artículo 2°).

El presente artículo distingue las tierras comunales, según su modo de adquisición, entre las siguientes clases: a) Las tierras originarias; b) las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y al derecho agrario, y c) las adjudicadas con fines de reforma agraria.

Como comentario breve sobre esta distinción, cabe señalar que en cuanto a las *tierras originarias,* son aquellas en las cuales las Comunidades Campesinas han estado asentadas y en las que la organización de la producción tiene raíces históricas. Entre las tierras originarias la ley distingue "en las tierras que las Comunidades vienen poseyendo, incluso las eriazas"; y las adquiridas a título legal[82]. En cuanto a las *tierras adquiridas de acuerdo al derecho común,* cabe señalar las que se adquieren de manera derivativa: accesión, prescripción adquisitiva de dominio y los actos o negocios jurídicos que transfieren el derecho de propiedad; por su parte las adquiridas de acuerdo al *derecho agrario* – según Figallo – son aquellas adquiridas a partir de la Ley N° 15037 (Ley de Reforma Agraria del primero Gobierno de Belaunde). Finalmente, las *tierras adjudicas con fines de reforma agraria,* serían aquellas adjudicadas por el Decreto Ley N° 17716 – Ley de Reforma Agraria implementado por el Gobierno Revolucionario de la Fuerzas Armadas y que permitió que la tierras pudiera ser incorporada a cooperativas o sociedades agrícolas de interés social integradas exclusivamente por comuneros que trabajaban directamente la tierra.

---

[81] Cuya denominación exacta es: "Declaran de necesidad nacional e interés social el deslinde y la titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas – Ley Nº 24657"**,** publicada en abril de 1987.

[82] FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo. *"Origen, exclusión y reafirmación de las Comunidades Campesinas del Perú".* Editorial San Marcos. Lima. 2007, p. 193

Por otra parte, el artículo 2° además enumera cinco casos de tierras que no se consideran de la comunidad[83], a los cuales la Ley de titulación de las tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa – Ley N° 26845, agregó otros dos supuestos (4ta disposición complementaria final)[84].

Cabe mencionar, que si bien un punto débil de esta exclusión fue la no mención de una indemnización a favor de las comunidades por dicha tierras excluidas por mandato legal; esta norma tenía como principal finalidad resolver el problema de la falta de titulación de un número grande de comunidades campesinas. Para lo cual estableció un procedimiento administrativo muy ágil, derivando tan solo a los órganos judiciales (juzgados de tierras y Tribunal Agrario, en aquellos años). En los casos en que no se pudiera llegar a la solución, se reconocía la posibilidad de usar la conciliación, y hasta el arbitraje (tratándose de discrepancias entre comunidades campesinas). Durante los primero años de aplicación de la Ley, muchos expedientes que se mantenían en las dependencias del Ministerio de Agricultura llegaron finalmente a los registros públicos, con la consiguiente inscripción del derecho de propiedad de las comunidades implicadas. Sin embargo, también hubo límites como la no creación de juzgados especiales para solucionar la carencia de titulación comunal (en la forma como la ley declaraba), o de la falta de capacidad para impulsar las conciliaciones entre comunidades y terceros u otras comunidades; o el arbitraje, para solucionar las diferencias entre comunidades[85].

***

Volviendo a la Constitución de 1993, con la carta actual se apostó por una modernización del agro, pues se entendía que el régimen anterior mantenía formas de vida "atrasadas": toda vez que no contaban con créditos, ni préstamos bancarios porque no podían entregar sus tierras como garantía a una entidad bancaria o comercial. La "modernización" del agro se sustentaba entonces, en facilitar la disposición y venta de

[83] No se consideran tierras de la Comunidad:
a) Los predios de propiedad de terceros amparados en títulos otorgados con anterioridad al 18 de Enero de 1920 y que se encuentren conducidos directamente por sus titulares;
b) Las tierras que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 31 de octubre de 1993, salvo aquellas sobre las que se haya interpuesto acciones de reivindicación por parte de las Comunidades Campesinas antes de dicha fecha. Las autoridades pertinentes procederán a formalizar y registrar las tierras ocupadas por los asentamientos humanos, con el fin de adjudicar y registrar la propiedad individual de los lotes a sus ocupantes. Se exceptúan las tierras de los centros poblados que estén formados, dirigidos y gobernados por la propia Comunidad. (Disposición modificada por la 4ta DCF de la Ley N° 26845 de 26.07.97)
c) Las que el Estado ha utilizado para servicios públicos; salvo convenios celebradas entre el Estado y la Comunidad;
d) Las tierras adjudicadas con fines de Reforma Agraria excepto:
   1. Aquellas sobre las que se han planteado acciones de reivindicación por parte de las Comunidades Campesinas.
   2. Aquellas que sean sometidas a procesos de reestructuración con fines de redistribución de tierras a favor de las Comunidades Campesinas; y,
e) Las tierras en que se encuentren restos arqueológicos.
[84] f) Las que la Comunidad adjudique a sus comuneros o a terceros.
g) Las que sean declaradas en abandono.
[85] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES), *óp. cit.,* p. 23

las tierras comunales para que pudieran obtener dinero suficiente para poder desarrollar su agricultura.

Por otra parte, hay que tener presente que la liberalización de la tierras o de la propiedad agraria empezó con la Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario – Decreto Legislativo N° 653, dictado dos años antes de la Constitución de 1993. Esta norma estableció que la propiedad agraria, cualquiera que sea su origen, puede ser libremente transferida a terceros: se autoriza a las sociedades anónimas a ser propietarias de tierras y se instaura la conducción indirecta de predios agrícolas[86].

La norma que terminaría de configurar la figura de la libre disponibilidad de las tierras fue la Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas – Ley N° 26505 o más conocida como *Ley de Tierras*. Esta ley estableció los principios generales necesarios para promover la inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en estas tierras, así como distinguió entre comunidades campesinas de la costa y comunidades campesinas y nativas de la sierra y la selva. El legislador no busco promover, estimular o proteger las tierras agrarias, sino impulsar el mercado de este tipo de tierras y la inversión privada en ellas, en cualquier actividad económica. Se impulso un mercado de tierras, sin poner límites a la propiedad de la tierra, favoreciendo su acumulación o concentración.

2.2.3.2. Formalización del derecho de propiedad de las comunidades campesinas

Si bien hasta este punto, se ha desarrollado el marco legal del derecho de propiedad de las Comunidades Campesinas sobre sus tierras, también es necesario señalar que para que estos derechos puedan ser realmente efectivos y por lo tanto debidamente amparados por el ordenamiento jurídico, no basta con la simple declaración de su reconocimiento; es necesario además, cumplir con una serie de procedimientos a través de los cuales esta propiedad imperfecta (por nombrarla de alguna manera) será ungida con todos los requisitos legales, así como liberada de todas la fallas que presente, para ser considerada finalmente saneada, con lo cual el derecho de propiedad adquirirá todas las características y ventajas señaladas anteriormente.

La titulación de los territorios comunales presenta dos etapas claramente diferenciadas. La primera iniciada con la dación de la Ley N° 24657 que declara de necesidad nacional e interés social, el deslinde y titulación del territorio de las Comunidades Campesinas, donde se presenta un enfoque de propiedad comunal; frente a una segunda, a partir de los cambios introducidos con la Constitución de 1993 al régimen jurídico de las tierras comunales, que otorgaba respaldo constitucional a las disposiciones sobre promoción de la inversión en el sector agrario señaladas en el Decreto Legislativo N° 653, ratificando lo avanzado en materia de liberalización de la propiedad rural con este decreto.

Si bien, por una parte, la normas dadas antes de la Constitución de 1993, como el Decreto Legislativo N° 653 y 667° no derogaron ni desnaturalizaron "formalmente", al no ser una derogación expresa de las disposiciones establecidas en la Ley General de Comunidades Campesinas o la Ley de Deslinde y Titulación de Tierras Comunales, sus disposiciones mostraban un interés claramente opuesto respecto al tratamiento legal que hasta ese momento se había establecido para la propiedad rural-agrícola; modificación

[86] CASTILLO CASTAÑEDA, Pedro. *"El derecho a la tierra y los acuerdos internacionales: El caso de Perú".* CEPES – Centro Peruanos de Estudios Sociales / International Land Coalition. Lima. 2009., p. 87

que terminaría de consolidarse a nivel constitucional con la Constitución de 1993, priorizándose una modelo de formalización de las tierras comunales a través de la inscripción de títulos individuales de propiedad, facilitando así la promoción de un mercado de tierras.

La Ley 653 derogó la Ley de Reforma Agraria y el artículo 883° del Código Civil con lo cual en la práctica modifico el régimen mediante el cual se había venido tutelando los derechos sobre la tierra agrícolas, facilitando que la misma pasara a ser objeto de derecho privado siendo regulada en lo que correspondiera por el Código Civil. Asimismo, se estableció que el dominio y conducción de la propiedad agraria podían ser ejercidos por cualquier persona natural o jurídica, en igualdad de condiciones y sin más limitaciones que las establecidas por la Ley 653 y Constitución[87]. Por su parte la Ley de Tierras – Ley 26505, estableció un régimen libre para la propiedad de las tierras agrarias, el cual garantiza a toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, el acceso a la propiedad de las tierras (artículo 4°).

***

Si bien el tema que motiva la presente tesis no versa sobre la propiedad agraria y los problemas legales o técnicos para su titulación, considero importante señalar que la regulación y posterior aplicación del marco legal para el reconocimiento, titulación, parcelación, deslinde o abandono de las tierras comunales reciben enorme influencia de este contexto de formalización de la propiedad agraria en títulos individuales.

Ya desde el gobierno militar se intentó abordar el problema derivado de la falta de titulación de predios rurales. Leyes como el Decreto Ley N° 22388 que disponía que los campesino y agricultores que estuvieran poseyendo como propietarios predios rústicos que no excedieran de 15 hectáreas de tierra bajo riego en la costa y 5 hectáreas de tierras de cultivo bajo riego o sus equivalentes en la sierra, podrían perfeccionar sus títulos de propiedad, se implementaban; sin embargo, fue muy poco lo que se avanzó en el proceso de titulación rural con estas normas. Años después, mediante el Decreto Ley N° 25902, Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura se creó el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural – PETT. En el ROF de esta institución D.S. N° 057-92-AG, se definieron las funciones del nuevo organismo, entre las cuales se contemplo: *"tiene a su cargo las actividades relacionadas con el perfeccionamiento de los títulos de propiedad de los predios rurales comprendidos en el proceso del derogado Texto Único Concordado del Decreto Ley N° 17716, normas modificatorias complementarias y conexas, con el fin de proceder a su inscripción registral"*[88].

A través de sucesivas modificaciones, esta institución amplió considerablemente sus funciones hasta constituirse en el principal impulsor del proceso de titulación de los predios rurales del país, hasta asumir las acciones de deslinde y titulación físico legal de los territorios de las comunidades campesinas, las cuales se vieron impulsadas gracias a

[87] Cabe señalar que esta disposición no resultaba muy coherente con el artículo 157° de la Constitución vigente en ese entonces (1979), pues dicha norma amparaba la propiedad privada ejercida en forma individual, cooperativa, comunal, autogestionaria o cualquier forma asociativa, excluyendo las sociedad mercantiles. Con la promulgación de la Constitución de 1993 se solucionaron en parte estos problemas de interpretación, toda vez que el nuevo marco constitucional se encontraba entregado a un modelo de economía de mercado y no mencionó en ningún momento la reforma agraria.

[88] DEL CASTILLO, Laureano. *"Propiedad rural, titulación de tierras y propiedad comunal"*. En: Debate Agrario N° 26. Centro Peruano de Estudios Sociales – CEPES. Lima. 1997., p. 65-66

un crédito de Banco Interamericano de Desarrollo - BID otorgado al Gobierno Peruano para estos fines[89].

***

La plena formalización jurídica de una comunidad campesina supone haber cubierto los trámites de su reconocimiento jurídico, la titulación de sus tierras y la inscripción de las mismas en los registros públicos de propiedad. Sin embargo, gran parte de las comunidades campesinas, no tienen todos esos trámites cubiertos, aún existen comunidades con título parcial, sin título e incluso otras que ni siquiera están reconocidas.

En este contexto, el masivo proceso de saneamiento de la propiedad rural implementado por en sus inicios por el PETT[90], excluyó explícitamente a las comunidades campesinas y nativas, pues privilegió a los predios particulares ubicados en la región de la costa. A esta situación debe sumarse la confusa legislación para lograr la formalización, las expectativas generadas y la escasa difusión de estos procesos; lo cual originó que muchos comuneros al acudir a las oficinas del PETT con la esperanza de recibir un título de propiedad individual terminaban generalmente con sus solicitudes rechazadas por los funcionarios[91].

En una primera etapa, el PETT sólo planteo titular tierras originarias de las comunidades campesinas. Según ex funcionarios, a partir de 1991 cuando se promulgó el Decreto Ley N° 653, toda adjudicación de tierras se tenía a título oneroso, por lo cual las comunidades debían cumplir con pagar para recibir la propiedad de tierras que les fueron adjudicadas años atrás por reforma agraria. Respecto de las tierras adquiridas por otras formas, el PETT asumió que no tenía capacidad institucional para solucionar el problema de titulación comunal, pasando por alto la Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal, la cual se dio precisamente para sanear la propiedad de las comunidades campesinas, sea que éstas no tuvieran título, que éste fuera imperfecto o tuviera algún defecto[92]. Cuando se presentaba algún conflicto de una comunidad solicitante de deslinde con las comunidades vecinas, los funcionarios alegaban la existencia de litigio y suspendían la tramitación (obviando la responsabilidad de promover mecanismos de conciliación y arbitraje establecida en la Ley), lo cual en la práctica implicaba una renuncia a las posibilidades de sanear la propiedad de la comunidad y el desconocimiento de la facultades conferidas por la ley a dichos funcionarios para proceder a cerrar la línea del lindero de la comunidad, delimitando el área en conflicto, pero saneando e inscribiendo la propiedad de la comunidad sobre la parte del territorio comunal que no está en discusión.

A partir de lo señalado, puede observarse que una parte fundamental de los problemas de las comunidades campesinas es la falta de documentos que puedan ser aceptados en registros públicos para la inscripción de su propiedad, por lo cual deben

---

[89] Conforme se señala en los considerandos de la Resolución Directoral N° 085-2002-AG-PETT, mediante la cual se dispone que el Proyecto Especial de Titulación y Catastro Rural – PETT asuma competencia en procedimiento de deslinde y titulación de comunidades campesina en los departamentos de Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cusco, La Libertad, Huancavelica, Huánuco y Puno.

[90] Entre 1992 y 1995 el PETT entregaría alrededor de 159 mil títulos de propiedad debidamente inscritos, cantidad a la que habría que sumar 1´014´182 títulos inscritos en los registros públicos entre 1996 y el año 2000, gracias a un crédito del BID.

[91] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES), *óp. cit.,* p. 24

[92] DEL CASTILLO, Laureano. *óp. cit.*, p. 74

iniciar las gestiones para el saneamiento comunal. Esa debilidad para sustentar sus derechos tiene relación con los importantes cambios que se han producido en la legislación sobre propiedad agraria (que se han señalado a lo largo de este punto), así como con la revalorización de los documentos de propiedad y la creciente presión por la inscripción de esta en los registros[93]. Frente a este panorama, resulta importante destacar que el PETT fue alcanzando metas modestas, durante la segunda etapa del proyecto financiado por el BID, en el plan 2001-2005, contemplando la linderación y titulación de 504 comunidades campesinas durante ese periodo[94].

Actualmente, según los datos que maneja COFOPRI RURAL (dependencia que asumió las funciones del PETT luego de su extinción por absorción «R.M. N° 018-2007-VIVIENDA») que se obtuvieron para la presente investigación, a Marzo de 2009, el país cuenta con 6,066 Comunidades Campesinas reconocidas de las cuales 5,039 se encuentran debidamente tituladas constituyendo su territorio un total de 23, 153,744.0110 hectáreas de superficie. A marzo de 2009 se encuentran pendiente de titulación 1,027[95]. No obstante ello, no hay datos respecto a un estimado de comunidades campesinas que falten reconocer.

El procedimiento de formalización del territorio comunal

La Constitución Política de 1993 reconoce la existencia legal de las Comunidades Campesinas y su personería jurídica. Declara la autonomía de su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativos dentro del marco que la Ley establece (artículo 89°)[96].

La señalada declaración constitucional complementó lo establecido por la Ley General de Comunidades Campesinas – Ley N° 25656, la cual estableció en su artículo 2°que las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

---

[93] Es importante destacar el Decreto Legislativo N° 838, promulgado en agosto de 1996, que autorizó al MINAG, la adjudicación en forma gratuita de tierras del Estado a comunidades e individuos en zonas afectadas por la violencia política y de economía deprimida; la cual, se entendió habría de facilitar la entrega y titulación de las tierras comunales de manera gratuita. Sin embargo, el reglamento de dicha norma aprobado por el D.S. N° 018-96-AG, definió como ámbito de aplicación de éste virtualmente a todo el territorio nacional, salvo la zona costeña de los departamentos de la costa peruana. Más aún, el reglamento excluyo a las comunidades campesina y nativas al establecer que las adjudicaciones tan sólo se podían realizar a favor de personas naturales, desplazados retornantes, personas naturales que fueron calificadas como beneficiarios de la reforma agraria y personas naturales que no están en ninguno de los casos anteriores. Lamentablemente esta disposición trajo en la práctica consecuencias negativas en desmedro de los terrenos comunales a favor de colonos o terceros.

[94] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES), *óp. cit.,* p. 25

[95] ORGANISMO DE FORMALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD INFORMAL – COFOPRI. *"Directorio de Comunidades Campesinas del Perú"*. 2006. Documento citado sólo para fines académicos, no debe tomarse como dato oficial del Gobierno Peruano.

[96] Dentro del marco legal de protección y reconocimiento de las Comunidades Campesinas, el Estado Peruano ha asumido, acorde con nuestro texto Constitucional, otros compromisos, tales como reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la nación (artículo 2 inc. 19), la garantía del derecho de propiedad sobre la tierra en forma comunal (artículo 88°) y el respeto de la identidad cultural de las Comunidades Campesinas (artículo 89°).

Conforme a lo señalado, las comunidades campesinas cuentan con marco legal vigente para la protección de sus tierras comunales. Sin embargo es importante mencionar que el reconocimiento e intento de titulación de estas tierras fueron objeto durante tutela y reconocimiento legal en el pasado, conforme se ha detallo líneas arriba. Por cual cuando se inició el procedimiento de deslinde y titulación de territorios comunales que se desarrolla en la actualidad, muchas Comunidades Campesinas contaban con documentos antiguos (algunos de los cuales datan incluso de la época de la colonia) que reconocen su titularidad sobre las tierras que "ancestralmente" han venido ocupando.

Por otra parte, al inicio de sus actividades de formalización de tierras comunales, funcionarios del PETT se encontraron con algunos documentos legales relativamente antiguos como *el Testimonio de Escritura, la Protocolización* y *Resoluciones Ministeriales*, que fueron los documentos que administrativamente se manejaron para la aprobación de los planos de conjunto del territorio de las Comunidades Campesinas antes de la promulgación de la Ley N° 24657 (1987).

La dación de esta norma constituyó la manifestación más clara del compromiso del Estado Peruano (luego de 167 años) para formalizar el derecho de propiedad de las Comunidades Campesinas sobre sus tierras. Según esta ley, el territorio comunal está integrado por las tierras originarias de las comunidades, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario y las adjudicadas con fines de reforma agraria. Las tierras originarias comprenden: las que la comunidades vienes poseyendo, incluyendo las eriazas y las que indican sus títulos (artículo 2°).

El mismo artículo 2° estableció que tierras no debían ser consideradas de la Comunidad: 1) Los predios de propiedad de terceros amparados en títulos otorgados con anterioridad al 18 de enero de 1920 y que se encuentren conducidos directamente por sus titulares; 2) las tierras que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 31 de octubre de 1993; 3) las que el Estado ha utilizado para servicios públicos; salvo convenios celebrados entre el Estado y la Comunidad; y 4) las tierras en que se encuentren restos arqueológicos. Además de las agregadas por la Ley N° 26845, como ya se señaló anteriormente.

Si bien la norma mencionaba a las Direcciones Regionales Agrarias como las entidades competentes para elaborar el levantamiento del plano definitivo del territorio comunal, promover mecanismos de conciliación entre colindantes o, además de remitir a los Registros Públicos: las actas de colindancia, la memoria descriptiva y el plano de conjunto del territorio comunal levantados con anterioridad a la vigencia de la ley, que hayan sido aprobados por Resolución Administrativa para la inscripción del territorio de la Comunidad; en la práctica fue el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural - PETT, entidad adscrita al Ministerio de Agricultura, el organismo competente para cumplir el papel de fedatario además de las responsabilidades anteriormente señaladas[97].

Asimismo, conforme el artículo 10° de la norma, se confirió al plano conjunto, las actas de colindancia y a la memoria descriptiva en conjunto, la naturaleza de títulos definitivos de propiedad inscribibles en los Registros Públicos. Por su parte, el artículo 14° estableció que la declaración del derecho de propiedad de predios ubicados dentro del territorio de las Comunidades Campesina, será determinada por el juez competente.

[97] En noviembre de 1992, se público el Decreto Ley N° 25902 - Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura, cuya octava disposición complementaria creó el Proyecto Especial de Tierras y Catastro Rural – PETT.

En cuanto a los requisitos formales para iniciar el procedimiento de titulación de los territorios comunales, las Comunidades Campesinas deberán encontrarse previamente inscritas en los Registros Públicos, a fin de adquirir la correspondiente personería jurídica. Es importante señalar que el reconocimiento oficial de las Comunidades Campesinas se realiza sobre la base los requisitos exigidos por el Reglamento de Ley General de Comunidades Campesinas – Decreto Supremo N° 008-91-TR y se encuentra a cargo de las Direcciones Regionales Agrarias[98].

El Procedimiento General se desarrolla de la siguiente manera:

1) Presentación de solicitud acompañado de documentos probatorios del dominio y/o posesión, así como del plano o croquis con el cual formalizó su personería jurídica, indicando sus colindantes. Se deberá contar con autorización de la Asamblea General para suscribir las actas de colindancia.
2) Notificación a la Comunidad y colindantes, en forma personal y mediante aviso publicado en el Diario Oficial EL PERUANO y un diario local de inicio de acciones de levantamiento del plano.
3) Deslinde (determinación de linderos del territorio comunal). Se deberá realizar una diligencia de levantamiento de plano conjunto donde se realizará la exhibición de pruebas de los colindantes, el deslinde propiamente dicho y la posterior suscripción de actas de colindancia determinando linderos del territorio comunal. Esta suscripción se da una vez que los colindantes acrediten su derecho de dominio sobre sus tierras mediante títulos de propiedad inscritos. Si no hubiese oposición se pasa a la siguiente etapa. Por otra parte, de presentarse un colindante con título inscrito y con linderos diferentes a los indicados por la Comunidad, se invita a las partes a una conciliación, la conciliación deberá ser aprobada por la Asamblea convocada para tal fin. Si no hubiere conciliación, se levantara el plano conjunto de la comunidad, demarcando las áreas de controversia y se inscribirán a nombre de la Comunidad la áreas que no están es disputa. Corresponde al juez determinar el derecho de propiedad sobre las áreas en controversia.

[98] Conforme señala el Artículo 3, para la inscripción de la Comunidad se requiere: a. Constituir un grupo de familias, según lo establecido en el Art. 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas; b. Tener la aprobación de por lo menos los dos tercios de los integrantes de la Asamblea General; y c. Encontrarse en posesión de su territorio. Asimismo, el artículo 4° ha establecido que el Presidente de la Directiva Comunal, en representación de la Comunidad, presentará solicitud, a la Dirección Regional Agraria - DRAG, acompañando los siguientes documentos: a. Copias legalizadas, por Notario o Juez de Paz de la localidad, de las siguientes actas de Asamblea General donde: - Se acuerda solicitar su inscripción como Comunidad Campesina, precisando el nombre; - Se aprueba el Estatuto de la Comunidad; y - Se elige a la Directiva Comunal. b. Censo de población y otros datos según formularios proporcionados por el INDEC (para los efectos del tema a tratar, esta institución fue reemplazada por el PETT); y c. Croquis del territorio comunal con indicación de linderos y colindantes. Finalmente, el artículo 5°, establece que la DRAG dispondrá: a. La publicación de la solicitud de inscripción de la Comunidad y el croquis de su territorio, mediante avisos o carteles que se colocará en la sede de la Comunidad y en el local del Concejo Distrital correspondiente. b. La obtención de una constancia que acredite la posesión del territorio comunal, otorgado por el órgano competente en materia de propiedad y tenencia de tierras rústicas del Gobierno Regional o por la mayoría de sus colindantes; y c. Una inspección ocular para la verificación de los datos proporcionados por la Comunidad Campesina, evacuando el respectivo informe, con opinión sobre la procedencia o improcedencia de la inscripción de la Comunidad. Habiéndose cumplido con los términos de ley y no habiendo observaciones u oposiciones por parte de alguna persona se procede al reconocimiento e inscripción en el Registro Regional de Comunidades Campesina así como en los Registros Públicos a fin de que adquiera la personería jurídica conforme a ley.

4) Elaboración del plano de conjunto y de la memoria descriptiva. El cual se realizará mediante la preparación del Informe de campo y la digitalización del perímetro del plano conjunto.
5) Inscripción de los títulos de propiedad en los Registros Públicos. Constituye la remisión y presentación de la solicitud de inscripción, constancia de pago, las actas de colindancia, planos de conjunto y memoria descriptiva. Posteriormente se realizará el seguimiento del título presentado, subsanación de las observaciones (si las hubiera) y recepción de la constancia de la inscripción en los registros de propiedad inmueble de la Oficina Registral correspondiente.
6) Finalmente, transcurridos quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de presentación de los títulos a los Registros Públicos la Dirección Regional Agraria gestionara la constancia de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y la devolución de los expedientes

Cumplido con estos procedimientos, el expediente de formalización del territorio de comunidades campesinas se encontrará conformado por:

a. El Plano del territorio comunal debidamente georeferenciado inscritos en los Registros Públicos.
b. La Memoria descriptiva del plano del territorio comunal y su titulación.
c. La ficha de inscripción registral del título de propiedad de la comunidades
d. La resolución administrativa por la que se aprueba el procedimiento de demarcación territorial comunal.
e. El Informe Técnico – Legal que sustenta la Resolución Administrativa por la cual se aprobó el procedimiento de demarcación del territorio comunal, y
f. Las actas de Asamblea General de la Comunidad levantada por la Dirección Regional Agraria.

La extinción del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural - PETT y el nuevo marco institucional para la titulación de las tierras de las comunidades campesinas

Los cambios en la legislación agraria, así como el reconocimiento de la titulación como el mecanismo que mejor garantizaba la defensa de las tierras explica la creación del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural – PETT en el año 1992 mediante la octava disposición complementaria de la Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura – Decreto Ley N° 25902.
El PETT se constituyo como una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, técnica y económica cuyo objetivo y finalidad fue ser el órgano técnico-normativo del Ministerio de Agricultura que tuvo a su cargo, a nivel nacional, las acciones tendentes al saneamiento físico-legal de los predios rurales que fueron expropiados y adjudicados con fines de reforma agraria, en aplicación del Decreto Ley Nº 17716 y normas modificatorias, complementarias y conexas, así como el saneamiento físico-legal de los predios rurales pertenecientes a particulares y de las tierras eriazas con aptitud agropecuaria de libre disponibilidad del Estado para su transferencia al sector privado.

Asimismo, el PETT asumió las acciones para la formalización de la propiedad en los procedimientos de adjudicación gratuita de predios rústicos en zonas de economía deprimida; en los procedimientos de regularización de la propiedad rural indicados en

los artículos 17 y 18 del Decreto Supremo Nº 011-97-AG (Reglamento de la Ley N° 26505), sobre inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en tierras del territorio nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas; en los procedimientos de Deslinde y Titulación de las Comunidades Campesinas regulados en la Ley Nº 24657 y en la Ley Nº 26845.

Finalmente, el PETT fue el órgano encargado de efectuar el levantamiento, modernización, consolidación, conservación y actualización del catastro rural del país.

Como se ha señalado, las funciones del PETT en cuanto a la titulación de las tierras comunales fue una responsabilidad que se asumió de manera progresiva y siempre a cuenta de créditos financieros internacionales, el Estado Peruano no utilizaría el presupuesto público para promover estos procesos de formalización de los territorios de las comunidades campesinas. Esta situación claramente se ejemplifica en las sucesivas ampliaciones que se otorgo a la vigencia del Proyecto Especial cuyo presupuesto dependía gran parte de esta cooperación internacional, la cual concluida devino en la correspondiente extinción del PETT.

Al ser el PETT un Proyecto Especial se encontraba permanentemente sujeto a la voluntad política del Gobierno de turno. Así, mientras el Gobierno del Presidente Alejandro Toledo mediante el Decreto Supremo N° 035-2005-AG, publicado el 11 Agosto 2005 ampliaba el plazo de vigencia del Proyecto Especial Titulación de Tierras y Catastro Rural - PETT del Ministerio de Agricultura, hasta el 31 de diciembre del 2009; sin embargo, pocos meses después del cambio de Gobierno (noviembre 2006), se publico el Decreto Supremo N° 063-2006-AG que declaró en reorganización el PETT, en merito a consideraciones como "la modernización del Estado a través de la mejora de la gestión pública y la construcción de un Estado democrático al servicio del ciudadano", y "el apoyo al proceso de regionalización y descentralización mediante la transferencia de competencias".

Finalmente, el Decreto Supremo N° 005-2007-VIVIENDA probaría la capitulación del PETT, estableciendo su fusión con el recientemente adscrito por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Organismo de Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI en calidad de entidad incorporante. El proceso de fusión de dio por concluido el 12 de junio de 2007 mediante Resolución Ministerial N° 183-2007-VIVIENDA declarándose en consecuencia extinguido el PETT.

Política e institucionalidad para la formalización de los territorios comunales luego de la extinción del PETT

Si bien fue establecida la fusión por absorción del PETT con COFOPRI, posteriormente se preciso mediante decreto supremo algunas competencias de la entidad habían sido excluidas del ámbito de la fusión. El artículo 1 del Decreto Supremo N° 012-2007-VIVIENDA señala lo siguiente:

> ***Artículo 1.- Precisa el Ámbito de la Fusión por Absorción dispuesta por Decreto Supremo Nº 005-2007-VIVIENDA***
> *Precísese que la fusión por absorción del Proyecto Especial Titulación de Tierras y Catastro Rural - PETT, dispuesta por el Decreto Supremo Nº 005-2007-VIVIENDA, no involucra la transferencia de las siguientes funciones:*
> *1. Los procedimientos sobre Deslinde y Titulación de las Comunidades Campesinas regulados en la Ley Nº 24657 y en la Ley Nº 26845; (...)*

Conforme se desprende de la norma señalada el proceso de fusión no incluía la absorción de las responsabilidades de formalizar los territorios de las comunidades campesinas, lo cual una vez concluido el proceso de fusión y extinguido el PETT dejaba un amplio vacío a nivel institucional.

Sin embargo, el artículo señalado fue derogado poco después de la extinción del PETT por el artículo 3° del Decreto Supremo N° 074-2007-PCM que prorrogo el plazo para la transferencia a los Gobiernos Regionales de la función específica prevista en el literal n) del artículo 51° de la Ley N° 27867 – Ley Orgánica de Gobiernos Regionales[99].

Como puede desprenderse de la lectura del Decreto Supremo señalado, la voluntad del Gobierno se dirigía a consolidar en una sola entidad, bajo el principio de especialidad dispuesta en la Ley Marco de Modernización y de la Gestión del Estado, el cumplimiento de las funciones previstas en el artículo 1° del D.S. N° 012-2007-VIVIENDA, lo que motivaba la prórroga del plazo para la transferencias de dichas funciones a los Gobiernos Regionales. La norma finalmente prorrogaba el plazo de transferencia hasta el 31 de diciembre de 2008[100].

Sin embargo, el Decreto Supremo N° 088-2008-PCM, publicado el 31 de diciembre de 2008, prorrogo el plazo establecido por la norma anteriormente señalada, estableciendo como nuevo plazo el 30 de junio de 2009. Asimismo, precisó que la entidad responsable de la transferencia era el Ministerio de Agricultura, conjuntamente con el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, a través del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI.

No obstante habiéndose dispuestos ya dos prorrogas, en octubre de 2009 se publico el Decreto Supremo N° 064-2009-PCM que estableció la ampliación del plazo para la transferencias hasta el 31 de diciembre de 2009; estableciendo además la convalidación de los actos realizados para la transferencia de la citada función desde el 01 de julio de 2009 hasta la fecha de publicada la señalada norma (se publico tres meses después de plazo señalado por la norma anterior).

El Decreto Supremo 064-2009-PCM constata además la acreditación de todos los Gobiernos Regionales al haber suscrito con COFOPRI los correspondientes Convenios Marco Intergubernamentales. Asimismo, se resume las acciones tomadas por la Comisión Intergubernamental instalada para ejecutar las acciones derivadas del procedimiento de transferencia de la función establecida en el literal n) del artículo 51° de la Ley N° 27867, ampliar hasta el 31 de diciembre el proceso de transferencia, y convalidar los actos realizados desde el 01 de julio hasta la fecha de publicación de la presente norma.

Finalmente debemos señalar habiéndose vencido ya el plazo establecido por la D.S. 064-2009-PCM, ningún Gobierno Regional aún puede asumir las funciones establecidas en el literal n) del artículo 51 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, toda vez que el Ministerio de Agricultura aún no emite las correspondientes Resoluciones

---

[99] Ley Orgánica de Gobiernos Regionales - Ley Nº 27867
Artículo 51.- Funciones en materia agraria
n) Promover, gestionar y administrar el proceso de saneamiento físico-legal de la propiedad agraria, con la participación de actores involucrados, cautelando el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable de las tierras de las comunidades campesinas y nativas.

[100] Es importante señalar que el plazo para la transferencia de distintas funciones hacia los Gobiernos Regionales culminaba el 31 de diciembre de 2007, conforme lo estableció el D.S. N° 068-2006-PCM. El citado Decreto Supremo señalaba que entre las funciones materia de transferencias se encontraban la prevista en el literal n) del artículo 51 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Ministeriales haciendo efectivas las transferencias. Mientras tanto COFOPRI RURAL, instancia del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal que asumió las funciones del PETT, aún recibe las solicitudes de deslinde y titulación cumpliendo dentro de sus limitaciones con los procedimientos que exige la ley.

2.2.3.3. El Decreto Legislativo N° 1064 - Aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario[101]

La importancia de analizar el derogado Decreto Legislativo 1064 se encuentra en comprender desde una perspectiva crítica, la concepción que tiene el Gobierno respecto a cómo debe regularse los derechos sobre las tierras agrícolas y de manera más específica distintas actividades económicas que se realicen dentro de las tierras de las comunidades campesinas. Implementando – según su exposición de motivos – un marco de condiciones necesarias para el desarrollo de la inversión privada en el sector e impulsar el crecimiento competitivo y sostenible de los productores agrarios, sin dejar de lado la conservación y el aprovechamiento sostenible de las tierras de uso agrícola.

Este decreto legislativo ya fuera por su texto o disposiciones derogatorias se constituía en la práctica como la nueva «Ley de Tierras» y por lo tanto el principal instrumento legal de la política agraria del actual Gobierno. Sin embargo, esta norma terminaría siendo derogada luego de los lamentables hechos ocurridos en Bagua[102], a través de una ley aprobada por el Pleno del Congreso pocos días después de la tragedia (Ley N° 29376); dejándose con esta derogación el marco legal sobre tierras agrícolas sin mayores modificaciones.

El debate en torno al presente decreto legislativo no estuvo exento de encandilados debates, los cuales fueron tanto de carácter ideológico como jurídico, sosteniendo la mayoría de los opositores, la falta de consulta previa a las comunidades directamente involucradas con lo que se pretendía regular en las distintas disposiciones del 1064.

En ese sentido, no podría dejarse de mencionar que en términos generales, la oposición social frente a este y otros decretos legislativos emitidos dentro del marco de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo con el fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, tuvieron su origen en el artículo publicado por el Presidente de la República, titulado *"El síndrome del Perro del Hortelano"*[103], cuya visión estaría plasmada en los decretos legislativos objetos de protesta.

En dicho artículo, el Presidente exponía abierta y explícitamente su visión sobre temas tan variados como la agricultura, el aprovechamiento de los recursos naturales, las comunidades campesinas y nativas, y el medio ambiente entre otros; sus planteamientos no merecían interpretación alguna, eran concisos y directos.

Respecto a la pequeña agricultura señaló:

---

[101] En cuanto al análisis sobre las disposiciones del presente Decreto Legislativo, no se detendrá en el incumplimiento de las disposiciones establecidas en el Convenio 169 de la OIT, toda vez que se encuentra por demás demostrado que se incumplió con el deber de consultar las comunidades campesinas y nativas respecto a las disposiciones que sobre sus tierras se establecieron en la presente norma.

[102] En la zona de Bagua (Departamento de Amazonas), nativos y policías se enfrentaron el 5 de junio del 2009, con un saldo que cobró la vida de varios peruanos.

[103] GARCÍA PEREZ, Alan. *"El síndrome del Perro del Hortelano",* Diario El Comercio, Domingo 28 de octubre de 2007, p. a4

> *"(...) hemos [sic] caído en el engaño de entregar pequeños lotes de terreno a familias pobres que no tienen un centavo para invertir, entonces aparte de la tierra, deberán pedirle al Estado para fertilizantes, semillas, tecnología de riego y además precios protegidos. Este modelo minifundista y sin tecnología es un círculo vicioso de miseria, debemos impulsar la mediana propiedad"...*

En cuanto a las comunidades campesinas, las califica de pedigüeñas e incapaces de poner en valor los recursos, y cuestiona los derechos de propiedad sobre sus tierras:

> *"(...) existen verdaderas comunidades campesinas, pero también comunidades artificiales, que tiene 2000 mil hectáreas en el papel pero solo utilizan agrícolamente 10 mil hectáreas y las otras son propiedad ociosas, de "mano muerta", mientras sus habitantes viven en la extrema pobreza y esperando que el Estado lleve toda la ayuda en vez de poner en valor sus cerros y tierras". (...) Este es un caso que se encuentra en todo el Perú, tierras ociosas porque el dueño no tiene formación ni recursos económicos, por tanto su propiedad es aparente"...*

Ante esta situación, la solución propuesta por el Presidente era que el comunero transfiera sus TIERRAS a los grandes inversionistas, como se expresa en las siguientes líneas:

> *"(...) alquilándolas, transándolas porque si son improductivas para ello, si serían productivas con un alto nivel de inversión o de conocimientos que traiga un nuevo comprador. (...) esa misma tierra vendida en grandes lotes traería tecnología de las que se beneficiaría también el comunero*[104].

El Presidente, sin duda, busca promover un cambio de visión ideológica respecto al aprovechamiento de los recursos naturales, llamando a los que no comparten la suya "perros del hortelano" que no dejan que el país se desarrolle.

El texto es claro, el Gobierno acorde con estas ideas debe promover la venta, parcelación o alquiler de las tierras de las comunidades campesinas de la sierra, lo cual como es evidente cada cierto tiempo con los conflictos sociales resulta relativamente imposible sin un adecuado proceso de diálogo.

Más aún, el Presidente no toma en cuenta una serie de problemas estructurales que tiene el sistema de propiedad y transferencias de tierras comunales o con aptitud agrícola que presente nuestro país. En ese sentido, es importante señalar la opinión vertida por un especialista como Manuel Pulgar Vidal quien afirma que:

> *"(...) estamos ante un problema de titulación, catastro y de entidades del Estado incapaces de avanzar significativamente en este propósito. El Programa Especial de Titulación de Tierras – PETT y el COFOPRI (ahora fusionados, pero cono vacios de competencia) no han sido capaces de cumplir su función, y la decisión de fusionarlos no ha generado ni generará ningún beneficios a la población (...). [Más aún] el propio Estado no ha podido nunca identificar las tierras eriazas y menos proceder a la subasta pública, como está dispuesto en la Ley de Tierras de 1995 y su reglamento".*

---

[104] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES). *Informativo Legal Agrario: "El agro peruano y los decretos legislativos del 2008".* Nº 24 Segunda época. Diciembre 2008, pp. 5-6

Asimismo, en cuanto a la situación de las tierras comunales señala:

> *"Se intenta atribuir culpa al caos existente con la tierras a la existencia de tierras comunales, pero el punto es que sí esta tierra estuviera adecuadamente titulada nadie tendría limitación en comprarla por cuanto ello está permitido desde la reforma constitucional de 1993. (...) La compraventa es un acuerdo de voluntades. Si una comunidad se resiste a vender sus tierras porque considera que tienen un valor cultural determinado o un propósito religioso, ¿alguien puede desconocerle este derecho de propietario? ¿Alguien puede desconocer la autonomía comunal que la constitución recoge?*

De lo señalado se desprende que si bien la propuesta presidencia podría constituir una formula positiva, está exenta de plantear soluciones a problemas que se arrastran desde su anterior gobierno.

En este contexto político-jurídico de abierto enfrentamiento ideológico era de esperarse que antes las fallas del sistema de representación política, ausencia del Estado y falta de participación ciudadana (en importante decisiones como fueron los decretos legislativos que regulaban el tema de tierras); complejos mecanismos de articulación social se integraron para derogar aquellas normas que "intuían" eran altamente perjudiciales a sus intereses, lo cual finalmente ocurrió.

Por lo tanto, señalado el contexto en que se publicó y derogó la presente norma, corresponde iniciar la evaluación en cuanto a lo establecido por el Decreto Legislativo N° 1064 respecto al derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus territorios comunales.

***

El Decreto Legislativo N° 1064 creó una nueva categoría jurídica denominada *predios rurales comunales,* su artículo 3 señalaba:

> *"Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas, en cuanto a su existencia, organización y derechos, se rigen por lo dispuesto en la Constitución y en la legislación de la materia; el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Campesinas y de las Comunidades Nativas, y la propiedad territorial de las Comunidades Campesinas y de las Comunidades Nativas es imprescriptible.*

El artículo 4° complementó el artículo precedente definiendo escuetamente a los *predios rurales comunales* como: *"las tierras cuya propiedad corresponden a las Comunidades Campesinas y Nativas, de conformidad con lo establecido en el presente decreto legislativo y en la legislación vigente"*.

Por su parte, la redacción del artículo 6 referido a la propiedad territorial de las Comunidades Campesinas mantuvo la consideración contenida en el artículo 2 de la Ley de Deslinde y Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas (1987), al incluirse dentro de ellas a las tierras originarias, las adquiridas de acuerdo con el derecho común y agrario, y las tierras adjudicadas por reforma agraria. No obstante, una lectura atenta mostraba que las tierras originarias sufrieron un recorte: ya no eran solo las que la comunidad poseía ancestralmente, incluyendo las eriazas y las que indican sus títulos, sino tan solo las que la comunidad «viene poseyendo así como aquéllas respecto de las cuales cuenten con títulos». Con esta disposición se eliminaba de la condición de

tierras originarias a las tierras eriazas, lo que implicaba un profundo cambio conceptual que guardaba relación con el Decreto Legislativo N° 994.

Tierras eriazas en territorios de comunidades campesinas

El valor de las tierras eriazas en los territorios de comunidades campesinas se sustenta en el valor otorgado por las mismas a estos terrenos, los cuales en muchos casos forman parte del patrimonio cultural y religioso de las mismas Comunidades (divinidades, santuarios, campos de festividades, etc.)[105].

Por ello, en cuanto a su regulación, el Estado ha mantenido una tradición legislativa que consideraba como excepción de la propiedad estatal sobre las tierras eriazas a las tierras comunales, primero reconociéndoselas como propias con la simple posesión (Ley 24657) y luego amparadas en sus títulos de propiedad (artículo 9° D.S. N° 011-97-AG). Sin embargo, el artículo 2° del D. Leg. 994 para la promoción de la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola, establece que las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal, incluyéndose como requisito adicional que estos títulos se encuentren inscritos en registros públicos (este requisito fue suprimido por modificación por el D. Leg. 1064, el cual una vez derogado dejó sin efecto dicha modificación).

En la práctica, está disposición refleja un desconocimiento del derecho de propiedad de las comunidades campesinas (y los particulares), el cual resulta más grave aún si se recuerda que la inscripción de la propiedad en los registros públicos es facultativa en nuestro país, es decir, no es obligatoria. Tal como lo señala el artículo 949° del Código Civil: *"La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario"*. La formalidad tiene importancia para efectos de probar el contrato pero no resulta constitutivo de este.

Por otra parte, si bien esta disposición no constituye una medida grave sobre las tierras comunales como por ejemplo lo fue el artículo 23° del D. Leg. 653°, abre un importante debate respecto a una exigencia muy difícil de cumplir para las Comunidades Campesinas. Efectivamente, tal como lo señala CEPES, el propio Ministerio de Agricultura reconoció en mayo de 2007, que 1100 comunidades campesinas carecían de títulos de propiedad. Lo cual motivo la dación de la Resolución Ministerial N° 378-2007-AG, por la cual se constituyó una comisión especial para elaborar el Plan de Titulación de Comunidades Campesinas y Nativas en el periodo 2007-2011[106].

Más aún, actualmente no se cuenta con información precisa respecto de las comunidades campesinas, esto es, su número total, cuántas tienen reconocimiento legal ni cuántas tienen plenamente saneado su derecho de propiedad. Tampoco se conoce dónde se encuentran ubicadas estas 1100 comunidades sin título a las que se refería el Ministerio de Agricultura en la Resolución Ministerial 378-2007-AG.

Por ello resulta pertinente reproducir en este punto las cifras que arrojó el Censo Nacional Agropecuario de 1994. Allí se indicaba que las comunidades campesinas controlaban casi 40% de la superficie agropecuaria. Sin embargo, actualmente no se dispone de información actualizada respecto de la calidad de las tierras bajo control de

[105] FIGALLO ADRIANZÉN, Guillermo. *óp. cit.,* pp. 209-210

[106] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES). *Informativo Legal Agrario: "El agro peruano y los decretos legislativos del 2008".* Nº 24, *óp. cit.,* p. 22

las comunidades campesinas, lo cual general un real desconcierto respecto al alcance de las leyes aprobadas.

De acuerdo con estadísticas anteriores se sabe que gran cantidad de estas tierras estaba constituida por tierras eriazas, pastos naturales y tierras de protección. Sobre todo en la costa norte del país donde existe una cantidad muy importante de tierras eriazas que se encuentran dentro de los títulos de las comunidades[107].

Finalmente es importante resaltar además que en cuanto a los datos sobre Comunidades tituladas con los que cuenta COFOPRI actualmente de manera extraoficial (6.066 comunidades reconocidas, 5.053 comunidades tituladas y un saldo de 1 .013 comunidades por titular) no se indica en esta información cuántas de las comunidades campesinas tituladas tenían su propiedad inscrita en los Registros Públicos. Lo cual como se ha señalado, dificultad en muchos aspectos la puesta en marcha de cualquier tipo de política agraria.

En cuanto al artículo 7, este desarrollo la lista de tierras que no se consideraban predios rurales comunales, refiriéndose tanto a tierras de comunidades campesinas como de comunidades nativas. Los cinco supuestos listados implicaban la actualización y la integración de los casos que estaban contenidos en la Ley 24657, Ley de Deslinde y Titulación de Comunidades Campesinas, y en otras normas modificatorias que fueron ampliando los supuestos para dejar de considerar una tierra como comunal; lo relevante fue que dicho listado se hizo común a ambas formas de comunidades, tanto campesinas como nativas. Debe destacarse que el inciso 7.4 señaló que no se consideran predios rurales comunales «las tierras de las Comunidades que sean declaradas en abandono, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Perú», lo cual expresaba una asimetría en cuanto al tratamiento de la propiedad de los particulares pues, el abandono solo afecta a los adjudicatarios de tierras eriazas, más no a los propietarios de tierras, salvo a las comunidades campesinas y nativas, como se establece en este inciso 7.4.

En cuanto al Título III "De las servidumbres y otras cargas", constituyó una de las disposiciones más criticadas toda vez que su único artículo 8°, estableció las servidumbres a las que se encontraban sujetas las tierras de uso agrario, las cuales clasificó en tres numerales, donde incluyó las servidumbres ordinarias, las servidumbres de libre tránsito y las – más criticada – servidumbres de libre paso de oleoductos, gaseoductos, mineroductos, instalaciones para la exploración y explotación minera y petrolera, instalaciones para el servicio público de telecomunicaciones, entre otras.

La principal crítica a esta disposición sostenía que por su redacción podía concluirse que estábamos ante la presencia de servidumbres legales u obligatorias, dejando de lado la regulación anterior, esto es la Ley de Tierras, la cual establecía la necesidad de un acuerdo previo entre el propietario de la tierra y la empresa minera para la utilización de esta y, en caso de no llegarse a un acuerdo, el establecimiento de la servidumbre minera o hidrocarburos (el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de la actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determina por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas.). Sin embargo, la escueta redacción del artículo 8 permitía interpretar que no se requería de acuerdo previo. Por lo que se entendió que se había cambiado la característica de la servidumbre minera, convirtiéndola en una servidumbre legal u obligatoria, lo que implicaba que no

[107] *Ibíd.,* p. 23

quepa negociación alguna para su establecimiento, sino que está fuese impuesta por mandato de la ley.

Más aún, dicha interpretación se encontraba acorde con lo dispuesto por los incisos 8.2 y 8.3 del mismo artículo, cuando se establecía que las tierras de uso agrario eran susceptibles de sujetarse a las demás cargas y derechos previstos en el Código Civil, y sobre todo cuando se dejo al Reglamento de la norma establecer los criterios para la valorización de la contraprestación por las servidumbres y demás cargas. Esto último parecía indicar que la determinación de la contraprestación solo era facultad de la autoridad, sin dejar lugar al cuestionamiento por el propietario del predio o a la negociación entre las partes involucradas[108].

Finalmente, el presente decreto adolecía de un vicio que afectaba su validez y lo tornaba inconstitucional por razones de forma. Y es que la derogación que realizaba de la Ley N° 26505 violaba lo dispuesto expresamente en la Tercera Disposición Final de dicha ley que señala que: *"La presente Ley se aprueba por mayoría calificada de acuerdo con lo previsto en el Artículo 106° de la Constitución Política del Perú y su modificación o derogación se efectuará a través de otra norma legal expedida por el Congreso cumpliendo la misma formalidad"*. De este modo, un decreto legislativo no podía realizar esta derogación, ya que incumplía el mandato previsto en la propia ley que se deroga en cuanto a exigencia de una mayoría calificada para modificarla o derogarla[109].

***

A partir de lo señalado hasta el presente punto puede colegirse una serie de conclusiones respecto a la naturaleza de las tierras comunales, su situación legal, la evolución de la institucionalidad para su formalización, el enmarañado marco normativo del derecho agrario y su competencia cuanto a estas tierras y finalmente la voluntad política del presente gobierno que muestra una vocación por limitar el ejercicio de sus derechos así como promover la titulación individual de las tierras comunales.

Sin embargo, para los fines de la presente investigación, estas consecuencias sociales, legales y económicas, que de por sí ya constituye un problema en sí mismo, habrán de ser analizadas dentro de un contexto más complejo; en un contexto de conflictividad social por derechos mineros otorgados sobre territorios comunales.

Como se verá en el capítulo correspondiente el alto índice de conflictos sociales mineros donde intervienen como actores principales empresas mineras y comunidades campesinas nos dice mucho acerca de las dificultades que presenta el Estado para prevenir y gestionar los conflicto adecuadamente, siendo en muchos casos sumamente complejo alcanzar solucionares favorables para todas las partes (Estado incluido).

Por lo tanto, a fin de establecer desde una perspectiva legal los alcances de los derechos en conflicto, resulta imprescindible para el presente marco teórico desarrollar y establecer la naturaleza jurídica de la concesión minera y sus alcances, la cual se desarrollará a continuación.

---

[108] *Ibídem.,* p. 28

[109] EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *"Análisis de la conformidad constitucional del uso de las facultades legislativas otorgadas por el Congreso al Poder Ejecutivo mediante la Ley n.° 29157"*. Elaborado a solicitud de Oxfam Internacional. Lima, agosto de 2008, pp. 46-47

2.2.3.4. La propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras, el Convenio 169 de la OIT y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

No sería responsable terminar el análisis de la naturaleza jurídica del derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras sin mencionar los instrumentos y fundamentos legales que han desarrollado con mayor énfasis sus criterios de protección. Así encontramos que en el ámbito internacional se ubican las disposiciones jurídicas que – como siempre – buscan ir más allá de la abstracción de las normas para pasar a criterios jurisprudenciales de promoción y protección de los derechos reconocidos por los Estados, tanto en la Convención Americana de los Derechos Humanos como por otros tratados.

Ahora bien, habría que aclarar que para un sector de la comunidad jurídica – a la cual me adscribo con ciertas reservas que expondré posteriormente – tanto las comunidades campesinas como las comunidades nativas son sujetos de derecho en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT; toda vez que – requiriendo este detalle del mayor ejercicio argumentativo – su situación encaja perfectamente en los parámetros establecidos por el Convenio, el cual establece en su artículo 1° lo siguiente:

> *Artículo 1°*
> 1. *El presente Convenio se aplica:*
>
> b) *a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*
>
> 2. *La conciencia de su identidad indígena (...) deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*

Si bien podría señalarse que los criterios establecidos en el literal 1.b del Convenio resultan evidentes y no ameritan mayor comentario; en la realidad, las discusiones respecto a los alcances del Convenio resultan aún muy fuertes contrapuestos. Ahora bien, para un parte de nuestra sociedad (a pesar de lo ocurrido en Bagua) aún no ha terminado de asimilar que hay peruanos que aún conservan instituciones sociales, económicas y culturales distintas a las occidentales, resultando de estas disyuntivas tensiones relativas a la aplicación de un "derecho" occidental, que no reconocer la diferentes relaciones jurídicas que se desarrollan en otros grupos sociales.

Ahora bien, un detalle muy importante es la verificación de la identidad indígena, ello constituye – evidentemente – un elemento sumamente subjetivo, lo cual exigiría una evaluación amplia y rigurosa de la situación de los pueblos indígenas en el país; sin embargo, ello constituye aún una asignatura pendiente para nuestros Gobiernos, los cuales han priorizado el desmembramiento de elementos que sostienen la identidad comunal de los pueblos indígenas, como es la propiedad colectiva sobre la tierra.

En ese sentido, los fundamentos legales y facticos respecto a la particular relación entre Comunidades Campesinas y sus tierras serán desarrolladas posteriormente; ello a propósito de la autógrafa de la ley que desarrolla el Convenio 169 de la OIT, donde se

profundiza y especifica lo señalado en el párrafo anterior; más aún, cuando uno de los objetivos de la presente tesis es proponer modelos legales de protección de los derechos que se ven vulnerados en esta inevitable confrontación que surge de la superposición de concesiones mineras y la tierra de una Comunidad Campesina.

Por lo tanto, todo lo señalado a continuación será vinculante, en tanto se confirme que la Comunidad Campesina conforme a ley y a los procesos establecidos para su reconocimiento sea considerada por el Estado Peruano como un Pueblo Indígena.

***

El Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT) "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", es un instrumento internacional de carácter vinculante aprobado en 1993 y ratificado en enero de 1994 mediante resolución legislativa 26253. Entro en vigencia a partir del 2 de enero de 1995, dando reconocimiento de un compromiso de carácter internacional, pasando así a formar parte de nuestra legislación interna (derecho nacional), conforme lo señala el artículo 55° de nuestra Constitución[110].

El objetivo principal de dicho instrumento es la protección continua de los pueblos indígenas, basada en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias. Así como la convicción de que tienen derecho a continuar existiendo sin pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo[111].

La protección del derecho a la tierra de los pueblos indígenas constituye un parte sustantiva de este Convenio y comprende los artículos 13° al 19° (Parte II). El artículo 13.1° establece que en merito a las disposiciones de esta parte del Convenio, *los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esta relación.* En el artículo 13.2° establece que el término "tierras" en los artículos 15° y 16° deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera[112].

---

[110] Respecto al Convenio 169 de la OIT, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída sobre el expediente N° 03343-2007-PA/TC su carácter vinculante dentro de nuestro marco legal, así como el rango constitucional que ostenta: *"(...) Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades". (...) los "tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional". De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.° 169 mediante Resolución Legislativa N.° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.*

[111] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *"Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual.* 2003., p. 5

[112] Conforme el *Manual* citado, el concepto de tierra suele abarcar **todo el territorio** que utilizan, comprendidos, bosques, ríos, montañas y mares, y tanto superficie como el subsuelo.

Por su parte, el artículo 14° establece que a los pueblos interesados deben reconocérseles derechos de propiedad y de posesión de sus tierras y, dependiendo del caso, tomarse medidas especiales para salvaguarda este derecho. Asimismo, deben tomarse las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Para ello deberá instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Finalmente, en el artículo 15.1° se señala el derecho de los pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras, así la correspondiente participación en la utilización, administración y conservación de los mismos. Por su parte, el artículo 15.2° establece la obligación del deber de consultar con los pueblos, a fin de determinar sus intereses, así como participar en los beneficios generados y percibir una indemnización, cuando pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, ello en concordancia con el derecho a la consulta establecido en el artículo 6° y el principio de participación consagrado en el artículo 7°[113].

Sin embargo, la protección en el ámbito internacional del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios no se ha limitado a las consideraciones establecidas en el Convenio 169 de la OIT; por el contrario, han encontrado eco en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH, la cual bajo el amparo de las disposiciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos ha pasado a redefinir y ampliar la concepción del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras.

Así, la Corte ha precisado que el concepto de propiedad de las comunidades indígenas comprende una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Para la Corte, los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios, señalando además que:

> "*La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*[114]".

La CIDH ha justificado la aplicación de las disposiciones del artículo 21° de la Convención Americana que reconoce el derecho a la propiedad privada a los casos donde se encuentra en discusión temas relativos al derecho de propiedad de los pueblos indígenas.

La Corte señala que la Convención Americana es un tratado internacional de derechos humanos y por lo tanto un instrumento vivo cuya interpretación tiene que

---

[113] La interacción de las disposiciones establecidas en estos artículos, así como su aplicación jurisprudencia serán desarrolladas posteriormente.

[114] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párrafo 149

adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales. Más aún, en merito a lo establecido por el artículo 29°.b de la Convención que establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que puede ser reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados"[115].

Para la Corte una interpretación evolutiva de los instrumentos internacional de protección de los derechos humanos debe tomar en cuenta estas consideraciones; por lo que ante la prohibición de una interpretación restrictiva de los derechos, resulte necesario comprender dentro del ámbito de la Convención Interamericana los derechos de los miembros de comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal[116].

Por su parte, en la Sentencia recaída en el caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte amplia sus criterios de interpretación del artículo 21° al que señalar que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31° de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31° de Viena)[117].

En ese sentido, la CIDH ha estimado conveniente para analizar los alcances del artículo 21° de la Convención utilizar otros tratados internacional distintos, tales como el Convenio 169 de la OIT. Ello a fin de interpretar las disposiciones de este artículo de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[118].

La Corte entiende el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídico variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Cuya evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estado y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones[119].

El Convenio 169 de la OIT es reconocido como un instrumento internacional que contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho de propiedad comunal de las comunidades indígenas, disposiciones que pueden ilustrar el contenido y alcance del artículo 21° de la Convención Americana.

En ese sentido la Corte reconocer que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de

---

[115] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua,* párrafo 146-147

[116] | CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua,* párrafo 148

[117] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125*,* párrafo 126

[118] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay,* párrafo 127

[119] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay,* párrafo 128

subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural[120].

Lo señalado por la Corte presente una estrecha relación con las disposiciones del artículo 13° del Convenio 169 de la OIT en el sentido de que los Estados deberán respetar la importancia especial que para la cultural y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación[121].

Para la Corte esta vinculación alcanza incluso los elementos incorporales que se desprende de la estrecha vinculación entre los pueblos indígenas con los territorios tradicionales y recursos naturales ligados a su cultura[122].

En el caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay, la Corte analiza las implicancias legales de la posesión de tierras por parte de los indígenas; situación similar a los casos de numerosas comunidades campesinas y nativas en nuestro país, a las cuales no se les ha reconocido su derecho de propiedad.

La CIDH concluye en merito a su extendida jurisprudencia que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras: primero, tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; segundo, la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; tercero, los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y cuarto, los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas[123].

Asimismo, la CIDH reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a solicitar se les devuelva sus tierras tradicionales, aún cuando éstas se encuentren en manos privada y no tengan plena posesión de las mismas. Ahora bien, la Corte señala que para determinar si este derecho permanece indefinidamente en el tiempo se debe tomar en cuenta la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas que se sustentan principalmente en la relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distinta maneras, puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamiento o cultivos esporádicos; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura. En caso de impedimento por causas ajena a

---

[120] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay,* párrafo 135

[121] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay,* párrafos 136-137

[122] Asimismo, es importante señalar que el término "bienes" utilizado en el artículo 21°, contempla "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua,* párrafo 144

[123] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencias de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párrafo 128

su voluntad que implique un obstáculo real, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan[124].

Verificado la vigencia del derecho de recuperación de las tierras, la Corte señala que corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros de los pueblos indígenas que las reclama. En caso el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán recogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión[125].

La Corte ha establecido además en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam que en caso el país no haya ratificado el Convenio 169 de la OIT y no se reconozca el derecho a la propiedad comunal, no constituye impedimento mientras el país haya ratificado instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La CIDH siguiendo la interpretación establecida por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entiende que el artículo 1° en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas. Señala que en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1°, los pueblos podrán "proveer a su desarrollo económico, social y cultural" y pueden "disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales" para que no se los prive de "sus propios medios de subsistencia". A este argumento se suma la disposición – ya mencionada – establecida por el artículo 29°.b de la Convención Americana[126].

Asimismo, resulta importante hacer mención de dos consideraciones señaladas por la Corte respecto a la posesión de la tierra del pueblo Saramaka. La CIDH señala que ante la presunta falta de claridad en cuanto al sistema de posesión de la tierra de los Saramaka no presenta un obstáculo insuperable para el Estado, quien tiene la obligación de consultar con los integrantes del pueblo y solicitar una aclaración sobre la cuestión a fin de cumplir con sus obligaciones conforme al artículo 21° de la Convención. En cuanto a la otra consideración, la Corte observa que ante las supuestas dificultades y sensibilidades de determinar el derecho de propiedad del pueblo Saramaka, el Estado no puede abstenerse de cumplir con las obligaciones internacionales de acuerdo con la Convención Americana simplemente porque le es difícil hacerlo. La CIDH comparte la inquietud del Estado en cuanto a lo complejo; sin embargo, el Estado tiene el deber de reconocer el derecho de propiedad, en el marco de su sistema colectivo de propiedad, y establecer mecanismos necesarios para hacer efectivo a nivel interno el derecho consagrado en la Convención, según lo ha interpretado la Corte en su jurisprudencia[127].

Finalmente, si ánimos de ahondar en el análisis del nivel de vinculación que acarrea para los Estados la "Declaración de la Naciones Unidad sobre los derechos de los pueblos indígenas" resulta necesario tenerla en cuenta toda vez que tal como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Derechos

---

[124] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay,* párrafos 130-132

[125] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay,* párrafo 135

[126] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam,* párrafo 93

[127] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam,* párrafos 101-102

Humanos es un *corpus jurídico* que también incluye entre otros instrumentos las declaraciones[128].

[128] En ese sentido, entre los artículos más relevantes para el tema de la presente investigación se debe señalar los siguientes:

Artículo 8°

1. *Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.*
2. *Los Estados establecerán mecanismo eficaces para la prevención y el reasentamiento de:*
   a. *Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de su valores culturales o su identidad étnica;*
   b. *Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeer los de sus tierras, territorios o recursos.*

(...)

Artículo 10°

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre la indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción de regreso.

Artículo 18°

Los pueblos indígenas tiene derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19°

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 25°

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26°

1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.*
2. *Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.*
3. *Los Estado asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.*

Artículo 27°

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28°

1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.*

2.3. La concesión minera

Las características geológicas de los yacimientos minerales constituyen la principal razón para las grandes extensiones territoriales que puede llegar a alcanzar un proyecto minero. Estos proyectos se encontraran conformados por una o varias concesiones mineras (una generalmente tiene por ley una extensión entre 100 a 1,000 hectáreas).

Estos yacimientos en general, se pueden clasificar en cuatro grupos principales[129]:

- **Vetas:** Yacimientos compuesto por un cuerpo mineral de forma alargada, limitado por planos irregulares de rocas denominadas "encajonantes". Generalmente la veta es vertical. Cuando el cuerpo mineral aparece tendido o echado se le llama "manto". Las vetas constituyen el tipo de yacimientos más comunes en el subsuelo peruano.
- **Diseminado:** Se llama así al cuerpo mineral que aparece en forma de hilos que atraviesan la roca en todas direcciones, o bien como puntos o motas de mineral que cubren grandes extensiones, un buen ejemplo de ello son los yacimientos auríferos de Cajamarca.
- **Aluvial:** Es un yacimiento formado por el transporte de gravas, limo y minerales pesados de diferentes formas y tamaños, que están depositados en las arenas o lechos de los ríos o mares. Generalmente son de oro, tungsteno y titanio. Como ejemplos de estos yacimientos se tienen los lavaderos de Sandia en Puno, de Pallasca en Ancash y los de Madre de Dios.
- **Contacto:** Es un deposito mineral formado a lo largo del encuentro entre dos rocas de distinto origen, usualmente una de ellas es caliza

Establecida la ubicación de las menas así como su ley y sobre la base de los estudios realizados por los profesionales responsables del proyecto, se debe decidir entre dos métodos para iniciar la etapa de producción o extracción de los minerales que se encuentren en el subsuelo.

El primer método es conocido como extracción a cielo abierto (*Open Pit*), llamada también coloquialmente *"tajo abierto",* es una explotación en superficie que extrae en franjas horizontales llamados bancos, en forma descendente a partir del banco que está en la superficie. Normalmente para la remoción de un banco de mineral es necesario extraer el material estéril que lo cubre, lo que se llama desbroce y expresa una relación de tonelaje de desmonte a mineral, esta relación es totalmente variable entre las minas ya que dependen netamente de la posición y tipo de yacimiento, que es – como ya se ha señalado – totalmente variable[130]. Este tipo de explotación es de gran volumen y se aplica a yacimientos masivos de gran tamaño, cerca de la superficie, puesto que a mayor

---

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 43°

Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

[129] PROYECTOS Y ESTUDIOS MINEROS S.A.C. *"Manual de Minería"*. [PDF] Disponible en internet en la dirección: http://estudiosmineros.com/ManualMineria/Manual_Mineria.pdf. Revisado el 15 de enero de 2010.

[130] Un parámetro de singular importancia es la proporción que representa el mineral sobre el total (en volumen o en toneladas métricas), y que determinan si la mina a cielo abierto es o no viable económicamente.

profundidad aumentará la cantidad de mineral estéril a remover (radio de desbroce) aumentando consecuentemente el costo de la producción[131].

Este método se utiliza principalmente en yacimientos de mineral diseminado, y se basa en la extracción de todo el material donde se ubica el mineral. Ello supone mover grandes volúmenes e inevitablemente utilizar equipos de gran capacidad. Las actividades o procesos que comprenden este método de explotación pueden clasificase en: Exploración y Desarrollo, Perforación y Disparos¸ Carguío y Acarreo o Transporte.

El segundo método es la explotación subterránea, es utilizado cuando las zonas mineralizadas (vetas o cuerpos de mineral económico) son angostas y profundas, por lo que según las evaluaciones técnicas y económicas justifica la perforación de túneles y socavones para posibilitar su extracción. Las actividades o procesos que comprenden este método son: exploración, desarrollo, preparación, explotación y extracción, y transporte y manipuleo de minerales[132].

Señalar la estructura, dimensiones y actividades que se desarrollan en una concesión minera en caso de resultar económicamente viable la extracción de minerales, permite comprender cierta dimensión del alto riesgo que encierra la actividad minera, no solamente en el aspecto económico sujeto a factores técnicos (estudios posteriores que determinen que los minerales sean económicamente explotables) o el mercado internacional del precio de los metales sujeto a una infinidad de variables y circunstancias políticas y económicas; sino además, un factor que no en pocas oportunidades ha terminado por enterrar importantes proyecto mineros en nuestro país: la variable socio-cultural de las poblaciones que se encuentran en el ámbito de influencia del proyecto minero.

La presente investigación busca poner en relevancia estas consideraciones, por lo tanto, teniendo presente las premisas técnicas y sociales señaladas, corresponde desarrollar los aspectos legales que regulan en nuestro país la concesión minera.

2.3.1. Cuestiones Generales

La figura de la "concesión" es una creación del derecho público, específicamente aplicada por el derecho administrativo a través de la cual el Estado cede a un particular la potestad de realizar actividades económicas que se encuentran dentro de su esfera jurídica de responsabilidades.

Es importante señalar desde un inicio que la figura de la concesión para obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es muy diferente de la concesión para el aprovechamiento de los recursos naturales. Si bien ambas figuras tienen como raíz común el derecho público y cumplen en términos generales con la descripción realizada en el párrafo anterior, presentan en la práctica marcos legales diferentes y por lo tanto consecuencias jurídicas disimiles, ello fundamentalmente por el objetivo para que se otorga la concesión.

La "concesión" en términos generales, responde al modelo establecido por nuestra Carta Constitucional vigente, la cual promueve la libre iniciativa privada y la libertad de empresa en búsqueda de un mayor desarrollo de las actividades económicas del país por agentes económicos particulares[133].

---

[131] PROYECTOS Y ESTUDIOS MINEROS S.A.C., *Ibíd.*

[132] *Ibíd.*

[133] Nos referimos específicamente al régimen económico establecido en la Constitución de 1993, el cual ha sido lo suficientemente amplio para permitir la participación del sector privado en la realización de

En ese orden de ideas, la construcción de la figura jurídica "concesión" puede abarca una *acepción amplia*, entendida como el acto o contrato administrativo que "crea", a favor de un particular, una capacidad o un derecho nuevo, que le transfiere un derecho que es propio de la Administración y del cual el particular carece absolutamente; o una *acepción restringida*, que entiende la concesión como un acto o contrato administrativo que otorga al particular el derecho o goce de una cosa o competencia del ente público, o bien el acto o contrato administrativo que transfiere al particular derecho propios de la administración[134].

Entonces, conforme a lo señalado, la concesión administrativa tiene su origen en la facultad discrecional de la Administración, que se exterioriza mediante un acto de autoridad, por el cual se decide transferir unilateralmente a los particulares que cumplan con las condiciones legales y reglamentarias de la concesión determinadas por el Estado, el desarrollo de determinada actividad económica que tiene un carácter predominantemente público.

Por lo tanto, nuestro derecho público ha recogido *la teoría del acto mixto o de doble configuración jurídica*, la cual concibe dos facetas del acto de concesión. La primera consiste en un acto de poder público que básicamente se refiere al aspecto legal o reglamentario de la concesión, en cuya virtud el Estado pasa a desprenderse de una determinada actividad para entregarla al sector privado, pero conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público, y una segunda, que consiste en una fase contractual que refiere a los deberes que recíprocamente se fijan concedente y concesionario[135].

Por su parte, cabría complementar lo doctrina citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha establecido lo siguiente:

> *"La acción estatal no se agota en el acto mismo de concesión, sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el periodo fijado para el desarrollo de la actividad. El Estado no cede su ius imperium, sino que a través de la Administración realizará una intervención legítima sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para [la actividad económica], con la finalidad precisamente de asegurarla[136].*

Partiendo de estas reflexiones podemos concluir que la concesión constituye la institución jurídica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante la cual se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica. La concesión hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado derechos, facultades, poderes nuevos hasta ese momento inexistentes; es decir se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático[137].

Finalmente cabe señalar de manera general algunas características comunes a diferentes tipos de concesiones:

---

diversos tipos de actividades económico que pueden ir desde la prestación de servicios públicos, construcción de carreteras y extracción de recursos minerales o hidrocarburos.

[134] VARGAS FRITZ, José. *"La Concesión de Obras Públicas"*. Chile, 1997. Citado en Diego Zegarra Valdivia. *"Concesión administrativa e iniciativa privada"*. Themis N° 39, 1999, pp. 101-102

[135] ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *"Concesión Administrativa e iniciativa privada"*. En THEMIS N° 39, 1999, p. 103

[136] STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC. Fundamento 103, último párrafo.

[137] STC Exp. N° 0048-2004-PI/TC. Fundamento 102

a) *La concesión nace de un acto administrativo, pues siempre tiene su origen en la facultad discrecional de la administración.*
b) *La concesión se sustenta en un interés público de carácter predominantemente económico*
c) *La concesión pertenece al grupo de actos administrativo que amplían la esfera de los particulares*
d) *El contenido esencial de la concesión está en que en ella prevale el interés colectivo*
e) *La administración conserva una serie de potestades y derechos, asumiendo el poder de control*, velar por el correcto ejercicio de la concesión, entre otros.
f) *Temporalidad de la concesión*, las concesiones mineras son irrevocables, en tanto el titular cumpla con las obligaciones que exige la ley para mantener su vigencia.
g) *Precariedad de la concesión*, las causas de extinción de la concesión minera se encuentran establecidas en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.
h) *La concesión es intuito personae*, cualquier persona natural o jurídica puede ser titular de una concesión minera, las excepciones a esta regla se encuentran establecidas en el Título Cuarto del T.U.O. de la Ley General de Minería.

2.3.2. Sistema de dominio sobre los recursos minerales

Al ejercer el Estado un dominio eminencial sobre los recursos naturales, se ha optado por en la práctica por el *Sistema de dominio del estado o dominalista.* Bajo este sistema se entiende al Estado como titular de los recursos naturales que se encuentran en el suelo o subsuelo, ejerciendo sobre los mismos su soberanía sin que signifique ello propiamente un derecho patrimonial.

Al aplicarse este sistema a los recursos minerales se atribuye el dominio originario de las minas al Estado, el cual en ejercicio de su dominio eminencial podrá entregar en concesión estos recursos a particulares, otorgándoles en la práctica todos los atributos de la propiedad, que sin embargo formalmente no adquieren.

Finalmente es importante señalar que este sistema se conjuga perfectamente con el modelo de concesión establecida por la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821; donde el Estado entrega en concesión los recursos minerales, manteniendo el dominio eminente sobre los mismos, es decir reservándose la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento, en otras palabras salvaguardar el interés público de la Nación.

2.3.3. Definición legal

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural.

En ese sentido, en cuanto a los recursos minerales, el T.U.O. de la Ley General de Minería ha establecido que el aprovechamiento de los recursos minerales se a realiza a

través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares mediante el régimen de concesiones (artículo II del Título Preliminar)[138].

En concordancia con esta disposición el artículo 23° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales – Ley N° 26821 (en adelante LOARN), nos indica que aprobada la concesión por ley especial, esta otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido (los minerales), en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

Asimismo, el artículo 23° señala:

> *"La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia la propiedad de los frutos y productos a extraerse. (...) pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido [y] son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia".*

En artículo 9° de la Ley especial en concordancia con estas disposiciones establece que la concesión minera otorga al titular el derecho de exploración y explotación de los recursos minerales concedidos (definiendo la forma de aprovechamiento), que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referido a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM).

El artículo 9° nos da más detalles de la figura jurídica "concesión minera" indicando que es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada[139]. Esta disposición se encuentra en concordancia con lo establecido en el Código Civil en los artículo 885° y 954°. El artículo 885° declara como bienes inmuebles las minas en su inciso 3°, por su parte el inciso 8° reconoce la naturaleza de bien inmueble de las concesiones obtenidas por particulares. Asimismo, el artículo 954° establece una importante limitación al derecho de propiedad al establecer que: "*La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho".* Sin embargo agrega, que esta propiedad del subsuelo «no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales», como es el caso de la minería

Lo señalado en este último párrafo es muy importante pues constituye la raíz del problema de la presente investigación, la correcta separación de los derechos del titular del predio superficial respecto al titular del subsuelo posiblemente mineralizado que representa el concesionario minero conforma la primera etapa de una serie de

---

[138] Es importante hacer la atingencia que el mismo artículo II señala que todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible; toda vez que su aprobación fue realizada antes de la vigencia de la Constitución de 1993, luego de la cual se establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y por lo tanto se cambia la disposición que sobre los mismos pueda ejercer el Estado.

[139] Conforme lo ha establecido el artículo 11° del T.U.O. de la Ley General de Minería, la unidad básica de medida superficial de la concesión minera es una figura geométrica, delimitada por coordenadas UTM, con una extensión de 100 hectáreas, según el Sistema de Cuadrículas del Ministerio de Energía y Minas. La extensiones de esta concesión va entre 100 a 1,000 hectáreas, en cuadrículas o conjunto de cuadrículas colindantes al menos por un lado, salvo en el dominio marítimo, donde podrán otorgarse en cuadrículas de 100 a 10,000 hectáreas. El área de la concesión minera podrá ser fraccionada a cuadrículas no menores de 100 hectáreas, para lo cual basta la solicitud del titular de la concesión.

desavenencias jurídicas, vacíos normativos y problemas sociales, que serán tratados posteriormente.

Volviendo al artículo 9°, señala que en cuanto a las partes integrantes y accesorias de la concesión minera, mantienen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias[140].

El artículo 10° del T.U.O. de la Ley General de Minería otorga el carácter de derecho real a la concesión minera, estableciendo que el mismo consiste en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario. Una vez otorgadas, las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia.

Asimismo, es importante señalar que conforme al artículo 23° de la LOARN, las concesiones (en este caso las mineras) son bienes incorporales registrables, por lo que para ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, deben adecuarse a lo establecido por el T.U.O. Por su parte, el concesionario minero adquiriente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. Esta concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre la misma, deberán contar luego del proceso correspondiente con su inscripción en el registro de concesiones mineras que administra INGEMMET.

***

Establecida la definición legal de la concesión minera, es necesario profundizar en los elementos que constituyen su naturaleza jurídica.

Es clara la doctrina al señalar que la concesión minera constituye un acto administrativo que emana de un acto unilateral de la autoridad competente en representación del Estado, otorgado con la finalidad de autorizar el ejercicio de actividades de exploración y explotación, ampliando la esfera jurídica de derechos en favor del administrado[141]. En otras palabras, el otorgamiento de concesiones mineras, obedece al ejercicio de una competencia administrativa que debe ejercerse de manera obligatoria una vez que se han cumplido con los requisitos establecidos por la ley[142].

Conforme nuestro ordenamiento legal la concesión minera otorga al concesionario el derecho de exploración y explotación de los recursos minerales que son patrimonio de la Nación. Asimismo, el titular minero adquiere la propiedad del recurso una vez extraídos del yacimiento mineral conforme lo señala el artículo 23° de la LOARN (uso y disfrute y en consecuencia propiedad de los frutos y productos a extraerse). Es decir, cuando el ordenamiento jurídico minero otorga el derecho de explorar y explotar dos atribuciones con importantes consecuencia jurídicas. Se le otorga naturaleza de derecho real (10°) y la condición de bien inmueble (9°).

La naturaleza de derecho real de la concesión minera responde a su característica establecida por el artículo 66° de nuestra Constitución. Asimismo, es importante resaltar que como derecho real no se encuentra adscrita al régimen privado de derecho de

[140] El mismo artículo 9° se encarga de develar que partes deberán ser consideradas integrantes o accesorias. Son integrantes las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de los minerales, por su parte serán consideradas como accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión.

[141] GARCIA MONTUFAR, Guillermo. *"Derecho Minero"*. Grafica Horizonte. Lima, 2006. 2da Edición, pp. 58-59

[142] GAMARRA BARRANTES, Carolina. *"La Concesión Minera"*. Ediciones Caballero Bustamante. Lima. 2009, p. 36

propiedad; sino, por el contrario, presenta características especiales, distintas a los derechos reales establecidos en el Código Civil. Ello implica, por ejemplo, la existencia de atributos como el dominio sobre los recursos naturales por parte del concesionario que no llega a ser un derecho de propiedad en términos civilistas.

Más aún, conforme señala Carolina Gamarra[143] se considera un *derecho real de naturaleza administrativa* porque es conferido por la autoridad administrativa por mandato legal. Este derecho nace de un acto administrativo regulado por normas de orden público, siendo emitido por el Estado en uso de su soberanía[144].

Por su parte en cuanto a la condición de *bien inmueble*, es importante resaltar que esta categoría permite clasificar a la concesiones dentro de los bienes registrables en la SUNARP, con la consiguiente garantía para quienes contraten sobre ellos de contar con un registro en el que pueda identificarse el titular del derecho y las cargas y gravámenes que puedan pesar sobre el bien, facilitando de esta manera los negocios jurídicos[145].

Características del derecho del concesionario minero

Señalada la definición legal de la concesión minero, corresponde establecer las características del derecho que adquiere el titular de la misma:

a) Es *exclusivo*, pues resulta oponible a tercero y los excluye de realizar actividades mineras de exploración y explotación dentro del perímetro de la concesión minera. No obstante ello, es importante precisar que antes de hacer efectivos los derechos otorgados por la concesión, el concesionario minero deberá cumplir una serie de requisitos conforme señala el artículo 23° del Reglamento de Procedimientos Mineros modificado por el Decreto Supremo N° 059-2008-EM:

> *Artículo 23°.- "(...) El título de concesiones no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, sino que previamente el concesionario deberá:*
> *a) Gestionar la aprobación del Instituto Nacional de Cultura de las declaraciones, autorizaciones o certificados que son necesarios para el ejercicio de las actividades mineras.*
> *b) Contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad ambiental competente, con sujeción a las normas de participación ciudadana.*
> *c) Obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o la culminación del procedimiento de servidumbre administrativa, conforme a la reglamentación sobre la materia.*
> *d) Obtener las demás licencias, permisos y autorizaciones que son requeridos en la legislación vigente, de acuerdo con la naturaleza y localización de las actividades que va a desarrollar".*

---

[143] GAMARRA BARRANTES, Carolina. *"La Concesión Minera". Ibíd.,* p. 124

[144] En el mismo párrafo, Carolina Gamarra complementa la idea, diferenciando el derecho real administrativo de del derecho real obtenido por el acto jurídico regulado en el Código Civil; señalando que en el caso de la norma de derecho privado, esta tiende a ser supletoria de la voluntad de las partes, teniendo por finalidad primordial reducir los costos de transacción, mientras que la norma de derecho público, y en especial las norma administrativa, pretende asegurar el delicado equilibrio entre el interés público y los intereses privados.

[145] LASTRES BÉRNINZON, Enrique. *"Comentarios sobre el régimen de concesiones en minería".* En Revista de Derecho Minero y Petrolero. Año XLX, N° 58. 2000, p. 21

b) Es *registrable,* al serlo la concesión que lo otorga, adquiere características que lo dotan de seguridad jurídica. Al ser registrable, la concesión adquiere *alienabilidad,* es decir, es susceptible de ser transferida en el mercado, asimismo puede ser utilizada para garantizar créditos siendo objeto de hipoteca.
c) Es *irrevocable,* en tanto el titular cumpla con las obligaciones establecidas por la ley para mantener su vigencia (art. 10° T.U.O.). La irrevocabilidad implica que una concesión minera otorgada válidamente no pueda ser privada de efectos por ninguna causa distinta al incumplimiento del pago de los derechos de vigencia y/o penalidad.
d) Se otorga a plazo *indeterminado,* el Estado no otorga ningún plazo de duración a este derecho, que podrá extenderse en el tiempo en tanto se cumplan las obligaciones que establece la ley.

2.3.4. Procedimiento de otorgamiento de la concesión minera

En esta sección nos referiremos al procedimiento ordinario para el otorgamiento de concesiones mineras, en tanto no constituyen objeto de la presente investigación el análisis de las concesiones de beneficio, labor y transporte minero.

Hasta la dación del Decreto Supremo N° 008-2007-EM que aprobó la fusión del Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero – INACC con el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico – INGEMMET, correspondía a la primera institución tramitar las solicitudes de concesiones mineras, en aplicación del Procedimiento Ordinario Minero establecido en la Ley General de Minería; asimismo, teniendo a su cargo el Catastro Minero Nacional y la Administración del Derecho de Vigencia.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 038-2007-EM se aprobó en Reglamento de Organización y Funciones del INGEMMET, a fin de adecuar sus responsabilidades institucionales a las nuevas funciones asignadas, estableciéndose con su promulgación la extinción del INACC.

El artículo 2 del señalado Decreto Supremo establece lo siguiente:

> *"El Instituto Geológico Minero y Metalúrgico tiene como objetivo (...) conducir el Procedimiento Ordinario Minero conforme a lo dispuesto por la Ley General de Minería y sus reglamentos, incluyendo la recepción de petitorios, el otorgamiento de concesiones mineras y su extinción según las causales fijadas por la ley, ordenando y sistematizando la información georeferenciada mediante el Catastro Minero Nacional, así como la administración y distribución del Derecho de Vigencia y Penalidad.*

Es importante resaltar que el Procedimiento Ordinario establecido en la Ley General de Minería ha sido modificado por el Decreto Supremo N° 084-2007-EM, publicado en diciembre de 2007; el cual, sin embargo, entrará en vigencia solamente con la dación de la Resolución Ministerial que declare la conclusión del proceso de transferencias de funciones sectoriales y facultades en materias mineras señaladas en el Decreto Supremo N° 068-2006-PCM.

Actualmente se ha declarado por Resolución Ministerial solamente la culminación del proceso de transferencia de algunos Gobiernos Regionales, más no todos; lo que a la luz de las disposiciones establecidas permite interpretar que por lo tanto, aún no se encuentra vigente el Procedimiento Ordinario modificado. No obstante ello, a fin de

tener como fuente disposiciones vigentes o en proceso de vigencia, la presente investigación consignará el Procedimiento Ordinario modificado.

***

Conforme al Reglamento de Procedimiento Mineros, el Proceso Ordinario para el otorgamiento de concesiones minera se inicia con la presentación del petitorio de concesión minera ante cualquiera de las mesas de partes del INGEMMET, ello para la concesiones para mediana y gran minería, el tema que nos interesa (art. 12°).

El INGEMMET llevará un registro de ingresos de petitorios en el Sistema de Derechos Mineros y Catastro (en adelante SIDEMCAT) para efectos de determinar la prioridad en función al orden de llegada (en caso de haber dos o más personas esperando para la entrega del petitorio se asignará a todos la misma hora).

Recibidos los petitorios se generará un código único de petitorio minero en el SIDEMCAT, aun en los casos en que de la lectura de la solicitud o de la revisión de la documentación, se desprende que se ha incurrido en la omisión de algunos de los requisitos señalas en la Ley y el Reglamento (art. 14°). No obstante ello, serán rechazados los petitorios en que: a) Se haya omitido cualquiera de los recibos originales de pago del derecho de vigencia y/o derecho de trámite; b) El pago en soles por derecho de vigencia, sea menor al límite inferior regulado en el artículo 74 del Decreto Supremo Nº 003-94-EM modificado por el Artículo 5 del Decreto Supremo Nº 50-94-EM; y c) El pago en dólares americanos por derecho de vigencia, se haya efectuado en forma incompleta (art. 14A°).

Por otra parte, serán declarados inadmisibles por la Dirección de Concesiones Mineras según corresponda y no serán ingresados al Sistema de Cuadrículas o se retirarán de él, según sea el caso, archivándoseles definitivamente sin constituir antecedente o título para la formulación de otros, aquellos petitorios mineros en los que:

a. No se hubiera consignado las coordenadas U.T.M. del área solicitada.
b. No se hubiera identificado correctamente la cuadrícula o conjunto de cuadrículas por error en las coordenadas U.T.M.
c. No se hubiera identificado correctamente el área que debe solicitarse conforme al artículo 12 de la Ley del Catastro Minero Nacional, por error en las coordenadas U.T.M.
d. Exista falta de colindancia por un lado dentro del conjunto de cuadrículas solicitadas.
e. Se exceda el área máxima establecida por la Ley.
f. El petitorio se ha formulado sin cumplir con lo establecido por los artículos 65 y 68 de la Ley[146].
g. Sean peticionados por extranjeros en zona de frontera cuya solicitud sea expresamente desaprobada o que, transcurridos seis (6) meses de dicha solicitud, se acojan al silencio negativo y consideren su solicitud como denegada y consentida.

[146] **Artículo 65.-** Las áreas correspondientes a concesiones y petitorios caducos, abandonados, nulos, renunciados, y aquellos que hubieren sido rechazados en el acto de su presentación, no podrán peticionarse mientras no se publiquen como denunciables.

Artículo 68.- Las áreas correspondientes a concesiones y petitorios caducos, abandonados, nulos y renunciados, no podrán ser peticionados, ni en todo ni en parte, por el anterior concesionario ni por sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad, hasta dos años después de haber sido publicadas como denunciables.

h. Sean formulados en Áreas de no Admisión de Denuncios o Petitorios Mineros. La inadmisibilidad y archivo corresponde a las cuadrículas superpuestas total o parcialmente al área suspendida. Para el caso de los derechos solicitados conforme al artículo 12 de la Ley del Catastro Minero Nacional- Ley Nº 26615, la inadmisibilidad y archivo procede respecto de toda el área solicitada.
i. Estén incursos en la causal prevista en el artículo 3 del Decreto Supremo Nº 008-2002-EM[147].
j. Sean peticionados ante autoridad nacional o regional no competente.

Los petitorios que presenten alguna omisión, con excepción de lo indicado en el artículo 14B° (D.S. 018-92-EM) podrán ser subsanados dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la omisión.

El Petitorio deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 17° del Reglamento de Procedimientos Mineros. Entre los requisitos más relevantes cabe señalar los siguientes:

g. Identificación de la cuadrícula o conjunto de cuadrículas colindantes, al menos por un lado, sobre las que se solicita la concesión, respetando derechos preexistentes; y,
h. Nombres, apellidos y domicilio del propietario del terreno superficial donde se ubique la concesión minera solicitada, en caso fuere conocido.
i. Compromiso Previo en forma de Declaración Jurada del peticionario[148], mediante el cual se compromete a:
    1) Realizar sus actividades productivas en el marco de una política que busca la excelencia ambiental.
    2) Actuar con respeto frente a las instituciones, autoridades, cultura y costumbres locales, manteniendo una relación propicia con la población del área de influencia de la operación minera.
    3) Mantener un diálogo continuo y oportuno con las autoridades regionales y locales, la población del área de influencia de la operación minera y sus organismos representativos, alcanzándoles información sobre sus actividades mineras.
    4) Lograr con las poblaciones del área de influencia de la operación minera una institucionalidad para el desarrollo local en caso se inicie la explotación del recurso, elaborando al efecto estudios y colaborando en la creación de oportunidades de desarrollo más allá de la vida de la actividad minera.
    5) Fomentar preferentemente el empleo local, brindando las oportunidades de capacitación requeridas.
    6) Adquirir preferentemente los bienes y servicios locales para el desarrollo de las actividades mineras y la atención del personal, en condiciones

[147] **Artículo 3.- Limitaciones en áreas urbanas**
El Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero (ahora INGEMMET) oficiará a la municipalidad provincial cuando de la información que dispone se evidencie la posibilidad que el petitorio se encuentre en área urbana, aunque no exista la ordenanza que la defina como tal. Para estos efectos, el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero no otorgará el título antes de sesenta (60) días hábiles desde que se remitió el oficio por vía postal a la municipalidad.
El petitorio será declarado inadmisible si la municipalidad emite y publica en el Diario Oficial El Peruano, la ordenanza que califique el área como urbana, antes del otorgamiento de la concesión.

[148] Documento cuyo formato ha sido debidamente aprobado por el Ministerio de Energía y Minas mediante R.M. N° 192-2008-MEM/DM se presentará como documento adjunto al petitorio.

> razonables de calidad, oportunidad y precio, creando mecanismos de concertación apropiados.

A la solicitud se deberá acompañar los siguientes documentos: a) Recibo de pago del derecho de vigencia correspondiente al primer año; b) Recibo de pago del derecho de tramitación equivalente al 10% de una UIT; c) Calificación de pequeño productor minero, de ser el caso; y d) Copia del Documento Nacional de Identidad - D.N.I. o Carné de Extranjería, de cada uno de los peticionarios y del representante legal o apoderado. Los petitorios podrán ser presentado por cualquier persona, sin necesidad de autorización o poder del peticionario.

Todos los petitorios de concesiones mineras deberán publicarse por una sola vez en el Diario Oficial "El Peruano" y en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales de la capital del departamento en donde se encuentre ubicada el área solicitada. Las publicaciones deberán contener la siguiente información: Nombre del petitorio, titular, domicilio, coordenadas U.T.M. de los vértices de la cuadrícula o conjunto de cuadrículas solicitadas, hoja de la Carta Nacional a la que pertenece, sustancia, extensión, departamento, provincia y distrito donde se ubica y fecha y hora de presentación (art. 19°).

De reunir el petitorio los requisitos establecidos por la Ley, el Director de la Dirección de Concesiones Mineras del INGEMMET, dentro de los siete días hábiles siguientes a la presentación del petitorio, notificará al interesado adjuntando los avisos para su publicación y, en su caso para su fijación. La publicación deberá realizarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de notificación del aviso correspondiente. Simultáneamente a la notificación al peticionario, el Director de la Dirección de Concesiones Mineras notificará sobre el nuevo petitorio a los titulares de petitorios o concesiones mineras anteriores, cuyas áreas se encuentren ubicadas en parte de la misma cuadrícula o conjunto de cuadrículas peticionadas. Dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha de publicación, el interesado deberá entregar las páginas enteras en las que conste la publicación de los avisos a la Oficina del INGEMMET correspondiente.

De no mediar oposición dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la recepción de la publicación de los avisos, la Dirección de Concesiones Mineras emitirá los dictámenes técnico y legal correspondientes. Posteriormente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de emitidos los dictámenes, bajo responsabilidad del Directo de la Dirección de Concesiones Mineras, el expediente deberá ser elevado al Presidente del Consejo Directivo del INGEMMET para que en merito de los dictámenes técnico y legal favorables, en no antes de treinta (30) días emita la Resolución correspondiente[149], la cual deberá ser notificada al peticionario y demás interesados en el respectivo procedimiento.

2.3.5. Limitaciones territoriales al ejercicio de la actividad minera

Si bien actualmente, bajo el sistema de cuadriculas vigente, todo el país se encuentra dividido en cuadrantes que pueden ser objeto de petitorios mineros; en la práctica no todo el territorio nacional se encuentra sujeto a ser concesionado y entregado a particulares para la realización de actividades de exploración y explotación minera.

[149] Treinta (30) días calendario de efectuada la última publicación a que se refiere el Artículo 19.

El ordenamiento jurídico ha limitado el derecho de los concesionarios a ejercer actividades mineras sobre ciertas zonas, cuya protección merece preservarse por encerrar criterios superiores de valoración.

En ese sentido, un primer alcance nos da el artículo 2°del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería que establece la prohibición de realizar cateo y prospección en zonas urbanas o de expansión urbana en zonas reservadas para la defensa nacional, en zonas arqueológicas y sobre bienes de uso público; salvo autorización previa de la entidad competente.

Por su parte, el Reglamento de Procedimiento Minero ha establecido en su artículo 22° que en casos de petitorios cuyas cuadrículas comprendan terrenos ocupados por monumentos arqueológicos o históricos, Red Vial Nacional, oleoductos, gasoductos, poliductos, cuarteles, puertos u obras de defensa nacional o Instituciones del Estado con fines de investigación científico - tecnológico, en el título de concesión correspondiente se indicará la obligación de respetar la integridad de las referidas construcciones e instalaciones.

Esta disposición se ve complementada con el artículo 23° del Reglamento, el cual establece – entre otras consideraciones – que el título de concesión minera no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, sino previamente el concesionario no cumple con gestionar ante Instituto Nacional de Cultural – INC las declaraciones, autorizaciones o certificados necesarios para el ejercicio de las actividades mineras; y obtiene las demás licencias, permisos y autorizaciones que son requeridos en la legislación vigente, de acuerdo a la naturaleza y localización de las actividades que va a desarrollar.

El marco legal relativo a estas disposiciones se desarrollará a continuación

Patrimonio arqueológico y actividades mineras

De conformidad con el artículo 21° de la Constitución Política y los artículo II y III del Título Preliminar de la Ley N° 28296 – Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, todo bien arqueológico, declarado expresamente como integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, así como el que se presume como tal (mientras que no se confirme lo contrario de forma expresa por el INC), se encuentra protegido por la Ley.

Como bien ha señalado la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (en adelante SNMPE), esta disposiciones responden a que nuestro país presenta raíces culturales que se remontan muchos siglos atrás. Aquí se desarrollaron culturas como la Nazca, la Chimú o la Inca, que dejaron con su paso edificaciones y objetos de gran valor y que, hoy en día, son parte de nuestro patrimonio cultural. Sin embargo, no todos los restos han sido descubiertos, o varios de estos se encuentran en zonas aún no determinadas. Por lo que a fin de preservar el vasto patrimonio cultural que queda por conocer en el país, el Estado decidió implementar el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA)[150].

El CIRA puede definirse como un documento aprobado por el INC, a solicitud del interesado, en el que se indica las áreas libre de evidencias arqueológicas. En caso

[150] SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA, PETRÓLEO Y ENERGÍA. *"Informe Quincenal N° 86: El CIRA"*. Marzo, 2009. Disponible en: www.snmpe.org.pe. Revisado el 04 de enero de 2010.

existan estas evidencias dentro del área materia de la solicitud del CIRA, dichas áreas intangibles serán indicadas excluyéndose del área de libre disponibilidad[151].

El CIRA se otorgará después de ejecutado el Proyecto de Evaluación Arqueológica de Reconocimiento con o sin excavaciones, según sea el caso bajo financiamiento del titular de la concesión. Estos proyectos cumplirán con procedimientos diferentes dependiendo del tamaño del área que esté involucrada.

Cuando el área sea menor a cinco (5) hectáreas, el trabajo podría ser directamente supervisado por la Dirección General de Patrimonio Arqueológico del INC. En cambio cuando, las áreas sean mayores a cinco (5) hectáreas por lo amplio del área donde se desarrollarán, siguen un procedimiento especial que deberá estar a cargo de un arqueólogo peruano, registrado tanto en el Colegio de Arqueólogos como en el Registro Nacional de Arqueología del INC. En este caso las evaluaciones pueden ser de tres tipos, dependiendo del grado de complejidad de la zona y de la existencia de restos arqueológicos en zonas cercanas: a) Evaluación Arqueológica de Reconocimiento, sin excavaciones; b) Evaluación Arqueológica de Reconocimiento, con excavaciones; y c) Proyectos de rescate arqueológico (art. 65° Reglamento de Investigaciones Arqueológicas – Resolución Suprema Nº 004-2000-ED).

Por otra parte, es importante señalar que durante un tiempo se genero un debate en torno a la exigibilidad o no del CIRA para el inicio de actividades mineras; afortunadamente, el tema está zanjado, toda vez que la normatividad vigente del sector minería no deja dudas respecto a su obligatoriedad, una muestra de ello es el literal a) del artículo 23° ya citado o el artículo 14° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera – D.S. N° 020-2008-EM, que establece la prohibición de inicio de actividades de exploración minera en áreas que constituyan Monumentos Arqueológicos Prehispánicos o Monumentos Históricos Coloniales y Republicanos a los que se refiere el [Decreto Supremo] N° 004-2000-ED o sus modificatorias, salvo que el titular cuente con autorización expresa del INC.

Finalmente, es importante señalar que el CIRA es útil tanto para el INC como para el inversionista minero. En cuanto al INC permite mejorar las deficiencias del catastro nacional de sitios arqueológicos, toda vez que las limitaciones económicas de dicha institución han impedido que se llegue a completarlo. En tanto para el inversionista minero, el beneficio de obtener el certificado se traduce en poder contar con información exacta y oficial respecto de la ubicación de áreas intangibles arqueológicas dentro del área de influencia de su proyecto. Así el CIRA se traduce en una eficiente herramienta de gestión para evitar sanciones legales y que alejan el elemento del azar presente en la relación entre minería y arqueología en el país[152].

Áreas Naturales Protegidas y Minería

Conforme establece la Constitución Política de 1993, el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (art. 68°).

Las Áreas Naturales Protegidas (en adelante ANPs) son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y

[151] DE LA PUENTE BRUNKE, Juan Pablo. *"Minería y Restos Arqueológicos"*. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa - Industrias Extractivas: Minería. N° 59. Año XX. Lima, 2005. p. 288
[152] DE LA PUENTE BRUNKE, Juan Pablo. *óp. cit.,* p. 289

demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como su contribución al desarrollo sostenible del país[153]; su creación y conservación desarrollan el mandato constitucional.

Conforme al Reglamento de la Ley – Decreto Supremo N° 038-2001-AG, las ANPs se clasifican en dos categorías: áreas de uso indirecto y las de uso directo[154]. En las primeras no se permite la extracción de recursos naturales así como modificaciones y transformaciones del ambiente, en tanto que en las de uso directo se permite el aprovechamiento de recursos naturales siempre que la actividad sea compatible con los objetivos del área.

En cuanto al aprovechamiento de recursos naturales no renovables en ANPs, el Reglamento ha establecido solo ser permitirá cuando lo contemple su Plan Maestro aprobado estando sujeto a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del Área Natural Protegida (de uso directo), su zonificación y categorización, así como aquellas que establezca el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas – SERNANP (art. 115° D.S. N° 038-2001).

Esta disposición no se extiende a las ANPs de uso indirecto pues la norma considera que ambas actividades incompatibles; salvo cuando existan derechos adquiridos, establecidos por la legislación de la materia, previos a la creación del área.

Por otra parte, es importante señalar que en caso de las actividades de hidrocarburos o de minería que se superpongan en todo o en parte con un Área Natural Protegida o su Zona de Amortiguamiento se ha establecido un procedimiento de coordinación entre la autoridad sectorial competente y el SERNANP para definir la compatibilidad de la actividad con la naturaleza jurídica y condiciones naturales del ANP involucrada.

Es importante resaltar en este punto, que pare el caso de tramitación de petitorios mineros ubicados en ANPs o su zona de amortiguamiento, la concesión respectiva sólo puede otorgarse previo informe técnico favorable del SERNANP.

Finalmente deber señalarse que una vez otorgada la concesión, a fin de hacer efectivo el derecho de exploración que esta otorga, el artículo 10° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera – D.S. N° 020-2008-EM ha establecido que:

> *"(...) La aprobación de los estudios ambientales de actividades de exploración minera que vayan a realizarse al interior de un área natural protegida que forma parte del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) o dentro de su zona de amortiguamiento, está sujeta a la previa Opinión Favorable emitida por el [Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP)], la cual debe ser solicitada por el titular minero, adjuntando la constancia de presentación respectiva, a su solicitud de aprobación del estudio ambiental correspondiente.*

Limitaciones al otorgamiento de concesiones en zonas de urbanas y de expansión urbana

[153] Artículo 2° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas – Ley N° 26834.

[154] Conforme la clasificación establecida en el artículo 49° del Reglamento, las Categorías de las Áreas Naturales Protegidas de Administración Nacional según sus objetivos de manejo, pueden ser: a) Áreas de Uso Indirecto: a.1 Parques Nacionales; a.2 Santuarios Nacionales; y, a.3 Santuarios Históricos. b) Áreas de Uso Directo: b.1 Reservas Nacionales; b.2 Reservas Paisajísticas; b.3 Refugios de Vida Silvestre; b.4 Reservas Comunales; b.5 Bosques de Protección, y; b.6 Cotos de Caza.

La Ley N° 27015 modificado por Ley N° 27560 regula el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana.

El artículo 1 de la Ley modificado por Ley N° 27560 establece que no se otorgarán títulos de concesión minera metálica y no metálica, ni se admitirán solicitudes de petitorios mineros en áreas urbanas que hayan sido o sean calificadas como tales por ordenanza municipal expedida por la Municipalidad Provincial, de acuerdo con los procedimientos y parámetros dispuestos por el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, aprobado por el Decreto Supremo Nº 027-2003-VIVIENDA, publicado el 06 de octubre de 2003[155]; y que descansen en criterios netamente urbanísticos, conforme a las normas sobre la materia.

Asimismo señala que excepcionalmente, mediante una Ley Especial se autorizará la admisión de petitorios y el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas.

Por su parte, el artículo 2° señala que en cuanto al otorgamiento de título de concesiones mineras metálicas y no metálicas en áreas de expansión urbana, calificadas como tales por ordenanza municipal vigente en la fecha de formulación del petitorio, deberá ser autorizado mediante resolución ministerial del Ministerio de Energía y Minas, previo Acuerdo de Concejo de la Municipalidad Provincial correspondiente.

La ordenanza que califica las áreas de expansión urbana es expedida por la Municipalidad Provincial, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 1; es decir, conforme al D.S. Nº 027-2003-VIVIENDA.

Es importante señalar que en cuanto a las peticiones de concesiones en áreas de expansión urbana, la ley establece que, presentado el petitorio la Oficina de Concesiones remitirá a la Municipalidad Provincial la información técnica que lo acompañe, solicitándole su pronunciamiento. Recibida el documento, la Municipalidad Provincial deberá aprobar un Acuerdo de Concejo que se pronuncie a favor o en contra del otorgamiento de la concesión, en un plazo no mayor de 60 (sesenta) días calendario, transcurridos los cuales, sin existir dicho pronunciamiento, se aplicará el silencio administrativo negativo.

Por su parte, en cuanto a la vigencia de las concesiones mineras; en el caso de áreas de expansión urbana se otorgan por un plazo de hasta 10 (diez) años, renovables por plazos de igual término, de acuerdo con lo que se establece en el Reglamento; el mismo plazo se cumple para el caso de concesiones en áreas urbanas.

Finalmente es importante señalar que la Ley ha establecido que para iniciar actividades de exploración, los titulares de las concesiones mineras metálicas y no metálicas, ubicadas en áreas urbanas y de expansión urbana, deberán acreditar haber cumplido con lo dispuesto en el Decreto Supremo Nº 020-2008-EM, Reglamento Ambiental para las actividades de Exploración Minera, antes del inicio de cualquier actividad exploratoria o de instalación o construcción de vías de acceso. En cuanto al inicio de las actividades de explotación, los titulares de las concesiones mineras metálicas y no metálicas, ubicadas en áreas urbanas o de expansión urbana, deberán observar lo dispuesto en el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades Minero-Metalúrgicas, Decreto Supremo Nº 016-93-EM; el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, Decreto Supremo Nº 046-2001-EM, y demás normas complementarias y modificatorias, en ambos casos (art° 5).

Limitaciones para extranjeros dentro de los 50 km de las fronteras

[155] La presente norma derogo el Reglamento de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, aprobado por el Decreto Supremo Nº 007-85-VC, publicado el 20 de febrero de 1985.

Señala el artículo 71 de la Constitución de 1993:

> *"(...) Dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no puede adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa en los casos de necesidad pública expresamente declarada por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley".*

Si bien, hasta del año 2002 lo establecido en el texto constitucional había limitado la posibilidad de inversiones mineras dentro de nuestra fronteras, a partir del esa fecha y hasta la actualidad se han otorgado más de veinte (20) autorizaciones a extranjeros para adquirir derechos mineros en zonas de frontera.

Actualmente los Decretos Supremo que autorizan a empresas mineras a realizar actividades dentro de los cincuenta kilómetros de zona de frontera señalan claramente quien será el beneficiado con la autorización y que porcentaje del accionariado posee (cuando tiene el 100%).

Los Decretos hacen mención del artículo V del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley General de Minería que dispone la utilidad pública y el interés nacional por la promoción de inversiones en minería. Asimismo, se señala conforme el artículo 13° del Decreto Legislativo N° 757, la potestad con la que cuenta el Estado para declarar de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en la zona de frontera del país.

Finalmente, es importante señalar que para la aprobación de este Decreto Supremo es indispensable la opinión favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, ello justificado seguramente por razones geopolíticas y de defensa nacional.

2.3.6. Derechos y deberes de los concesionarios mineros

El artículo 37° del T.U.O. de la Ley General de Minería, contiene un listado de "atributos comunes" de los concesionarios, algunos de los cuales han sido derogados tácitamente, clasificándolos de la siguiente manera[156]:

Derechos vigentes:

a) La imposición de servidumbres legales o forzosas (inciso 4), lo que constituye una limitación que se impone sobre un predio sirviente en beneficio de una concesión minera, al resultar necesaria para la racional utilización de la concesión. Esta figura se encuentra regulada por el artículo 7 de la Ley 26505 y su reglamento. Cabe señalar que en la actualidad la servidumbre sólo puede ser otorgada si no se enerva el derecho de propiedad, es decir, si es posible sin perjudicar el resto del predio sirviente de modo tal que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado (artículo 3° D.S. N° 017-06-AG, modificado por D.S. N° 015-2003-EM).

[156] BAILETTI FRAYSSINET, Gabriel. *"El derecho del concesionario minero"*. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa - Industrias Extractivas: Minería. N° 59. Año XX. Lima, 2005. p. 323

b) Construir labores en concesiones vecinas o terrenos franco ("subsuelo" no concedido) para fines relacionados con la actividad minera (incisos 5° y 6°).
c) Aprovechar sustancias minerales que contengan las aguas que alumbren sus labores (inciso 9°)
d) Inspeccionar las labores mineras vecinas o colindantes (inciso 10°), que sin embargo el titular no puede ejercitar directamente pues requiere del concurso de la autoridad minera.
e) Ejecutar sus actividades principales a través de empresas registradas en la Dirección General de Minería (tercerización u outsourcing), cuyo sustento es justamente la necesaria especialidad que deben tener los trabajadores mineros.

En cuanto a los derechos derogados son dos: el uso minero (inciso 1°, 2°, y 4°) y el derecho de expropiación (incisos 3° y 7°). En cuanto al uso minero entendido como un derecho especial que otorgaba al titular de una concesión minera la facultad de servirse para el fin económico de la concesión; fue derogado por el artículo 7° de la Ley de Tierras, cuyo texto vigente disponer que la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras requiere de un acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre. Por su parte el derecho de expropiación reconocido en nuestro régimen legal vigente permite privar a un sujeto de su propiedad por causas de *seguridad nacional* o *necesidad pública,* declarada por ley y previo pago de una indemnización justipreciada (artículo 70° Constitución 1993); en tanto el T.U.O. de la Ley General de Minería, anterior en tiempo en tiempo al marco constitucional vigente, establece que la industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en su actividad es de interés nacional (artículo V del Título Preliminar). La diferencia entre estos términos ha sido entendida como suficiente para impedir la expropiación en materia minera, y cualquier discusión al respecto remite al ya mencionado artículo 7° de la Ley de Tierras[157].

***

En cuanto a las responsabilidades del concesionario minero se concentra básicamente en cumplir con trabajarla es decir, en desarrollar inversiones para la producción de las sustancias minerales que se encuentran en el subsuelo (art. 38° T.U.O.)

Asimismo conforme ha establecido el artículo 39 del T.U.O de la Ley General de Minería, a partir del año en que se hubiere formulado el petitorio, el concesionario minero estará obligado al pago del Derecho de Vigencia, el cual será de US$ 3,00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada.

Finalmente en caso de no cumplirse con realizar actividades productivas en las concesiones entregadas, los titulares mineros deberán a partir del primer semestre del undécimo año computado desde el siguiente a aquel en que se hubiere otorgado el título de concesión minera, pagar una penalidad equivalente al 10% de la producción mínima anual exigible por año y por hectárea, hasta el año en que cumpla con la producción mínima anual, la cual se realizará en forma adicional al derecho de vigencia y abonándose y acreditándose en la misma oportunidad de su pago. En caso continuase con el incumplimiento hasta el vencimiento del décimo quinto año de otorgada la concesión minera, se declarará su caducidad.

[157] BAILETTI FRAYSSINET, Gabriel. *"El derecho del concesionario minero". Ibíd.,* p. 324

2.3.7. Extinción de la concesión minera

Conforme señala el artículo 58° de T.U.O. de la Ley General de Minería, las concesiones se extinguen por caducidad, abandono, nulidad, renuncia y cancelación.

En cuanto a la caducidad el artículo 59° ha señalado que se produce por el no pago oportuno del derecho de vigencia durante dos años consecutivos o no. Asimismo, constituye causal de caducidad el incumplimiento de las obligaciones de producción establecidas en el artículo 38° durante dos años y la causal prevista en el artículo 40° ya comentado líneas arriba.

Por su parte, el abandono constituye el incumplimiento por parte del interesado de las normas del procedimiento minero aplicables al título en formación (art. 62° T.U.O. LGM).

En cuanto a la nulidad, esta se configura cuando la concesión ha sido formulada por persona inhábil, según los artículos 31, 32 y 33 del T.U.O de la LGM (art. 63° T.U.O. LGM).

Finalmente, la última causa para la extinción de concesiones mineras se dará cuando se superpongan a derechos prioritarios, o cuando el derecho resulte inubicable (art. 64° T.U.O. LGM). Sobre este punto es importante señalar que no aún nuestra legislación no ha desarrollado que derechos pueden considerarse como prioritarios y por lo tanto como sería el procedimiento para cancelar una concesión minera en merito a ellos.

CAPITULO II

CONTEXTUALIZANDO LOS CONFLICTOS SOCIALES MINEROS EN EL PERÚ

3. Conflictos sociales en el Perú

3.1. Aproximación teórica a los conflictos sociales

La construcción de una propuesta teórica para entender los conflictos sociales no es nueva[189]. Dado que los conflictos sociales son hechos consustanciales a ser humano y la vida en comunidad es necesario profundizar en conocimientos que nos permitan comprender su proceso de formación, formas de manifestación y soluciones que resuelvan las causas que los originaron. Sin embargo, quizás por amplitud y complejidad, aún no se ha consolidado una sola propuesta teórica que enmarque completamente el entramado social, cultural, psicológico, económico e incluso político que pueden influir en el desencadenamiento de procesos sociales tendientes a la protesta.

Por tales motivos el desarrollo del presente capítulo remite sus consideraciones a propuestas elaboradas en otras áreas del conocimiento (ciencias sociales), las cuales han sido formuladas con la finalidad de dilucidar una serie de interrogantes que permitan explicar de manera integral una serie de cuestionamientos respecto a las causas que determinan la aparición de conflictos sociales, los recursos que se movilizan para protestar, los mecanismos facilitadotes de la acción colectiva, las condiciones políticas para protestar y que papel juega aquel marco referencial o "discurso" que explica las razones de la protesta e integra a los participantes de la misma.

3.1.1. ¿Qué son los conflictos sociales?

Antes de iniciar el desarrollo teórico, es necesario advertir que los conflictos sociales en mención no presentan punto de comparación con conflictos armados internos o internacionales. Asimismo, la aplicación de las categorías que se señalan a continuación están pensadas dentro de contextos democráticos donde el derecho a protestar se encuentra plenamente reconocido. Inclusive, independientemente que parte de las protestas sostengan a falta de legitimidad del gobierno o la poca representatividad de las autoridades públicas (entre otros casos) en sus acciones de protesta, ello no implica necesariamente un desconocimiento del Estado Democrático de Derecho en que vive el Perú. Si bien en muchos casos las acciones de lucha buscan cambiar las decisiones políticas que deciden el destino del país se mantiene un nivel de respecto por la institucionalidad y los derechos fundamentales que considero son parte del aprendizaje que nos dejo el periodo de violencia política que desangro al país. Aunque es evidente que durante protestas violenta pueden ocurrir excesos, estos hechos tienden ser la excepción procurándose por los actores (generalmente luego de momentos de mucha violencia) alcanzar un punto que permita dialogar y consensuar una solución democrática para el conflicto.

[189] COSER, Lewis. *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social.* Bueno Aires: Amorrortu 1967

A lo largo del texto he utilizado el concepto de *conflicto social* como una categoría universal, única con un solo significado; en otras palabras, como si su delimitación conceptual no presentará mayor inconveniente; sin embargo, ello no sería necesariamente así. Llegado el punto de analizar teóricamente los conflictos sociales es necesario especificar su contenido, diferenciarlo si fuera necesario de otras denominaciones que también son usadas como sinónimos, ello con la finalidad de dejar en claro algunas definiciones para el posterior desarrollo de la propuesta teórica.

En un interesante artículo, Rolando Luque señala que hay una leyenda negra alrededor de los conflictos sociales, en la medida que hay quienes ven en los conflictos manifestaciones absolutamente negativas de la sociedad que se deben condenar y aplacar sin miramientos[190]. Según Luque, la palabra tiene ganada en el habla popular una connotación negativa que los medios (de comunicación) han multiplicado *ad nauseam*[191]. El conflicto – afirma el autor – pasa a ser en los despliegues de la vida diaria algo repudiable de antemano y, como todo lo que merece ciega condena, escasamente analizado.

Entonces llegamos a un punto donde ni siquiera el diccionario de la academia de la lengua española nos puede dar un significado que nos permita sintetizar la idea de conflicto y menos aún de conflicto social. En este punto, volvemos al texto de Luque[192], quien señala que un conflicto social no puede ser analizado desde una pizarra "académicamente", requiere más que matrices de análisis, diagramas de actores, triángulos de conflictos etc.

Entonces – siguiendo a Luque – si el planteamiento de la realidad del conflicto es en muchos casos distinta de la verdad del problema que lo ocasiona y determinar el nivel de complejidad de la realidad en la que nos encontramos requiere ejercicios multidisciplinarios compuesto; intentar definir en que consiste esa serie de hechos sociales que se desarrollan paralela y sucesivamente en una única explicación resulta antes que imposible contraproducente para los procesos de análisis.

Por ello, fotografiar la realidad y darle un contenido lógico ha sido la mayor preocupación de los profesionales de las ciencias sociales; sin embargo, en la mayoría de los casos esta imagen no permite entender la dinámica y complejidades que acompaña la interacción de los actores; por tanto, se exige a los analistas observar los conflictos en conjunto (se podría decir diversas fotografías) con hechos que involucran tanto a los actores principales como pueden ser las comunidad campesina o la empresa minera y otras actores conexos. Así, en base a estas consideraciones sostengo que otorgar un contenido específico a la definición de conflicto social sería una limitación desde el inicio al proceso de comprensión de los elementos que desencadenan la protesta social.

Resulta relevante para la comprensión del conflicto, diferenciarlo de ideas que muchas veces son adscritas a su configuración sin la mayor justificación; un ejemplo de ello es la relación entre violencia y conflicto. Si bien como señala Luque, la violencia en

---

[190] LUQUE, Rolando. "Atisbos conceptúales sobre la realidad de los conflictos sociales en el Perú". En IDEHPUCP. *Conflictos sociales y respuestas del Estado del orden interno a la protección de derechos.* Colección Documentos de Trabajo. Serie Política y Gobierno Nº 1. 2007, Lima, p. 38

[191] Considero que esta afirmación sobre la relación entre los medios de comunicación y los conflictos sociales debe entenderse desde dos perspectivas: la primera - tal como señala Luque - es el uso irresponsable que hacen algunos medios de comunicación respecto a la información agravando en muchos casos la situación de violencia en la zona del conflicto; la segunda, en cambio, sería un papel más propositivo de algunos medios – sobre todo prensa escrita – que ponen en la agenda de la opinión publica distintos conflictos suscitados al interior del país, dando cabida – los más democráticos – a los actores en disputa para que expresen las causas de su protesta.

[192] LUQUE, Rolando. *óp. cit.,* p. 40

nuestro país ha ganado prestigio, sobre todo ante las relaciones de marcado desequilibrio, donde la superioridad se sustenta en algún tipo de poder (lo cual explica por que la violencia termina siendo un medio más que un fin en los casos de conflictividad social en nuestro país) que facilita el trabajo a quienes quieren demonizar los conflictos como parte de una estrategia para ocultar los problemas estructurales del país, descalificando a los protagonistas y transmitiendo la idea que los conflictos y violencia son la misma cosa[193].

En todo caso, en el Perú el diálogo llega después de cerrada la carretera, retenida las autoridades o paralizada las actividades extractivas de la zona en conflicto. Ello demuestra que es necesario comúnmente tomar medidas extremas para obtener la atención del poder ejecutivo que será muchas veces el llamado a resolver mediante mecanismos informales los conflictos que ocurren en las distintas zonas del país; esta situación a seudo institucionalizado el papel de las manifestaciones de los protestantes sobre todo las realizadas con violencia pues permiten poner en la agenda pública las razones que generan el conflicto[194].

3.1.2. Un modelo teórico para explicar los conflictos sociales

Tal como he señalado previamente, el análisis teórico de los conflictos sociales en nuestro país se encuentra en construcción. No obstante ello, durante los últimos años, desde las ciencias sociales se ha publicado importantes trabajos que aportan al entendimiento de este complejo fenómeno. Estas investigaciones han desarrollado nuevos bosquejos teóricos que permiten un análisis "científico" de las causas, interacciones entre otros elementos de los conflictos apuntando a obtener soluciones aplicables a nuestra compleja realidad.

En ese orden de ideas, la propuesta sostenida por Meléndez (2008) y desarrollada también por otros autores[195] constituye actualmente lo más nuevo y resaltante en el ámbito académico peruano respecto a estos temas en los últimos años[196].

La propuesta pretende abordar el análisis de los conflictos sociales desde una perspectiva desmitificadora de elementos evidentes en toda protesta como pueden ser la violencia estructural, la impronta ideológica de algunos "lideres radicales", la falta de institucionalidad, la relación pobreza – desigualdad, etcétera[197]. Esta nueva manera de

---

[193] LUQUE, Rolando. *Ibíd.,* p. 38-41

[194] Este hecho no he podido confirmarlo si se manifestó continuamente durante el gobierno del Presidente Toledo; no obstante, en el transcurso del gobierno del presidente García, la falta de acción del gobierno antes de alcanzar el conflicto la etapa de crisis es evidente.

[195] La obra colectiva *Minería y Conflicto Social (Lima: 2009)* escrita por el economista José De Echave; los antropólogos Alejandro Diez, Ludwing Huber y Xavier Ricard; el politólogo Bruno Revesz y el sociólogo Martín Tanaka es sin duda el resultado de una serie de estudios sobre el tema, que además recoge las experiencias y estudios de estos investigadores sobre los conflictos sociales en la actividad minera.

[196] Es importante señalar que la propuesta de Meléndez no se circunscribe solamente a los conflictos sociales por la actividad minera, al ser una propuesta en construcción, la aplicación que pueda dar por cada investigador establecerá sus propios límites. Ese es el caso, por ejemplo, de la aplicación de estas teorías realizado por De Echave y otros, quienes para el caso de los conflictos sociales mineros han optado por tres de las cinco propuestas señaladas por Meléndez: i) la estructura de oportunidades políticas, ii) las estructuras de movilización y iii) la construcción de marco de referencia (2009: 182). Asimismo, Meléndez colaboró con Martín Tanaka (De Echave *et al* 2009) en el análisis de los conflictos.

[197] El mismo Martín Tanaka reconoce que en el Perú y en América Latina en general el estudio de los movimientos sociales tiene un sesgo muy exagerado, donde una versión vulgar y distorsionada de las ideas de Alain Touraine (por un voluntarismo político y una politización mal entendidas) aparece como el único enfoque posible cuando simplemente no lo es (Tanaka 2009). En palabras de Meléndez diríamos:

enfocar el conflicto busca centrar su atención en determinados factores que intervienen en la aparición de los mismos los cuales están conformados por las identidades de los actores, las capacidades de organización de la protesta, los costos y beneficios de la acción colectiva, los cambios en el contexto político y construcción de marcos de referencia sobre la protesta. Ahora bien, es importante señalar que las propuestas teóricas que se señalan resultan ser un marco teórico de carácter referencial en el desarrollo de la tesis, toda vez que la raíz de nuestra investigación tiene como principal objetivo centrarse en los aspectos jurídicos relativos a la propiedad sobre las tierras de las comunidades campesinas en un contexto de conflictividad social generada por la actividad minera.

No obstante ello, a pesar de no ser la intención de la presente investigación profundizar en el desarrollo de esta propuesta teórica, considero que aporta a los fines de la investigación el hecho de presentarlo; por lo tanto, debe considerarse que el análisis desarrollado a continuación contiene una finalidad expositiva y complementaria la cual aportará multidisciplinariamente a la visión jurídica del problema que busca resolver la presente investigación.

a) *La teoría de la privación relativa*

La teoría de la privación relativa ha sido tomada de las ideas de Ted Robert Gurr, quien sostiene que:

> *La relación percibida entre privación (entiéndase privación de bienes y derechos) y el concepto de la teoría frustración-cólera-agresión otorga un fundamento para una definición más general de la magnitud de la violencia y más precisión en la especificación de que comprende. La proposición básica sobre la relación frustración-agresión es que a más grande la frustración, más grande la cantidad de agresión en contra de la fuente de la frustración*[198].

Siguiendo a Gurr, Meléndez sostiene que las condiciones que determinan los comportamientos extremos se encuentran enmarcados en cambios estructurales que producen comportamientos psicológicos disruptivos, un aislamiento social que genera alienación y ansiedad, y las inconsistencias de status que provocan disonancias cognitivas conformando esto en su conjunto el núcleo de la acción violenta (2008).

La variabilidad de las determinantes señaladas se encuentran en relación con las expectativas y capacidades de los sujeto. Así, la propuesta teórica sostiene que la distancia, entre las mismas *(brecha)* marca el nivel de frustración del colectivo. Por ejemplo, ante las expectativas generadas en un contexto determinado como puede ser el «proceso de descentralización» se abre una enorme brecha frente a la poca o nula capacidad de los gobiernos regionales y locales para implementar y cumplir las nuevas funciones delegadas lo que coincide además con la pobre ejecución de sus presupuestos; un caso similar se repite ante las expectativas derivadas del canon minero energético que colisiona con la incapacidad – *nuevamente* – de los gobiernos regionales y locales para gestionar proyectos de inversión pública ocasionando una enorme frustración en la población que conoce de la existencia de ingresos pero no percibe mejoras a costa de este. Ahora bien, un punto importante de esta teoría es la necesidad que tiene el

---

"Los seguidores de Touraine dirían que hay una identidad política emergente que explicaría la movilización" (Meléndez 2009).

[198] GURR, Ted. *Why men Rebel?* United States of America. Princeton University Press. 1970, p. 9

colectivo de determinar la fuente de la frustración, el denominado "culpable" que se será objeto de la acción colectiva; por otra parte, existen ocasiones en que reconocer al o los responsables no será sencillo, en todo caso la aplicación de esta noción esta en función a la complejidad del hecho a analizar.

b) *Teoría de la movilización de recursos*

Tal como lo señalan De Echave *et ál* citando a Zald[199], los supuestos básicos de esta teoría serian:

> *Primero, la conducta (colectiva) implica costos; por tanto, los sufrimientos o deprivaciones no se traducen fácil o automáticamente en la actividad de los movimientos sociales, especialmente en la actividad de movimientos sociales de alto riesgo; el cálculo de costos y beneficios, no importa cuán elemental, implica elección y racionalidad a algún nivel. La movilización fuera de las rutinas de la vida social y familiar, fuera del trabajo y el ocio, es problemática. Segundo, la movilización de recursos puede ocurrir tanto desde dentro del grupo afectado como por fuera de éste. Tercero, los recursos son movilizados y organizados; por tanto, el proceso de la organización es crucial. Cuarto, los costos de la participación pueden ser aumentados o disminuidos por el Estado, por respaldos sociales o por represión. Y quinto, en tanto la movilización es por mucho problemática, también lo son los resultados de los movimientos. No hay correspondencia directa o unívoca entre el nivel de la movilización y el éxito de la misma*[200].

Es decir, nos encontramos antes un paradigma teórico que señala la posibilidad de analizar los conflictos (en este caso vinculados a la actividad minera) relacionando la protesta con los costos y beneficios de la movilización, y como se logran articular recursos materiales, simbólicos y organizativos que permiten llevarla a cabo. El análisis prestará atención sobre la importancia de los procesos organizativos: sólo puede protestar quien es capaz de articular todo lo necesario para ello, y para esto es necesario experiencia, redes preexistentes, recursos, tiempo y mostrar que los beneficios de la movilización superarán los costos en términos de riesgos, posibilidades de éxito, entre otros (el subrayado es mío). Dentro de este paradigma, es crucial la intervención de *brokers* o empresarios políticos, agentes externos, que por consideraciones políticas, ideológicas y de muy diverso tipo intervienen en los conflictos, asumen parte de los costos de la acción colectiva, realizan gran parte de las tareas organizativas y hacen posible la movilización. Aquí el énfasis está puesto en los cálculos estratégicos quehacer los actores de las ganancias y pérdidas asociadas la movilización (De Echave *et ál* 2009: 179).

Finalmente, sobre esta teoría es importante señalar que durante la década de los ochentas se la presentaba como postura alternativa al paradigma de la identidad, también llamado paradigma de los "nuevos movimientos sociales" que postulaba un análisis a partir de lo que estaría detrás de las protestas sería una disputa por estilos de vida, relaciones entre pobladores y entorno; de un lado, comunidades que buscan

[199] La cita se refiere al texto de Mayer Zald "Looking Backward to Look Forward. Reflections on the Past and the Future of the Resource Mobilization Research Program" En Aldon Morris y Carol McClurg (eds.), *Frontiers in Social Movements Theory.* New Haven: Yale University Press, 1992, pp. 332-333

[200] DE ECHAVE, José, DIEZ, Alejandro, HUBER, Ludwig, REVESZ, Bruno, LANATA, Xavier y TANAKA, Martín. *"Minería y Conflicto Social"*. IEP. CIPCA.CBC.CIES. Lima. 2009, pp. 179-180

preservar relaciones tradiciones y, del otro, empresas y Estado que aceptan que la minería altera sustancialmente esas relaciones, pero consideran que los beneficios que se generan sobrepasan largamente los costos.

Actualmente esta diferenciación ha sido superada, la teoría de los movimientos sociales propugna una suerte de modelo integrado entre el paradigma de la identidad cultural y la movilización de recursos en el cual se deben atender por igual tanto las variables relacionadas con los temas de identidad, percepciones y visiones culturales, así como con variables organizativas y los cálculos y evaluaciones de costos y beneficios que realizan los actores[201].

c) *La estructura de la movilización: "Teoría de la acción colectiva"*

La teoría de la acción colectiva desarrollada por Mark Irvin Lichbach en su libro *The Rebel´s Dilemma* plantea que la disyuntiva entre protestar o no protestar se resuelve a partir de las respuestas ante las distintas barreras que pueden impedir que la gente proteste. Es decir, desde un principio la acción colectiva presenta un dilema entre manifestarse o no hacer nada; ante aquel hecho los responsables de la acción colectiva tienen que desarrollar mecanismos o tomar medidas que establezcan las condiciones necesarias para que la gente proteste.

Debemos tener presente – tal como lo señala Meléndez – que lo racional es no protestar (2008). Por ello, entre las acciones que se debe definir será cuan costosa es la protesta, si requerirá periodos largo y a través de que mecanismos plantearemos las soluciones si se presentarán inconvenientes para la acción colectiva planificada o no planificada. Por su parte, De Echave *et ál,* identifican esta disposición por la acción colectiva como las estructuras de la de movilización, serían los vehículos colectivos, informales así como formales, a través de los cuales las persona se movilizan y comprometen en acciones colectivas[202].

Por otro lado, es necesario diferenciar la administración de los recursos para la protesta y el dilema frente a la acción colectiva. Una buena administración de los recursos para protestar disminuirá considerablemente las posibilidades que los sujetos no opten por la acción colectiva, es decir, hay una relación – a mi parecer – de causa efecto entre estas dos posturas. Desde un punto de vista integrado realizada una buena organización es muy probable que los sujetos llamados a protestar lo hagan, sin duda cabe la posibilidad que no se supere el dilema del rebelde planteado por Irving Lichbach, pero en todo caso las condiciones – *al menos teóricamente hablando* – deberían proyectar resultados exitosos en cuanto a la acción colectiva.

Finalmente, Meléndez sostiene que frente a los problemas para la acción colectiva es importante determinar en que medida la solución al problema puede encontrarse en la estructura y relaciones preexistentes en el grupo u organización que plantea la acción colectiva, es decir, desarrollar un marco donde se pueda anteponer los intereses colectivos a los individuales, se creen condiciones donde se incrementen los beneficios y se perciba con mayor facilidad la posibilidad de ganar.

d) *Teoría de la estructura de la oportunidad política*[203]

La estructura de oportunidades políticas hace referencia al contexto en el que operan los movimientos sociales y las acciones colectivas en general; nos remite a cuán favorable o

[201] DE ECHAVE, José y otros. *óp. cit.,* pp. 178-181
[202] DE ECHAVE, José y otros. *Ibíd.,* p. 182
[203] Teoría desarrollada por Doug Mc Adam.

adverso es ese contexto para la movilización, hasta qué punto se enfrenta un sistema permeable o no a las demandas sociales y hasta qué punto se cuenta con apoyo de actores relevantes[204].

La *oportunidad política* debe ser entendida como el "momento" que se genera en el escenario político y facilita la acción colectiva de determinados actores que buscan ejecutar algún cambio con la protesta. Esta estructura de oportunidad política puede generar una percepción de mejora en la posición desafiante de los que protestan, limitando así los costos de la misma, esta capacidad de enfrentarse permitiría acortar las distancias a la obtención del fin.

Pero, ¿en que dimensiones se manifiesta un contexto de *oportunidad política*? La teoría no es uniforme en ello pero puede concluir que existen determinados escenarios políticos que favorecen la consolidación de un contexto de oportunidad política. En ese sentido, Meléndez (2008) señala que debemos considerar cinco supuestos donde se presentaría estas condiciones: *i) Incremento de acceso al sistema político de manera parcial o limitada,* un ejemplo de ello sería el proceso de descentralización que ha permitido la delegación de funciones y responsabilidades a distintas autoridades al interior del país, originando nuevas dinámicas políticas tanto en regiones, provincias y distritos; *ii) Inestabilidad de los alineamientos políticos,* esta característica se presentaría en los casos donde existe una falta de consenso político por la gobernabilidad y se ve reflejado muchas veces en la predisposición de determinadas autoridades hacia los conflicto sociales; *iii)La presencia de aliados influyentes,* esta situación se presenta cuando aparecen otros actores con capacidad de movilidad y apoyo a la protesta; dependiendo del caso, estos actores podrían ser también organizaciones internacionales y autoridades nacionales o extranjeras; *iv) División de poderes,* se presenta generalmente cuando el sistema político esta dividido, donde la inestabilidad da un paso adelante convirtiéndose en una lucha política por reconfigurar la distribución de poder y cambiar el sistema; y *v)Represión estatal,* esta característica requiere un manejo cauteloso pues mal administrada puede generar una protesta masiva de la que no se le puede hacer frente con la simple represión de las fuerzas policiales.

En conclusión, las *oportunidades políticas* que se presentan en la coyuntura, dependiendo del grado de apertura presente en las autoridades y de la existencia de momentos percibidos como cruciales tendrán importantes consecuencias de mediano y largo plazo. En este plano es importante la intervención no sólo de actores nacionales, sino también de actores transnacionales, dada la naturaleza global de muchos de los conflictos asociados a la actividad minera. Muchas de las empresas son transnacionales, y los conflictos en una región en el mundo impactan en las conductas de las empresas en otras regiones[205].

e) *Procesos de encuadramiento o construcción de marcos de referencia: El marco interpretativo de la protesta*

Señala David Snow que la mayoría de los análisis sobre la participación en movimientos ha sido conceptualizado como variante de dos genéricas perspectivas sobre movimientos sociales: la perspectiva psicofuncional o psicología social y la teoría sobre la movilización de recursos. Según Snow, a pesar que estos enfoques son rutinariamente yuxtapuestos como perspectivas contrarias sobre movimientos sociales, ambos mantienen tres deficiencias fundamentales respecto al tema de la participación en movimientos sociales. Estas teorías niegan el proceso de interpretación del

[204] DE ECHAVE, José y otros. *Ibíd.,* p. 182
[205] *Ibíd.,* p. 183

resentimiento, sugieren una visión estática de la participación y tienden a sobre generalizar la participación en relación al proceso de protesta[206].

Frente a este vacío de ideas, Snow propone lo que él denomina un marco de procesos de alineamiento (*frame alignment processes*) que no es otra cosa que el proceso de encuadramiento o construcción de un marco de referencia aplicado a los conflictos sociales; es decir, la elaboración del marco interpretativo que sirva como un puente conceptual que vincule los enfoques de la psicología social con la movilización de recursos.

En una primera y más sencilla dimensión se debe entender este enmarcamiento del conflicto como "el puente" que permita la relación entre individuos y organizaciones que comparten una problemática similar, pero que carecen de base organizacional para expresar su descontento. Así mediante la elaboración del marco de referencia o interpretativo del conflicto se logran establecer intereses, valores y creencias en los individuos que vayan en la línea de las actividades, metas e ideología de los movimientos, de tal modo de hacerlos congruentes y complementarios facilitando su adhesión a las distintas causas que originan una protesta. Este "marco" se constituirá como un esquema de interpretación que permita a los individuos localizar, percibir, identificar y etiquetar los hechos dentro de su espacio de vida y el "mundo exterior", lo que Meléndez (2008) denomina un *atajo cognitivo* para que los actores comprendan, se solidaricen y en el mejor de los casos apoyen la protesta.

Así también Meléndez señala que existen cuatro tipos de enmarcado que pueden desarrollarse: *i) El enmarcado puente,* es aquel que permite la conexión entre el individuo y la organización; *ii) La amplificación,* es el esclarecimiento o fortalecimiento de la demanda a través de la apelación de valores (identidades, idealizaciones) o creencias (estereotipos, culpabilidades), por ejemplo: nación aymara o movimiento cocalero etc.; *iii) La extensión,* aquella que busca extender el grupo de adherentes, inclusive los no afectados directamente; por ejemplo bajo el lema: *"Únete a la lucha",* y *iv) La transformación,* que exige reenmarcar constante el discurso del movimiento para no perder base social.

Para concluir es importante recalcar que la aplicación de este marco teórico para explicar los conflictos sociales no puede aplicarse a todos los conflictos por igual, en todo caso su aplicación depende del contexto y queda en manos de los investigadores utilizar las herramientas teóricas que más se vinculen al conflicto que están analizando.

3.1.3. Estado, tipos y fases de los conflictos sociales en el Perú

La Defensoría del Pueblo (específicamente la Unidad de Conflictos Sociales[207] a partir del año 2007) viene emitiendo desde el año 2004 reportes mensuales sobre la situación de conflictividad social que acontece en el país. Es importante resaltar que la Defensoría del Pueblo fue la primera entidad del Estado que recopiló información y analizó algunos conflictos sociales a partir de la segunda mitad del gobierno del Presidente Toledo. En la especialización, metodología y diseño de los distintos reportes de la Defensoría del Pueblo se puede observar la evolución en el manejo de la información que esta viene adquiriendo. En ese sentido, pasar de reportar (en su primera etapa) la toma de

[206] SNOW, David y E. BURKE. "Frame Alignment processes, micromobilization, and movement participation". En: *American Sociological Review*. 1986, volumen 51, pp. 465.

[207] Durante la redacción de la presente tesis la *Unidad de Conflictos Sociales* fue objeto de una reestructuración constituyendo la base de un nuevo órgano especializado dentro de la Defensoría del Pueblo denominado *Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y Gobernabilidad.*

conocimiento de algunos conflictos relevantes alrededor del país a analizarlos y clasificarlos por sus características, detallando además los hechos más relevantes, sirvió sin duda a facilitar el desarrollo de trabajos posteriores sobre el tema.

De esta manera la Defensoría ha distinguido los distintos *estados* en los que puede encontrarse un conflicto clasificándolos en[208]:

a. *Activo*: aquel conflicto social expresado por alguna de las partes o por terceros a través de reclamaciones formales o informales.
b. *Latente:* aquel conflicto oculto o aparentemente inactivo, en este tipo de conflicto se puede observar la concurrencia de factores que tiene un curso de colisión pero que no se manifiestan o habiéndose manifestado han dejado de hacerlo durante un tiempo considerable.
c. *Resuelto:* aquel conflicto cuya conclusión mediante acuerdo, emisión normativa, resolución judicial o administrativa, etc. Restablece las relaciones entre las partes en condiciones de armonía. No obstante nunca es posible asegurar que la resolución sea definitiva.

Según Miguel Levano en cuanto a los conflictos socioambientales mineros, estas etapas pueden articularse en dos momentos. Así un primer momento se desarrolla a partir de la necesidades de las empresas mineras de llegar a un acuerdo con las comunidades para la autorización de la exploración (esta necesidad sería evidente a partir del año 2003). Majaz, Canyari y Cajamarca son ejemplos de ello. Un segundo momento es omitir este primer momento, el cual se agrava con la autorización del Ministerio de Energía y Minas para la exploración a pesar de no haberse llegado a un acuerdo con la comunidad[209].

Estos momentos serían los principales – pues se dan con mayor frecuencia -, no obstante se pueden presentar otras circunstancias, como los conflictos por accidentes ambientales. Asimismo, se pueden generar conflictos con el paso a la fase explotación del proyecto minero, generalmente estos casos son consecuencia de un inadecuado manejo de los proceso de participación ciudadana.. Un ejemplo de esto el caso de Morococha donde se va a trasladar a toda la población, situación similar a lo planteado en Tambogrande.

Por otra parte, para diferenciar los conflictos por sus características la Defensoría del Pueblo en una primera etapa organizó los conflictos a partir de los escenarios donde acontecían los mismos, estos eran: a) Municipal, donde se presentaban cuestionamientos a autoridades locales, b) Ambiental (luego denominado Socioambiental), relativo a los enfrentamientos entre poblaciones y empresas que explotan recursos naturales, c) Comunal, conflictos entre comunidades por delimitación de propiedad, acceso a los recursos; d) Gremial – sectorial, reivindicaciones laborales o gremiales, e) Regional, conflictos entre departamentos por demarcación territorial o acceso a los recursos y f) Cultivo de coca, cuestionamientos de agricultores de hoja de coca a política gubernamental de erradicación de cultivos. Sin embargo, esta clasificación evolucionaría, posteriormente sería modificada presentándose a partir del Reporte Mensual Nº 50 (Abril 2008) una tipología de conflictos, los cuales han sido definidos de la siguiente manera:

[208] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Reportes de Conflictos Sociales.* Varios.
[209] GARCÍA CERRÓN, Erick Leddy. *"Los conflictos sociambientales mineros"*. Entrevista de 14 de marzo de 2008 a Miguel Levano

i. *Conflictos socioambientales:* aquel tipo de conflicto social cuya dinámica gira en torno al control, uso y/o acceso al ambiente y sus recursos. Están presentes también componentes políticos, económicos, sociales y culturales.
ii. *Conflictos por cultivo ilegal de coca:* conflicto social cuya dinámica gira en torno a la siembra ilegal de coca, la presencia del narcotráfico y las acciones del Estado.
iii. *Conflictos electorales:* conflicto social cuya dinámica gira en torno a la no aceptación de resultados electorales y el rechazo a las autoridades electas.
iv. *Conflictos por demarcación territorial:* conflicto social cuya dinámica gira en torno al establecimiento de límites entre circunscripciones territoriales.
v. *Conflictos comunales:* conflicto cuya dinámica gira en torno al acceso a recursos naturales, propiedad y límites territoriales entre comunidades.
vi. *Conflictos labores:* conflicto social cuya dinámica gira en torno a los derechos laborales.
vii. *Conflictos por asuntos de gobierno nacional:* conflicto cuya dinámica gira en torno a la gestión pública del gobierno central.
viii. *Conflictos por asuntos de gobierno regional:* conflicto cuya dinámica gira en torno a la gestión pública de los gobiernos regionales.
ix. *Conflictos por asuntos de gobiernos locales:* conflicto cuya dinámica gira en torno a la gestión pública de los gobiernos locales.
x. *Conflictos por otros asuntos:* categoría genérica donde se circunscriben conflictos que no cumplen con la definición de los anteriores. Ej. Reclamos de estudiantes universitarios – a nivel nacional – a los transportistas por el cobro del medio pasaje.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo ha diferenciado las etapas por las que atraviesa un conflicto activo distinguiendo cinco fases: a) *Fase temprana*, momento en la dinámica del conflicto social en el que las partes son conscientes de sus diferencias, han identificado a sus opositores y expresan públicamente sus posiciones; b) *Fase de escalamiento*, momento en el que las relaciones de tensión entre las partes en el conflicto social y la intensidad de las acciones de violencia física directa aumentan, haciendo muy difícil generar una oportunidad para el diálogo; c) *Fase de crisis*, momento en la dinámica del conflicto social en el que se presentan hechos de violencia física directa cometidos por las partes o alguna de ellas; d) *Fase de desescalamiento*, momento en el que la intensidad de las acciones de violencia física directa disminuyen y las relaciones de tensión entre las partes en el conflicto social se pueden transformar en oportunidades para el diálogo, y e) *Fase de diálogo*, proceso comunicativo directo o mediado, orientado a construir acuerdos entre las partes, es una opción presente en toda la vida del conflicto social.

Finalmente es importante recalcar que lo planteado por la Defensoría del Pueblo es resultado de años de trabajo institucional en la prevención y solución de conflictos sociales a lo largo de todo el país. Por lo tanto, tener presente estas consideraciones permitirá entender mejor los distintos procesos de conflictividad social que acontecen en nuestra realidad.

3.2. Breve evolución histórica de los conflictos sociales en el Perú 1980 – 2008

La presencia de conflictos sociales durante nuestra vida Republicana ha sido una constante. Los problemas nacionales que generaron guerras civiles, golpes de estado,

represión política etc. alcanzaron finalmente su máxima expresión durante el conflicto armado interno que sufrió el país a partir de los años 80. Durante estas décadas un considerable número de peruanos lucho y murió por destruir lo que consideraban un "imperfecto" o "ilegitimo" sistema democrático. Para graficar las terribles consecuencias de esta lucha interna solamente basta mencionar que se constituyo como el episodio de violencia más intenso, extenso y prolongado de toda la historia republicana, significó las muerte de 69,280 peruanos, algo que nunca había ocurrido en nuestros casi 200 años como República[210], degenerando conjunto a otros factores las bases para reemplazar el endeble sistema democrático que conducía el país por una nueva dictadura, la cual nos gobernaría durante 10 años.

Respecto a los conflicto sociales durante nuestra corta historia como país, no esta demás decir que han sido las grandes convulsiones sociales las que han marcado la caída de nuestros pocos regímenes democráticos y el principio del fin de los más encumbrados autoritarios. Sea como fuere, al final de cuentas ninguna de estas dos formas de gobierno ha podido resolver los lastres del sistema, la fractura social de un Estado fallido, la inoperancia frente a la exclusión, y el racismo de gran parte de la sociedad peruana. Una sociedad que vive de espaldas a la falta de distribución de la riqueza, inerme ante es promesa incumplida que se llama Perú.

Por lo tanto, no esta por demás señalar que los conflictos sociales se encuentran vinculados históricamente al éxito o fracaso de nuestros gobiernos, las dictaduras podrán conjurarlos mientras tenga el favor y control total del sistema y las democracias en tanto el péndulo social y político crea en sus ventajas; sin embargo, en el Perú nunca se sabe.

3.2.1. *Conflicto armado interno en el Perú*

El conflicto armado interno que enfrento al Estado Peruano con los grupos terroristas Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso (en adelante, PCP-SL) y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (en adelante, MRTA) marcaron sin duda un hito respecto al nivel de conflictividad social que puede llegar a sufrir el país. Este conflicto significó no solamente un cambio cruel en la manera de enfrentarse contra el Estado (en los años previos al inicio del conflicto y durante los primeros años del mismo las fuerzas del orden mantenían en el recuerdo y sus manuales el modelo de guerra de guerrillas a lo "Che Guevara" como el que impulsado en nuestro país por Luis De la Puente Uceda y el APRA rebelde contra el gobierno de Belaunde) además desencadeno una serie de violaciones a los derechos humanos producto de las extremas acciones violentas cometidas por los terroristas y las fuerzas del orden, ocasionando conforme el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), la muerte de más de 69,280 peruanos y peruanas durante todo el periodo que duro el conflicto (1980 – 2000).

Si bien es duro y complicado reseñar este proceso de conflictividad social que vivió el país durante casi dos décadas, abarcando tres gobiernos. Considero necesario referirme a las condiciones políticas, sociales y culturales que determinaron el origen del conflicto armado interno en el país, estas consideraciones – no lo olvidemos – es muy importante tenerlas presenta para que nunca más se repitan.

En ese sentido, la CVR señala que la causa inmediata y decisiva para el desencadenamiento del conflicto armado interno fue la libre decisión del PCP-SL de iniciar la denominada "guerra popular" contra el Estado. Así para concretar sus planes el PCP-SL utilizó principalmente el espacio educativo, captando e ideologizando

[210] COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN - CVR. *Informe Final.* Conclusiones generales del Informe Final de la CVR, Conclusión Nº 2. Lima. 2003

pequeños núcleos de jóvenes a través de los cuales busco asentarse en los márgenes rurales y urbanos discriminados o no representados por el sistema político. SL buscó explotar así las antiguas falla históricas que atraviesan el Estado y la sociedad peruana; y aprovecho los graves errores cometidos al responder a su desafío por parte de los sucesivos gobiernos a partir de 1980 y las Fuerzas Armadas y Policiales[211].

Pero ¿Cuáles son las causas que originan un conflicto tan largo como el que vivió el Perú? ¿A que responde el inesperado nivel de violencia que coloco al país en una de sus trances más difíciles? Coincidiendo con lo señalado por la CVR, existen causas estructurales que determinaron la aparición del conflicto, las cuales no se explican citando simplemente a la pobreza como factor explicativo de una violencia estructural generadora de violencia política. Las causas se encontrarían en las múltiples brechas que atraviesan el país. La más visible y dramática es la que separa ricos y pobres. Tanto o más que la pobreza misma, importa la inequidad, las abismales diferencias entre los que más tienen y los que sobreviven. Pero no se trata sólo de una distribución desigual de la riqueza sino también del poder político y simbólico, incluyendo aquí el uso de la palabra quién "tiene derecho a hablar", quién es escuchado y a quién se le prestan oídos sordos. Esto es importante de destacar pues SL ofreció a sus seguidores *un discurso* que producía la ilusión de abarcar toda la realidad, así como la posibilidad de hacerse escuchar y de silenciar. Riqueza y poder se distribuyen desigualmente a lo largo de nuestro territorio, produciendo estas y otras brechas[212].

Entre Lima y provincias. A la desigual distribución del ingreso se suma el centralismo que creció en las décadas previas al conflicto. A causa de ello, la cobertura territorial del Estado resultaba insuficiente. Hasta la década de 1970, en partes significativas del Perú rural la presencia del Estado era casi inexistente (aún en la actualidad hay zonas al interior del país donde para llegar desde la capital de la provincia por vía terrestre toma varias horas, denunciando esta falta de conexión vial la total ausencia del Estado).

Asimismo, a largo del S. XX, también las viejas divisiones estamentales se fueron resquebrajando, volviéndose sus fronteras más porosas y borrosas. Sin embargo, las asimetrías entre criollos, mestizos, cholos e indios no desaparecieron. Estas más bien se reformularon, y siguieron pesando en el país las discriminaciones étnico-culturales y raciales. El entrelazamiento de estas inequidades y discriminaciones produjo una creciente percepción de agravio y desconfianza, por lo tanto no es de extrañar que precisamente en el polo pobres – provincianos – serranos – rurales – cholos e indios es donde se ha constatado el mayor número de víctimas. Por otra parte, comenzaría un proceso de modernización social expresada a través de los procesos de migración a las ciudades, la escolarización masiva, la explosión demográfica y los nuevos liderazgos juveniles que fueron importantes impulsores de múltiples procesos de organización social en el campo y la ciudad.

Todo lo anterior alude a un proceso de modernización inacabado y desigual, hecho de intentos desperdigados, intermitentes y muchas veces truncos, sea por la ausencia de una visión de conjunto y de largo plazo entre las elites políticas, empresariales e intelectuales que condujeron el país; sea por el entrampe político y/o insuficientes de proyectos nacionales que, de haber sido exitosos hubieran logrado al menos un desarrollo económico sostenido que ampliara significativamente el mercado interno y propiciara un mayor integración del país en sus diferentes planos: económico, social, simbólico[213].

---

[211] COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN – CVR. *óp. cit.,* p. 13
[212] *Ibíd.,* p. 21
[213] *Ibídem.,* pp. 22-23

Esta situación le permitió contar a SL con capas sociales sensibles a propuestas de ruptura radical con el orden establecido, la cual les ofrecía una identidad muy fuerte frente en contraposición a dos mundos: el tradicional andino de sus padres que al menos parcialmente ya no comparten, y el urbano – criollo, que los rechaza por provincianos, mestizos; además de amplias áreas geográficas donde podían emprender su tarea, especialmente aquellas ubicadas en una suerte de limbo entre la modernidad instalada más que nada en el discurso político y en las expectativas.

***

En el plano institucional, el conflicto armado interno encontró un Estado poco legitimado. Las críticas socialistas a la democracia representativa, los sucesivos gobiernos militares además de la guerra fría fueron una serie de acontecimientos que mellaron la credibilidad en un modelo de Estado democrático cuando por fin se alcanzó luego de la extensa dictadura militar (1968–1979). Es así que el estallido del conflicto armado interno encontró entonces un Estado desbordado pues la "transición democrática" abarcaba campos más allá de aquellos relacionados directamente con el cambio de régimen político. Por una parte hacia el año 1980, el tamaño del aparato estatal había crecido, sin embargo debido a la crisis económica el Estado como institución tenía más dificultades para cumplir con sus obligaciones con sus ciudadanos.

El conflicto que habría de enfrentar a SL con el Estado Peruano encontraba un contexto particularmente propicio para el inicio de la guerra popular, no solamente porque la sociedad mantenía las fracturas sociales ya mencionadas (pues no se había alcanzado éxito alguno en el proceso de movilización social) sino además la clase política peruana – los responsable de hacerle frente ideológicamente – no estuvo a la altura del contexto histórico. Estas y otras condiciones permitieron que la caracterización del país hecha por Sendero Luminoso como semifeudal, del régimen militar como fascistas y de la transición democrática como la "tercera reestructuración del Estado burocrático-terrateniente" tuviera acogida en diversos sectores de la sociedad peruana y favorecía en un primer momento al conflicto armado interno.

3.2.2. *La época de la anti-política: Fujimori y la desestructuración del sistema de intermediación política*[214]

El proceso de despolitización – como resultado de la guerra subversiva en el interior del país y en las zonas urbano populares – fue aprovechado para expandir el proyecto antipolítico fujimorista, el cual se desarrollo sobre base de un sistema de clientelismo político en las zonas populares, la militarización de las zonas rurales y la utilización de una política contrasubversiva como instrumento político después de haber vencido militarmente a Sendero Luminoso (SL) y al Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA).

La prédica antipolítica de Alberto Fujimori contra los partidos políticos llamados "tradicionales" gozó de un alto respaldo en la opinión pública nacional (debido a los evidentes desaciertos cometidos por estos), la herencia de la crisis económica aprista y la extensión de la violencia política (que no pudieron comprender y contener ni Acción Popular ni el APRA). Estos flagelos se interpretaron como las consecuencias del penoso

[214] MELÉNDEZ, Carlos. "Los conflictos después del conflicto. Desestructuración del sistema político y conflictos sociales después de la violencia". En IDEHPUCP. *Conflictos sociales y respuestas del Estado del orden interno a la protección de derechos.* Colección Documentos de Trabajo. Serie Política y Gobierno Nº 1. Lima

desempeño de los partidos políticos "tradicionales" que gobernaron el país durante la década de los ochenta.

Vencido SL y el MRTA, la estructura contrasubversiva militar que desplegó Fujimori se mantuvo, pero rápidamente fue tomando un cariz político. Los estados de emergencia establecidos en gran parte del territorio nacional se mantuvieron, lo que implicaba la suspensión de derecho civiles y la subordinación de las autoridades civiles al mando militar. Esta situación se complemento con altos niveles de clientelismo político que impulsaba el Gobierno mediante los programas sociales que generaban una imagen de democratización en tanto satisfacían determinadas demandas sociales.

Bajo este esquema militar – clientelista, muy profundizado en las zonas rurales, la relación del régimen con la sociedad adquirió características de represión. Los conflictos sociales, fueron reprimidos y traducidos bajo la amenaza oficial de ser caracterizados como «terroristas». Las voces de protesta o de simple insatisfacción con un esquema de gobierno represor en lo político y neoliberal en lo económico (que siempre tuvieron entre sus detractores a los grupos más *ultra,* que generalmente manifestaban su descontento con movilizaciones sociales), no pudieron politizarse debido a la amenaza de ser acusado y procesados judicialmente en la época de mayor tensión social como «actos de traición a la patria» y; por lo tanto, no pudieron canalizarse por las estructuras institucionales del Estado, sino que quedaron reprimidas hasta que llegará una apertura democrática.

Por ello, con el final del Fujimorato se termino también un largo proceso de desestructuración del sistema de intermediación política. La sociedad peruana durante gran parte del Siglo XX, se caracterizo por un sistema de mediación que Julio Cotler denominó «triángulo sin base»[215], en el que la cúspide (generalmente representada por el poder gamonal) se relacionaba con los dominados de forma vertical y sin generar vínculos horizontales entre los miembros de la base. Este esquema suponía una relación autoritaria en la que el vértice controlaba el poder económico, político y social, y las bases no tenían capacidad de agregar intereses.

Ni la dictadura de Velasco, ni los partidos políticos que gobernaron después pudieron cambiar este esquema, lamentablemente ambos proyectos tuvieron errores y falta de visión fracasando finalmente. Así, las propuestas corporativas de los partidos políticos, como forma de mediación con la sociedad, se fue debilitando aún más con el crecimiento de la violencia. En ese contexto, la combinación de militarización y clientelismo de Fujimori supuso un nuevo esquema, un sistema vertical pero inestable, móvil antes que permanente. Como carecía de organización política, el fujimorismo estableció sistemas de clientelas que variaban mucho de lugar en lugar. No se enraizó en la estructura estatal. La utilizo medianamente pero sin cooptarla del todo, más dependiente de la coyuntura y de la acción – reacción que de un proyecto político de largo aliento.

El esquema de representación formulado por el Fujimorismo era como una suerte de línea discontinua entre el vértice y las bases, lo que finalmente terminó debilitando los pocos intentos gregarios de mediar intereses. Como resultado, las respuestas a las demandas sociales eran parciales, coyunturales, de satisfacción efímera, que requerían un «ida y vuelta» permanente entre el gobernante y la población. De ahí la vertiginosa presencia del ex presidente y de sus seguidores en los problemas que se suscitaban en el país, manteniendo el centralismo y el poder de la capital.

A pesar de su inestabilidad, el esquema fujimorista mantuvo un vértice, aunque muy supeditado a las relaciones prebendistas. El clientelismo articulaba demandas sociales

[215] Meléndez en este punto hace referencia a un texto de Julio Cotler "La mecánica de la dominación interna y del cambio social"

con soluciones políticas, logrando determinado nivel de relación con las bases mediante los programas sociales. Sin embargo, una vez entrado en crisis el Fujimorismo y manteniendo aún nuestra clase política una relación desarticulada con los grandes intereses locales y regionales, los procesos de intermediación política desaparecieron por completo. Por ello, la apertura de un nuevo régimen político luego de la caída del Fujimorato constituía el momento preciso para el desembalse de los requerimientos de gran parte de la población peruana.

Sin actores políticos nacionales que cumplan roles de intermediación de demandas en el plano local y regional con la eficiencia que asegure la pertenencia a una organización que transmita los requerimientos de las localidades a los centros de toma de decisiones, estas demandas sociales adquieren forma de protesta y en muchos casos pueden desbordar la débil institucionalidad estatal que existe en el interior. La transición del gobierno autoritario de Fujimori al democrático posterior a él (Paniagua y Toledo), no tuvo como complemento una transformación del sistema de intermediación: el clientelismo no fue reemplazado por un sistema de mediación de demandas, ya que los que supuestamente cumplirían este rol – los partidos políticos – habían perdido presencia, dominio y conocimiento de las realidades locales, y alcanzando refugio en las representaciones nacionales – como el Legislativo – que terminaría siendo exclusivamente, a pesar de las nuevas elecciones con distrito electoral múltiple, manteniendo agendas centralistas.

3.2.3. *La democracia en transición: Toledo y el auge de los conflictos sociales*

Al fin de la campaña y ya proclamado presidente, Alejandro Toledo, un economista de origen humilde, graduado en la Universidad de Stanford y con un Doctorado en Harvard, parecía ser aquel hombre que sintonizaba con las expectativas y necesidades de las grandes mayorías, aquel "Perú profundo" que mencionaba durante su campaña. Simbolizaba aquella esperanza que sosteníamos los peruanos respecto a la nueva dirección del país, esta vez bajo un sistema democrático que debía redistribuir mejor la riqueza.

Sin embargo, desde el inicio de su gestión la administración Toledista tuvo momentos difíciles; debió enfrentar movilizaciones sociales, desbordes populares y actos de violencia que conforme avanzaba el gobierno se hacían más contundentes y constantes. Muchas hipótesis se elaboraron en torno a las posibles causas que originaba esta explosión de conflictividad social, para la cual no se presentaron respuestas de un Estado desprevenido. Desde el plano teórico, los primeros enfoques sostenían que la conjunción de fragmentación social, persistencia de la tradición (en contraposición con la modernidad), la extensión de la pobreza, la incapacidad del Estado para construir su legitimidad y la imposibilidad de formaciones hegemónicas (propuestas que conectadas entre sí generarán una posición representativa), intentan explicar la razonabilidad de la protesta social[216].

En todo caso, resulta paradigmático que durante este periodo de gobierno confluyeran una serie de factores que hicieran prever un gobierno positivo y sin sobresaltos en la gestión pública. Luego de un crecimiento sostenido, iniciado el segundo semestre del 2001, ya a partir del año 2005 podía afirmarse la consolidación del crecimiento de la economía peruana. Un indicador relevante, como el crecimiento del producto bruto interno tenia entre sus causas la mejora del comportamiento en diversos sectores económicos (inversiones fundamentalmente); el contexto internacional

[216] PIZARRO, Rosa, Laura TRELLES, Eduardo TOCHE. "La protesta social durante el Toledismo". En *Los mil días de Toledo. Serie Perú Hoy Nº 05*. DESCO, 2004, Lima, p. 36

también era favorable, la aceleración de la demanda interna y la puesta en marcha de proyectos como el de Camisea y distintos programa habitacionales habían jugado a favor del desarrollo de la económica nacional hasta ese momento. Sin embargo estos éxitos macroeconómicos no se reflejaban necesariamente a nivel microeconómico; esta disyuntiva expresada coloquialmente en el llamado *«chorreo»* que se puede entender como el traslado de la riqueza generada hacia los niveles micro que son finalmente los que inciden en el nivel de satisfacción de las clases más necesitadas. Esto fue señalado claramente por Jürgen Schuldt al referirse (en el contexto socio económico del año 2004) que "*observamos preocupados y sorprendidos a la vez, no solo la insatisfacción generalizada de la población – que ciertamente no se limita a lo económico – respecto a su nivel de vida actual, sino asimismo en comparación con el que alcanzara en el pasado y, sobre todo, en relación con sus expectativas a futuro"*[217]. Ahora bien, la complejidad de este hecho debe enmarcarse en torno a la frustración que fue significando la administración de Toledo; así, tal como lo señala Ballón citando datos de la encuesta de Apoyo Opinión y Mercado, podría sostenerse que el éxito económico era inversamente proporcional a la imagen del presidente, el primer año de gobierno la popularidad del presidente cayó del 62 por ciento a menos del 20 por ciento; en 2004, llego a la cifra ínfima de 8 por ciento; y, en el primer semestre de 2005, se recuperó ligeramente, superando el 30 por ciento[218].

Así, puede sostenerse que la situación económica del peruano promedio respecto a las expectativas de redistribución de la riqueza constituía una de las múltiples causas del sostenido descontento social al que hizo frente el Toledismo. Sin embargo, a pesar de ser el tema económico un punto sumamente álgido en relación a todo el esquema de conflictividad social que se presentó durante el periodo 2001 – 2006, en la revisión de los conflictos más recurrentes, se observa más la presencia reclamos puntuales antes que demandas estructuradas frente al modelo económico que formulan una simple oposición sin incurrir jamás en propuestas que puedan ser negociadas[219].

En todo caso, estamos frente a un contexto donde confluyen una serie de problemas estructurales generados por la ausencia de un sistema de intermediación política (como ya señale se agravó durante el Fujimorismo), la inconsistencia del partido de gobierno (Perú Posible fue quebrándose como plataforma política conforme terminaba el gobierno) y la incapacidad de emprender reformas en el manejo del Estado que realmente democratizaran el ejercicio de la función pública[220]. Esta situación conforma el punto de partida para enmarcar las consideraciones que se construyan en torno a las protestas y disturbios sociales ocurridos durante este periodo de gobierno.

La Defensoría del Pueblo comenzó a reportar y monitorear algunos sucesos de conflictividad social a partir de los hechos ocurridos en Ilave (abril 2004). En aquel tiempo aún no se había desarrollado una tipología de conflictos sociales, la cual sería

---

[217] Para más referencias respecto a esta disyuntiva económica en el Perú revisar: SCHULDT Jürgen. *Bonanza macroeconómica y malestar microeconómico. Apuntes el estudio del caso peruano, 1988 – 2004.* Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Febrero. 2005, p. 11

[218] BALLÓN, Eduardo. "Crecimiento económico, crisis de la democracia y conflictividad social". En: Democracia inconclusa: transición y crecimiento. *Serie Perú Hoy Nº 09*. Lima. DESCO. 2006, p. 20

[219] En ese sentido me refiero a las protestas sociales que tiene como bandera la lucha contra el "excluyente modelo económico" o "la política neoliberal pro empresarial" que más que propuestas plausibles y estructuradas encubren posiciones ideológicas relativamente desfasadas.

[220] BALLÓN cita al Portal de Asuntos Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú – "PALESTRA" el cual con cifras de febrero del 2006 señala que el grado de confianza en instituciones como la Presidencia de la República alcanzaba el 14%; el Gobierno en general, 15%; Congreso de la República, 4%; Poder Judicial, 12% y Partidos Políticos, 8%.

propuesta posteriormente por dicha institución. Para el año 2004, aún los análisis sobre conflictos sociales eran muy pocos y nada especializados enfocados en su gran mayoría a proponer mecanismos de manejo de solución de conflictos antes que documentos que analizarán sus causas intrínsecas y ayudaran a evitar la etapa de crisis[221]. Si bien se reconoció la existencia de protestas sociales con diferentes características (actores, causas, tiempo – espacio), las discusiones centrales teorizaban respecto al carácter constitutivo del hecho social, si configuraba un movimiento social o eran una simple manifestación de acción colectiva.

En todo caso, más allá de la forma de cómo se ejecutaba la protesta, las manifestaciones más importantes y reiteradas que se sucedieron durante el gobierno de Toledo fueron las siguientes: 1) Conflictos entre el Gobierno Nacional y el Gremio Cocalero; 2) Conflictos laborales, que iban desde la luchas por la reposición de trabajadores despedidos durante el gobierno de Fujimori que se agrupaban en centrales sindicales, donde la CGTP logro posicionarse como un interlocutor relativamente valido (haciéndose recurrentes sus llamados a «paros nacionales») hasta las protestas de sectores dependientes del Poder Ejecutivo como salud, justicia y educación donde el SUTEP alcanzó logros importantes, entre los más significativos alcanzados por protestas durante el Toledismo[222]; 3) Conflictos contra autoridades municipales y regionales y 4)Conflictos entre empresas mineras y comunidades asentadas en su ámbito de influencia, en este último tipo, el caso de la Oroya y el conflicto minero en Tambogrande serían simplemente la primera etapa de una serie de protestas y reivindicaciones sociales que pondrían nuevamente en agenda una serie de problemas intrínsecos al tema de las industrias extractivas, donde la protección del medio ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales emergieron como dos de los puntos más importantes a debatir dentro de esta dinámica de conflictos, lo cual era algo relativamente reciente en aquellos días.

El Gobierno del Presidente Toledo ya había sufrido una serie de paros regionales y huelgas exitosas de diversos sectores profesionales cuando los hechos violentos ocurridos en Arequipa (Junio 2002) por el intento de privatizar EGASA y EGESUR establecieron un antes y después en la relación del Gobierno con la población. Por primera vez, la administración Toledista mostraba abiertamente su incapacidad para concertar acuerdos y emprender las políticas que consideraba beneficiosas para el desarrollo del país. El saldo de los enfrentamientos en Arequipa no se restringió al número de víctimas civiles (dos muertos y más de ciento cincuenta heridos) tuvo además terribles consecuencias políticas, no solamente sobre la figura presidencial, que se veía reflejada en la disminución de la aprobación en la encuestas, sino además en la renuncia del ministro del Interior de aquel entonces, Fernando Rospigliosi, la cual dejaba una sensación de vacío de poder e incertidumbre de cara al control y solución de los problemas sociales.

Lamentablemente las protestas no cesarían. El movimiento cocalero alcanzaría cierto auge gracias a sus manifestaciones: bloqueos de carreteras, movilizaciones y

[221] Un documento clásico sobre mecanismos de solución de conflictos ambientales puede encontrarse en: GTZ (Cooperación Internacional Alemana). *Manejo de conflictos en el área de medio ambiente. Instrumentos de política ambiental en los países en desarrollo.* División 402 – Protección del ambiente y los recursos naturales. Eschborn. 1996

[222] Según señala Ballón, la movilización social «nacional» más significativa que se produjo entre 2001 y 2005 fue el paro nacional realizado el 14 de julio de 2004. convocado por la Confederación de Trabajadores del Perú (CGTP), contó con el concurso de otras organizaciones nacionales como la Coordinadora de Frentes Regionales, la Confederación Campesina del Perú, la Confederación Nacional Agraria y el Sindicato Único de Trabajadores de la Educación Peruana (SUTEP).

paros regionales en las zonas cocaleras ejerciendo presión sobre el gobierno, manteniendo exigencias impresentables como el cese de la erradicación forzosa de la coca, el rechazo ante los programas de cultivos alternativos impulsado por DEVIDA, etc. También las protestas contra el Tratado de Libre Comercio con Estado Unidos – TLC estuvieron en la agenda de la protesta durante este periodo. Asimismo, sindicatos de diversos sectores del Estado marcharon exigiendo mejoras salariales, trabajadores de construcción civil, protestas de maestros dirigidas por el SUTEP que se sumaban a las constantes protestas universitarias enmarcando el escenario de social del día a día durante los cinco años del régimen Toledista.

El descenso en la aprobación presidencial, como ya se mencionó, generó también durante muchos momentos del gobierno, presiones para que el presidente «se haga a un lado» aunque – como ya sabemos – finalmente ello no ocurriría. Mientras tanto, se esperaba una respuesta contundente ante la situación inestabilidad social que se vivía, el gobierno no obtendría tregua social alguna hasta las postrimerías de su mandato.

Por otra parte, la respuesta política y las acciones que utilizaba el gobierno frente a los conflictos sociales no estaban necesariamente enfocadas en encontrar respuestas a las protestas que amenazaban la estabilidad del régimen (el sistema democrático en general), lo que generaba un sentimiento de zozobra ante la fragilidad de la gobernabilidad y el futuro del país[223]. No obstante ello, el gobierno en ejercicio de su autoridad y haciendo uso de su *ius imperium*, aplicaba la fuerza pública para mantener el orden interno y hacer cumplir las leyes prevaleciendo una dimensión instrumental del Estado[224].

Sobre este último punto, Costa y Basombrio (ex Ministro y Viceministro del Interior durante el Gobierno de Toledo), resaltan que frente a un conflicto social violento, el Estado – en este caso el Ministerio del Interior – contaba con tres instrumentos: a) el trabajo de inteligencia, que sirve para conocer los conflictos en su fase de maduración y está a cargo de la Dirección Nacional de Inteligencia; b) la política, con la que se puede prevenir, resolver o desactivar los conflictos, y es responsabilidad de la Dirección General de Gobierno; y c) la fuerza pública, que vela por que no se altere el orden ni la tranquilidad y es tarea de la Dirección General de Policía[225].

Sin embargo, tal como señalan Barrantes y Peña, el gobierno del Presidente Toledo carecía de una estrategia que posibilitara el uso de estos instrumentos para enfrentar las protestas y sus expresiones violentas. Este caso, hablando de conflicto sociales de manera general, se veía reflejado en la gran pregunta que transitaba en los más altos niveles de gobierno, que se cuestionaba respecto a la necesidad o no de aplicar una política de «mano dura» para restaurar el orden[226].

Basta revisar los decretos supremos que declararon *Estado de Emergencia en «todo o parte del territorio nacional»*[227] durante la gestión del ex presidente para inferir que

---

[223] Ver: DEGREGORI, Carlos Ivan. *Ilave: Desafío de la gobernabilidad, la democracia participativa y la descentralización* Lima: Grupo Propuesta Ciudadana, julio 2004.

[224] En su dimensión instrumental, el Estado se constituye en agente de gobierno y de control social; es decir, en el instrumento para administrar la sociedad y sus instrumentos para administrar la sociedad y sus recursos, para velar por la soberanía de la nación, y para resguardar el orden y la seguridad a partir de su función de policía y de su monopolio sobre la violencia legitima.

[225] COSTA, Gino y BASOMBRIO, Carlos. *Liderazgo civil en el Ministerio del Interior.* IEP. 2004 (Barrantes y Peña 2007: 14).

[226] BARRENTES, Rafael y PEÑA, Jesús. "Conflictos sociales y derechos humanos: el uso de la fuerza pública durante los disturbios interno en el Perú". En: IDEHPUCP. *Conflictos sociales y respuestas del Estado del orden interno a la protección de derechos.* Colección Documentos de Trabajo. Serie Política y Gobierno Nº 1. 2007, Lima, p. 22

[227] DECRETO SUPREMO 052-2002-PCM del 16/06/2002 "Declaran en Estado de Emergencia Departamento de Arequipa"; DECRETO SUPREMO 055-2003-PCM del 28/05/2003 "Declaran el estado

prefirió solucionar los problemas de conflictividad social apelando al uso de la fuerza (representada por la policía y militares) en vez de salidas concertadas que permitieran encontrar intermediarios políticos para las protestas que tuvieran motivaciones dialogables. Más aún, durante el gobierno de Toledo, la debilidad y los problemas para resolver los conflictos sociales se acentuaban con las dificultades que tenía la policía para enfrentarse a los manifestantes que muchas veces los superaban en número y frente a los cuales no podía ejercer medio de violencia extrema que vulneraran los derechos humanos de los protestantes. La dificultades para contener la protesta por la policía será también un tema que se abordará años después en la nueva administración del presidente García, la cual mediante la delegación de facultades legislativas emitiría una serie de decretos que criminalizarían el ejercicio de la protesta, a su vez de ampliar las potestades de las fuerzas del orden para su intervención en la contención o disolución de las protestas sociales.

Para Barrantes y Peña[228], los estados de emergencia suscitados durante el periodo de Toledo demostraron ser ineficientes tanto en controlar los disturbios como para proteger las vidas de los ciudadanos[229]. Sobre este punto es importante recalcar nuevamente que el debate respecto a los límites de las acciones de las fuerzas del orden durante enfrentamientos con muchedumbres que actúan generalmente con violencia tuvo mucha influencia en la forma de afrontar las protestas por parte del gobierno de Toledo. No obstante ello, no se alcanzo a iniciar una reforma policial o mecanismos que permitieran prevenir nuevos conflictos. Las limitaciones al ejercicio de la fuerza pública en un régimen democrático fueron parte del debate nacional por ese entonces; como ya se señalo líneas arriba, aún no se analizaban los conflictos como las manifestaciones de problemas más profundos, enfocándose las acciones o reacciones ante el sistema excluyente, las fracturas sociales, culturales y económicas pero también los recursos para protestas, las limitaciones para la acción colectiva y la oportunidad política que se conjugaban en contra de mecanismos que permitieran conducir el descontento social por cauces representativos (aunque estos tampoco existían).

A pesar de todo, considero que Toledo tuvo que enfrentar demandas sociales con un nivel mínimo de articulación entre sus integrantes, plataformas esencialmente reivindicativas y cortoplacistas o, en su defecto, expresiones de un estado de ánimo sin mayor capacidad propositiva, las cuales finalmente no se articulaban con otros sectores imposibilitando por una parte mayor presión sobre el gobierno pero también dificultando soluciones integrales y larga duración. Si bien no se puede dejar de lado que diversas protestas alcanzaron altos niveles de violencia como el llamado *«Arequipazo»* o el linchamiento del alcalde de Ilave, los cuales son claros ejemplos de una forma de protestar que legitimaba el uso de la violencia. Estos hechos reforzaban la idea de encontrarnos ante un Estado fallido, un sistema democrático imperfecto incapaz de canalizar las demandas y tramitarlas sin el mayor costo social y económico posible.

---

de emergencia en todo el territorio nacional"; DECRETO SUPREMO 076-2004-PCM del 06/11/2004 "Declaran en estado de emergencia a la provincia de Alto Amazonas, departamento de Loreto"; DECRETO SUPREMO 082-2004-PCM del 23/11/2004 "Declaran en Estado de Emergencia los distritos de San Gabán, Ollachea y Ayapara, provincia de Carabaya, y el distrito de Antauta, provincia de Melgar, en el departamento de Puno"; DECRETO SUPREMO 028-2005-PCM del 03/04/2005 "Declaran Estado de Emergencia en las Provincias de Andahuaylas y Chincheros del departamento de Apurímac, por 30 días"; DECRETO SUPREMO 098-2005-PCM del 22/12/2005 "Declaran Estado de Emergencia en provincias de los departamentos de Huánuco, San Martín y Ucayali".

[228] BARRENTES, Rafael y PEÑA, Jesús. *óp. cit.,* p. 25

[229] El Informe Defensorial Nº 76. *Restricción de derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia* de julio de 2003 señala una lista de personas heridas y fallecidas durante el Estado de Emergencia declarado a nivel Nacional por el D.S. Nº 055-2003-EM.

Los conflictos sociales durante este periodo de gobierno fueron una fuente inagotable de disyuntivas, dilemas que se mantendrían hasta los últimos días del gobierno.

***

El Perú de Toledo nos confrontó con un escenario paradójico, en el que simultáneamente asistíamos a una gran estabilidad macroeconómica, una profunda incapacidad política y un descontento social creciente[230], un escenario en el que casi todos los conflictos sociales eran posibles. Las expectativas que generó la caída de Fujimori naufragaron ante la inexperiencia y falta de humildad para dirigir un Estado que necesitaba una clase política *coherente* con los retos que implica la reconstrucción del sistema democrático. La ausencia del Estado fue perenne en la mayoría de los conflictos, la acción estatal casi siempre fue tardía, supeditada al nivel de bulla que escuchara de la calle. Todo ello condujo a generar falta de legitimidad en el gobierno de Toledo, la cual terminaría embullado en el denominado sistema «tradicional» de conducción política, validando con sus errores una propuesta política como la Ollanta Humala, quién prometía terminar con la frivolidad que se había instalado durante los últimos cinco años Palacio de Gobierno y cumplir lo que Toledo prometió pero no pudo hacer durante su estancia en el sillón de Pizarro. ¿El peruano humilde y pobre disfrutaría de la bonanza económica? La figura del «outsider» aparecía nuevamente como una posibilidad latente y de cambio ante statu quo. ¿Nuevamente regresaba la oportunidad perdida que había significado para el votante humilde el gobierno de Toledo? Si bien al final la decisión del votante terminó optando por aquel que aceptó la denominación de «mal menor», en el momento que redacto la presente tesis me asalta la duda de no saber si el actual gobierno no es simplemente el prolegómeno de aquel salto al vacío.

3.2.4. *El País de la Protesta: Los conflictos sociales durante el segundo Gobierno Aprista*[231]

Para muchos fue inesperado, la Alianza Popular Revolucionaría Americana (APRA) volvía a erigirse con el poder, luego de vencer en la segunda vuelta de las elecciones presidenciales al candidato Ollanta Humala. El contexto electoral visto por etapas resulto ser desconcertante para muchos electores. El ganador de la primera vuelta hacia unos cuantos meses no figuraba en las encuestas, los grupos de poder tenían a su favorita Lourdes Flores, liderando las encuestas hasta poco antes de las elecciones generales obteniendo en el último tramo un empate técnico con el partido fundado por Haya de la Torre, cuya posibilidad de llegar nuevamente a palacio y dirigir el destino de nuestro país se consolidaba ante la candidatura de Flores y en medio del estupor sino burla de no pocos votantes.

Como en toda contienda electoral, la crítica mendaz, los alineamientos políticos inesperados, las calumnias y contra campañas fueron parte de la rutina común durante todo el proceso. Pero sin duda, fue García quién mejor se posiciono frente al electorado,

[230] BALLÓN, Eduardo. "Crecimiento económico, crisis de la democracia y conflictividad social". En: Democracia inconclusa: transición y crecimiento. *Serie Perú Hoy Nº 09*. DESCO, 2006, Lima, p. 20

[231] La presente sección se ha elaborado sin incorporar los lamentables sucesos ocurridos en Bagua durante el enfrentamiento de miembros de la policía con pobladores de la amazónica que protestaban por la derogatoria de una serie de decretos legislativos. No obstante esta omisión, considero oportuno señalar que es lamentable que siendo gobernados bajo un sistema democrático, el Gobierno haya esperado que se derrame sangre de peruanos para finalmente entender que a veces, las soluciones pacíficas son más importantes que las victorias políticas.

logrando finalmente que la voluntad popular lo lleve nuevamente al sillón presidencial[232]. El marco electoral se desarrolló en un contexto donde ubicarse al centro político resultó ser la mejor carta de presentación, quienes estuvieron en los extremos como Lourdes y Humala, terminarían perdiendo los votos necesarios para hacerse con la banda presidencial Cada uno de ellos, ya sea por causas propias o externas termino siendo etiquetado; la prensa y ciertas posturas verticales y autoritarias en el caso de Humala y las inadecuadas decisiones políticas en Lourdes fueron determinantes en la capitalización electoral de García, quién se presentaba como el «cambio responsable» recogiendo las reivindicaciones de todos los sectores sociales mediante promesas que de ganar aseguraba transformaría en políticas públicas que permitieran la participación de todos los peruanos en el éxito económico que venia disfrutando el país, aparte de mantener la aplicación en lo central y necesarios del modelo económico impulsado desde la época de Fujimori.

Una vez electo, esta segunda versión gubernamental de García recibía un crecimiento económico sostenido, un contexto internacional favorable y un país pacificado, relativamente en orden a comparación de la amenaza senderista que confluyo y extendió durante los años de su primer gobierno. Sin embargo, una vez ubicado en Palacio, el presidente se desentendió de casi todas sus promesas electorales incumpliendo incluso su muy difundido Plan de Acción Inmediata (PAI) como lo demostraría la Asociación Civil Proyecto Coherencia en su portal Lupa 180º[233]. La suscripción del Tratado de Libre Comercio, del cual denostó durante toda la campaña; la falta de autoridad para exigir el impuesto a la sobre ganancias para empresas mineras, que fue una recurrente promesa electoral durante sus giras por los departamentos mineros, el cual que terminaría siendo cambiado por el denominado «óbolo voluntario»; la ausencia de políticas públicas para la agricultura de subsistencia y el mercado interno fueron solamente algunos de las primeras decisiones u omisiones políticas que iban a contracorriente de las promesas electorales.

Planteado brevemente el contexto del regreso de Alan García a la presidencia de la República, debemos señalar que términos generales – más allá del tiempo que tomo el proceso de redacción de la presente tesis – el nivel económico del país se mantiene estable, más allá de las dificultades originadas por la crisis financiera internacional; el gobierno ha priorizado dos acciones ante esta situación: 1)El incremento de la inversión en infraestructura y 2) La promoción de las de inversiones extranjeras en diversos sectores económicos del país.

Por otra parte, el adecuado manejo de la caja fiscal y control de la inflación y otros factores como la obtención del grado de inversión en el 2008 hacen al Perú un destino atractivo para grupos extranjeros que buscan invertir en sectores estratégicos y con mucho potencial a futuro.

No obstante lo éxitos económicos, la administración del Presidente García se ha visto complicada también con la presencia de conflictos sociales, los cuales han ido incrementándose sostenidamente desde antes del inicio de su gobierno, alcanzando en muchos casos, altos niveles de tensión social y gubernamental. Por señalar un ejemplo, según cifras de la Defensoría[234] respecto al total de conflictos sociales registrados

---

[232] Para conocer una propuesta teórica diferente e interesante sobre los resultados en las elecciones peruanas del año 2006, revisar el ensayo: *«Ni amnésicos ni irracionales. Las elecciones peruanas de 2006 en perspectiva histórica»* del politólogo Alberto Vergara. Editorial Solar, Lima, Octubre 2007.

[233] http://www.proyectocoherencia.org/lupa179

[234] La responsabilidad de monitorear el estado de los conflictos sociales que ocurren en el país ha sido asumida por la Defensoría del Pueblo, institución que ha desarrollado y sistematizado un programa de seguimiento generando en la actualidad reportes diarios, semanales y mensuales sobre el estado de los

mensualmente a Junio del año 2007 – *a menos de un año de haberse asumido el nuevo mandato presidencial* – había 75 casos de conflictividad social registrados entre activos y latentes. Estos conflictos han alcanzado a Marzo de 2009 la cifra de 238 conflictos sociales. Por lo tanto es evidente que el incremento sostenido de conflictos sociales en el país se ha constituido en la regla[235].

Sin embargo, analizar el proceso de conflictividad social en lo que va del gobierno presenta un reto por la amplitud de información y la complejidad de los fenómenos que la componen. Así, citando nuevamente la base de datos de la Defensoría del Pueblo se puede verificar que en Julio de 2006, el mes que el Presidente García asumió su mandato, en el país habían 82 conflictos sociales entre activos y latentes[236]. De este dato resalta que el 90% (74 conflictos) se encuentren catalogados como latentes y solamente 8 en la condición de activos. Esta situación puede interpretarse como un proceso de incubación de conflictos sociales que desataría los índices de conflictividad social en los próximos meses que siguieron, pues esperaban – desde el punto de vista político – quizás mayores definiciones en el escenario político nacional dado que las elecciones regionales y municipales se efectuarían en pocos meses.

Los reportes de estos meses dan cuenta de conflictos que irán marcando la pauta en la forma de ejercer la protesta, redefiniendo en algunos casos la postura gubernamental respecto a la manera de tratarlos. Encontramos por ejemplo, en el reporte sobre el mes de Julio de 2006 referencias al conflicto entre las comunidades de Segunda y Cajas y Yanta con la empresas Minera Majaz (actualmente Río Blanco Copper); el Conflicto entre la Minera Yanacocha y la comunidad de Combayo que alcanzó cierto revuelo mediático por la muerte de un poblador, además de poner el tema del agua y la minería en agenda; la toma de instalaciones de la empresa Petrolera Pluspetrol, que aún se encuentra explotando los Lotes 1AB y 8, por parte de la comunidad Achuar, debido a la contaminación del río Corrientes entre otras degradaciones ambientales cometidas por PlusPetrol y su antecesora la Occidental Petroleum Company – Oxy, protesta que culmino exitosamente con la firma de un acta y el compromiso de las más altas autoridades del ejecutivo a cumplirla; finalmente también podemos encontrar el primer reporte de la Defensoría sobre el conflicto entre comuneros y la empresa Catalina Huanca en Ayacucho (Noviembre 2006).

---

conflictos a lo largo de todo el país. Cabe señalar, como se desarrollará más adelante, es la única entidad pública que desarrolla este tipo de seguimiento a los conflictos sociales del país.

[235] Respecto al incremento de conflictos sociales en el país sostenido sobre las base de los reportes de la Defensoría del Pueblo es necesario establecer dos importantes aclaraciones respecto al gobierno anterior. Primero, la Defensoría del Pueblo a Abril del 2004 no contaba con ningún sistema de monitoreo de conflictos sociales, más aún, como se ha señalado previamente, en el país el análisis de la conflictividad social se limitada al estudio de casos específicos sin pretender abordar la problemática en su conjunto. Los reportes que comenzaron a emitirse durante el 2004, 2005 y 2006 muestran paulatinamente una constante evolución; sin embargo, los datos aún no contaban con los niveles de exactitud que irán adquiriendo en el transcurso de los años, para luego ya consolidados desarrollar todo un sistema de monitoreo de los procesos de conflictividad social en el país; en ese sentido es importante señalar que formalmente la Unidad de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueble comenzó sus actividades a inicios del año 2007, con la designación de su titular Rolando Luque Mogrovejo. Segundo, los reportes mensuales emitidos por la Defensoría presentan un desfase. Hasta el reporte Nº 51 correspondiente a Mayo 2008, la Defensoría presentaba cifras acumulables solamente de los conflictos activos, aquellos que se expresaban por alguna de las partes o por terceros a través de reclamaciones públicas formales o informales; a partir del reporte Nº 52 de Junio de 2008 se contabiliza además el«total» de conflictos sociales: «activos + latentes», duplicándose las cifras y estableciéndose como el nuevo número de conflictos que este organismo constitucional autónomo reporta al país.

[236] Como ya se señalo, en lo que respecta al estado de los conflictos, la Defensoría del Pueblo ha diferenciado entre conflictos activos, latentes y resueltos.

No obstante los ejemplos señalados, no todos los conflictos tienen como actores involucrados industrias extractivas y comunidades; por el contrario, – como ya se señalo previamente – la Defensoría estableció primero escenarios para circunscribir los conflictos sociales, estos escenarios posteriormente servirían como antecedentes para elaborar una tipología de conflictos sociales que facilitó el manejo y monitoreo de la información.

***

Es importante señalar que los conflictos sociales acontecidos en lo que va del gobierno no implican necesariamente manifestaciones en contra del Poder Ejecutivo. En muchos casos se busca principalmente alguna respuesta de los niveles de gobierno a diferentes reivindicaciones como las laborales – salariales. Un ejemplo claro de ello son las huelgas de los maestros del SUTEP que han sido bien conjuradas por el APRA. También debemos tener presentes los Paros Nacionales como de los Trabajadores del Sector Salud durante los últimos meses del 2008 los cuales no hubieran tenido solución de no ser por la salida del ministro del sector; protestas relevantes han protagonizado también docentes universitarios por la homologación de sus haberes con magistrados del poder judicial; otro conflicto de carácter nacional fue también el pedido de los ex trabajadores aportantes FONAVISTAS quienes exigen mediante un referéndum (aprobado por el Tribunal Constitucional) la devolución del dinero aportado. De igual modo, el Paro Nacional convocado por la CGTP en Julio de 2008 podría considerarse un hecho relevante; sin embargo, en la actualidad estos gremios exceptuando quizás a los médicos, han perdido fuerza y capacidad de movilización.

Ahora bien, los conflictos que han puesto en jaque la capacidad del gobierno para formular respuestas se han producido al interior del país. La consulta vecinal sobre el Proyecto Minero Majaz (ahora Río Blanco) en Septiembre de 2007, en los distritos de Carmen de la Frontera y Paicapampa y la Provincia de Ayabaca, obteniendo un contundente «No» a la minería, lo cual finalmente ha polarizado más las posiciones respecto al desenlace de este proyecto cuprífero, uno de los más importantes del país, no solamente por su valor mineralógico sino además por el nivel de inversión que requiere.

Una movilización social muy importante por su trascendencia respecto a las decisiones políticas fue la protagonizada por organizaciones sociales y diversos sectores de las regiones amazónicas que lograron derogar los decretos legislativo 1015 y 1073 haciendo retroceder al gobierno en sus políticas de promoción de la inversión en las tierras de la selva. El problema comenzó cuando en Mayo de 2008, la Comisión de Pueblos Andinos archiva el proyecto de ley del Poder Ejecutivo Proyecto de Ley Nº 1992/2007-PE, que tuvo la misma redacción del Decreto Legislativo Nº 1015 que sería publicado unos días después. En todo caso, por las presiones sociales y políticas en Junio del mismo año se publicaba el Decreto Legislativo Nº 1073 que modifica el literal B) del artículo 10º, especificando sobre el número de miembros necesarios para la toma de decisiones de las comunidades campesinas y nativas sobre sus tierras, el tema más álgido y criticado de dicho decreto legislativo. Sin embargo, en los primeros días de Agosto comenzaría el para amazónico, sólo cuatro días después, luego de que los nativos awajun tomaran la central hidroeléctrica El Muyo, el Gobierno decidiría enviar una comisión para el diálogo. No obstante ello, se desconoce al Ministro de Ambiente, Antonio Brack como interlocutor legítimo argumentando que no tiene potestades dentro del gobierno para resolver el problema, orinando que el 18 de agosto mediante Decreto Supremo Nº 058-2008-PCM, el Gobierno declare el estado de Emergencia las provincias de Bagua y Utcubamba del Departamento de Amazonas entre otras. Sin

embargo, se exacerban las tensiones entre el gobierno y los nativos, sobre todo por la toma por parte de estos del Puente Corral Quemado, vital para el transporte de alimentos y otros enceres. Estos hechos determinan que en reunión en el Congreso de la República la Comisión de Pueblos Andinos derogué los citados decretos legislativos, logrando con ello la suspensión del paro que acataban las comunidades indígenas amazónicas y comienzan las conversaciones con autoridades del congreso. El 22 de agosto se aprueba en el Pleno del Congreso la derogatoria de los Decretos Legislativos 1015 y 1073. Finalmente el 21 de Septiembre mediante Ley 29261 se derogaba los dos decretos legislativos.

Otro conflicto con alto nivel de movilización social fue la lucha de la población de Moquegua por la distribución equitativa de los recursos provenientes del canon minero por la explotación económica de los yacimientos mineros de Cuajone y Toquepala de propiedad de Southern Peru Copper Corporation (SPCC) durante las primeras semanas de Junio del 2008. La paralización de las actividades en el sur del país y el enfrentamiento y reducción de las fuerzas del orden fue denominado *«Moqueguazo»,* alocución que buscaba hacer un símil con los hechos ocurridos en Arequipa durante el gobierno del Presidente Toledo. Durante las negociaciones para llegar a acuerdos, se descubría que el origen del problema se encontraba en la desidia de los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas en tramitar las exigencias del Gobierno Regional de Moquegua que busca una variación en el modo de determinar los ingresos recibidos por canon. El cuestionamiento se centra en la interpretación del artículo 4º del D.S.005-2002-EF, Reglamento de la Ley Nº 27506, Ley del Canon, modificado por el D.S:029-2004-EF. El referido dispositivo establece que "…cuando los titulares posean concesiones mineras en explotación, ubicadas en circunscripciones distintas, la distribución se realizará en proporción al tonelaje de mineral beneficiado, según informe de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas…". Conforme a la interpretación de las autoridades de Moquegua, la distribución debió realizarse sobre la base del mineral producido para la venta final y no sobre la base de la cantidad de mineral removido para el proceso de producción. Una explicación de esta apreciación radicaba, según información de los actores demandantes obtenida de la empresa SPCC, en que el 52% de la producción de cobre correspondería a Cuajone, mientras el 48% correspondería a Toquepala. Pese a lo anterior, en el año 2007 la transferencia de los recursos de Canon fue de S/.774 Millones de nuevos soles para Tacna y S/488 Millones de nuevos soles para Moquegua, mientras que para el año 2008 se produciría una transferencia de aproximadamente S/.790 millones de nuevos soles para Tacna y S/110 Millones de nuevos soles para Moquegua. La solución a los reclamos de Moquegua sería la raíz de la segunda etapa del conflicto, la cual alcanzaría la crisis debido al cumplir el Ejecutivo con el compromiso de modificar la distribución del canon. El proyecto de ley seña "*el valor de venta del concentrado será la medida sobre la que se contabilizará los ingresos por canon, señalando además que en caso la extensión (del proyecto) de la concesión minera en explotación comprenda circunscripciones vecinas, la distribución se hará por parte iguales"***.** Esta modificación genero malestar en Tacna la cual también comenzó con protestas y realizó finalmente su propio paro regional. Luego muchas mesas de trabajo y reuniones de miembros del ejecutivo con autoridades de ambas regiones y a pesar de la negativa de los líderes tacneños se promulga la Ley Nº 29281que modifica la distribución del canon minero entre Tacna y Moquegua. Pero recién el 26 de febrero del 2009 sería publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Supremo Nº 044-2009-EF, Modifican el Reglamento de la Ley Nº 27506, Ley de Canon, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-2002-EF y modificatorias, con cual se permite la entrada en vigencia de la

redistribución del beneficio entre Tacna y Moquegua y precisa la necesidad de la separación de cuentas de las minas Toquepala (Tacna) y Cuajone (Moquegua), explotadas por la empresa Southern Copper, así como la distribución del canon por el valor de venta del mineral concentrado, tal como aprobó el Congreso.

Estos conflictos reseñados permiten señalar en cierta medida como ha sido el accionar del gobierno de cara a los conflictos sociales. Sin duda es imposible, además de no ser objeto de la presente tesis, rememorar todos los procesos de conflictividad social que han acontecido desde Julio del 2006; no obstante ello, estoy convencido que tanto las diferencias por el Proyecto Río Blanco, las diversas marchas en contra de los decretos legislativos dados a raíz de la delegación de función para la implementación del TLC, la repartición del canon entre Moquegua y Tacna, la construcción de la central hidroeléctrica en Sicuani – Cuzco y otros problemas de carácter local constituyen protestas que exigen una presencia estatal, la cual lamentablemente no se ha dado abasto.

En conclusión, la conducción del Estado a través de cauces democráticos durante los últimos 10 años ha significado diferentes retos para nuestra clase política, la cual ha debido aprehender a conjugar expectativas y necesidades dentro de un marco de respeto a las libertades, reconocimiento de las diferencias y promoción de la igualdad ante las leyes. Por ello a pesar de los factores negativos que puedan encontrarse considero que el balance es positivo, sin duda hay fallas que deben corregirse, además de tener presente que los conflictos no desaparecerán jamás. Las necesidades son ilimitadas y la idea es aprender a conjugarlas; por ello procesos como la participación ciudadana pueden generar los primeros pasos que permitan obtener soluciones frente a los desbordes de conflictividad social que ocurren en el Perú. Por ejemplo, investigadores reconocidos como Maria Isabel Remy buscan indicios en las pocas posibilidades participación que tenemos los peruanos para influir en las decisiones que nos afectan directamente[237] como la fuente de gran parte de los conflictos sociales enunciados. Ante ello señalo nuevamente, los conflictos sociales no solamente pueden reflejar intereses subalternos que estén en búsqueda constante de manipular la acción social, también pueden dar la mejor señal para saber donde se necesita mayor inversión social, la cual en última *ratio* es la única que nos permitirá cumplir con la promesa de ser una República de ciudadanos.

3.3. Los conflictos sociales mineros en el Perú

3.3.1. A modo de definición

Se entiende básicamente como conflicto social minero aquella situación en que se enfrentan – *no necesariamente de manera violenta* – una empresa minera con un determinado grupo social (generalmente comunidades campesinas), por causas diversas que pueden presentarse como disputas de carácter laboral, diferencias respecto al aprovechamiento de determinados recursos naturales (como agua y tierra) y con mayor frecuencia grandes temores respecto a la posible contaminación ambiental pueda generar la actividad; por otra parte, los motivos señalados no forman parte de un *numerus clausus*, la lista de causas puede variar conforme al contexto.

Por esta razón no existe una sola definición sobre estos conflictos, su configuración resulta en algunos casos muy compleja, conformándose casi siempre por varias motivaciones a la vez. El conflicto puede originarse por la contaminación del río con

[237] REMY SIMATOVIC, María Isabel. *Poca participación y muchos conflictos.* En: Perú Hoy Nº 13. DESCO. Lima, Julio 2008.

relaves y a su vez ser un reclamo por mayor trabajo, también se presentan problemas ante la falta de cumplimiento de compromisos como la construcción de infraestructura para la comunidad. Aunque no se puede dejar de señalar que presentan conflictos por diferencias y exigencias claramente marcadas y opuestas, las cuales desde cada punto de vista mantienen su coherencia.

Por otra parte, el análisis de las diferencias entre los actores exige una observación detallada y amplia pues ello permite incorporar el mayor número de variables del contexto que finalmente facilitan la compresión del fenómeno social. Es decir, si bien resulta fácil reconocer la presencia de conflictos entre empresas mineras y grupos poblacionales, es más complicado diferenciar entre las distintas características que presenta cada conflicto, las variantes en lo que respecta a actores, contexto, tipo de proyecto etc.

3.3.2. Antecedentes

Desde el punto de vista temporal, los conflictos sociales mineros no constituyen procesos sociales estáticos que sean circunscribibles a un determinado periodo de tiempo. Ello por que las causas o motivaciones que los generan pueden ser indeterminadas, latentes o sobrevenidas. Esto es, los conflictos aparecen al acumularse una serie de condiciones que generan la protesta (obviamente, siempre y cuando existan capacidades para protestar); una zona muy conflictiva hace 10 años puede que ya no lo sea ahora, quizás porque la empresa minera que explota en la zona consensuó una solución favorable para todos los actores, o porque simplemente la actividad ya cesó. Pero puede suceder también y de hecho han ocurrido conflictos en zonas donde luego de pequeñas resistencias a proyectos mineros, estos finalmente fueron incorporados y aceptados como parte de la nueva dinámica económica y social de la población; sin embargo, ante noticias de un nuevo proyecto minero o la ampliación del aceptado socialmente se generen nuevamente una serie de enfrentamientos y hechos de violencia que impidan nuevas operaciones en la misma localidad (Ej. Cerro Quilish en el 2004).

Los conflictos sociales mineros siempre han estado presentes durante toda nuestra historia, ya sea por ser el Perú un país minero a la fuerza o por el hecho de estar la minería siempre vinculada a una serie de expectativas sociales como las laborales; además esta actividad extractiva ha sido en muchas etapas de nuestra historia una fuente importante de ingresos para los distintos gobiernos, cuya expresión actual no es más que una versión recargada y mejor regulada que antaño.

Más aún, estos enfrentamientos han servido también para poner en agenda una serie de consideraciones que antes no se tomaban en cuenta o se tenían por sobre entendido. En ese sentido, el papel del Estado en la relación "gobierno – sociedad" ha sido quizás uno de los aspectos más importantes pero poco analizados, lo cual requiere una mención aparte. No obstante ello, sin pretender profundizar en este punto, resulta necesario mencionar que la institucionalidad estatal y su papel frente a la conflictividad social minera representan de manera general uno de los más grandes retos para el Estado Peruano. Ello no solamente por lo que la minería significa para el Perú sino además por los deberes del Estado mismo para con sus ciudadanos, los cuales son claros y han sido por demás reconocidos en diferentes normas, tratados internacionales y la propia Constitución.

3.3.3. Aproximaciones a las causas de los conflictos sociales mineros

Los conflictos sociales mineros han ido acentuándose y consolidándose dentro de un espectro nacional de conflictividad social. El impacto de las protestas contra empresas mineras durante los últimos años han marcado por semanas sino meses la agenda gubernamental en sus tres niveles: nacional, regional y local.

Aunque puede señalarse que el auge de estos conflictos mantiene una estrecha relación con el aumento internacional del precio de los metales es evidente también que este tipo de conflictos viene desde muy atrás pero alcanzan su mayor expresión en un contexto de libertades democráticas como lo fue el régimen toledista. Por ejemplo, el conflicto minero en Tambogrande desatado durante los primeros años de esta década termino siendo el primer gran enfrentamiento en contra un proyecto minero que logró imponerse ante impotencia de las autoridades gubernamentales y los inversionistas. El proyecto aurífero Tambogrande marcaría un antes y después en la relación «Estado-Minería-Comunidades Campesinas», se reformularían decretos supremos, se abriría el debate respecto al papel de la inversión minera en el desarrollo nacional.

La importancia de los conflicto mineros no solo se encuentra en función a la magnitud y violencia que puedan generar, también en muchos casos ponen en debate los modelos de desarrollo: la eterna contraposición minería-agricultura, los intereses económicos y políticos que se encuentran en juego y la sostenibilidad de una actividad que como toda inversión a largo plazo tiene muchos vaivenes propios de toda industria sujeta al mercado internacional; así los conflictos por la disposición de recursos naturales que se superponen con la actividad minera representan una disrupción donde la intranquilidad social tiene una importante incidencia en el nivel de riesgo de las inversiones.

Resulta evidente que los conflictos sociales mineros tienen su origen en diversas causas; sin embargo, responder que motiva a una población para que en mayor o menor medida sostenga protestas pacificas o violentas ejerciendo algún nivel de influencia sobre el Gobierno y el desarrollo de los proyectos mineros, no resulta en un primer momento sencillo. No obstante ello, las causas que se han venido identificándose en el transcurso de los distintos procesos de conflictividad sociales sirven como base para comenzar a desarrollar el presente punto.

Así, en opinión de Miguel Levano, comisionado de la Adjuntía para la prevención de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo, estas causas se encontrarían ligadas primero a la falta de un Estado que actué adecuadamente; constituyendo quizás la causa fundamental porque a ella se vinculan otras causas que originan los conflictos socioambientales; en segundo lugar estaría el temor de la población, que no es otra cosa que la desconfianza a la actuación del Estado, que cuando está, inmediatamente genera una reacción en el imaginario colectivo de la comunidad que cree que se va a beneficiar a la empresa, proteger a la inversión en vez de defender o proteger los derechos de las comunidades campesinas. Finalmente una causa fundamental tendría que ver con el marco normativo específico, donde se presenta una serie de cruces entre normas, superposición y vacíos normativos. Lo cual refleja un gran problema porque demuestra que el marco normativo ambiental no se encuentra establecido de forma integral y complementaria. Cada sector genera sus propias normas, las cuales además son en muchos casos contradictorias pues unas protegen el medio ambiente y otras promueven la inversión[238].

[238] GARCÍA CERRÓN, Erick Leddy. *"Los conflictos sociambientales mineros"*. Entrevista de 14 de marzo de 2008 a Miguel Levano

Estas causas pueden identificarse a partir de la aplicación integrada de las teorías señaladas en el numeral 3.1.2. Así mismo, deben considerarse las causas identificadas por la Defensoría del Pueblo, a las que deben sumarse las señaladas por otros investigadores. Esta multiplicidad de enfoques permite complementar tanto el panorama estructural con el proceso de desarrollo de la protesta.

Ahora bien, considero pertinente además señalar la visión del particular del conflicto que se desarrolla en la presente tesis. Si bien, está parte sin duda del marco normativo especifico en la cual el conflicto se genera a partir de la imposibilidad de encontrar una fórmula legal que armonice la relación entre el derecho de propiedad (posesión) de las comunidades campesinas sobre sus tierras y las concesiones mineras que otorga el Estado para el aprovechamiento por particulares; encontramos que no solamente deben ser entendidos como la confrontación de dos derechos que compiten por el acceso a la superficie; sino además se trata de un tipo de conflicto donde como se demuestra en los capítulos siguientes se ha venido priorizando un derecho respecto al otro, generando la condiciones de desconfianza que imposibilitan luego un manejo adecuado de la protesta de quienes se ven afectados o dejados de lados a costa de sus derechos.

Es importante señalar además que la visión del conflicto social minero como la contraposición de dos derechos (territorio comunal vs. concesión minera) no busca ser reduccionista, en tanto no se queda en el análisis jurídico de cual derecho vale más, lo cual desbordaría el objeto de la presente investigación; sin embargo, si se reconoce que debe entenderse la situación actual del conflicto entre ambos derechos a partir de la evolución de nuestro marco normativo que tiene etapas, donde el valor de la tierra comunal presentaba un valor casi sagrado (inalienable, imprescriptible e inembargable) bajo un modelo y, posteriormente (luego de 1991) comienza un declive a favor de otros derechos respondiendo a las necesidades y exigencias del modelo y situación económica que nuestro país enfrentaba. Lo señalo una vez más, los conflictos sociales – como todo lo humano – no son estáticos, representan la confrontación de visiones e intereses que generan cambios dependiendo del contexto en los cuales se desarrollan.

***

La actividad minera nunca dejo de estar libre de denuncias por atropellos a los derechos de las comunidades campesinas que se encontraban dentro de su ámbito de influencia; el caso de Yanacocha durante la primera mitad de la década de los noventa es didáctico, dicha compañía empezó a comprar tierras en Cajamarca sin tomar en cuenta valor de opción de las terrenos que adquiría otorgando por hectárea montos irrisorias para el valor que su subsuelo contenía. También motivaría conflictos las disposiciones relativas al procedimiento de servidumbre minera, disposiciones para el acceso a las tierra comunal que fueron mal aplicadas permitiendo que muchas empresas mineras aprovecharán del desconocimiento e ignorancia de comunidades campesinas sobre sus derecho para ser despojadas de sus tierras o en el mejor de los casos reasentadas pero sin un plan de desarrollo alternativo que les permitiera comenzar de nuevo manteniendo o mejorando su estilo de vida. Estos hechos habrían de mellar con el paso del tiempo la confianza en el Estado y las empresas mineras, ello originó una serie de necesidades por parte de las comunidades de informarse aunque aún así no recibirían respuesta del Estado. Este trabajo educativo sería asumido en su primera por Organismos No Gubernamentales - ONGs, los cuales serían participes de distintos proceso de conflictividad social en los años siguientes, además de alentar la conformación de diversos espacios para promover el debate y la reforma en la legislación del sector minero.

Como ejemplo de conflictos entre comunidades campesinas y empresas mineras podemos mencionar aquel que enfrentó a los pobladores de la provincia de Espinar en Cuzco contra la empresa BHP Billiton Tintaya[239] donde la discusión se centraba en la disputa por el manejo de las tierras comunales que eran destinadas antes que llegue la minería a uso agropecuario y a la gestión de los recursos hídricos. También fue parte de la agenda, las expropiaciones de tierras que tuvieron un impacto negativo en los pobladores, que al perder sus tierras comunales, no tenían mecanismos para procesar los reclamos respecto a estos procedimientos. Esto generará diversos conflictos que sin embargo lograron superarse volviendo al caso Tintaya un ejemplo importante de la capacidad de diálogo concertado entre los actores. Así como en este caso, se han presentado diversos conflictos ocasionados por proyecto mineros como Río Blanco de Zinjin Group, Cerro Quilish de Yanacocha o Las Bambas de Xstrata. Estos conflictos han retrasado, paralizado o impedido el pase a la fase de explotación de estos proyectos, cada uno presenta características comunes y diferentes, las cuales son conjugadas para desarrollar el marco que permita conocer el proceso de conflictividad social.

Si bien en la actualidad se mantienen buenas prácticas sociales por parte de algunas empresas mineras (específicamente "gran minería") y además se ha modificado la regulación socioambiental del sector, aún se mantiene el incremento global de conflictos sociales ya sean estos en la fase exploratoria o extractiva del proyecto. Es decir más allá de los logros alcanzados aún se mantiene una serie de causas, motivaciones o estructuras que retroalimentan nuevos conflictos. Estas motivaciones pueden verse justificadas en los impactos sociales y ambientales de la actividad minera o también en relación a diversas causas señaladas por la Defensoría del Pueblo, tales como[240]:

a) *Incertidumbre y temor a la contaminación ambiental;* en este caso, la Defensoría resalta el poco conocimiento que en muchas casos se tiene respecto a los impactos específicos que tendrá la actividad minera en la vida de las personas ubicadas dentro de su ámbito de influencia. Por otra parte, la contaminación aún constituye un estigma relacionado con todo proyecto minero que no se ha podido superar.
b) *Problemas sociales como la exclusión, desigualdad y discriminación*; en muchos casos, los proyectos mineros se ubican en zonas donde la población se ha visto marginada del progreso económico que ha disfrutado parte de la población en los últimos años. Estas fracturas sociales que aún se mantienen en nuestro país terminan siendo una debilidad que dificulta en diversos términos el inicio de actividades mineras, desarrollar vínculos de comunicación, confianza y respeto con poblaciones que han sido dejadas de lado por el Estado puede ser finalmente un proceso largo y tedioso que no todas las empresas mineras están dispuestas a comenzar.
c) *Problemas en la gestión y en la institucionalidad ambiental siendo fuente de desconfianza de la población*; tal como lo señala Revesz y Diez (2006) nos encontramos ante un «triangulo sin cúpula». En la figura que construyen estos autores, la trinidad conformada por Comunidades, Empresas y Estado forman un

[239] Luego de un proceso de fusiones y adquisiciones la última titular de los derechos mineros del Estado Peruano adquiridos en el año 1994 durante el proceso de privatización de Centromin. Los conflictos estallan en 1990 cuando la mina al pertenecía Estado, siendo la última gran protesta en mayo de 2005 donde luego de una toma violenta de la mina se abriría un nuevo proceso de negociación.

[240] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe extraordinario. Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú.* 2007, Lima, pp. 18-34

triangulo que tiene como base a este último, el cual debe cumplir con la función de promover la inversión y la responsabilidad de hacer respetar los derechos de las comunidades. Sin embargo, tal como señalan estos autores (2006: 78): "El Estado claudica de su función de regulación social y privilegia su rol de soporte a la inversión minera más que a las poblaciones locales – con la excepción notable de la Defensoría del Pueblo –". Revesz y Diez sentencian:

> [El Gobierno] ha dejado de lado la necesidad de implementar políticas públicas orientadas a compatibilizar la presencia y el crecimiento de las industrias extractivas con las aspiraciones que tiene las poblaciones por salir de la pobreza y caminar hacia el desarrollo sostenible. En el terreno, la gestión con la población queda en manos de la empresa minera y, si no entienden, el Estado no asume su rol arbitral y toma partido por la inversión[241].

d) *Externalidades ambientales negativas y su impacto en actividades económicas distintas a las extractivas*; ante que tierras comunales, el territorio de las comunidades campesinas también deben ser consideradas como parte del recursos natural suelo. Este concepción permite comprender con mayor amplitud los impactos negativos que puede ocasionar un proyecto minero, no solamente se enajena en términos prácticos la tierra comunal a favor de la concesión minera; además, estas actividades mal llevadas pueden ocasionar daños irreparables a las fuentes de agua, la cual se puede filtrar en el suelo dañando no solamente la productividad de la tierra sino también puede ocasionar la contaminación de agua subterránea que dependiendo de la zona puede tener distintos como el agrario.

e) *La actuación de las empresas en los conflictos socioambientales*; según la Defensoría del Pueblo, los impactos de una actividad como la minera pueden ser buenos y negativos. Los beneficios radicarían en la generación de empleo y el impulso del mercado local, así mismo, el canon, el sobrecanon y las regalías benefician a los gobierno locales y regionales donde se asientas las operaciones, propician (al menos en teoría) la formulación y ejecución de proyectos de desarrolla para las comunidades. Sin embargo, también se produce un conjunto de impactos negativos como la perdida o degradación de recursos necesarios para la subsistencia de la población como suelo, agua, servicios ambientales, perdida de capacidad productiva; impacto en la identidad y estructura social; expectativas desmesuradas respecto a los beneficios del proyecto, entre otros[242]. En general, la actuación de las empresas mineras se manejan de en función a las consecuencias de su actividad pueda ocasionar y teniendo en cuentas las cuatro consideraciones señaladas previamente; así, presentando algunas mayor o menor capacidad para el relacionamiento comunitario.

Por otra parte, la Defensoría ha desagregado estas consideraciones señalando las siguientes que procedo a desarrollar:

---

[241] REVESZ, Bruno y Alejandro DIEZ. "El triángulo sin cúpula (o los actores desregulados en los conflictos mineros)". En Eduardo Toche (comp.), *Nuevos rostros en la escena nacional. Serie Perú Hoy Nº 10.* DESCO, 2006, Lima, p. 79

[242] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe extraordinario. Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú. óp. cit.,* pp. 35-36

- *Temor a la posible afectación ambiental;* esta causa se encuentra muy vinculada a la incertidumbre ambiental que genera la actividad minera.
- *Incumplimiento de compromisos;* en muchos casos las empresas solucionan los conflictos comprometiéndose a cumplir con determinados acuerdos; sin embargo, muchas de las actas firmadas por empresas mineras y comunidades no se llegan a cumplirse afectando la confianza de la población hacia la misma. Esta situación también puede presentarse también de manera inversa cuando la comunidad incumple con su compromiso de no protestar.
- *Demanda de apoyo al desarrollo local;* las exigencias que permitan alcanzar el tan ansiado desarrollo comunal son quizás los reclamos más frecuentes que toda empresa minera debe gestionar. Para los pobladores, los ingresos adquiridos de la explotación de recursos naturales no renovables como los minerales deben considerar otros mecanismos de redistribución a parte del canon. Estos pueden ser programas de responsabilidad social empresarial, la construcción de nuevas infraestructuras (para vivienda, educación saneamiento) entre otras requeridas por la comunidad durante el tiempo de vida del proyecto.

- *Cuestionamiento a la administración de fondos;* en algunos casos los ingresos otorgados por las empresas son administrados en «fondos», generalmente fideicomisos con participación comunal. Lamentablemente, problemas de corrupción y mala administración de estos recursos puede generar nuevamente tensiones entre la empresa y la población
- *Disputa por el aprovechamiento de recursos naturales (tierras y agua);* los conflictos derivados del aprovechamiento de los recursos son básicamente protestas originadas debido a las nuevas condiciones de acceso al recurso. En el caso de la tierra, esta ya no puede ser usada para actividades agrícola o pecuaria, pues forma parte de la concesión que será explotada, incluso en determinados proyectos la zona de explotación se superpone con la ubicación de viviendas comunales o tierras de uso público como pueden ser la plazas, escuelas, cementarlos etc. Lo cual, sin lugar a dudas, dificulta los acuerdos respecto a como disponer de estos terrenos. En lo que respecta al agua constituye también un tema de acceso al recurso para uso poblacional y riego; sin embargo, el tema más importante sobre el mismo es la calidad ambiental del agua. Este punto es sumamente complejo pues esta en conexión con el tema de la contaminación.
- *Presencia ilegal y ausencia de consulta previa;* se ha debatido mucho respecto a sí la falta de consulta previa constituye un supuesto de ilegalidad para el desarrollo de actividades extractivas. No obstante ello, actualmente resulta imposible conocer si los proyectos mineros en ejecución han cumplido correctamente con el requisito del permiso por parte los dos tercios de la asamblea comunal para disponer sobre las tierras comunales. Sin embargo, un supuesto evidente de presencia ilegal se constituye cuando con el simple otorgamiento de la concesión minera que es acto administrativo, se comienza a ejecutar procesos de exploración que exigen una serie de requisitos previos entre ellos el acuerdo comunal anteriormente comentado. En lo que respecta a la consulta previa, actualmente se le considera como un derecho de las comunidades ser preguntadas respecto a que consideraciones tienen sobre el proyecto minero, lo cual además exige cumplir con otra serie de derechos tener acceso a la información adecuada para poder manifestarse libremente. Finalmente es importante resaltar que el derecho a consulta no implica un derecho a vetar la ejecución del proyecto minero.

Estas causas resumen en buena cuenta casi todas las motivaciones de los conflictos sociales mineros que acontecen actualmente en el país, donde además la disputa entre los derechos comunales sobre el territorio y la concesión minera, se integran dependiendo de cada circunstancia.

Análogamente a estas consideraciones también resulta importan analizar las circunstancias que permiten el inicio de la protesta. Estas consideraciones serán desarrolladas en el siguiente punto, el cual aplicando de manera integrada las teorías sobre conflictos señaladas en la primera parte del presenta capítulo desarrolla una propuesta de clasificación de los conflictos sociales mineros.

3.3.4. Clasificación

La clasificación que se expone a continuación ha sido desarrollada por De Echave y otros en el texto *"Minería y Conflicto Social",* la misma conjuga la aplicación practica de las teorías expuestas páginas arriba, así mismo considero pertinente su aporte pues permite contextualizar los conflictos facilitando su posterior análisis ya sea bajo un marco legal, político, económico u otro.

Los autores señalan que clasificar los conflictos mineros exige aislar algunas variables que permitan identificar y diferenciar la distinta naturaleza, dinámica y tipos de conflictos mineros. Así, los conflictos mineros pueden originarse tanto en nuevas zonas de expansión de proyecto mineros como en zonas con larga tradición de actividad minera; además, los casos pueden presentarse en diferentes etapas de la operación: exploración o explotación; los proyecto que generen los conflicto pueden ser muy diferentes en magnitud y extensión; así mismo, pueden estar ubicados en zonas rurales muy alejados de centros poblados importantes, y otros estar muy cerca de las capitales de provincia de su respectiva región; estos proyecto pueden ubicar geopolíticamente al norte o sur del país tanto en la región natural de la costa como de la sierra; involucrando empresas muy diversas en su capital accionario, con combinaciones diferente de participación nacional y extranjera, así como en cuanto a la procedencia de esta. La clasificación exige determinar las variables más relevantes evitando caer en dos extremos: quedar en la riqueza compleja de cada caso, en la que intervendrían un alto número de variables, y por lo tanto no comparable; y del otro, simplificar en exceso para que pueda caber dentro de un esquema de análisis demasiado sencillo[243].

El modelo propuesto presenta el análisis a partir de dos variables centrales: en primer lugar, la *percepción* por parte de la población de la magnitud de los efectos que puede generar la actividad minera. Estas percepciones son las que se superponen a los datos supuestamente "objetivos" y determinan finalmente las conductas de los actores. Así, en casos en los que ya existe tradición minera, una gran operación de ampliación de actividades puede ser percibida como menos; y al mismo tiempo, una operación de menor escala, pero en una zona agrícola sin tradición de actividad minera, puede ser vista como gravemente alteradora de la vida de una comunidad. En este punto es importante la información y la formación de opiniones de los actores, la primera impresión muchas veces puede desechar la imagen contaminada de la minería o mantener la desconfianza y al mismo tiempo las expectativas injustificadas (de progreso, generación de empleos), que se construyen sobre la base de experiencias previas o similares cercanas; cuenta también la existencia o no de actividades

[243] DE ECHAVE, José y otros*"Minería y Conflicto Social"*. IEP. CIPCA.CBC.CIES. Lima. 2009, pp. 192

alternativas a la agrícola y ganadera, o la ventaja de capitalizarse para hacer un cambio de giro o migrar, para determinar cuán grandes serán los efectos[244].

Por su parte, tanto en las empresas y el Estado hay percepciones esteriotipadas en cuanto a su relación con la población: en muchos casos pareciera que consideran las zonas donde van a operar como espacios vacíos, en los que intereses, demandas y eventuales reclamos de la población constituyen cuestiones menores que no pueden entorpecer las operaciones de las empresas, y que, de ser el caso, se pueden solucionar con una combinación de "mano dura", e hacer vale las concesiones mineras otorgadas a la empresa y dando pequeñas compensaciones[245].

En síntesis, cuando las poblaciones se sienten amenazadas o seriamente afectadas por la actividad minera, tiene motivos para organizarse o movilizarse frente a esta, para negociar los términos de su relación. Sin embargo, esto depende de sus capacidades de acción colectiva. Por ello, una segunda variable importante para la caracterización del conflicto es la capacidad de articulación, su capacidad de superar sus fragmentación y de construir organizaciones o coordinar diversas formas de acción. El grado de articulación-fragmentación depende de muchos factores como la existencia de tradiciones organizativas, redes, "estructura de movilización", que se activan en momentos apropiados, de modo que puede aprovecharse oportunidades que abra la coyuntura, o responder a iniciativas de intermediarios o *brokers* en la facilitación de la acción colectiva; y la presencia de grupos externos fuertes (ONG, iglesias, partidos), que amplifican el debate. En conclusión, los movimientos sociales que sostienen las protestas no tienen que ver principalmente con las situaciones de pobreza o con la opresión, sino fundamentalmente con que pueda responderse a estas con capacidades de movilización y acción colectiva[246].

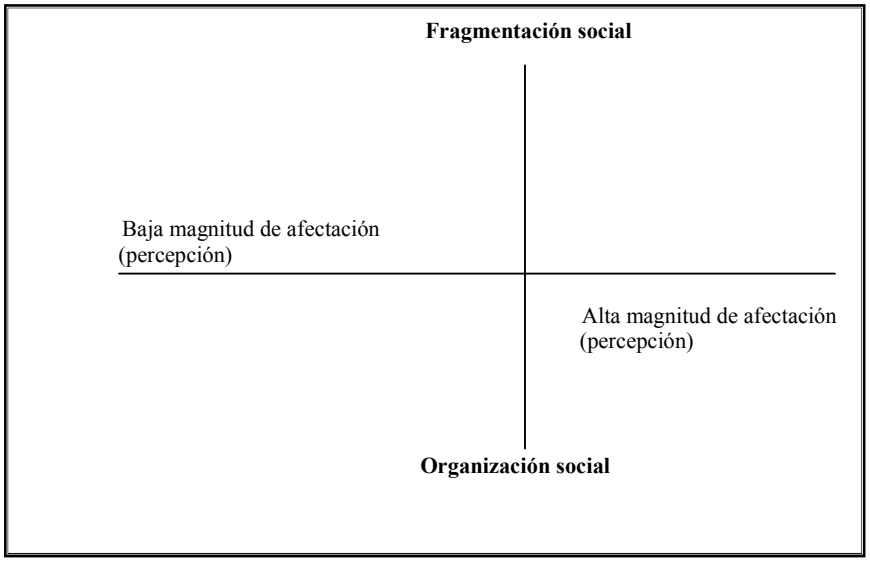
Cuando se cruzan ambas variables se obtiene cuatro grandes situaciones[247]:

1. **La primera, en la que tenemos altos grados de fragmentación social y una percepción de baja magnitud de afectación de las actividades mineras**. En este caso, la dinámica de la protesta será débil, esporádica, asociada a circunstancias puntuales, relativamente fáciles de absorber por las empresas, mediante acciones puntuales con los afectados. En el contexto señalado los bajos niveles de organización, así como la percepción de que es posible "convivir" con la actividad de la mina limitan las acciones de protesta. Además esta también puede ser percibida como una oportunidad de empleo y otros beneficios. La disputa se relaciona con la distribución y destino de los recursos generados por ella, y no está en cuestionamiento su presencia.
2. **La segunda se presenta cuando coinciden débiles capacidades de acción colectiva con la percepción de riesgos importantes, o altos grados de afectación por la actividad minera**. En este caso, es muy claro que si no hay protestas es porque las capacidades de respuesta de la población son débiles. Esto hace que las relaciones entre las empresas y la población estén signadas por la desconfianza, por una actividad latente que se expresa en acciones de protesta de manera esporádica, pero recurrente.
3. **La tercera es la que combina mayores niveles de organización social con la percepción de una afectación consecutiva de la actividad minera en una escala**

[244] *Ibíd.,* p. 193
[245] *Ibíd.,* pp. 193-194
[246] *Ibíd.,* p. 195
[247] *Ibídem.,* pp. 196-198

manejable. Es estos casos, los actores sociales se movilizan para negociar mejores condiciones con las empresas, pero no se cuestiona la viabilidad de las operaciones. Aquí podemos encontrar actores sociales con cierta tradición gremial y organizativa, con la presencia de un tejido de organizaciones políticas, actores rurales y urbanos, presencia de ONGs. La actividad minera ya ha pasado a ser "tradicional" en la zona, y por lo tanto se tiene una percepción de una afectación moderada o baja sobre la vida, ya no está en debate la existencia misma de la mina, sino la mejor manera de compartir y distribuir los beneficios que genera.

4. **La cuarta situación combina una percepción de alto grado de afectación y una significativa capacidad de organización y movilización de las comunidades afectadas.** En este caso estamos ante conflictos abiertos y recurrentes. La percepción de la afectación es alta en un contexto de ausencia de tradición de actividad minera y el predominio de actividades agrícolas. La actividad minera aparece con un potencial altamente disruptivo sobre los estilos de vida imperantes en la zonas afectadas, por lo que el debate sobre la magnitud de la afectación de las operaciones y cómo minimizar los impactos y riesgos ambientales resulta absolutamente crucial. Al mismo tiempo, existe un tejido organizativo importante capaz de articularse con otros actores nacionales y transnacionales en sus disputas. Sin embargo es importante señalar que la sola existencia de organizaciones no implica articulación, y es precisamente esta capacidad que resulta clave para definir los rumbos que siguen los conflictos.



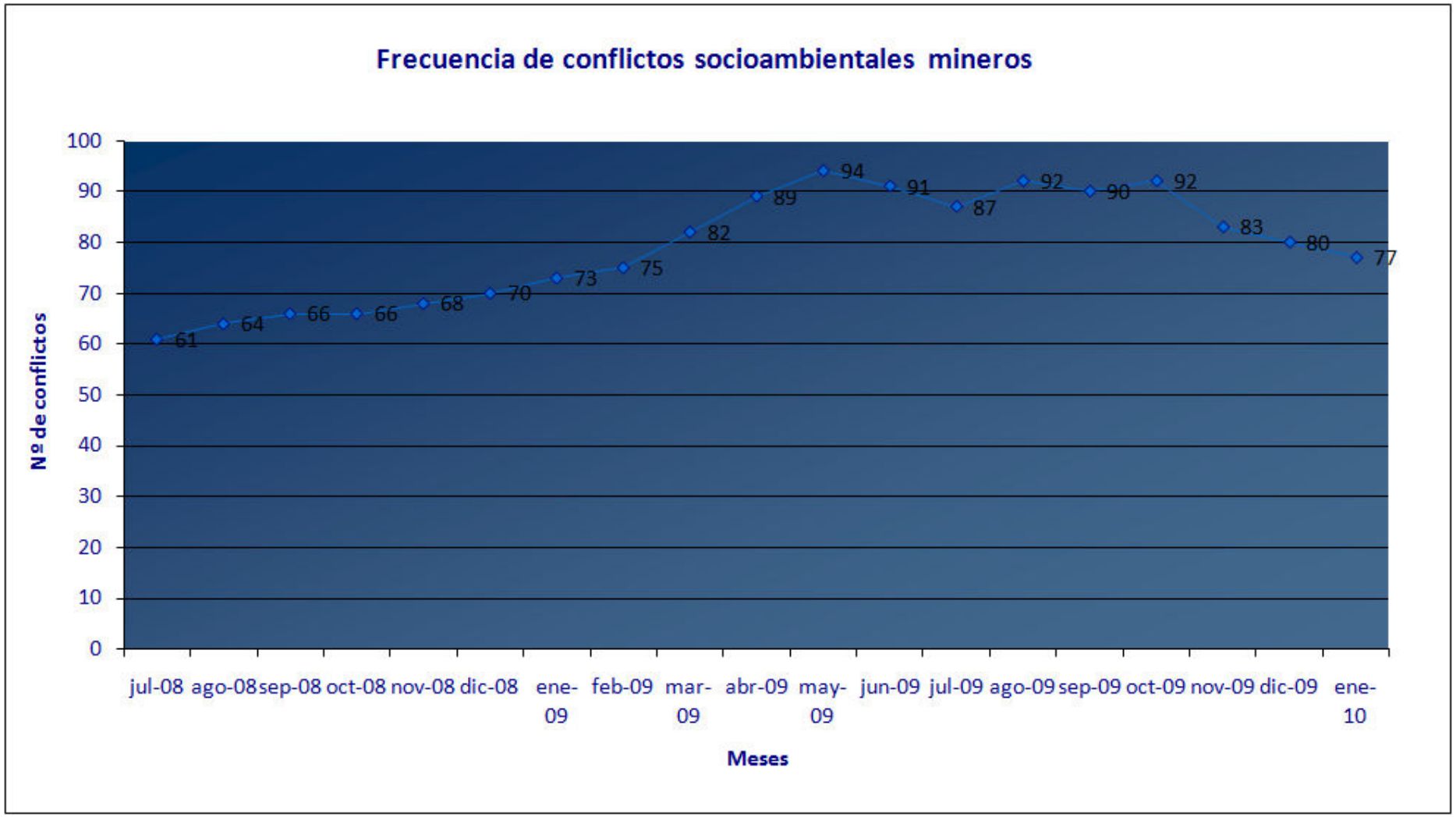
Finalmente, antes de culminar esta clasificación es importante señalar algunos puntos. Primero, la ausencia de protestas no implica la ausencia de conflictividad. Es decir puede haber causas potenciales de conflicto, dadas por la percepción de una fuerte afectación de la actividad minera sobre la vida de la población, pero para que ella se exprese en protestas abiertas tiene que mediar la organización, la constitución de acciones colectivas, no siempre posibles para la población. Sin embargo, esta calma social puede ser aparente, dando pasos a grandes conflictos como los ocurridos en Cajamarca por el Cerro Quilish. Más que evitar la protesta es necesario promover actores sociales fuertes y representativos que "sinceren" la situación en cada caso y permitan canalizar institucionalmente las diferencias de intereses.

Segundo, respecto a la amplia o reducida percepción de la magnitud de la afectación producida por la actividad minera, ello constituye un tema subjetivo de evaluaciones y de confianza de la población, así como de la necesidad de tener un organismo público capaz de evaluar con independencia y credibilidad la "verdadera" escala de afectación que generan la actividades extractivas, así como de supervisar, controlar y, de ser el caso, sancionar las violaciones a los acuerdos establecidos y poder reparar y compensar las consecuencias negativas a generarse. Esto es especialmente relevante considerando que estamos hablando de operaciones que se extenderán a lo largo de varias décadas, y que nada parece garantizar que las buenas practicas y ofrecimientos de hoy vayan a cambiar el día de mañana, cuando varíen los precios internacionales de los minerales, o cuando cambie el accionario de las empresas.

En tercer lugar, la existencia de actores más consolidados puede llevar a situaciones de colaboración positivas como las mesas de diálogo que permiten de manera concertada decidir sobre como utilizar provechosamente los recursos generados por la actividad minera, minimizando los impactos negativos. Estos espacios donde se reúnen la empresa, el Estado y las comunidades no aseguran que los conflictos desaparezcan, sin embargo permite establecer un canal institucional dentro del cual pueden discurrir[248].

Finalmente, como resultado de la deliberación y el debate, se puede llegar a la conclusión que en algunas zonas, por una serie razones, la actividad minera puede no ser recomendable. Estos fundamentos deben ser asimilados por la legislación que regula la actividad minera y la disposición sobre los recursos naturales que se encuentran conflicto para ejercerla. Más aún se requiere una visión en conjunto sobre el desarrollo territorial del país, un ordenamiento planificado y concertado que nos permita delimitar cuales son las áreas más adecuadas por sus características ambientales, sociales y económicas más adecuadas para el desarrollo de la actividad minera.

[248] pp. 199-200



Fuente: *Defensoria del Pueblo. Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y Gobernabilidad. Reportes Mensuales.* ***Elaboración Propia***

CAPÍTULO III

DE LOS ACTORES

> *En el debate público sobre la actividad minera y los conflictos sociales, se suele encontrar que las posiciones más críticas a la minería enfatizan la cuestión cultural e identitaria. La expansión de la minería – afirman – no sólo causa graves problemas ambientales, sino que además atenta contra la identidad tradicional de las comunidades, más vinculadas a actividades agrícolas. En este marco, las protestas sociales serían lógica consecuencia de sectores campesinos que están defendiendo modos de vida y concepciones de desarrollo alternativas a las que proponen concepciones de una modernidad instrumental (la explotación de los recursos minerales). En el otro extremo, se ubican concepciones en las cuales sólo se ve un tema de estrategias políticas e intereses de actores externos. Así algunos sectores vinculados tanto a algunas empresas mineras como al Estado manejan una visión de los conflictos según la cual ellos serían principalmente acción de un grupo de "agitadores externos" o de promotores de protestas, basados en una oposición recalcitrante en contra de la actividad minera, presente en ONGs, partidos de izquierda y sacerdotes vinculados a la iglesia progresista. En realidad, la población no tendría por qué protestar, considerando que la minería genera abundantes recursos, que luego finalmente permiten financiar el desarrollo de zonas agrícolas pobres, por lo cual la protestas no podría tener causas "naturales". Lo que se derivaría de esta manera de pensar es la hostilización y criminalización de los activistas vinculados a las protestas*[249].

La discusión teórica sobre los conflictos sociales ha evolucionado en un contexto donde no se toman en cuenta las diferentes posturas que pueden presentar los actores involucrados, generalizándolas sin entender que las mismas son producto de diferentes circunstancias y condiciones. Si bien resulta evidente la presencia de elementos homogéneos y constantes como la dimensión cultural de algunas comunidades campesinas, la importancia económica de la actividad minera, la política pública de promoción de la inversión en el sector (presentando un carácter "prioritario"), etc.; no es menos cierto que se debe evitar una mirada esencialista de los actores, como si fueran totalmente impermeables a los cambios de contexto, a las oportunidades o riesgos que presentan sus posturas, a establecer alianzas con distintos actores promotores de su posición, sino incluso entre ellos mismos[250].

Como se desarrollará en el presente capítulo existen temas de fondo que se expresan a través de la desconfianza, lejanía y conflictividad de muchas poblaciones frente a las empresas mineras y el Estado, lo cual como señala De Echave y otros no estaría revelando una incompatibilidad total entre la minería y otras actividades tradiciones; sino una incompatibilidad con la presencia del Estado, su precariedad, su parcialidad respecto a los intereses de los grupos sociales más poderosos, su debilidad para plantear

[249] Párrafo tomado y adaptado de De Echave y otros. *"Minería y Conflicto Social"*. Lima. 2009.
[250] DE ECHAVE, José, DIEZ, Alejandro, HUBER, Ludwig, REVESZ, Bruno, LANATA, Xavier y TANAKA, Martín. *"Minería y Conflicto Social"*. IEP. CIPCA.CBC.CIES. Lima. 2009, p. 184.

políticas que resguardan el interés general de la sociedad y el de los sectores más vulnerables.

En este contexto también se formulan posiciones extremas que van desde visiones "conspirativas" en contra del modelo económico hasta acusaciones por el mal uso de los ingresos que genera la actividad minera, lo cual si bien puede resultar cierto en algunos casos, degenera entre otras cosas, en una serie de prejuicios y desinformación que dificulta la materialización de acuerdos que permitan alcanzar provechosos beneficios. A este punto se debe agregar, tal como lo señala De Echave, que tanto el gobierno central como los regionales y locales tienden a privilegiar obras en centros poblados relativamente grandes, donde puedan construir legitimadas políticas dejando de lado las poblaciones más alejadas y con menos capacidad de tener "voz" y de hacerse "oír", lo cual maximiza las posibilidades de conflicto por no encontrarse los medios adecuados ni institucionalizados para canalizar sus demandas[251].

En conclusión, nos encontramos antes una red de tramas sociales, económicas y políticas que se entremezclan constantemente incidiendo y generando distintas respuestas de los actores que conforman la base social (triangulo) sobre las que se desarrollan estos conflictos. Por ello es necesario conocer y contextualizar a las comunidades campesinas, la institucionalidad estatal y la empresa minera; así mismo profundizar en su evolución organizativa, estructural y político-institucional, todo lo cual constituye el objetivo a desarrollar en el presente capítulo.

4. Las Comunidades Campesinas

La comunidad campesina es la principal forma de organización de los productores campesinos en el espacio rural peruano que agrupa a un conjunto de familias que usufructúan organizadamente terrenos cuya propiedad se tiene por colectiva. Las comunidades campesinas están sujetas a leyes específicas que abarcan tanto la propiedad sobre la tierra (deslinde, titulación y disposición), su organización y la administración de recursos comunes. La mayor parte de las comunidades cuenta con varios tipos de tierras que se usufructúan de manera diferenciada: tierras irrigadas apropiadas familiarmente; tierras de secano, usadas familiarmente pero sobre las que pesa cierto control del colectivo; y, tierras de pastos, de libre disposición de los comuneros.

En la actualidad, las comunidades campesinas enfrentan una crisis organizacional como producto del impacto de factores externos que están modificando sus patrones culturales y modo de relacionamiento con sus elementos esenciales. Sin embargo, la comunidad sigue siendo una institución de referencia obligada para tratar con los agricultores de buena parte del país: no es cuestionada, ni efímera como las nuevas asociaciones rurales y conserva aún –en diversos grados, según casos y regiones– el control sobre algunos recursos comunes, particularmente los pastos, el agua de regadío y las tierras de manejo o usufructo colectivo.

No obstante ello, la crisis de las comunidades campesinas no tiene visos de menguar y por el contrario, ante la falta de información oficial por parte del Estado, las únicas fuentes primarias de confianza que permitan medir su vigencia se encuentra en muchos estudios realizados – paradójicamente – por profesionales de las ciencias sociales vinculados a la promoción de proyectos mineros.

[251] DE ECHAVE, José y otros. *"Minería y Conflicto Social". óp. cit.,* p. 187

4.1. La diversidad de una aparente homogeneidad legal

Comunidad campesina implica un grupo humano diverso y heterogéneo. Por una parte, encierra un concepto que nos remite al modelo de vida de las comunidades indígenas que poblaron los andes peruanos durante la época colonial[252], pero por otra parte, también resalta el hecho que esta concepción ya no resulta suficiente para tomarse como punto de partida o referencia para comprender el conjunto de manifestaciones sociales, económicas y culturales que actualmente presenta este grupo social.

Las comunidades campesinas – como toda la sociedad peruana – han cambiado con el pasar de los años producto de diversos procesos políticos y reformas estructurales impulsados por distintos gobiernos. Quizás por ello un enfoque antropológico sería más adecuado para reconocer las costumbres antiguas y modernas que condicionan su actual modelo de vida. Así, la diversidad comunal nos presenta una serie de retos no solamente para los fabuladores de normas; sino, sobre todo, a los operadores del derecho; por ello, ahora más que nunca, alcanzar el reconocimiento de las distintas formas de organización social de nuestro país, nos exige respondernos: *¿De que hablamos cuando nos referimos a las comunidades campesinas?*

La respuesta no es fácil; las comunidades campesinas existían desde mucho antes que el Derecho las encontrará; sin embargo, este evidente detalle no ha sido óbice suficiente para que su reconocimiento formal dependa siempre de una serie de requisitos que concluyen en una resolución administrativa; más aún, cuando luego de varias décadas de reconocimiento legal, el Estado no ha podido uniformizar (y emprender) una política estatal para las mismas. La aparente homogeneidad que en muchos casos otorga el concepto legal va más allá de lo que realmente son las comunidades campesinas[253], en la actualidad algunas no mantienen la forma de vida o estructura económica que tenían en mente los legisladores cuando las normas que regulaban su modelo de vida fueron dadas[254]. Así mismo, se sostiene por algunos profesionales, principalmente científicos sociales e ingenieros ligados al sector minero, que las comunidades ya no son aquellos grupos humanos indefensos (pobres ciudadanos sin educación y malicia) que el imaginario colectivo tiene de ellas, llegando incluso – según ellos – a no cumplir los criterios mínimos establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En todo caso, discusiones antropológicas y sociológicas aparte; resulta necesario acercarse (dentro de mis limitaciones formativas) el máximo posible a la realidad difusa y ajena que para gran parte de peruanos resulta ser el modelo de vida comunal. Sin duda este punto no ha sido fácil, toda vez que la falta de documentos de carácter "OFICIAL"

---

[252] Señala Fernando Fuenzalida respecto al origen de las comunidades campesinas que: *"pese a que el origen de las comunidades aún pueda generar polémicas, es un hecho indudable que en su génesis se encuentran elementos propios de las culturas precolombinas, incluso preincaicas, aunque la matriz de origen nos remite a normas propiamente hispanas".* «La matriz colonial de las comunidad de indígenas peruana: una hipótesis de trabajo», en Revista del Museo Nacional, tomo 35 (1967 – 1968), p. 92 – 123. Tomado de CEPES, Informativo Legal Agrario, Nº 21, Abril 2005.

[253] Ley General de Comunidades Campesinas – Ley Nº 24656. Artículo 2.- *"Las comunidades campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.*

[254] Recordemos que la Ley General de Comunidades Campesinas vigente – Ley Nº 24656 pertenece al primer Gobierno del Presidente Alan García, 13 Abril de 1987.

que respondan a las interrogantes de la presente investigación de manera objetiva han constituido el reto más grande que se enfrenta cuando se investiga acerca del estilo de vida comunal a partir de la información que tiene el Estado.

Del mismo modo, la aparente homogeneidad que otorga una ley, un decreto legislativo o el mismo código civil al tratamiento de las comunidades campesinas, requieren una actualización urgente, pues de lo contrario mantendrá la falta de (re)conocimiento en que incurre la construcción de nuestras normas legales. No es suficiente sostener enunciativamente que se esta regulando, protegiendo o promoviendo el desarrollo de un sector social cuando se establecen leyes a través de mecanismos inconsultos producto de la ignorancia del *"yo lo sé todo"* que ha caracterizado durante nuestra vida republicana el trabajo de gran parte de nuestros legisladores y gobernantes.

Por otra parte, si bien no constituye finalidad de esta investigación poner en debate si las normas actuales resultan las más adecuadas para la regulación de la vida comunal. No obstante ello, ya en el marco teórico se ha trabajado en la crítica y el análisis de las normas que regulan los actos de disposición sobre las tierras comunales. Sin embargo, un debate más profundo aún sigue pendiente, toda vez que la suspensión indefinida de las discusiones respecto a una nueva legislación de comunidades campesinas no tiene vistos de terminar.

4.2. Situación actual de las comunidades campesinas reconocidas por el Estado Peruano *¿Cuántas son y donde están?*

Como se ha señalado previamente, en el marco del modelo económico impuesto en la década de 1990, el tema de las comunidades campesinas y nativas fue abordado básicamente como un problema de informalidad de la propiedad agraria, cuya principal vía de solución, por lo tanto era la titulación de dicha propiedad. Con ello – además – se liberalizaría y dinamizaría el mercado de tierras y volverían rentables para el agro nacional[255].

Para cumplir con esta finalidad se creó el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural – PETT, cuyas principales funciones fueron llevar adelante el proceso de titulación de la propiedad rural, denominación que abarcó la de las comunidades campesinas y nativas del país[256]. Obsérvese que el Estado Peruano siempre ha entendido que la regulación de la vida comunal, así como el desarrollo de políticas públicas para su promoción deben centrarse necesariamente en todo lo referido a los derechos sobre sus tierras.

Por ello, no se encuentran análisis que expongan los estilos de vida comunal, su cultura, su económica o su visión de desarrollo, sin dejar de vincular estos aspectos con la tierra. Paradójicamente, aunque el Estado no lo reconozca abiertamente, no existe un modelo de desarrollo para las comunidades que se desarrolle dando prioridad al valor de la tierra. Por el contrario, lamentablemente, tal como se analizará en el capítulo siguiente, se viene presentando circunstancias que la privan justamente de aquel elemento que les otorga sentido como institución.

---

[255] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES). *Informativo Legal Agrario: "Legislación de comunidades campesinas y nativas"*. Nº 21 Segunda época. Abril 2005, p. 06

[256] Es importante señalar que el PETT no siempre priorizó esta finalidad, toda vez que durante una importante etapa de su funcionamiento, sus esfuerzos estuvieron centrados en darles seguridad jurídica a los predios de propietarios individuales, faltando mayor iniciativa para sanear las propiedades de las comunidades campesinas y nativas.

Volviendo al PETT, en octubre de 2001 se inició lo que sería su segunda y última campaña de titulación de tierras – PTRT-2 –), contando con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo – BID. La ejecución de este programa fue previsto para desarrollarse en un plazo de cuatro años, teniendo como metas la titulación de aproximadamente 500 comunidades campesinas, así como la demarcación y titulación de 9 comunidades nativas.

Lamentablemente – como se sabe – el PETT sería una de las tantas instituciones fusionadas en el marco de las "mejoras" en la gestión pública implementadas por el segundo gobierno del Presidente García a pocos meses de asumir su mandato. Actualmente sus funciones han pasado a COFOPRI y tal como se ha señalado en la sección correspondiente, aún se mantiene en espera el inicio del proceso de transferencia de sus funciones hacia los Gobiernos Regionales, los cuales por lo demás no se encuentran preparados para asumir las mismas[257].

Ahora bien, según CEPES, los trámites de titulación resultan dificultosos debido al desconocimiento de los comuneros sobre los procedimientos a seguir; la incomprensión de los trámites, por carencia de personal que domine el quechua; la ausencia o pérdida de documentos requeridos; la contradicciones o errores entre la información del PETT y de la Superintendencia Nacional de Registro Públicos (SUNARP); los conflictos de linderos entre comunidades vecinas o con terceros; y la complicada situación legal de las tierras comunales[258]. Estos son algunos cuellos de botella que debieron resolverse, pero que ante la lamentablemente desactivación no se ha podido verificar cual es la capacidad con la que actualmente cuenta el Estado para desarrollar estas actividades.

Actualmente el Directorio de Comunidades Campesinas que contiene todos los datos que maneja el Estado Peruano respecto a las tierras de las Comunidades Campesinas, lo administra COFOPRI – RURAL, dependencia que recibió el acervo documentario y da trámite a las solicitudes de titulación que se presenten hasta que estas funciones sean transferidas a los Gobiernos Regionales.

Según estos datos actualizados a Diciembre de 2006 (que lamentablemente no ha sido publicados) en la actualidad existen 5,039 Comunidades Campesinas tituladas e inscritas en Registros Públicas lo cual abarcar 23´153,744.0110 hectáreas, el detalle por Departamentos, número de comunidades, número de familias y comunidades campesinas por titular se puede observar en el siguiente cuadro:

---

[257] Es lamentable que un proceso técnico como la descentralización de funciones sea forzado por problemas de corrupción de funcionarios. Como ya se ha señalado en el sección 2 del capítulo I, la Defensoría del Pueblo ha manifestado que los Gobiernos Regionales no se encuentran en la capacidad de administrar esa complejidad de funciones y la validación técnica del Ministerio de Agricultura es necesaria para poner en marcha este proceso, nada de ello se realizaría adecuadamente si lo que prima es un criterio político antes que técnico. Por lo demás, nada asegura que transferir las funciones de COFOPRI a los Gobiernos Regionales resuelva el problema; por el contrario, sin la modificaciones de control e institucionales adecuadas se cambiará simplemente a los actores inmiscuidos en la corrupción.

[258] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES). *Informativo Legal Agrario: "Legislación de comunidades campesinas y nativas". óp. cit.,* p. 07

COMUNIDADES CAMPESINAS INSCRITAS EN LOS REGISTROS PÚBLICOS POR DEPARTAMENTO[259]

N°	DEPARTAMENTO	COMUNIDADES RECONOCIDAS		COMUNIDADES TITULADAS		COMUNIDADES CAMPESINAS POR TITULAR
		N° DE COMUNIDADES	N° DE FAMILIAS	N° DE COMUNIDADES	AREA TITULADA (ha)	
1	AMAZONAS	52	27,006	52	691,917.6300	0
2	ANCASH	349	54,911	328	1,685,662.2519	21
3	APURIMAC	470	76,660	432	1,974,103.6632	38
4	AREQUIPA	103	13,380	94	1,400,335.8961	9
5	AYACUCHO	654	118,984	459	2,745,611.0474	195
6	CAJAMARCA	104	27,750	82	347,493.0150	22
7	CUSCO	928	111,649	791	2,696,792.6624	137
8	HUANCAVELICA	591	96,640	508	1,529,577.3167	83
9	HUANUCO	285	123,411	198	917,638.4444	87
10	ICA	11	1,235	3	71,478.0603	8
11	JUNIN	391	74,930	354	1,255,634.9336	37
12	LA LIBERTAD	120	25,671	112	469,282.3263	8
13	LAMBAYEQUE	28	33,422	17	444,184.2500	11
14	LIMA	289	31,763	221	2,088,146.4187	68
15	LORETO	95	8,059	41	279,258.6617	54
16	MADRE DE DIOS	-	-	-	-	0
17	MOQUEGUA	75	7,120	72	498,595.0825	3
18	PASCO	73	39,876	65	501,340.6097	8
19	PIURA	136	95,580	125	921,164.4177	11
20	PUNO	1,265	123,235	1,041	2,147,734.1934	224
21	SAN MARTIN	1	56	1	1,264.4000	0
22	TACNA	46	3,077	43	486,528.7300	3
23	TUMBES	-	-	-	-	0
24	UCAYALI	-	-	-	-	0
TOTAL NACIONAL		6,066	1,094,415	5,039	23,153,744.0110	1,027

Estos datos son fundamentales en el marco de un proceso de protección de los derechos de propiedad de las comunidades campesinas, así como para conocer cuáles son los recursos naturales que se encuentran bajo su tutela. No obstante ello, tal como señala el Ingeniero Victoriano Cáceres, actualmente no hay datos confiables respecto a la situación de las tierras de las 1,027 comunidades campesinas sin titular y más aún, no se han actualizado los datos respecto a cuanto de las áreas que actualmente se considera tituladas todavía se encuentran bajo disposición de las comunidades campesinas o han sido transferidas a terceros[260].

4.3. Comunidades campesinas, territorio comunal e impacto de su formalización: *De la Reforma Agraria a la extinción del Programa Especial de de Titulación de Tierras*[261]

Como se ha señalado, el número de comunidades campesinas en el Perú superó los seis mil, la mayor parte ubicada en la sierra. Según CEPES se estima, sobre la base de información no actualizada, que de los 7,5 millones de pobladores rurales, alrededor 3 millones forman parte de estas comunidades. Las tierras que ocupan representan aproximadamente el 40% de las tierras agropecuarias del país, la mayoría de ellas con

[259] Fuente: Oficinas PETT de Ejecución Regional

[260] GARCÍA CERRÓN, Erick Leddy. *"Situación de las Comunidades Campesinas post reforma agraria"*. Entrevista de 19 de junio 2009. a Ing. Victoriano Cáceres (COFOPRI RURAL).

[261] La presente sección ha sido redactada a partir de la entrevista realizada al Ing. Victoriano Cáceres, ex funcionario de la Dirección General de Reforma Agraria y el PETT, actualmente es el funcionario responsable de Comunidades Campesinas y Nativas de COFOPRI RURAL.

pastos naturales. Contrastar estas cifras con la realidad refuerza la idea que aún se mantiene una lejanía acerca del problema de marginación y pobreza en la sierra rural de nuestro país[262].

En el caso de las comunidades campesinas el problema principal son los vacíos de conocimiento sobre cómo se distribuyen las tierras al interior de las mismas comunidades (que son su principal activo). Si bien la legislación estatal ha establecido que las tierras que se encuentran dentro de sus límites son formalmente de su propiedad, se sabe que en la mayoría de estas instituciones existen áreas conducidas por la comunidad como tal, mientras que otras áreas son conducidas por las familias comuneras. Con todo y ello, persiste el desconocimiento respecto a los criterios y los procesos que definen, en la práctica, la distribución intracomunal de las tierras. La legislación expresa una incapacidad para definir con claridad el tipo de derechos que tienen los comuneros sobre la tierra, aún moviéndose estrictamente dentro del marco del derecho civil. Esta situación requiere una visión distinta del derecho de propiedad que parta de la forma en que organiza cada sociedad las distintas relaciones sociales que se llaman propiedad.

A partir de un estudio realizado por CEPES – citado líneas arriba – a tres comunidades campesinas en el Departamento de Huancavelica, se elaboraron criterios que contribuyen a conocer las formas de distribución de los derechos de propiedad, lo cual si bien no implican que puedan ser generalizados, sus resultados constituyen un punto referencial muy importante para entender los procesos por los que pasa el derecho de propiedad bajo una lógica comunal.

Las comunidades estudiadas poseen elementos similares y diferentes; similares respecto a la posesión de distintos tipos de tierra (secano, riego, pastos), la creación anterior a la Reforma Agraria, diferentes niveles de integración al mercado y de vinculación con instituciones del Estado. Estos elementos son determinantes al momento de evaluar la distribución de los derechos de propiedad.

Señala el estudio que los dos criterios usualmente abordados en los estudios sobre propiedad comunal son las zonas de producción y los tipos de usufructo (individual o unifamiliar, grupo de familias o la comunidad). Ambos criterios están estrechamente vinculados entre sí: las tierras bajo riego y secano corresponde casi enteramente a las de uso familiar y definen un gran amplitud de derechos para los comuneros (alto nivel de apropiación), mientras que las tierras de pastos corresponde a un uso colectivo, en el que las familias tienen derechos limitados de uso, de disfrute y disposición (bajo nivel de apropiación)[263].

Según la investigación a estos criterios se deben adicionar dos más que tienen relación con el origen de la tierra. El primero trata de tierras que fueron tomadas durante la conformación de las comunidades o que posteriormente fueron distribuidas por una organización comunal ya establecida. A las primeras se les reconoce como tierras antiguas o tomadas por los antiguos y, a pesar de los años se trata de una condición que los comuneros reconocen y sobre la que recaen derechos y deberes distintos. Sobre estas, las familias comuneras tienen plena libertad de uso, de disfrute e importantes márgenes de disposición. Las distribuidas por la comunidad, en cambio, generan un complejo sistema de tenencia con normas, la utilización de las parcelas restringiéndose

[262] EGUREN, Fernando, Laureano del Castillo, Zulema Burneo. "Los derechos de propiedad sobre la tierra en las comunidades campesinas". En: *Economía y Sociedad N° 71.* CIES, abril 2009, p. 29

[263] EGUREN, Fernando, Laureano del Castillo, Zulema Burneo. "Los derechos de propiedad sobre la tierra en las comunidades campesinas". *óp. cit.* p.30

elementos como las extensiones o períodos de uso y, especialmente, la venta de parcelas y algunas formas de herencia. El segundo criterio divide en zonas antiguas y zonas nuevas. Es decir, zonas que tradicionalmente han pertenecido a la comunidad y zonas que han sido incorporadas a ella posteriormente ya sea por cesión o venta de tierras de las haciendas vecinas o por adjudicación durante el proceso de reforma agraria. Estos sectores son claramente identificados por los comuneros y definen derechos diferenciados sobre la tierra[264].

Asimismo, el estudio señala que la idea de propiedad colectiva (donde cada familia comunera tiene un acceso a la tierra) que establece la legislación peruana distaría mucho de ser lo que realmente ocurre. La posesión se puede expresar de manera diferenciada entre cada poblador, e incluso existen comuneros que no poseen tierras y trabajan ofreciendo su mano de obra en las chacras de otros comuneros.

La distribución de parcelas por parte de la organización comunal es uno de los mecanismos más importantes de acceso a la tierra. Para poder beneficiarse de estas parcelas lo pobladores deben tener la categoría de comunero activo, estar inscritos en el padrón comunal, ser mayores de edad y, sobre todo haber logrado un reconocimiento por parte de la comunidad, un estatus que otorga el derecho a las tierras comunales. Ahora bien, en este punto – según el estudio – se presentan una serie de diferencias dado que existen otras categorías de comunero como el *honorario, yerno, residente, profesional o jubilado*, que otorgan distintos derechos y deberes para el acceso a la tierra y que generan diferencias internas. Otra diferencia se presenta en las relaciones entre jóvenes y adultos, pues para los primeros la relación "costo-beneficio" de permanecer en la comunidad es demasiado baja, por lo que se genera un paulatino debilitamiento y plantea un serio problema de carácter estratégico, pues se encuentra en juego las posibilidades de reproducción de la propia comunidad[265].

En conclusión los derechos sobre la tierra no son uniformes y por el contrario se encuentra distribuidos entre categorías de normas explicitas y no explicitas (discurso alterno entre las familias que trata sobre las diferencias internas, que se maneja cuidadosamente y suele ser fuente de conflicto). Estas normas y derechos no explícitos contribuyen a una mejor comprensión de las diferencias que es posible encontrar en la comunidad en términos de número y de extensión de parcelas entre comuneros que, en apariencias, se encuentran bajo la misma condición. Además servirá para acércanos más a ese complejo andamiaje que son la relaciones comunales producto de política públicas fracasadas y sin una visión de desarrollo a largo plazo.

4.3.1. Las contradicciones de la Reforma Agraria

En el año 1969 cuando se decretó la Reforma Agraria – Decreto Ley Nº 17716, las comunidades en general eran identificadas bajo el término de comunidades indígenas, estableciéndose con esta norma por primera vez una denominación diferenciada entre *comunidades campesinas y comunidades nativas;* a partir de ello, nuestro marco legal inició un tratamiento diferenciado que se mantiene hasta hoy.

Durante la Reforma Agraria, la organización de las comunidades campesinas se encontraba regulada bajo un estatuto aprobado por Decreto Supremo, ello significaba que muchas de las actividades de la vida campesina estaban dirigidas, orientadas y

[264] *Ibíd.,* p. 31

[265] Según el estudio en una situación más compleja se encuentran las mujeres de la comunidad, quienes tiene una posición de inferioridad frente a los varones.

controladas por el Estado. En merito a dicho estatuto el Gobierno ejercía control sobre las comunidades y además aparecía como un ente protector y promotor de elementos constitutivos de su cultura como la tierra.

Este modelo se inició durante la vigencia de la Constitución de 1933; en tanto que era necesario ante la falta de una ley de comunidades indígenas se diera alguna norma, por lo que se dictaron tres estatutos de comunidades. El primero de ellos, dictado el 2 de junio de 1961, buscaba unificar y ordenar las disposiciones vigentes sobre el funcionamiento interno de las comunidades. El segundo estatuto, de 1966, señalaba que el desarrollo de las comunidades debía encauzarse de preferencia en el sistema cooperativo. El Estatuto especial de comunidades campesinas, aprobado por Decreto Supremo N° 037-70-A de enero de 1970, dispuso la reestructuración de las comunidades campesinas y contenía disposiciones destinadas a impulsar su tecnificación y desarrollo cooperativo; regulaba la tenencia de la tierra, su sistema de gobierno, su régimen económico y los derechos y obligaciones de sus miembros[266].

Antes de la Reforma Agraria, las comunidades contaban por parte del Estado con programas que buscaban por separado mejorar el estilo de vida comunal; estos programas implementados a propuesta de la OIT (un ejemplo sería el Banco Comunal); lamentablemente terminarían sirviendo como base para la creación de organizaciones que en la práctica ejercían una posición paternalista del Estado y buscaban decidir en nombre de las comunidades. En este contexto no habían normas que permitieran que las comunidades participen; por ejemplo, se dieron algunas opciones para que las comunidades pudieran comprar haciendas que colindarán con sus territorios, pero esta alternativa no prospero por la presión de posesionarios individuales al interior de estos fundos.

Durante la Reforma Agraria se presentaron casos donde las comunidades decidían hacerse de las tierras y asumir a su favor el total del territorio, pero sobrevenían problemas respecto a la situación en que quedaban las personas que se encontraban en posesión de la tierra, aquellas personas no podían ser movidas de la zona porque eran peones de los hacendados (encontrándose en plena posesión del terreno) y además tenían derechos expectativos en cuanto a la formalización de su titularidad sobre la tierra. En estos casos, los problemas ya no se presentaban con un propietario (el hacendado) sino contra un grupo humano (los peones o feudatarios de las ex haciendas que poseían pequeñas hectáreas); entonces, las comunidades "ancestrales" prácticamente no recibían nada en tanto que gran parte de las tierras de aptitud agrícola se encontraban controladas por estos feudatarios; este problema se agudizaba cuando estos mismos feudatarios controlaban además los pastos naturales.

No obstante los problemas señalados, la Reforma Agraria también significó un intento de modernización de las comunidades campesinas a través de la formación de cooperativas. Según el marco legal había dos modalidades de cooperativas, una de producción y otra de servicios. Para que se transformaran en cooperativas, las comunidades tenían como condición haber recibido tierras, ello en la medida que para aquellas comunidades que no habían recibido tierras transformarse en cooperativas no era muy atractivo, pues generalmente tenían problemas porque al interior de ellas se habían creado granjas comunales, asociaciones de comuneros, una serie de figuras jurídicas que finalmente causaban división al interior de la comunidad.

---

[266] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES). *Informativo Legal Agrario: "Legislación de comunidades campesinas y nativas". óp. cit.,* p. 16

Volviendo a la titulación, al hacer hincapié la Ley de Reforma Agraria, en la organización cooperativa de las comunidades. Se les concedía «la misma preferencia» a los campesinos sin tierras o minifundistas en la adjudicación de las tierras afectadas con fines de reforma agraria. Este hecho, tal como lo señala la ex funcionaria del PETT, Silvana Baldovino, originó una nueva forma de organización comunal (que copiaba la formula ancestral de entender comunidad), la cual se encontraba conformada por pobladores que se agrupaban para reconocerse como comunidad campesina y poder tener acceso a un territorio mucho más grande, al promover la reforma agraria el tema indígena, la reivindicación de la tierra era uno de sus principales pilares.

Al respecto afirma Silvana:

> *"(...) allí surgieron muchas comunidades, mucha población se agrupo y autodeterminó y posteriormente se le reconoció como comunidad campesina; o sea si hay comunidades que sin son ancestrales y se van adaptando conforma a la realidad. [Pero por otra parte] es un tema que se ha ido dando por cuestiones políticas, factores sociales, temas de reivindicación, son diferentes puntos que ha originado esto; por eso, la mayoría de las comunidades que son producto de la reforma agraria en cierto momento buscan sus parcelación y tener títulos individuales pues no están basadas en vínculos ancestrales y de identidad"*[267].

Luego de expropiarse las haciendas por la Reforma Agraria, comenzaría un proceso de transformación en cooperativas de conjuntos de peones que se encontraban en posesión de alguna parcela o pequeña hectárea que formaba parte de los terrenos de las ex haciendas. Cuando las dimensiones del terreno expropiado eran pequeñas, generalmente se otorgaban directamente a las comunidades, aunque bajo la obligación de recibir a los peones poseedores de esas tierras si es que los había, generando con esta decisión conflictos entre el feudatario y la comunidad pues se daba a la posesión un carácter de inalterable (equivalía a la propiedad)[268]. Es decir, si bien por un lado se manifestaba que efectivamente se protegía el derecho de propiedad de las comunidades (al otorgarles el territorio); por otra parte, se mantenía el derecho de posesión sobre las tierras de los feudatarios, obligándolos a ser comuneros y exigiendo a su vez a la comunidad que los admita, lo cual generalmente no era voluntad de las partes. En estos casos se puede ver que la Reforma Agraria generaba más conflictos antes que promover un mecanismo de reivindicación para aquellas comunidades que nunca pudieron acceder real y efectivamente a la posesión de sus tierras.

Asimismo, cuando las cooperativas empezaron a fraccionar la tierra, el Estado en la idea de mantener una producción colectiva, comenzó a fraccionar a los feudatarios para que estos formaran nuevas comunidades, a ellos se les reconoció sus tierras y se les otorgo, un título en base a la transferencia que le daba la Dirección General de Reforma Agraria. Hay casos como en Puno donde se incremento el número de comunidades de 300 a más de 1000 aproximadamente, esto dejo de lado a las comunidades tradicionales y la expectativa por sus terrenos quedaron frustrados.

---

[267] GARCÍA CERRÓN, Erick Leddy. *"Puntos de la cuestión jurídica sobre tierras comunales en los conflictos sociales mineros"*. Entrevista de 28 de mayo de 2009 a Silvana Baldovino.

[268] La Reforma Agraria estableció que no se reconocía ningún derecho de propiedad sobre las tierras comunales que haya sido transferida a partir de 1920. Esto en teoría fortalecía el derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras.

4.3.2. Deslinde y titulación: *Enmarcando el derecho de propiedad*

Sería en 1987 cuando el Estado Peruano mediante la ley que declara de interés nacional el deslinde y titulación de las tierras de las comunidades campesinas (Ley N° 24657) que se estableció por primera vez un procedimiento administrativo para reconocer las tierras de las comunidades campesinas y otorgarles así el derecho de propiedad sobre estas zonas.

Esta norma buscaba superar los problemas que hasta ese momento habían presentado las comunidades campesinas para poder acceder a un título de propiedad. Toda vez que los títulos que de alguna manera se obtenían eran mediante actos judiciales y no actos administrativos. No obstante ello, el Estado Peruano para efectos de ampliar la recaudación de tributos también recurrió a la organización de comunidades y la venta a las comunidades de sus propias tierras cuando fue necesario.

Sin embargo este proceso de parcelación de tierras no logro consolidarse como un proceso reformador y promotor de los derechos de propiedad de las comunidades campesinas, pues no llego a masificarse y tener continuidad.

4.3.3. Titulación de tierras comunales: *Una labor inconclusa*

En cierta medida, resulta difícil separar la influencia que tuvo la labor del PETT en cuanto a la promoción de la inversión agrícola y como sirvió en la consolidación del desarrollo de las comunidades campesinas a través de la formalización de sus derechos de propiedad sobre la tierras.

Este detalle resulta sumamente importante, toda vez que existe yuxtaposición entre las categorías políticas de división espacial (caseríos, centros poblados, capitales de distrito) cada una con su respectiva autoridad, y la división espacial a partir de la organización comunal, también con sus propias autoridades, que se reflejan en el aprovechamiento de la tierra (rural) con fines agrícolas.

Hecha esta salvedad, es bueno recordar que el sector rural se enfrentó a profundas reformas liberalizadoras de los mercados en la década de 1990, en un contexto de extrema fragmentación de la propiedad rural, bajos niveles de productividad y ausencia de documentos formales de propiedad para la gran mayoría de productores nacionales. En este contexto se crea el PETT para titular y registrar parcelas agrícolas, indispensable para contar con una clara definición de los derechos de propiedad privada sobre la tierra (y un sistema organizado de registro de estos derechos), condición esencial para generar en los mercados de tierras una dinámica que permita una distribución más eficiente del recurso[269].

En términos generales se debe señalar que no hay estudios que comprueben una relación directa entre la formalización de tierras comunales (propiedad colectiva) y la mejora en el nivel de vida de las Comunidades lograda a través de la obtención de créditos y la inversión en los mismos en sus tierras gracias a títulos individuales. Si bien parece existir una correlación entre la apertura de nuevas oficinas de instituciones en crediticias en zonas donde exista mayor número de tierras agrícolas tituladas, ello sería

[269] FORT, Ricardo. *"¿Tiene algún efecto la titulación de tierras en la inversión agrícola?"*. En: Análisis & Propuestas N° 14. GRADE. Junio 2008. Disponible en: www.grade.org.pe/boletin/14/boletin14.pdf Revisado el 15 de Diciembre 2009.

solamente una feliz coincidencia y responder más a otros factores económicos de la zona[270].

Por otra parte, es importante resaltar que en cuanto a la promoción de la titulación por parte del Gobierno, esta se ha dirigido más hacía la titulación individual de las tierras comunales, viéndose los comuneros y la comunidad presionados por las instituciones gubernamentales, ello está calando en la posición de la comunidad respecto a su propiedad de carácter colectivo. Ello en la actualidad se vería reflejado en las solicitudes de independización de comunidades campesinas con respecto a la comunidad madre, las cuales buscan su reconocimiento a fin de poder obtener la propiedad y disponer de determinadas porciones de las tierras de la comunidad madre. Esta situación finalmente constituye una debilidad no solamente porque la titulación individual no hay demostrado ser el mecanismo más adecuado para impulsar el desarrollo sino además se desnaturaliza la esencia de uno de los elementos constitutivos de la comunidad campesina propiamente dicha.

En este punto es conveniente citar textualmente al principal especialista sobre comunidades campesinas que tiene el Estado Peruano, el Ingeniero Victoriano Cáceres:

> *"No sé conceptualmente a donde se va a llegar, ósea si con todos los cambios que se han dado en la sociedad, no sé si la comunidad conceptualmente es lo que dice la Ley [General de Comunidades Campesinas], no sé si esos conceptos se mantienen vigentes para una nueva dimensión de comunidades campesinas. Entonces por ejemplo, hay elementos centrales como el territorio, ¿Podremos hablar de territorio? [O] hablaremos en futuro de un conjunto de familias o conjunto de personas naturales con títulos de propiedad;(...) entonces ya prácticamente una característica como el trabajo comunal no existiría, lo cual constituye uno de los elementos centrales de la comunidad, ya no habrá control de la comunidad y ya no serán comuneros usufructuarios sino elementos propietarios, eso te va a llevar a que la comunidad simplemente sea una organización"*[271].

El gran problema de la titulación son las consecuencias sociales, económicas y culturales que acarrea, aún no se ha elaborado un adecuado análisis que discuta sus implicancias. Asimismo, la vigencia del marco legal actual se encuentra en entredicho debido a todas las modificaciones que se han venido dando en los últimos años. Pues tal como señala el Ingeniero Cáceres se estaría perdiendo el trabajo comunal, la propiedad comunal y la por ende la condición de comuneros usufructuarios/posesionarios.

Ahora bien, no hay documentos oficiales que confirmen el interés de la comunidades por la división individual, pero este ya se estaría efectivizando; un comunero que siente que con un título de propiedad, asegura su herencia, facilidades de acceso a créditos, su libre disposición para venderla, hipotecarla, entiende de las ventajas del mercado; sin embargo, no se discuten las ventajas de la propiedad comunal, el Gobierno ha tomado una decisión y esa se encuentra promoviéndola hace más de

---

[270] Los resultados presentados Ricardo Fort concluyen que la política de titulación y registro de predios rurales en el Perú está generando mayores oportunidades e incentivos para la inversión agrícola. Sin embargo, no queda claro si estos beneficios se pueden extender a las Comunidades Campesinas, sobre todo porque se entiende que su modelo de desarrollo se basa en la propiedad colectiva y el trabajo grupal sobre la tierra. Estos vacíos de conocimiento son detalles sumamente importantes que no he logrado obtener durante el desarrollo de esta investigación.

[271] GARCÍA CERRÓN, Erick Leddy. *"Situación de las Comunidades Campesinas post reforma agraria"*. Entrevista al Ing. Victoriano Cáceres.

veinte años. El interés colectivo está siendo realmente extinguido ante la presencia masiva que tiene la posesión individual. De mantenerse este proceso, las comunidades campesinas se extinguirán como consecuencia de su libre autodeterminación.

4.3.4. El impacto del proceso de titulación de tas tierras rurales

Existe un consenso a favor de la titulación de la tierra como elemento indispensable para el desarrollo económico. Se habla de seguridad jurídica, derechos de propiedad privada, inversión, mercado de tierras etc. Sin embargo no existe información oficial que exponga las cifras de los beneficios obtenidos a partir de la entrega de títulos de propiedad individual.

La presente critica se puede dividir en dos puntos básicos; por un lado, en la poca información que se maneja respecto a las mejoras a partir de la obtención de títulos de propiedad y como se expresa en el ámbito rural, así como su impacto en la inversión agrícola; por otra parte, la nula información respecto a los beneficios que ha traído para las comunidades campesinas que han formalizado y titulado individualmente su territorio comunal. ¿Se extinguieron las comunidades que parcelaron la propiedad colectiva de la comunidad? ¿Índices de desarrollo, inversión en la propiedad privada? ¿Mejora en el aprovechamiento de tierra (tecnificación)? Estos temas deberían desarrollarse haciendo una clara diferenciación entre las comunidades campesinas ubicadas en la costa y las asentadas en la sierra.

Pues si bien es indiscutible las mejoras que genera la propiedad privada en el ámbito urbano o de expansión urbana, aquel proceso de formalización de la propiedad como bien lo describió Hernando De Soto hace ya muchos años, la incógnita respecto a los beneficios en el sector rural–campesino es producto de una falta de conocimiento flagrante, que el Gobierno no ha intentado saldar. Así, aún no existe información oficial disponible que exponga conclusiones a favor o en contra del proceso de titulación individual de tierras comunales.

No obstante lo señalado, en la literatura sobre titulación de predios rurales se encuentran documentos de trabajo o consultorías realizadas para el Banco Interamericano de Desarrollo – BID, entidad que brindo los fondos para mantener en actividad el Programa de Titulación de Tierras y Catastro Rural – PETT y cuyas conclusiones si bien presentan un alcance general de las actividades realizadas por el PETT sirven para identificar los factores que están impidiendo que la titulación de predios rurales genere, desde el lado de la demanda, un incremento de la inversión productividad y los ingreso de los productos agropecuarios.

Si bien estos documentos no analizan específicamente la situación de comunidades campesinas, las conclusiones señaladas pueden ser tomadas de manera referencial para dar cuenta de la situación de las comunidades campesinas que también se encuentran en el ámbito rural donde el PETT realizó la mayor parte de sus actividades.

***

Según la evaluación realizada por Zegarra y otros al Programa de Titulación y Registro de Tierra en el Perú (PTRT) [272], el mismo habría tenido impactos importante en tres

[272] ZEGARRA, Eduardo, Javier ESCOBAL y Manuel GLAVE. *Informe Analítico sobre las Encuesta de Línea de Base del Estudio de Impactos Económicos y Socio Ambientales del PETT.* Mimeo. Lima. GRADE, 2005

ámbitos: a) habría generado una mayor operación del mercado de tierras, sobre todo de alquiler y aparcería; b) habría generado mayores ingresos rurales, pero en actividades no agropecuarias; y c) habría motivado una reducción de conflictos por la tierra. Sin embargo, a pesar de la existencia de estos impactos positivos, el estudio no encontró – a nivel agregado – impactos significativos en las decisiones de inversión de los propietarios de las parcelas, en las prácticas de conservación y mejora de suelos, y en la rentabilidad de la actividad agropecuaria. Asimismo, si bien se presentó un cambio positivo sobre la probabilidad de acceder al crédito formal, dicho impacto fue bastante marginal[273].

Posteriormente, durante el 2006 (un año antes de ser desactivado el PETT) Zegarra y sus colaboradores volvieron a trabajar con los mismos encuestados para realizar una re-entrevista, aplicando una encuesta que recabo información detallada sobre los ingresos de los productores, el registro histórico de las inversiones hechas en la parcela, la historia de transacciones hechas en el mercado de tierras (compra, venta, alquiler, aparcería), así como un abanico amplio de información socioeconómica de los hogares[274].

Entre los principales resultados encontrados se indican que la titulación del PTRT en la sierra habría generado impactos positivos y estadísticamente significativos en las decisiones de inversión en prácticas de conservación, en la instalación de cultivos permanentes y en el uso de fertilizante orgánico. En el caso de los impactos de la titulación sobre el acceso al mercado de crédito, el estudio no encontró, ningún impacto significativo, ni en la sierra ni en la costa[275].

Estos impactos difieren del patrón usualmente esperado por la literatura sobre los programas de titulación de predios rurales, los cuales tiene como objetivo fundamental mejorar la productividad y competitividad de las áreas rurales a través de incrementos en la seguridad jurídica y reducción de los costos de transacción para la operación de los mercados de tierras y financieros en el ámbito rural. Estos impactos podrían resumirse de la siguiente manera: a) Mayor acceso a crédito, y b) Mayor seguridad jurídica.

La mayor seguridad jurídica sobre la propiedad mejoraría la eficiencia y competitividad de la actividad agraria, vinculando primero, la tenencia sobre la demanda de inversión en la parcela (a mayor seguridad jurídica mayores incentivos para invertir en su parcela) y sobre el acceso al crédito formal (el sistema financiero ampliará su oferta de crédito a los productos que tengan derechos de propiedad más seguros).

En el caso peruano, se ha identificado que los hogares más pobres tienden a enfrentar mayores restricciones financieras que los hogares más pudientes. Así a partir de algunos estudios se demuestra que existiría un tamaño mínimo de parcela a partir del cual el efecto de un incremento de la oferta de crédito formal (basado en garantías) sería

---

[273] ESCOBAL, Javier. *"¿Cómo lograr que la titulación de predios sirva para dinamizar la actividad agropecuaria en el sector rural?"*. Disponible en: http://www.scribd.com/doc/2800260/Como-Lograr-Que-La-Titulacion-de-Predios-Sirva-Para-Dinamizar-La-Actividad-Agropecuaria-en-El-Sector-Rural Revisado el 05 de mayo de 2010.

[274] ZEGARRA, Eduardo, Javier ESCOBAL y Manuel GLAVE. *"Informe Final: Impactos de la Titulación del PETT en áreas intervenidas de costa y sierra del Perú en el marco del PRTR 2 (periodo 2004-2006). Análisis sobre la Encuesta de Línea de Base del Estudio de Impactos Económicos y Socio Ambientales del PETT.* Mimeo. Lima. Grade, 2007.

[275] ESCOBAL, Javier. *"¿Cómo lograr que la titulación de predios sirva para dinamizar la actividad agropecuaria en el sector rural?". óp. cit.,* p. 5

estadísticamente significativo, lo cual contribuye a documentar el sesgo que la titulación tendría a favor de quienes pueden complementar el título con otros activos[276].

Según Escobal, el impacto de la titulación y registro puede tener sobre el mercado de créditos distintos aspectos; esperando que un mayor grado de seguridad jurídica permitiera un mayor acceso a crédito. Asimismo se espera que las instituciones financieras se encuentren más dispuestas a ubicarse y dar préstamos en área con mayor porcentaje de parcelas con títulos respecto a aquellas áreas pobremente tituladas (los costos de transacción puede ser reducidos cuando es más alto el número de parcelas bajo propiedad segura)[277].

Sin embargo conforme a las conclusiones alcanzadas por Escobal, se presentaría un dilema en la política de titulación de tierras rurales toda vez que considerarla como condición necesaria y suficiente para acceder al crédito formal, incrementar inversiones ligadas a la parcela y, a través de estos mecanismos, elevar los ingresos de los productos agropecuarios resulta simplista. En ese sentido, citando lo señalado por Zegarra, Escobal manifiesta:

> *"No es que el titulo no sea importante ni sea demandado por los productos (de hecho el principal motiva para que un productos demande un titulo seguro es la capacidad de poder asegurar el derecho a dejar sus tierras en herencias). Sin embargo, sólo cuando se combina el titulo con otras intervenciones públicas o el titulo aparecer en zonas que simultáneamente tienen características que facilitan o desencadenan comportamiento, es que el título muestra algún impacto positivo"*[278].

A partir de los resultados obtenidos en el estudio se desprenden una serie de explicaciones de por qué la titulación individual puede ser en el mejor de lo casos un condición necesaria pero difícilmente suficiente para permitirle al productor acceder al crédito, incrementar las inversiones en su parcela y, por esta vía, elevar la pro**d**uctividad de su parcela y sus ingresos.

Según Escobal para que funcione la teoría es necesario contar con una oferta de crédito elástica o que el principal impedimento para acceder al crédito sea la falta de garantías. No obstante ello, una mayor seguridad de tenencia debió haber significado una mayor oportunidad de conseguir un crédito, y de haberlo conseguido una mejor condición (en plazos y tasa de interés); sin embargo, el estudio documenta que esto sólo ocurre para un segmento de quienes están restringidos en el mercado de crédito[279].

Por otra parte, conforme al estudio, existe un efecto entre la densidad de titulación y la probabilidad de hacer inversiones en las parcelas tituladas. Es decir, los bancos están privilegiando su accionar en zonas donde mayor densidad de titulación les proporciona una masa mayor de clientes y un mercado de predios más líquido en caso se requiera hacer valer la garantía hipotecaria. No obstante ello, persisten importantes restricciones que impiden que los productores titulados puedan acceder al crédito que les permita invertir en sus parcelas. Por lo que se afirma que el otorgamiento de títulos por el PETT está lejos de ser una condición suficiente para elevar la inversión de agricultores en las zonas rurales. Estas restricciones según en el estudio serían: a) altos costos financieros

---

[276] ALDANA, Úrsula y Ricardo Fort. "Efectos de la titulación y registro sobre el grado de capitalización de la agricultura peruana". En: *Economía y Sociedad N° 42*, Lima, CIES, 2001.
[277] ESCOBAL, Javier. *óp. cit.,* p. 10
[278] ESCOBAL, Javier. *óp. cit.,* p. 29
[279] *Ibíd.,* p. 31

(tanto por tasa de interés como por altos costos de transacción); b) insuficiente información para los potenciales demandantes; y c) alta percepción de riesgo.

Mientras que estos riesgos sean percibidos como muy altos por los potenciales demandantes no es raro que aún con un título registrado un pequeño productor agropecuario no se anime a solicitar un crédito. Las posibles soluciones se encuentran a nivel del Estado y las instituciones financieras, las cuales deben ser coordinadas para superar los escollos que no contribuyen a que la titulación favorezca las mejoras de la calidad de vida de los pobladores del sector rural del país.

***

Otros estudios han expuesto resultados similares respecto a las consecuencias del proceso de titulación de tierras rurales. Este sería el caso de la investigación realizada por Claudia Williamson y Carrie B. Kerekes[280] sobre los títulos de propiedad otorgados por el PETT a comunidades campesinas ubicadas en el Cusco[281].

Los resultados guardan mucha similitud con las conclusiones de la evaluación del proceso de titulación de tierras del PETT expuesto en los párrafos anteriores. Así, ante el argumento que la titulación de propiedades permiten incrementar el acceso al crédito, se señala que si bien las instituciones privadas están actualmente dispuestas a proporcionar crédito a los individuos (independientemente de contar o no con titulo legal de propiedad), los mismos presentan altas tasas de interés que no distinguen entre demandante con título o sin título de propiedad. De ello se desprende que ni los bancos públicos o privados consideran que los títulos otorgados por el gobierno dan seguridad jurídica suficiente a la propiedad privada y por ende no incrementan el acceso al crédito[282].

Según la autoras, la situación de las comunidades campesinas analizadas es muy precaria, lo cual genera en la prácticas dificultades para que los programa de titulación constituyan un elemento dinamizador de la actividad empresarial de los comuneros. Tal como señala Williamson y Kerekes: *"[Las comunidades] viven primordialmente a niveles de subsistencia y la mayoría de sus ingresos dependen de la agricultura. Los productos básicos de la zonas [son] el maíz, las papas, los frijoles y las remolachas"*. Sin embargo a pesar de las necesidades para mejorar su producción (como semillas y abono) y elementos como el agua para el riego (construcción de canales), la incapacidad para acceder al crédito ha sido persistente en los comunidades estudiadas, lo cual no permite superar el nivel de subsistencia de la producción.

Por lo tanto, las autoras concluyen que persiste en realidad de las comunidades una situación que imposibilita su desarrollo a partir del aprovechamiento de sus derechos de propiedad. Según el estudio estos elementos serían, primero, el valor de la tierra y los costos derivados de garantizar su pertenecía no son todavía los adecuados como para justificar reglas formales y títulos de propiedad; y segundo, la política del Estado de

[280] WILLIAMSON, Claudia y Carrie KEREKES. "El (nulo) impacto de la titulación gubernamental de tierras: El Caso Peruano". En: *Revista de Economía y Derecho.* Vol. 5, N° 20 (primavera de 2008). Sociedad de Economía y Derecho UPC

[281] Se trata de las Comunidades de Piñancay, Wila Wila y Pucamarca donde viven pobladores que se dedican a la producción agrícola, primordialmente a niveles de subsistencia. Algunos poseen títulos de propiedad en régimen individual y otros son miembros de comunidades que poseen títulos en régimen comunitario, mientras que otros no poseen título legal alguno.

[282] WILLIAMSON, Claudia y Carrie KEREKES. "El (nulo) impacto de la titulación gubernamental de tierras: El Caso Peruano". *óp. cit.,* p. 112-113

otorgamiento de títulos de propiedad parte de una visión vertical imponiendo un modelo exógeno sin haber desarrollado siquiera un visión horizontal que permita que las instituciones de las comunidades campesinas evoluciones desde abajo hacia arriba[283].

4.4. La vigencia del argumento de la propiedad colectiva como elemento central de la identidad de las Comunidades Campesinas: *El Informe la Universidad ESAN sobre la titulación de tierras en las Comunidades Campesinas del Perú*[284]

A lo largo de la presente investigación se sostiene en concordancia con la literatura especializada y una serie de entrevistas realizadas a especialistas, que la propiedad colectiva sobre la tierra es un elemento central de la identidad de las comunidades campesinas (con mayor intensidad en aquellas ubicadas en la sierra). Asimismo se señala en reiteradas oportunidades que el Estado Peruano no (re)conoce la realidad de las comunidades campesinas lo cual se expresa no solamente en la ausencia de políticas públicas sino además en documentos o investigaciones dirigidas por entidades del Estado que permitan establecer oficialmente cual es el estado de este grupo de ciudadanos.

No obstante ello, nuevamente gracias a la cooperación internacional (BID) se llevo adelante un proceso de encuestas sobre titulación individual dentro de las comunidades campesinas, cuyo diseño estuvo a cargo del desaparecido PETT y ejecución otorgada a la Universidad ESAN.

A pesar de haberse concluido hace más de dos años, el documento final se encuentran "durmiendo"; pues a pesar de los interesantes resultados obtenidos, ni el Estado ni otra institución ha realizado alguna gestión para difundir dicho documento y consolidar un texto final que sirva como insumo para una nueva política pública sobre comunidades campesinas.

Para los fines de la presente investigación, se señalan los datos más relevantes del "Documento para discusión" que de alguna manera responden o confirman lo señalado previamente. Asimismo, considero que el documento debe tomado como una línea de base cuando se decida desarrollar una propuesta legislativa sobre reasentamiento involuntario de comunidades campesinas por actividades mineras.

Los comuneros

El documento señala que la vida del comunero ha cambiado de manera importante; ahora sólo el 34.1% de los comuneros residen en sus chacras, mientras que el 60% lo hace en el centro poblado principal de la comunidad. Al parecer en el área rural se ha producido un proceso de concentración de viviendas, aprovechando quizás la llegada de los servicios básicos, como agua y energía proporcionados por inversión pública.

Más del 59% de los comuneros tienen como tales menos de 30 años y sólo el 20% son anteriores a la reforma agraria. De otro lado también se ha podido constatar que la tierra asignada a los comuneros por la Comunidades Campesinas se ha fraccionado en demasía; casi el 94% de las parcelas tienen menos de una (1) hectárea; sin embargo debe señalarse que aproximadamente el 80% de las tierras asignadas a los comuneros son aptas para la agricultura, aunque sólo el 30% de ellas tienen riego permanente.

El número promedio de familias en las comunidades es de 166, siendo ese promedio más alto en la costa de Piura, 826; Amazonas, 385; y la costa de lima, 248. El número

[283] *Ibíd.,* p. 116

[284] Es importante señalar que este documento forma parte de los anexos de la presente investigación.

promedio de comuneros que poseen tierras en sus respectivas comunidades es de 145. El lugar donde la diferencia de comuneros con tierra asignada y comuneros sin tierras es más amplia es en Amazonas, pues sólo el 38% de los comuneros tienen tierras asignadas. En otras comunidades, los comuneros sin tierras sólo alcanzan, como máximo al 10% de ellos.

El 50.7% de las comunidades asigna a sus miembros tierras bajo riego, lo que quiere decir que sólo la mitad de las comunidades tienen tierras de esas características. El 87.8% de las comunidades tiene tierras en secano, las cuales también asignan a los comuneros. Las comunidades que tienen tierras con pastos naturales son un 53.1%, que también asignan a sus miembros, estas comunidades están localizadas sobre todo en la sierra.

Las parcelas de los comuneros

Sólo el 25.51% del territorio permanece en la actualidad como territorio no asignado a los comuneros o como territorio de uso común. Respecto a las tierras bajo riego, sólo en las comunidades de la sierra (Junín, Ayacucho, Cuzco, Puno, Huancavelica) aún existe aproximadamente un 15% de tierras comunales. En lo que se refiere a pastos naturales, las comunidades de Cuzco y Puno son las que en un 67% las mantienen como territorio de uso común.

El 90% de los comuneros tienen en la actualidad parcelas inscritas en el padrón comunal, siendo por tanto reconocidos por la Comunidad como posesionarios permanentes; el 8% tienen tierras asignadas temporalmente. La conducción directa de la parcela, realizada por el propio comunero reconocido como posesionario por la Comunidad Campesina, representa más del 97%.

El 62% de las parcelas comunales han sido heredadas, 10.8% adquiridas por compraventa y sólo el 21.1% ha sido asignada directamente por la comunidad; esta última categoría probablemente agrupa aquellos que eran posesionarios de sus parcelas desde antes de la Reforma Agraria.

Titulación de parcelas

El desarrollo de la titulación individual de las parcelas en las comunidades campesinas es un fenómeno poco generalizado. El 62.9% de los comuneros no posee ningún documento personal que lo acredite como posesionario individual de su parcela; sólo se les reconoce como posesionarios de las parcelas por estar inscrito como tales en el padrón comunal. Al parecer, aquellos que han adquirido sus parcelas por compraventa, justifican su propiedad con una escritura otorgada ante la autoridad judicial, pero este documento, en la mayoría de los casos aún no ha sido inscrito en los Registros Públicos.

Según detalla el informe el PETT sólo ha logrado titular el 1.6% de los predios de comuneros. En la costa norte, (Piura) existen más comuneros que puede exhibir documentos que los acrediten como posesionarios legales de sus parcelas. Sin embargo esos documentos son básicamente certificados otorgados por la Comunidad Campesina (38%), siguiente en importancia el título expedido por el PETT (9.8%) y el certificado de la posesión otorgado por el MINAG.

Titulación individual

El 97% de los comuneros encuestados ha manifestado que cualquier norma que los afecte, antes de ser elaborada o promulgada, de ser consultada a ellos.

Respecto a la titulación individual realizada en la Comunidad, sólo el 5.56% de los comuneros manifestaron que en su Comunidad los comuneros ya poseían titulados de

propiedad; en las comunidades de la costa norte (Piura), este porcentaje se eleva a más de 18%.

Otro aspecto importante vinculado a una eventual titulación futura en las comunidades, fue la pregunta sobre si consideraba que la distribución de tierras existente entre comuneros era equitativa; al respecto aproximadamente la mitad de comuneros expresó conformidad con dicha distribución, mientras que la otra mitad estaba en desacuerdo.

A los comuneros que contestaron que aún no tenían título de propiedad, se les pregunto si estarían de acuerdo con que se realice la titulación individual de tierras comunales que se encuentran en posesión individual; ellos respondieron en un 81.5% que si estarían de acuerdo. Esta última cifra, sumada a los que ya tienen título de propiedad, indicaría que el 87.06% desean poseer el título individual de sus parcelas.

Una vez producida la titulación, sólo el 15.8% de los comuneros consideraría la posibilidad de vender sus parcelas. La mayoría (61.2%) tiene pensado realizar mejoras de las mismas, existiendo un 57.1% que considera obtener créditos con dicho fin. También se encontró un 12.2% que piensa entregar su parcela como anticipo de herencia.

De llevarse a cabo el proceso de titulación de manera generalizada, los campesinos comuneros han identificado problemas importantes. Así, para el 41.7% habría dificultad para definir los tipos de tierras que deben titularse, el 45.2% ha señalado que habría problemas con los comuneros que viven fuera de la Comunidad y que mantiene en producción sus terrenos y el 77.7% señala que los costos de la titulación serían muy elevados para ellos.

Destino de la comunidad luego de la titulación individual

Un detalle muy importante es la contradicción aparente que se presenta ante la posibilidad de la titulación comunal frente al destino que tendría la comunidad cuya esencia se encuentra en la propiedad colectiva.

Según el informe para muchos comuneros, la titulación individual generaría desventajas importantes. El 51.1% ha manifestado como su preocupación más importa que desaparezcan las tierras comunales. Un 63% considera que con la titulación individual la Comunidad se debilitaría como institución, en tanto que un 62.2% considera que la Comunidad tendería a desaparecer. El 57.1% de los jefes de familia encuestados considera que los comuneros perdería su condición de tales.

También hay un 36.5% que muestra preocupación respecto a los comuneros que trabajan las tierras comunales no asignadas o los que trabajan tierras a través de aparecerías o al partir.

Por otra parte, casi el 70% de los comuneros considera que si el total de las tierras comunales fueses tituladas, la Comunidad Campesinas debería seguir existiendo. De ello se infiere que la comunidad representa una institución que trasciende el simple uso de recursos naturales comunitarios, que ella se sustenta en costumbre, fiestas, tradiciones, historia, compartidas. Es importante señalar que el caso de la sierra centro y sierra sur (zonas donde se presentan el mayor número de comunidades campesinas) la opción por que la comunidad siga existiendo alcanza el 86.10% y 70.50% respectivamente.

Conflictos y problema

Se han verificado la existencia de conflictos entre comunidades básicamente por problemas de linderos, lo cual hace presagiar un proceso de titulación individual

bastante complicado. Asimismo, según la investigación sólo el 10.8% de las comunidades expresaron conflictos con centros mineros y ello se produce principalmente en la Comunidades Campesinas localizadas en la sierra.

Por lo tanto se cumpliría lo señalado por De Echave *et al* quienes establecen que:

> *"La conflictividad asociada a la irrupción de la actividad minera, que inevitablemente afecta al entorno y las prácticas tradicionales de la población local, tiene consecuencias también en su identidad cultural. La minería irrumpe y trastoca la relación habitual, tradicional con la tierra, el manejo del agua y la relación con el entorno en general. Este efecto es percibido de una manera mucho más pronunciada en zonas sin antecedentes de actividad minera, y mucho menos en zonas donde los actores se han habituado a convivir con su presencia y por lo tanto no afecta su identidad"*[285].

***

Como se desprende del documento en mención, encontramos una serie de datos que confirman o desarrollan algunas conclusiones ya establecidas sobre las comunidades campesinas. Actualmente, solo el 25% de las tierras en poder de las Comunidades Campesinas son de uso común, el resto están asignadas a los comuneros en forma individual. Para el usufructo de las tierras comunales aún subsisten prácticas tradiciones y las decisiones son tomadas por acuerdos de Asamblea General. Esta práctica es generalizada con excepción de las comunidades ubicadas en la amazonia.

Según el estudio se ha podido comprobar que los derechos de posesión y/o propiedad sobre la tierra, al interior de las Comunidades son cambiantes; sólo el 20% de los comuneros tienen esa condición con anterioridad a la Reforma Agraria.

El concepto de "Comunidad" sigue vigente en las tradiciones, prácticas, costumbres, etc. de los comuneros. No obstante en la Comunidades más cercanas a las grandes ciudades esas prácticas se han ido relajando con el tiempo, pero en ningún caso han desaparecido. El apoyo mutuo para las labores agrícolas, construcción de viviendas, u otras formas de intercambio de trabajo entre comuneros se encuentran en la gran mayoría de comunidades. La tradición que se presenta con mayor presencia es la fiesta patronal; más aún, la colaboración de los comuneros en dinero, trabajo o en especies que viven dentro y fuera de la comunidad resulta más significativa que cualquier otra tradición comunal. En el caso de las comunidades andinas, el pago a los *apus*, limpia de canales, ceremonia del agua, sólo está vigente en las comunidades alto-andinas. Este tipo de ritos prácticamente ha desaparecido en la costa y en la mayoría de las comunidades de la sierra.

4.5. La promesa incumplida: *Un breve comentario sobre el desarrollo rural de la sierra y el contexto social, político y económico que encuentra la actividad minera*

Para concluir con la revisión de la Comunidad Campesina como un actor determinante en los conflictos sociales mineros, es indispensable tener presente en términos generales, cual es la situación en que se encuentra el espacio geográfico donde se ubican en mayor proporción: la sierra de nuestro país.

---

[285] DE ECHAVE, José y otros *"Minería y Conflicto Social"*. IEP. CIPCA.CBC.CIES. Lima. 2009, p. 178.

El esquivo desarrollo social y económico de la sierra peruana es en efecto un factor determinante para comprender por qué la actividad minera resulta en algunos casos la mejor opción para salir de la pobreza, o un modelo de desarrollo que se confronta con la opción tradicional que representa la actividad agrícola.

Las comunidades campesinas y los pueblos de la sierra han pasado una serie de procesos sociales y políticos que han ido transformando su mundo y sus opciones de desarrollo. Desde la Reforma Agraria de Velasco hasta el proceso de liberalización de tierras de Fujimori mucha agua ha corrido bajo el puente y aún en el 2010 no se puede afirmar que la Sierra rural, la más pobre y ajena de aquello que llamamos "desarrollo" o "modernidad", ha podido alcanzar aquella promesa.

A nivel social, se habla de una nueva ruralidad, distinta a la encontrada antes de la Reforma Agraria, con cambios institucionales en marcha a través del proceso de descentralización donde han crecido en importancia nuevos niveles de institucionalidad como los municipios rurales y las organizaciones de base que se conjugan con el ámbito estrictamente comunal.

Asimismo, en el ámbito rural se presentan nuevas opciones de desarrollo distintas a la actividad agropecuaria, como el turismo, la minería o el desarrollo de pequeños talleres para elaborar artesanías etc. La complejidad consustancial a la realidad de la sierra rural peruana aún no ha desarrollado un diagnostico en su conjunto, lo que ha imposibilitado políticas sociales integrales.

En este contexto, cómo mejorar la situación económica de las comunidades aún resulta un proceso en construcción. Si bien el papel fundamental que juega la disposición sobre las tierras en este esquema no genera mayor discusión, sí resulta un vacío de conocimiento determinar cómo este elemento debe articularse con otras opciones de desarrollo para salir de la pobreza o pobreza extrema en la que muchas se encuentran.

En ese sentido es importante señalar las conclusiones encontradas por Eduardo Zegarra y sus colaboradores respecto al impacto de la minería en los hogares de la sierra peruana[286]. El documento desarrolla un metodología denominada "enfoque de emparejamiento", que consiste en construir "parejas" de familias y distritos con y sin minería que comparten una serie de variable que permiten la comparación[287].

Entre las conclusiones más relevantes podemos encontrar que en la sierra rural, si bien no hay impactos estadísticamente significativos en los ingresos y gastos familiares, la probabilidad de ser pobres ha disminuido con la presencia de la minería en un 8,1%. Además con excepción de la sierra central en donde los ingresos urbanos han tenido un mayor crecimiento gracias a la actividad minera, no se ha observado un efecto de "desagrarización" de las familias rurales, cuyos ingresos sigue proviniendo principalmente de la agricultura.

Otra conclusión fundamental resalta que en la sierra sur no se ha encontrado efectos positivos en los ingresos y en el gasto de las familias. Por el contrario, se registra un incremento significativo de la tasa de pobreza en los distritos con presencia minera. Esta región aparece como la menos favorecida por las intervenciones mineras.

Por otro lado, se observa un claro sesgo en el impacto de la minería en la sierra a favor de los hogares con mayores activos, y con un jefe de hogar con mayor nivel

[286] ZEGARRA MÉNDEZ, Eduardo, José Carlos Orihuela, Maritza Paredes. *"Minería y economía de los hogares en la sierra peruana: Impactos y espacios de conflicto"*. Lima: GRADE, CIES, 2007

[287] Los autores recalcan que estos resultados globales de importancia deben tomarse con cautela, ya que existen notorias diferencias tanto entre las regiones como al interior de ellas.

educativo. Los resultados sugieren que la minería ha favorecido a grupos específicos de la población, a la vez que ha afectado negativamente a los más vulnerables, incrementando de esta forma la desigualdad de ingresos. Esto explicaría en cierta medida los conflictos que se generan, lo cual se vería agravado por la falta de políticas públicas complementarias que podrían haber mitigado el problema. Aún persiste una brecha muy grande entre los objetivos de las políticas públicas y los grandes problemas del desarrollo: la superación de la pobreza, la generación de capacidades e instituciones para el desarrollo y el cuidado del medio ambiente.

Así, la actividad minera puede llegar como una opción para salir de la pobreza o empeorar las condiciones si no se desarrollan los mecanismos adecuados para aprovechar los ingresos que genera. Curiosamente casi siempre se asienta en espacios donde la presencia del Estado es pobre y débil, y además los pobladores no cuentan con un acceso fluido al mercado o propuestas alternativas al desarrollo de actividades agrícolas de subsistencia. En ese sentido, resulta paradójico que sean estas condiciones sociales las que otorgan finalmente mayor viabilidad a los proyectos mineros pues – partiendo de los hechos – mientras más actividades económicas distintas a la propuesta minera existan en la zona de influencia directa o indirecta, mayores son las probabilidades de encontrar oposición y por lo tanto los proyecto mineros no cuenten con la viabilidad social tan indispensable en un país como el nuestro tan proclive a la protesta.

***

A partir de lo señalado se puede concluir sin ninguna duda que resulta muy difícil definir con exactitud que debemos entender por “Comunidad Campesina”; siendo esta situación entre otras, las razones por la cual nuestros últimos Gobierno ha manifestado total desinterés por dilucidar la actual naturaleza.

En la actualidad “Comunidad Campesina” constituye un concepto dinámico, cuya definición no puede limitarse a lo señalado por un marco legal a todas luces desactualizado, más aún siendo pocas e insuficientes las investigaciones realizadas sobre las mismas en los últimos años.

No obstante ello, resulta fundamental establecer una definición sobre la cual pueda expresarse ideas generales respecto a lo que debe entenderse por «comunidad campesina». En estas circunstancias, se debe señalar que antes nada constituye una organización de campesinos que se asientan en el espacio rural agrupándose en torno a terrenos (varios tipos de tierra) los cuales pueden presentar propiedad individual y colectiva, además de aprovechamientos indirectos por parte de posesionarios o usufructuarios. Su relación con la tierra puede presentar distinta naturaleza, desde una dimensión cultural hasta el simple aprovechamiento económico sin mayor vinculo tradicional o ancestral. No obstante ello, se deberá verificar en cada caso en concreto la existencia o no de esta relación; más aún, cuando en la mayoría de Comunidades Campesinas, existe una fuerte relación de dependencia con la tierra dado que la actividad agrícola constituye una de sus principales fuente de subsistencia.

Finalmente deberá observarse que, más allá de disposiciones como las señaladas en el Convenio 169 de la OIT o las políticas de organismos de cooperación financiera internacional, lo que se debe buscar siempre es la protección de grupos humanos en situación de riesgo y vulnerabilidad, lo cual no puede estar sujeto a encajar o no en una falible definición.

5. El Estado Peruano

El artículo 43º de la Constitución Política de 1993 señala: *"La República del Perú es democrática, independiente y soberana. El Estado Peruano es uno e indivisible, tiene un gobierno, unitario, representativo y descentralizado, organizado conforme al principio de separación de poderes (...)"*. Asimismo, la Constitución indica que nuestro país reconoce su deber de defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación[288]. Más aún, el Estado reconoce que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son su fin supremo[289]. Sin embargo, a pesar de lo señalado; esta relación entre Estado y deberes sociales se encuentra en constante crisis, producto de una serie desfases generados dentro de la dinámica Estado – Sociedad.

Abordar esta complejidad desde la perspectiva del Estado nos lleva a analizar la naturaleza de las instituciones que lo conforman. En este contexto, puede abordarse una primera aproximación a partir de las modalidades de acceso al poder público. Así, en el caso de la Presidencia de la República, el Congreso, los Gobiernos Regionales y Locales, cargos a los cuales se accede mediante el voto popular, este hecho constituye la legitimidad de la democracia y el modelo de representatividad. Por su parte, frente a estas se encuentran otras cuya autoridad se fundamenta en la confianza del poder político, este es el caso de los Ministros de Estado, responsables técnicos y políticos de la gestión pública; finalmente se encuentran las autoridades designadas por el poder político nacional (Congreso de la República): Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, Banco Central de Reserva[290], entre otros[291].

Ahora bien, en un contexto de conflictividad social, la autonomía funcional complementada con la posición institucional de las diferentes agencias del Estado, que se fundamenta en las modalidades de acceso al poder público, pueden originar que la actuación estatal se presente desarticulada. Esta situación genera que entre las agencias del Estado sea necesario mantener cierto nivel de coordinación; toda vez que, en contexto de alta complejidad, como son los conflictos sociales, se requiere una postura estatal que coherente con el principio de autoridad, el respeto a la seguridad jurídica y la protección de la persona humana.

Lo señalado me lleva a una segunda reflexión: "el Estado es en su conjunto un cúmulo de discrecionalidades relativamente integradas". Por lo tanto, durante el ejercicio de la función pública resulta cotidiano que entre autoridades con responsabilidades confluyentes, por ejemplo, ante un conflictos social, se confronten versiones distintas acerca de un problema, que lo causo, como afrontarlo y que solución darle. Por otro lado, si bien no puede negarse que distintos puntos de vista son saludables en toda organización, en la medida que mejora la toma de decisiones; cuando estamos frente a un escenario de conflictividad social, donde por norma el Estado generalmente interviene durante o después de la etapa de crisis, no encontramos con

[288] Art. 44 de la Constitución Política del Perú de 1993
[289] Art. 1 de la Constitución Política del Perú de 1993
[290] Art. 86 de la C.P. de 1993 señala que el Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros. El Poder Ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente. El Congreso ratifica a éste y elige a los tres restantes, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros.
[291] El tercer poder del Estado aquel de administrar justicia que es ejercido por el Poder Judicial no tiene presencia en la solución de los conflictos sociales que son objeto de análisis en la presente tesis.

rencillas dentro de las distintas agencias del Estado, lo cual en definitiva origina ineficiencias y falta de colaboración entre instituciones que deberían sumar en pro de acciones concretas para solucionen los conflictos.

Ahora si bien, estas diferencias pueden ser superadas mediante coordinaciones interinstitucionales donde se reconozca la confluencia de competencias, límites funcionales y visiones divergentes sobre determinados temas, ello no se estaría dando con la frecuencia necesaria, lo cual impediría alcanzar resultados, que se reflejen como posición Estatal en las mesas de negociación.

En este punto cabe citar a Tanaka, quien al referirse a la actuación estatal en los conflictos sociales mineros señala lo siguiente:

> "Estas diferentes formas de presencia estatal lejos de comportarse bajo un principio ordenado de subsidiaridad, muestran diversas estrategias, acciones y propósitos y exhiben un marcado contraste entre sus funciones reconocidas en la Constitución y los reclamos de las comunidades locales frente a su comportamiento en el desarrollo de los conflictos" (2007).

La relación entre el Estado y los conflictos sociales es sin duda compleja; asimismo, en la medida que los límites de la acción estatal aún no han sido abordados en toda su compresión por politólogos y especialistas en gestión pública, nuestro país arrastrará esa ausencia de conocimiento, imprescindible para obtener soluciones definitivas a determinados conflictos sociales. Por lo tanto, mientras vamos en busca de ese conocimiento, sirva este análisis de las obligaciones del Estado desde una perspectiva funcional; es decir, conforme a la evolución de las obligaciones establecidas para las diferentes entidades del aparato estatal que intervienen por mandato *infra* o *supra* constitucional en los conflictos sociales mineros.

5.1. El Gobierno y los conflictos sociales mineros: *Una responsabilidad a distribuir*

Como se ha señalado, el Estado tiene el deber de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, así como promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. En esa medida, el alcance de sus responsabilidades en lo que atañe a la prevención y/o gestión de conflictos sociales constituye básicamente cumplir con sus deberes fundacionales.

Sin embargo, la institucionalidad estatal no fue diseñada para hacerle frente a estos retos. Por el contrario, la reforma de la gestión pública ha estado más enfocada en la disminución de trabas burocráticas (procedimientos administrativos) que desalientan la inversión privada; que, por ejemplo, promover una descentralización correcta de competencias, donde no solo se transfieran funciones, sino además capacidades hacia las autoridades locales y regionales.

Los conflictos sociales, tal como los entendemos en esta investigación han ido en escalada sobrepasando al aparato estatal de manera tan súbita que llegado el momento de hacerles frente ya hubo tiempo para diagnósticos, reformas administrativas o diseño e implementación de políticas públicas. En este escenario, las limitaciones propias de un Estado ausente facilitaron la escalada de los conflictos y prolongaron las etapas de crisis. Por ello, resulta fácil suponer que en aquellos lugares donde la autoridad estatal es nula o incipiente, las instituciones que representan al Estado se ven sobrepasadas por organizaciones sociales con mayor arraigo y legitimidad social.

En lo que respecta al marco institucional minero se observa que será a partir del 2002 que la autoridad minera incorpora nuevos enfoques y políticas institucionales para los conflictos sociales que surgen a la par de los proyectos de exploración y explotación que amenazaban (aún amenazan) con reducir la inversiones en el sector.

Por otra parte, en la actualidad, a raíz de los hechos ocurridos en Bagua, el Gobierno ha empezado a implementar Oficinas de Prevención de Conflictos Sociales en distintos ministerios; ello sin duda es positivo en la medida permite articular la acción Estatal de manera coherente, responsabilizándose por evolucionar hacia funciones más especializadas dentro de una dinámica que exige al Estado mayor presencia en las soluciones de los procesos de conflictividad social, a su vez que se desarrolla una política pública para gestionarlos, de la cual carece aún. Estas agencias – en teoría – deberán facilitar al Gobierno diagnósticos sobre el estado de la conflictividad en el país, propuestas técnicas ante las exigencias sociales y respuestas durante las etapas de crisis y negociación post conflictos. Sin embargo, el aparato estatal evidencia aún cierta descoordinación e incoherencia cuando tiene que reaccionar en conjunto, esta impresión se evidencia con mayor claridad dentro del Poder Ejecutivo, el cual carece de un liderazgo que permita centralizar las responsabilidades funcionales para resolver los conflictos sociales.

En ese sentido, si bien las soluciones alcanzadas hasta el momento han pasado por las gestiones del Primer Ministro, es claro que esa no debe ser una función que ocupe la mayor parte de su agenda: la labor de "bombero" gubernamental que genere diálogo y soluciona conflictos. Por otra parte, si bien no puede negarse el papel que cumple el Premier por la posición que ocupa dentro del poder político, su presencia como requisito previo para el inicio de las negociaciones no hace sino demostrar lo desarticulado que se encuentra el Gobierno frente a los conflictos.

5.2. La institucionalidad estatal y los conflictos sociales mineros: *Los dilemas de la función pública*

La preocupación central del Estado frente a los conflictos mineros se enfoca, por un lado, en el mantenimiento del orden público y, por el otro, en evitar que las protestas desalienten la inversión minera. Para ello, más que la represión, busca lograr el consentimiento de la población y su conformidad, para lo que está dispuesto a mediar y proporcionar información, pero poco dispuesto a un diálogo que suponga la posibilidad de que un proyecto minero no llegue a ejecutarse. La actuación está más orientada a resolver los problemas generados por los estallidos de los conflictos que a solucionar las causas que lo generan (Tanaka 2008).

En este contexto, se procederá a analizar las responsabilidades asignadas por ley a las distintas agencias del gobierno que presentan alguna participación en conflictos sociales mineros. Asimismo, se profundizará en las reformas estructurales implementadas en estos organismos que tiene como principal enfoque la especialización en el análisis y resolución de conflictos.

5.2.1. El Poder Ejecutivo

Conforme la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) - Ley N° 29158, el Poder Ejecutivo se encuentra conformado por: 1) La Presidencia de la República, 2) El Consejo de Ministros, 3) La Presidencia del Consejo de Ministros, 4) Los Ministerios y 5) Entidades Públicas del Poder Ejecutivo.

Presidencia de la República

El Presidente de la República es el Jefe del Estado, Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Política Nacional del país, personifica a la Nación, y dirige y aprueba la política general del Gobierno en su calidad de Jefe del Poder Ejecutivo. Sus demás atribuciones y funciones se encuentran establecidas en la Constitución Política y la LOPE (Art. 7°). En los regímenes presidencialistas, el Presidente constituye la figura más importante del aparato estatal; elegido mediante voto popular recibe la confianza de la mayoría de la población para dirigir el país conforme a su visión e ideas, las cuales plasma en iniciativas legislativas que se tramitan ante el Congreso para su aprobación o son establecidas, dentro del marco de nuestro ordenamiento legal, mediante las normas con rango de ley que dicta[292].

La Presidencia de Consejo de Ministros

La Presidencia del Consejo de Ministros – PCM es el Ministerio responsable de la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo. Coordina las relaciones con los demás Poderes del Estado, los organismos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales y sociedad civil, y supervisa las acciones de las entidades adscritas a la PCM, de conformidad con los dispuesto en la normas correspondiente. Su titular es el Presidente del Consejo de Ministros.

Los Ministerios

Los Ministerios son organismos del Poder Ejecutivo que comprenden uno o varios sectores, considerando su homogeneidad y finalidad. Estas entidades diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales asumiendo la rectoría respecto de ellas.

El ámbito de competencia y estructura básica de cada no de los Ministerios se establece en su Ley de Organización y Funciones. Los Reglamento de Organización y Funciones de los Ministerios son aprobado por decreto supremo con le voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Pueden ser creados, fusionados o disueltos mediante ley a propuesta del Poder Ejecutivo. El redimensionamiento y reorganización de los Ministerios se podrá hacer mediante decreto supremo, con el voto aprobatorio el Consejo de Ministros.

Las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo

Los Organismos Públicos

Los organismos Públicos son entidades desconcentrada del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público, presentan competencias de alcance nacional. Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos:

[292] Conforme al artículo 11 de la LOPE, la facultad normativa del Presidente de la República corresponde a los: 1) Decretos Legislativos, 2) Decretos de Urgencia, 3) Decretos Supremos, y 4) Resoluciones Supremas.

1. **Organismos Públicos Ejecutores**, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo. Son responsables de ejercer funciones de ámbito nacional y se crean cuando se requiera que una entidad con administración propia, debido a que la magnitud de sus operaciones es significativa, o cuando se requiera una entidad dedicada a la prestación de un servicio especifico.

   Están sujetos a los lineamientos técnicos del Sector del que dependen, y la formulación de sus objetivos y estrategias es coordinada con estos. Asimismo, su política de gasto es aprobada por la entidad de las que dependen, en el marco de la política general del gobierno. No tienen funciones normativas, salvo que estén previstas en la norma de creación, o le fueran delegadas expresamente por el Ministerio del cual dependen. Finalmente, están dirigidos por un jefe, cuyo cargo es de confianza. Por excepción podrán contar con un Consejo Directivo, cuando atiendan asuntos de carácter multisectorial. En estos casos, su Consejo Directivo estará integrado sólo por los Ministro o sus representantes.
2. **Organismo Públicos Especializados,** cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo. Tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de Creación. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos: a) Organismos Reguladores y b) Organismos Técnicos Especializados.

   Los Organismos Reguladores se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional. Estos se encuentran adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, contando dentro de sus respectivos ámbitos de competencia funciones supervisoras, reguladores, normativas, fiscalizadores y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en lo términos previstos por la Ley de la materia. Asimismo, están dirigidos por un Consejo Directivo cuyos miembros son designados a través de concurso público; mediante ley se establece los requisitos y el procedimiento para su designación, así como su remoción en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

   Los Organismos Técnicos Especializados se crean, por excepción, cuando existe la necesidad de: a) Planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional; y b) Establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derecho de los particulares, para el ingreso a mercado o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado. Estas entidades se encuentran dirigidos por un Consejo Directivo, sujetas a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias y su política de gasto aprobada por el Sector al que están adscritos, en el marco de la política general del Gobierno.

Por otro parte, entre las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo podemos encontrar también las ***Comisiones del Poder Ejecutivo*** que constituyen órganos que se crean para cumplir con las funciones de seguimiento, fiscalización, propuesta o emisión de informes, que deben servir de base para las decisiones de otras entidades. Sus conclusiones carecen de efectos jurídicos frente a terceros. No tienen personería jurídica

ni administración propia y están integradas a una entidad pública. Las comisiones pueden ser de tres tipos: 1. *Comisiones Sectoriales*, son de naturaleza temporal, creadas con fines específicos para cumplir funciones de fiscalización, propuesta o emisión de informes técnicos. Se crean formalmente por resolución ministerial del titular a cuyo ámbito de competencia corresponden; 2. *Comisiones Multisectoriales de naturaleza temporal*, creadas con fines específicos para cumplir funciones de fiscalización, propuesta o emisión de informes técnicos. Se crean formalmente mediante resolución suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros y los titulares de los Sectores involucrados; y 3. Comisiones Multisectoriales de naturaleza permanente, creadas con fines específicos para cumplir funciones de seguimiento, fiscalización, o emisión de informes técnicos. Se crean formalmente mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y los titulares de los Sectores involucrados. Cuentan con Reglamento Interno aprobado por Resolución Ministerial del Sector al cual están adscritas. Finalmente, también pueden constituirse **Comisiones Consultivas,** las cuales están conformadas por profesionales, especialistas o representantes de la sociedad civil, de reconocida capacidad o experiencia, designados por Resolución Suprema. El cargo de miembro de la Comisión Consultiva es honorario y de confianza. No inhabilita para el desempeño de ninguna función pública o actividad privada.

Finalmente, el Poder Ejecutivo ha desarrollado bajo su jurisdicción la creación de ***Programas y Proyectos Especiales*.** Los cuales son constituidos en el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo, en un Ministerio o en un Organismo Público, mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Los Programas son estructuras funcionales creadas para atender un problema o situación crítica, o implementar una política pública específica, en el ámbito de competencia de la entidad a la que pertenecen. Sólo por excepción, la creación de un Programa conlleva a la formación de un órgano o unidad orgánica en una entidad. Mientras que los Proyectos Especiales son un conjunto articulado y coherente de actividades orientadas a alcanzar uno o varios objetivos en un período limitado de tiempo, siguiendo una metodología definida. Sólo se crean para atender actividades de carácter temporal. Una vez cumplidos los objetivos, sus actividades, en caso de ser necesario, se integran en órganos de línea de una entidad nacional o, por transferencia, a una entidad regional o local, según corresponda. Su continuidad se encuentra bajo evaluación de la Presidencia del Consejo de Ministros.

…

Respecto a las competencias exclusivas del Poder Ejecutivo, el artículo 4º de la LOPE señala las siguientes:

1. *Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno.*
   Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno.

Política sectorial es el subconjunto de políticas nacionales que afecta una actividad económica y social específica pública o privada.
Las políticas nacionales y sectoriales consideran los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales y locales, concordando con el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Para su formulación el Poder Ejecutivo establece mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política.
El cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales del Estado es de responsabilidad de las autoridades del Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. Las políticas nacionales y sectoriales se aprueban por decreto supremo, con el voto del Consejo de Ministros.

2. *Ejercer, pudiendo desconcentrar pero no delegar, las funciones y atribuciones inherentes a:*

    a. *Relaciones Exteriores;*
    b. *Defensa, Seguridad Nacional y Fuerzas Armadas;*
    c. *Justicia, con excepción de la Administración de Justicia;*
    d. *Orden Interno, Policía Nacional del Perú y de Fronteras;*
    e. *Administración Tributaria de alcance nacional y endeudamiento público nacional;*
    f. *Régimen de Comercio y Aranceles;*
    g. *Regulación de la Marina Mercante y Aviación Comercial;*
    h. *Regulación de los Servicios Públicos de su responsabilidad;*
    i. *Regulación de la infraestructura pública de carácter y alcance nacional;*
    j. *Otras que le señale la ley conforme a la Constitución Política del Perú.*

Los Ministerios y Entidades Públicas del Poder Ejecutivo ejercen sus competencias exclusivas en todo el territorio nacional con arreglo a sus atribuciones y según lo disponga su normatividad específica y están sujetos a la política nacional y sectorial.

Toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponde al Poder Ejecutivo.

Las competencias del Poder Ejecutivo hablan de un amplísimo poder para administrar el país, definir las prioridades, en general afectar casi todas las relaciones de la vida en sociedad. Esta situación justifica en cierta medida las exigencias sociales que se ciernen sobre los representantes del ejecutivo en cada conflicto social.

Visto desde este enfoque, el análisis de la actuación estatal debe comprender dos enfoques, uno que analice cual ha sido y es actualmente la estructura institucional con la que cuenta el Gobierno para responder a los retos de la conflictividad social, y por otra parte, determinar en que medida han sido eficaces la acciones tomadas por el gobierno, ante la ausencia de una política pública para encarar los conflictos sociales, como la conformación de comisiones de Alto Nivel, Mesas de Diálogo, etc.

Conforme a lo descrito, se ha señalado en términos generales lo establecido por el ordenamiento jurídico (Ley Orgánica del Poder Ejecutivo); no obstante ello, el análisis de las instituciones gubernamentales se desarrollará conforme a los enfoques indicados;

en otras palabras, se busca analizar la correlación existente entre las responsabilidades funcionales establecidas por la ley y como se ha evolucionado la actuación de las instituciones estatales responsables y no responsables (pero incluidas por exigencia popular en la solución problema) de estructurar soluciones consensuadas, legitimas y duraderas a los conflictos sociales mineros.

5.2.1.1. La Presidencia del Consejo de Ministros - PCM

La Presidencia del Consejo de Ministros es la entidad responde de brindar apoyo al Premier en el cumplimiento de sus atribuciones y funciones asignadas por la Constitución y la Ley, sus funciones se encuentra señaladas en el artículo 4° del ROF[293] (D.S. N° 063-2007-PCM)[294]. Como todo Ministerio de Estado cuenta con una Alta Dirección conformada por la Presidencia del Consejo de Ministros y la Secretaría General, un Órganos de Control Institucional, Defensa judicial, Asesoramiento, Apoyo, De Línea, Técnicos Especializados y Comisiones Permanentes de Coordinación, Adscritas y Órganos colegiados.

Las competencias o funciones del Presidente del Consejo de Ministros se encuentran estipuladas en el artículo 19° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Sus responsabilidades versan básicamente sobre su papel como coordinador en la gestión de la política general del Gobierno. Entre sus facultades se encuentra la potestad para formular, aprobar y ejecutar las políticas nacionales de modernización de la administración pública y las relacionadas con la estructura y organización del Estado, coordinando y dirigiendo su modernización.

El *Premier*¸ como coloquialmente se le conoce, tiene un papel de coordinador político con los demás actores dentro del Poder Ejecutivo; asimismo, su constante relación con los otros Poderes del Estado, los organismos constitucionales, los otros niveles de Gobierno y la sociedad civil ha originado que en la práctica se le considere como una figura privilegiada dentro del poder político, con la , que le permite substraerse los canales institucionales establecidos en los distintos sectores a fin de tomar decisiones correspondientes a otras carteras ministeriales o incluso otros poderes del Estado.

Si algún ciudadano peruano da lectura al texto integro del capítulo II del Título III de la LOPE observará que la PCM se encuentra estructurada funcionalmente como un ente "coordinador" y "administrador" de las decisiones políticas del gobierno, más no constituye la instancia responsable de las soluciones técnicas e incluso políticas dentro del Poder Ejecutivo; sin embargo, será entonces las dificultades en la dirección del país, las que lleven al Primer Ministro ha adquirir un papel sumamente importante en la solución de los conflictos sociales aunque este no sea su principal mandato y menos el funcionario más indicado para hacer promesas y firmar actas que en muchos casos versan de aspectos muy técnicos y que deberían ser en cambio dejadas al ministro de la cartera responsable.

---

[293] El Reglamento de Organización y Funciones es el documento técnico normativo de gestión institucional que formaliza la estructura orgánica de la Entidad orientada al esfuerzo institucional y al logro de su misión, visión y objetivos. Contiene las funciones generales de la Entidad y las funciones específicas de los órganos y unidades orgánicas y establece sus relaciones y responsabilidades.

[294] En este punto es importante hacer referencia que conforme el numeral 4.6 del artículo 4º en mención, es función de la PCM promover y participar activamente en el diálogo y concertación de la sociedad. Tener presente esta función es muy importante en tanto la PCM es un actor clave en la gestión y solución de conflictos sociales.

La Oficina de Gestión de Conflictos Sociales[295]

Mediante Decreto Supremo Nº 010-2010-PCM se aprobó la modificación al Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, estableciéndose la creación de la Oficina de Gestión de Conflictos Sociales, Órgano Técnico Especializado, dependiente jerárquicamente del Presidente del Consejo de Ministros, encargado de dirigir el proceso de gestión de conflictos sociales en todos los niveles de gobierno y en el ámbito del territorio nacional, así como de evaluar los resultados de dicha gestión.

El señalado Decreto Supremo reconoce que en el país, los conflictos sociales por lo general están asociados a territorios que históricamente han estado en situación de marginación, pobreza o exclusión tanto económica como social, situación que el gobierno busca revertir de manera sostenida; donde la proyección positiva del crecimiento económico del país, el incremento de inversiones privadas en sectores estratégicos, la aplicación sostenida de medidas de distribución de potestades públicas como es la descentralización, así como la política de implantación de medios participativos en el desarrollo de las actividades públicas, requieren ser acompañados de una estrategia integral, consistente y sostenida de gestión de conflictos sociales.

En ese sentido, conforme al artículo 50.B° del ROF, son funciones de la Oficina de Gestión de Conflictos Sociales las siguientes:

1. Diseñar, formular y proponer lineamientos y estrategias para realizar acciones de prevención, gestión y resolución de conflictos sociales en los tres niveles de gobierno;
2. Diseñar, implementar y conducir los mecanismos de gestión de información para los conflictos sociales, a nivel nacional;
3. Diseñar e implementar programas de fortalecimiento de capacidades en materias de prevención, gestión y resolución de conflictos sociales, dirigido a los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y Sectores del Poder Ejecutivo, coordinando con las áreas competentes para su implementación;
4. Propiciar la participación de instancias de concertación de la sociedad civil para la gestión de conflictos sociales;
5. Establecer una red de comunicación conformada por líderes de opinión regionales y locales comprometidos con la gobernabilidad democrática;
6. Realizar investigaciones y estudios específicos que apoye las mejores decisiones en prevención y gestión de conflictos sociales.
7. Asesorar a la Alta Dirección en temas de mediación y concertación, así como recomendar los supuestos y formas de intervención de la Presidencia del Consejo de Ministros;
8. Diseñar y proponer mecanismos de coordinación y articulación con las Entidades Públicas, en todos los niveles de Gobierno, así como con los

[295] Es importante señalar que el antecedente inmediato de este Órgano Técnico Especializado se encuentra en la funciones realizadas por la Secretaria de Coordinación en merito al numeral 33.10 que la designaba como la responsable de coordinar y realizar acciones para la prevención y solución de conflictos. El cumplimiento de esta función se materializo a través de la Unidad de Prevención de Conflictos, la cual fue fortaleciendo su presencia en el desarrollo de actividades relativas a la solución de conflictos sociales durante los últimos meses previos a la modificación.

actores de la sociedad civil que se requieran, a efectos de prevenir o resolver conflictos sociales.

9. Otras funciones que le sean encomendadas por el Presidente del Consejo de Ministros.

Comisión Multisectorial de Prevención de Conflictos Sociales

Mediante Resolución Ministerial N° 380-2006-PCM se conformó la Comisión Multisectorial de Prevención de Conflictos Sociales, encargada de coordinar las acciones necesarias para la prevención y atención de los conflictos, así como proporcionar al Presidente del Consejo de Ministros la información y asesoría para la implementación de estrategias, políticas y acciones que anticipen, prevengan y contribuyan a resolver situaciones de riesgo o amenaza a la gobernabilidad democrática.

Si bien mediante Decreto Supremo N° 056-2009-PCM se dio fuerza de Decreto Supremo a la Resolución Ministerial y se modificó su conformación integrando ente otras dependencias al Ministerio del Ambiente (reemplazando al absorbido CONAM), a la fecha (último trimestre del 2009), la comisión multisectorial no ha cumplido con ninguna de las funciones indicadas en la Resolución Ministerial: a) Proponer un Plan de Acción y Ejecución de las acciones necesarias para la prevención y atención de los conflictos sociales; b) Analizar la información recibida y proponer formas de actuación en materia de conflictos sociales; y c) Asesorar en materia de prevención de conflictos sociales, desplazándose a los lugares en que se requiera su presencia, en los casos que resulte necesario.

Por lo tanto, mientras la voluntad política del gobierno se ciña simplemente a la creación de comisiones multisectoriales que en la práctica no han generado resultados esperados, no puede esperarse soluciones de mediano plazo que pongan un límite a las acciones que afectan la gobernabilidad y el desarrollo del país.

Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería

La Presidencia del Consejo de Ministros tiene varios organismos públicos descentralizados adscritos a ella, con competencia en asuntos ambientales (y en esa medida por extensión participación en la solución de conflictos sociales, aunque ello no se encuentre explícitamente indicado en sus reglamentos de organización y funciones).

Este es el caso del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, creado mediante Ley N° 26734 como OSINERG (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía), siendo posteriormente modificado en su estructura mediante la Ley N° 28964, la cual transfiere las funciones de supervisión y fiscalización de la actividad minera, creando el OSINERGMIN. Como se ha señalado, este organismo es el ente regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, siendo integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, y el propio OSINERGMIN. Tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera.

Asimismo, tiene competencia para supervisar y fiscalizar a las entidades del Sector Minería velando por la calidad, seguridad y eficiencia del servicio y/o productos

brindados a los usuarios en general y cautelando la adecuada conservación del medio ambiente.

Conforme el artículo 5° de la Ley N° 26734, modificado por la Ley N° 28964, son funciones del OSINERGMIN en materia de minería:

c). Supervisar y fiscalizar que las actividades del subsector minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.
d). Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en el subsector minería.

La función supervisora permite a OSINERGMIN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSINERGMIN o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada; de acuerdo a lo anterior, le corresponde supervisar, entre otras cosas, el cumplimiento de las disposiciones normativas y/o reguladoras, y la estricta aplicación y observancia de las disposiciones técnicas y legales referidas a la conservación y protección del medio ambiente en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería.

Por otra parte, la función sancionadora permite a OSINERGMIN imponer multas y otras sanciones a las empresas que infrinjan las leyes, reglamentos y obligaciones derivadas de sus respectivos instrumentos de gestión ambiental, en función las normas sectoriales y transectoriales, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado (derecho a reprimir), y al amparo del derecho administrativo sancionador.

Efectuada la transferencia de funciones, la recientemente creada Gerencia de Fiscalización Minera del OSINERGMIN se veía ante la disyuntiva de reempezar una actividad que tenía historia dentro del Ministerio de Energía y Minas, que efectuaba la fiscalización y supervisión mediante a través de la Dirección General de Minería. Sin embargo, la criticas y el contexto de conflictividad social por actividades mineras arreciaba y resultaba impostergable.

El papel de promotor de la actividad que se fiscalizaba generaba una serie de dudas en la población directamente afectada por la actividad minera y los actores de la sociedad civil, como las ONGs, que veían en esta situación una suerte de contradicción en la que ponía al gato de despensero.

Como se evidencia, antes que una solución técnica primó una solución política que sacará del ámbito del sector Energía y Minas las decisiones respecto a la fiscalización y sanción de las empresas mineras infractoras.

5.2.1.2. El Ministerio de Energía y Minas – MINEM

El Ministerio de Energía y Minas es el ente rector del Sector Energía y Minas y tiene entre sus principales responsabilidades regular el otorgamiento y aprovechamiento de los recursos mineros y energéticos a nivel nacional, en armonía con la política ambiental nacional; es el encargado de elaborar; aprobar, proponer y aplicar la política del Sector, así como de dictar las demás normas pertinentes.

Asimismo, tiene por finalidad promover el desarrollo integral de las actividades minero – energéticas, normando, supervisando o evaluando, según sea el caso, el cumplimiento de las disposiciones vigentes, y cautelando el uso racional de los recursos naturales en armonía con el medio ambiente.

En el Reglamento de Organización y Funciones del MINEM aprobado mediante Decreto Supremo Nº 031-2007-EM, se mantiene la estructura del ministerio, la cual se encuentra organizada en base de Direcciones Generales, de las cuales analizaremos las que se encuentran vinculadas directamente con la presente investigación como son la Dirección General de Minería (DGM) y la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM). Del mismo modo se analizará la oficina responsable de los conflictos sociales dentro del MINEM, la Oficina General de Gestión Social.

Dirección General de Minería (DGM) [296]

La Dirección General de Minería es el órgano técnico normativo encargado de proponer y evaluar la política del Sector Minería; proponer y/o expedir, según sea el caso, la normatividad necesaria del Sector Minería; promover el desarrollo sostenible de las actividades de exploración y explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero; ejercer el rol concedente a nombre del Estado para el desarrollo de las actividades mineras, según le corresponda. Depende jerárquicamente del Viceministro de Minas (Art. 97° D.S. N° 031-2007-EM – ROF MINEM).

Tiene entre sus funciones y atribuciones promover las inversiones en el Sector Minero, formular y proponer las normas técnicas y legales relacionadas con el sector desde un enfoque de desarrollo sostenible y tecnificación; evaluar la información técnica, económica y financiera relacionada al sector y administrar el Sistema de Información Minera; coordinar con la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, INGEMMET, OSINERGMIN, así como con los Gobiernos Regionales, Locales y otras entidades públicas u privadas los asuntos relacionados con el desarrollo de las actividades sostenibles del sector; a coordinación con los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y otras entidades públicas y privadas los asuntos relacionados con el desarrollo sostenible de las actividades del Subsector Minería; otorgar los títulos de concesiones de beneficio, labor general y transporte minero, así como aprobar sus modificaciones y autorizar la construcción de labores de acceso, ventilación y desagüe en concesiones mineras vecinas; administrar y distribuir el derecho de vigencia y penalidad; autorizar el inicio o reinicio de actividades minero metalúrgicas; emitir opinión en las solicitudes de servidumbre minera; resolver sobre los aspecto económicos y financieros del plan de cierre de minas y plan de cierre de pasivos ambientales mineros; otorgar certificados de cumplimiento progresivo y final del plan de cierre de minas y de pasivos ambientales mineros; elaborar, actualizar y priorizar el inventario de pasivos ambientales mineros e identificar los responsables de los pasivos, entre otras funciones que se le asignen, además de coadyuvar al cumplimiento de las disposiciones relacionadas a la conservación y protección del ambiente en el desarrollo de las actividades de minería.

La evolución de la Dirección General de Minería ha transitado a la par de la legislación aprobada para la promoción de la actividad minera. La adecuación institucional hacia nuevas funciones y responsabilidades fue desarrollándose como

[296] Artículos 79 y 80 del Reglamento de Organización y Funciones del MEM.

respuesta a la nueva normatividad del sector que comenzaba a regular distintos aspectos de la actividad que antes no habían sido tomados en cuenta; entre estos, resaltan evidentemente los temas socioambientales.

Sería mediante Decreto Supremo N° 008-92-EM-SG que se aprobaría la Estructura Orgánica del Ministerio que con ciertas modificaciones aún se mantiene. Posteriormente, el primer Reglamento de Organización y Funciones (Decreto Supremo N° 027-93-EM) post reforma del ordenamiento jurídico del sector minero (implementada mediante los Decretos Legislativos 708 y 757) adecuaría las responsabilidades al nuevo orden legal subsistente. Este Reglamento permaneció vigente durante poco más de 10 años, para luego ser modificado mediante el Decreto Supremo N° 025-2003-EM, que traía entre sus principales cambios a la estructura organizativa del Ministerio, la separación de la Dirección General de Asuntos Ambientales, la cual dependía funcionalmente hasta ese momento del Vice Ministerio de Minas, en la Dirección General de Asunto Ambientales Mineros, órgano técnico normativo de línea dependiente del Vice Ministerio de Minas y la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, órgano técnico normativo de línea dependiente del Vice Ministerio de Energía.

Volviendo a lo señalado por el actual ROF respecto a la DGM, se debe señalar que en la presente norma se han precisado con sumo detalle las distintas funciones y atribuciones de la Dirección. Asimismo, se observa que gran parte de las nuevas obligaciones se sustentan en criterios de protección ambiental como es en el caso del Plan de Cierre de Minas y Plan de Cierre de Pasivos Ambientales (resolver los aspectos económicos y financieros, otorgar los certificados de cumplimientos progresivo y final), así como elaborar, actualizar y priorizar el inventario de pasivos ambientales mineros e identificar los responsables de los pasivos.

Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM)[297]

La DGAAM es el órgano técnico normativo encargado de proponer y evaluar la política ambiental, proponer la normatividad necesaria, así como promover la ejecución de actividades orientadas a la conservación y protección de los medio ambientes referidos al desarrollo de las actividades mineras. Tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- Proponer la política de conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo sostenible de las actividades mineras, en concordancia con las políticas de desarrollo sostenible sectorial y nacional;
- Formular, proponer y aprobar, cuando corresponda, las normas técnicas y legales relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente;
- Normar la evaluación de impactos ambientales derivados de las actividades del Sector;
- Atender, evaluar y emitir opinión sobre las denuncias referidas a las funciones a cargo de la Dirección General;
- Calificar y autorizar a instituciones públicas y privadas para que elaboren estudios ambientales sobre las actividades mineras;
- Promover estudios e investigaciones de carácter ambiental;
- Evaluar y aprobar los estudios ambientales y sociales;

[297] Artículos 106 y 107 del Reglamento de Organización y Funciones del MEM

- Promover áreas de conservación ambiental minera y la remediación de áreas con pasivos ambientales mineros;
- Aprobar guías técnicas ambientales y sociales;
- Participar y dirigir talleres y audiencias públicas relacionadas con los estudios ambientales del Sector Minería presentados al Ministerio de Energía y Minas;
- Elaborar y promover programas de protección ambiental y de desarrollo sostenible en coordinación con la Dirección General de Minería, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, empresas del Sector y otras instituciones públicas y privadas;
- Asesorar a la Alta Dirección en asuntos ambientales referidos con las actividades del Sector Minería;
- Promover los proyectos y analizar las solicitudes de Cooperación Internacional vinculada con los asuntos ambientales mineros, en coordinación con la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI);
- Promover programas de entrenamiento y capacitación sobre temas ambientales, en el país o en el extranjero, tanto en el Sector Público como en el Privado;
- Participar en el procesamiento y análisis de la información sobre las acciones de conservación y protección del medio ambiente en el ámbito de la actividad minera;
- Participar en el seguimiento de los compromisos ambientales que asumen las empresas mineras con las poblaciones involucradas en su accionar, considerados en sus estudios ambientales;
- Expedir resoluciones directorales en el ámbito de su competencia;
- Informar y opinar sobre asuntos de su competencia;
- Realizar las demás funciones que se le asignen.

Conforme el ROF vigente, la DGAAM se encuentra constituida por dos órganos: la Dirección Normativa de Asuntos Ambientales Mineros, como órgano encargado de proponer y evaluar los proyecto de normas que se requiera para garantizar el desarrollo sostenible del sector minero; y la Dirección de Gestión Ambiental Minera, como órgano encargado de proponer y evaluar la política y los planes para garantizar el desarrollo sostenible de las actividades mineras así como evaluar y recomendar la aprobación o desaprobación de los estudios ambientales y sociales presentado al Ministerio de Energía y Minas (artículos 108°, 109°, 111°).

Ahora bien, es importante señalar que la DGAAM ha presentado una evolución continua producto de la sostenida implementación de responsabilidades minero ambientales que ha venido generándose desde los últimos 16 años; en este punto podemos remontarnos al D.S. N° 027-93-EM, ROF definitivo post reforma del Sector Minero – Energético durante el Gobierno del Presidente Fujimori. En esta norma se estableció la creación de la llamada Dirección General de Asuntos Ambientales - DGAA, dependiente del Despacho Viceministerial de Minas. Será esta dependencia hasta el año 2003 en que se aprueba el antecedente inmediato del ROF actual (D.S. Nº 025-2003-EM) que la DGAA sería divido en dos órganos de línea, la Dirección de Asuntos Ambientales Energético y la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros, evolución institucional que se mantiene actualmente en el ROF vigente.

Oficina General de Gestión Social (OGGS) [298]

Mediante Decreto Supremo N° 066-2005-EM se creó la **Dirección General de Gestión Social** como *"el órgano técnico encargado de la promoción de relaciones armoniosas entre las empresas mineras y la sociedad civil,* ***así como de la prevención y solución de conflictos en el subsector",*** dependía jerárquicamente del Viceministro de Minas" (Art. 45-A° del D.S. N° 025-2003-EM).

La norma de su constitución reconoció una serie de transcendentes funciones entre las que se encontraban:

> a. *Formular políticas y planes de promoción y fortalecimiento de relaciones armoniosas entre las empresas mineras, los gobiernos regionales y locales, la sociedad civil y otras entidades públicas o privadas, para la prevención y solución de conflictos en el subsector.*
> b. *Participar en la formulación de las normas técnicas y legales relacionadas con los fines previstos en el artículo 45-A.*
> c. *Analizar y emitir opinión sobre las denuncias por trasgresión de la normatividad que pudiera comprometer las buenas relaciones entre las empresas del subsector y la sociedad civil.*
> d. *Realizar acciones para promover la solución de conflictos en el subsector, fomentando la suscripción de acuerdos entre las partes.*
> e. *Elaborar y promover la realización de estudios sociales necesarios para el desarrollo y crecimiento responsable de las actividades privadas en el sector minero.*
> f. *Analizar y emitir opinión sobre los aspectos sociales de los estudios ambientales que se presenten en el subsector, de acuerdo con la normatividad vigente.*
> g. *Asesorar y emitir opinión en los asuntos referidos a las relaciones de las empresas con la sociedad civil, de acuerdo a la normatividad vigente.*
> h. *Participar en las audiencias públicas relacionadas con la aprobación de estudios ambientales, en coordinación con la Dirección General competente. Ya no esta*
> i. *Proponer, impulsar y ejecutar cuando corresponda, programas de entrenamiento y capacitación sobre temas referidos a las relaciones de las empresas con la sociedad civil. Ya no esta*
> j. *Promover los proyectos y analizar las solicitudes de Cooperación Técnica Internacional vinculada con los asuntos sociales mineros, en coordinación con la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI).*
> k. *Informar y opinar sobre asuntos de su competencia; y,*
> l. *Otras funciones específicas que se le asignen." Ya no están.*

Si bien la naciente dependencia constituyo un gran avance institucional en material de prevención de conflictos sociales, no sería llegaría a ser implementada durante la vigencia del D.S. N° 025-2003-EM, quedando esta evolución institucional trunca.

…

[298] Artículos 50 y 51 del Reglamento de Organización y Funciones del MEM.

Sería a través del vigente Reglamento de Organización y Funciones del MINEM (aprobado mediante Decreto Supremo N° 031-2007-EM), que se daría la creación de la actual Oficina General de Gestión Social – OGGS, órgano de asesoramiento del Ministerio encargado de promover las relaciones armoniosas entre las empresas minero energéticas y la sociedad civil, incluidos los gobiernos locales y regionales, de propiciar el manejo de mecanismos de diálogo y concertación en el Sector y de colaborar en el diseño de programas de desarrollo sostenible, dependiendo jerárquicamente del Despacho Ministerial.

Es importante resaltar que si bien las funciones consideradas en el nuevo ROF resultaban similares a las señaladas en la norma anterior, la ausencia de algunas y la redefinición de otras debido a su nivel jerárquico hacia que su labor tuviera menos efecto vinculante. Sin embargo, cabe señalar que entre sus principales funciones se consigna efectuar el seguimiento de los compromisos sociales que asumen las empresas con las Poblaciones Involucradas en coordinación con las Direcciones Generales correspondientes.

5.2.1.3. Ministerio del Ambiente - MINAM[299]

El MINAM fue creado mediante el Decreto Legislativo N° 1013, publicado el 14 de mayo de 2008, al amparo de las competencias delegadas al Ejecutivo para la implementación de las exigencias del Tratado de Libre Comercio firmado con Estados Unidos de Norteamérica. El Decreto Legislativo N° 1013 ha sido parcialmente modificado por el Decreto Legislativo N° 1039 en lo que respecta a las facultades del Despacho Ministerial y del Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales.

Este Ministerio cuenta con dos vice ministerios: el Viceministerio de Recursos Naturales y el Viceministerio de Gestión Ambiental. Asumiendo las funciones que del CONAM, el IANP, y parte de la gestión del recurso hídrico. Asimismo, le fue

[299] El antecedente institucional de Ministerio del Ambiente fue el *Consejo Nacional de Ambiente (CONAM),* creado mediante Ley N° 26410. En concordancia con la Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental - Ley 28245, el CONAM se constituyó como la Autoridad Ambiental Nacional y ente rector del Sistema Nacional de Gestión Ambiental. La política en materia ambiental que formula el CONAM era de cumplimiento obligatorio. El CONAM cumplió una labor administrativa ambiental muy importante, conforme a lo establecido por el Artículo 8º de la Ley Nº 28245, tenía por finalidad planificar, promover, coordinar, normar, sancionar y supervisar las acciones orientadas a la protección ambiental y contribuir a la conservación del patrimonio natural; controlar y velar el cumplimiento de las obligaciones ambientales; así como dirimir y solucionar las controversias entre las entidades públicas.
Asimismo, el artículo 4º de la Ley Nº 26410, modificado por el Artículo 9º de la Ley Nº 28245, indicaba que entre las principales funciones del CONAM se encontraban la de proponer, coordinar y dirigir la Política Nacional Ambiental; dirigir el Sistema Nacional de Gestión Ambiental; dirigir el proceso de elaboración y revisión de Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y Límites Máximos Permisibles (LMPs); dirigir el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental; resolver en última instancia administrativa los recursos impugnativos interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos relacionados con el medio ambiente y los recursos naturales; opinar sobre los proyectos de legislación con implicancias ambientales; entre otros.
Finalmente, sería mediante el Decreto Legislativo 1013, promulgado el 14 de mayo de 2008 y parcialmente modificado por el Decreto Legislativo N° 1039, que al crearse el Ministerio del Ambiente, se establece la fusión por absorción del CONAM dentro de la estructura del nuevo Ministerio. Declarándose su desactivación y extinción al haberse concluido el proceso de absorción conforme se estableció en la Resolución Ministerial N° 050-2008-MINAM.

transferido algunas competencias de la Dirección General de Salud Ambiental – DIGESA- del Ministerio de Salud. Las funciones de ambos vice-ministerios están descritas en los artículos 11 y 12 del Decreto Legislativo N° 1013.

Al respecto, el Decreto Legislativo N° 1039 ha realizado las siguientes modificaciones: (i) especifica que el MINAM es competente para proponer al Consejo de Ministros el establecimiento de un área natural protegida derogando la competencia del mismo para proponer una modificación[300]; (ii) modifica el artículo 10 sobre las funciones del despacho ministerial agregando un literal que le otorga la función de diseñar la política y estrategia nacional de gestión integrada de las áreas naturales protegidas y supervisar su implementación; y, (iii) modifica el artículo 11 sobre las funciones del Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales excluyendo el literal que le otorgaba competencia para el diseño de la política y estrategia nacional en la gestión integrada de áreas naturales protegidas.

Cabe mencionar que actualmente, las competencias del CONAM y la Intendencia de Áreas Naturales Protegidas (asumidas por el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas - SERNANP) han sido transferidas completamente al MINAN, declarándose a su vez estas entidades extinguidas; así mismo, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1039 que precisa que las entidades que ejercen las funciones y competencias a ser asumidas por el MINAM continúan en el ejercicio de las mismas, aún se encuentra en implementación en lo que corresponde a la actividades a realizarse por la OEFA, cuyo nuevo Reglamento de Organización y Funciones fue aprobado a finales del 2009[301].

5.2.1.4. Ministerio de Agricultura - MINAG

Si bien, en principio, el sector Agricultura no presenta competencia alguna directa sobre las actividades mineras, conforme lo señala el Reglamento del artículo 7° de la Ley 26505, Decreto Supremo N° 017-96-AG, será un perito agronómico el que establece junto al perito designado por el MINEM la viabilidad o no de la servidumbre minera.

Más aún conforme se desprende de la Resolución Suprema N° 080-2009-EM que impone derecho de servidumbre minera de uso para la construcción del Complejo Industrial Minero del Proyecto Tantahuatay, a favor de Minera Coimolache S.A., corresponde a la Dirección General de Competitividad Agraria pronunciarse por el peritaje minero y agronómico, cuya conformidad es necesaria a fin de otorgar la servidumbre minera.

Por otra parte, bajo este sector se encuentra adscrita la Autoridad Nacional del Agua, Organismo Técnico Especializado que cumple las funciones de ente rector y máxima autoridad técnico – normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos (Art. 14° - Ley N° 29338).

En ese sentido, la importancia de esta entidad en cuanto a la actividad minera radica en sus facultades para otorgar, modificar y extinguir, previo estudio técnico derechos de uso de agua, los cuales son muy necesarios durante las distintas etapas del proceso minero.

Autoridad Nacional del Agua (ANA)

[300] En concordancia con el artículo 3 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas- Ley 26834
[301] Decreto Supremo Nº 022-2009-MINAM

Mediante la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura – Decreto Legislativo N° 997, publicada el 13 de marzo de 2008, se modificó la institucionalidad para el recurso hídrico, estableciéndose en la 1ra Disposición Complementaria Final de dicha norma, la creación de la Autoridad Nacional del Agua (ANA) como organismo público adscrito al Ministerio de Agricultura, responsable de dictar las normas y establecer los procedimientos para la gestión integrada y sostenible de los recursos hídricos. Tiene personería jurídica de derecho público interno y constituye un pliego presupuestal.

Posteriormente, mediante el Decreto Supremo Nº 014-2008-AG, se aprobaría la absorción de la Intendencia de Recursos Hídricos del INRENA, asumiéndose todas funciones con excepción de: (i) supervisar, promover y evaluar la operación y mantenimiento de los sistemas de riego y drenaje en el ámbito nacional; y, (ii) brindar asistencia técnica a las entidades correspondientes en la administración del uso del agua, operación y mantenimiento de los sistemas de riego y drenaje.

En cuanto al marco legal para la administración de los recursos hídricos, fue constituida en su primera etapa por el Decreto Legislativo N° 1081 que creó el Sistema Nacional de Recursos Hídricos, y el Decreto Legislativo N° 1083 para el Aprovechamiento Eficiente de los Recursos Hídricos, ambos publicados el 28 de junio de 2008. Sin embargo, estas normas serían derogadas ante la "inesperada" aprobación por parte del Congreso de la Nueva Ley de Aguas, denominada Ley de Recursos Hídricos – Ley N° 29338.

...

La relación entre la Autoridad Nacional de Agua y las actividades mineras se desarrolla sobre la necesidad de las empresas mineras de disponer del recurso hídrico en las distintas etapas de su proceso productivo como son las exploración, explotación, concentración, fundición, refinamiento etc.

Conforme lo señala la Ley de Recursos Hídricos - LRH, el agua que se usa en la actividad minera es considerada del tipo productivo[302], cuyos potestad sobre la misma se ejercen mediante derechos de uso de agua otorgado por la ANA.

En este sentido, encontramos que en la etapa de exploración, las empresas mineras solicitan ante la Autoridad Nacional, la **autorización** para el uso del recurso hídrico, el cual conforme lo señala la norma presenta un plazo determinado no mayor de dos (2) años, otorgando la facultad de usar una cantidad anual de agua para cubrir exclusivamente las necesidades de aguas derivadas o relacionadas con la ejecución de estudios u obras, como son las que se presentan en la etapa de exploración minera (artículo 62º LHR).

Asimismo, pueden solicitarse permisos para el uso de aguas residuales provenientes de filtraciones resultantes del ejercicio del derecho de los titulares de licencias de uso, este derecho es de duración indeterminada y puede presentarse en caso de la presencia de sobrantes o falta de espacio para aguas residuales resultados de alguna etapa del proceso productivo (59º LRH).

Por otro lado, el derecho de uso de agua más completo es aquel otorgado mediante la licencia de uso[303], mediante la cual la Autoridad Nacional, con opinión del Consejo

[302] Conforme el artículo 42 de la Ley, constituye uso productivo del agua la utilización de la misma en procesos de producción o previos a los mismo.

de Cuenca respectivo, otorga al titular minero la facultad de usar el recurso hídrico, con un fon y en un lugar determinado, en los términos y condiciones previstos en los dispositivos legales vigentes y la correspondiente resolución administrativas que la otorga (artículo 47º LRH). Las licencias de uso para la actividad minera son de carácter consuntivo, presentando entre sus características más relevantes (artículo 50º LRH):

- Otorga facultades para usar y registrar una dotación anual de agua expresada en metros cúbicos, extraída de una fuente, pudiendo ejercer las acciones legales para su defensa;
- su plazo es indeterminado mientras subsista la actividad para la que fue otorgada;
- atribuye al titular la potestad de efectuar directamente o en coparticipación (…) inversiones en tratamiento, transformación y reutilización para el uso otorgado;
- faculta a ejercer las servidumbres previstas en la LRH y de acuerdo con las actividades y tipo de uso del agua que realice el titular;
- no son transferibles.

En cuanto al otorgamiento, suspensión o modificación de una licencia de uso de agua se tramita conforme al procedimiento establecido en el Reglamento (que a la fecha se encuentra en etapa de borrador). No obstante, para ser otorgada la ley ha considerado necesario lo siguiente:

1. Que exista la disponibilidad del agua solicitada y que ésta sea apropiada en calidad, cantidad y oportunidad para el uso al que se destine;
2. que la fuente de agua a la que se contrae la solicitud tenga un volumen de agua disponible que asegure los caudales ecológicos, los niveles mínimos de reservas o seguridad de almacenamiento y las condiciones de navegabilidad, cuando corresponda y según el régimen hidrológico;
3. que no ponga en riesgo la salud pública y el ambiente;
4. que no se afecte derechos de terceros;
5. que guarde relación con el plan de gestión del agua de la cuenca;
6. que el interesado presente el instrumento ambiental pertinente aprobado por la autoridad ambiental sectorial competente; y
7. que hayan sido aprobadas las servidumbres, así como las obras de captación, alumbramiento, producción o regeneración, conducción, utilización, avenamiento, medición y las demás que fuesen necesarias.

Es importante señalar además que estas disposiciones también son aplicables en lo que corresponda al **permiso de uso de agua y la autorización de uso de agua** conforme lo señalan los artículo 61º y 63º de la LRH respectivamente

[303] Conforme el artículo 56º de la Ley de Recursos Hídricos los derechos que confiere la licencia de uso son los siguientes: *1. Utilizar el agua, los bienes de dominio público hidráulico, así como los bienes artificiales asociados al agua de acuerdo con las disposiciones de la Ley, el Reglamento y la respectiva resolución administrativa que lo otorga; 2. solicitar la modificación, suspensión o extinción de la licencia;3. realizar estudios, obras e instalaciones hidráulicas para ejercitar su derecho de uso; 4. ejercer las servidumbres que correspondan, indispensables para el uso del agua y la evacuación de sus sobrantes; y 5. los demás derechos previstos en la Ley.*

Por otro lado, un tema relevante en cuanto a los derechos que otorga la licencia de uso de agua, es el correspondientes a las obligaciones de los titulares, en ese caso la norma ha sido muy clara en definir una serie de exigencias que deben cumplir, tale como: 1. Utilizar el agua con la mayor eficiencia técnica y económica, en la cantidad, lugar y para el uso otorgado, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, y evitando su contaminación; 2. cumplir oportunamente con el pago de la retribución económica por el uso del agua y las tarifas, cuando corresponda; 3. mantener en buenas condiciones la infraestructura necesaria para el uso del agua que le fue otorgada en los términos y condiciones que establece la Ley y el Reglamento, sin afectar a terceros, al desarrollo hidráulico, a las fuentes de agua, ni a la cuenca; 4. permitir las inspecciones que realice o disponga la Autoridad Nacional, en cumplimiento de sus funciones; 5. instalar los dispositivos de control y medición de agua, conservándolos y manteniéndolos en buen estado; 6. dar aviso oportuno a la Autoridad Nacional cuando, por causa justificada, no utilice transitoria, parcial o totalmente las aguas; situación que no acarrea la pérdida del derecho otorgado; 7. contribuir a la conservación, mantenimiento y desarrollo de la cuenca; 8. participar en las organizaciones de usuarios de agua correspondientes; y 9. las demás previstas en la Ley.

En el caso de las actividades mineras, la licencia de uso de agua y sus correspondientes obligaciones se encuentran vinculadas a la etapa de explotación y subsiguientes de los minerales, donde el trabajo químico y físico es intensivo para obtener el mayor concentrado de minerales posible.

Finalmente, en cuanto a los derechos con los que debe contar todo titular minero para la realización de sus actividades conforme al marco legal ambiental, este debe contar con la correspondiente autorización para el vertimiento o reutilización de aguas residuales, los cuales se deberán otorgar conforme a los parámetros establecidos por la Autoridad Nacional del Agua y el Ministerio del Ambiente.

5.2.2. El Poder Legislativo

El Congreso de la República es un poder del Estado que tiene entre sus funciones constitucionales dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes realizar; velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo convenientes para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores; entre otras que señala la Constitución y son propias de la función legislativa.

Es en este marco de funciones señaladas por la Carta Magna que el Congreso se encuentra facultado para constituir Comisiones de Investigación sobre cualquier asunto de interés público (artículo 97º). Ello permitió que en el año 2003 se conformara dentro de la Comisión de Ambiente y Ecología, una Subcomisión de Investigadora del Cumplimiento de los Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMAS) y Estudios de Impacto Ambiental (EIAs) de las Empresas Mineras.

El documento final de este grupo de trabajo ha constituido hasta la actualidad la mayor labor (no legislativa) realizada por este poder del Estado con relación a la actividad minera en el país.

5.2.3. Gobiernos Regionales y Locales

Estas entidades subnacionales con autonomía política, económica y administrativa en sus asuntos de competencia son el resultado de la obligación constitucional de

descentralizar las funciones de la administración pública, por lo tanto, su participación tendría suma trascendencia en un proceso de coordinación estatal. Más aún, cuando en distintas oportunidades el ejercicio de sus competencias ha entrando en conflicto con las decisiones del gobierno central.

Por otra parte, debe señalarse que la actuación de estos Gobiernos es más que transcendente en todo proyecto minero, toda vez que pueden cumplir un papel de intermediario político entre la población y la empresa o el Gobierno Central, permitiendo canalizar a través de estos sus demandas y necesidades, evitando así el desencadenamiento de conflictos sociales. Asimismo, estos niveles de Gobierno presentan una serie de responsabilidades en los casos de concesiones mineras en zonas de expansión urbana y para durante el procedimiento de participación ciudadana establecido en el D.S. 028-2008-EM.

5.2.3.1. Gobiernos Regionales

El artículo 192º, inciso 7 de la Constitución Política del Perú (modificada por la Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del Título IV, sobre Descentralización, Ley Nº 27680) estipula que los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. En este contexto, son competentes para promover y regular actividades y/o servicios en materia, entre otros, de medio ambiente, conforme a ley. Por otro lado, el artículo 191º establece que los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales - Ley N° 27867 (modificada por Ley Nº 27902 y por la Ley N° 29053), establece que los gobiernos regionales, a través de sus órganos de gobierno, dictan las normas pertinentes mediante Ordenanzas Regionales las mismas que, norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia.

La Ley Nº 27783, Ley de Bases de la Descentralización, distingue entre competencias exclusivas (Artículo 13º, numeral 13.1), cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno, conforme a la Constitución y a la ley; competencias compartidas (numeral 13.2), en las que intervienen dos o más niveles de gobierno (central, regional o local), que comparten fases sucesivas de los procesos implicados, encargándose la ley de indicar la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel, y competencias delegadas (numeral 13.3), aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo, manteniendo la entidad que delega la titularidad de la competencia.

En tal contexto, el artículo 45º de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, señala que las funciones de definir, dirigir, normar y gestionar las políticas sectoriales, como la correspondiente al sector minero, es competencia exclusiva del Gobierno Nacional, y las políticas y funciones de los Gobiernos Regionales deben concordar con tales políticas sectoriales.

Siguiendo lo dispuesto por la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, se han venido aprobando desde el 2004 Planes Anuales de Transferencia de Competencias Sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales. Cuyo procesos de transferencia, en materia de Energía y Minas, han venido siendo aprobados por el MINEN a través de Resoluciones Ministeriales que declaran a distintos Gobiernos Regionales como acreditados para la transferencia de funciones

sectoriales en la materia. De esta manera deberán dictar las disposiciones necesarias a fin de adecuar sus instrumentos institucionales de gestión en virtud de la transferencia de las funciones sectoriales referidas. Asimismo, deberá establecer en el correspondiente Texto Único de Procedimientos Administrativos, los procedimientos directamente relacionados con las funciones sectoriales que le compete ejercer.

Rol de los Gobiernos Regionales en los procesos de Participación Ciudadana en el Subsector Minero

Conforme el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 028-2008-EM (Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero), el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), es la autoridad competente para orientar, dirigir y llevar a cabo procesos de participación ciudadana relacionados a las actividades mineras de la mediana y gran minería. No obstante ello, los Gobiernos Regionales, a través de su instancia correspondiente, también intervienen en los procesos de participación ciudadana a cargo del mismo, conforme a las disposiciones establecidas en el Reglamento antes citado.

En ese sentido, conforme señala el **artículo 11** del D.S. Nº 028-2008-EM, la intervención de la autoridad regional en los talleres participativos que se realicen como parte de los procedimientos de participación ciudadana que corresponde a la gran y mediana minería, se entiende como un servicio, conforme a lo cual, el titular minero deberá cubrir los costos administrativos que demande dicha intervención, la misma que deberá se establecida en el TUPA correspondiente de manera justificada y bajo los criterios regulados por la legislación sobre la materia.

5.2.3.2. Gobierno Locales

Conforme a la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización.

De acuerdo al artículo 194 de la Constitución Política del Perú de 1993 (modificado por el artículo único de la Ley Nº 27680), las municipalidades provinciales y distritales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Adicionalmente, el artículo 195.8 (modificado por el artículo único de la Ley Nº 27680) establece que los gobiernos locales son competentes para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley. Los gobiernos locales no cuentan con competencias específicas en materia de minería.

5.2.4. La Defensoría del Pueblo

Conforme al Capítulo XI de la Constitución Política del Perú, este Organismo Constitucional Autónomo, cuyo titular es el Defensor del Pueblo, le corresponde, defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la

comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración pública y la adecuada prestación de los servicios públicos a la ciudadanía[304].

En virtud de este mandato constitucional, la Defensoría del Pueblo ha participado cumpliendo un rol importante en la mediación y solución de diversos conflictos socioambientales por actividades mineras, actuando como facilitador entre las partes y formando también parte de las distintas mesas de negociación que se implementan para comenzar con las etapas de diálogo que buscan ponerle fin a los conflictos.

Finalmente es importante señalar que en representación de la Defensoría del Pueblo actúan generalmente las **Oficinas Defensoriales[305]** del Departamento donde ocurre el conflicto y principalmente los comisionados pertenecientes a la Adjuntía para la Prevención de los Conflictos Sociales y la Gobernabilidad, y la Adjuntía de Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas[306].

[304] Conforme lo establece el Artículo 9º de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley Nº 26520, el Defensor del Pueblo está facultado, en el ejercicio de sus funciones, para: a) Iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes que, implicando el ejercicio ilegítimo defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo, arbitrario o negligente de sus funciones, afecte la vigencia plena de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; b) Ejercitar ante el Tribunal Constitucional la acción de inconstitucionalidad contra las rango de ley a que se refiere el inciso 4) del Artículo 200° de la Constitución Política, asimismo, para interponer la Acción de Habeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Habeas Data, Acción Popular y Acción de Cumplimiento, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad. Asimismo, está capacitado o facultado para intervenir en los procesos de Habeas Corpus para coadyuvar a la defensa del perjudicado; c) Iniciar o participar, de oficio o a petición de parte, en cualquier procedimiento administrativo en representación de una persona o grupo de personas para la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; d) Ejercer el derecho de iniciativa legislativa conforme al Artículo 162° de la Constitución.
Asimismo, el Artículo 26º de la Ley Nº 26520 establece que el Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, puede formular a las autoridades, funcionarios y servidores de la administración pública advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas.

[305] Conforme al artículo 41º de la Resolución Defensorial Nº 029-2008-DP que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Defensoría del Pueblo, la Oficinas Defensoriales son órganos desconcentrados que dependen de la Primera Adjuntía. Se encuentran instalados en toda la República y operan en ámbitos geográficos determinados por la titular. Estas oficinas podrán contar con Módulos de Atención.

[306] Conforme el artículo 35º de la Resolución Defensorial Nº 029-2008-DP, las Adjuntías son órganos de línea de la Defensoría del Pueblo que dependen de la Primera Adjuntía. Tienen por función orientar y asesorar a la Defensora del Pueblo, Oficinas Defensoriales y Módulos de Atención en temas de actuación defensorial de su competencia. Desarrollan labores orientadas al análisis y la formulación de propuestas en temas cuya problemática requiere ser considerada y atendida desde una perspectiva integral, asimismo, brindan lineamientos de actuación para el tratamiento de casos individuales a cargo de las Oficinas Defensoriales y aportan a la investigación de los mismos cuando demanden un tratamiento especializado.

6. Las empresas mineras

La minería en el Perú data de tiempos precolombinos. Sin embargo, su expansión en las últimas décadas ha contribuido también a dejar una significante degradación ambiental y contaminación. Los productos más importantes de la industria minera establecidos por su porcentaje de contribución al producto bruto interno son el oro, cobre y zinc. Los productos secundarios incluyen plata, plomo, estaño y hierro. Existen también subproductos de otros minerales metálicos (molibdeno, manganeso) y minerales no metálicos (rocas ornamentales, fosfatos, arena, yeso, etc.). La industria minera no metálica se encuentra en buena parte poco desarrollada debido al bajo precio por radio de volumen y los altos costos de transporte, los cuales desalientan la exportación. Tampoco hay políticas públicas dirigidas a promover incentivos al desarrollo de esta rama[307].

Las operaciones mineras que se encuentran con mayor frecuencia enfrentando conflictos sociales con comunidades campesinas son las denominadas por la legislación nacional gran y mediana minería. Si bien no se han desarrollado criterios legales que desarrollen sus características y las diferencien entre sí, toda vez que el ordenamiento jurídico peruano las regula bajo los mismos criterios, la presente investigación considera necesaria profundizar en las características que particularizan la gran minería frente a la mediana minería, en la medida que conocer estas diferencias aportarán a la comprensión de la actitud que toman las empresas mineras frente a las comunidades campesinas levantadas en protesta.

Tal como lo señala el Banco Mundial[308], cada una de las categorías (gran, mediana) tiene elementos específicos que caracterizan sus operaciones y cada categoría difiere en su capacidad y compromiso para tratar los asuntos ambientales y sociales que genera.

Por otra parte, la larga tradición minera del Perú se ha traducido en un marco legal – ya de vieja data – que regula dicha actividad y la categoriza en función del tamaño de la concesión y su capacidad productiva. Este marco, en ese sentido, reconoce las siguientes categorías para el desarrollo de la actividad minera en el país[309]:

Categorías para el desarrollo de la actividad minera[310]

Estrato	Tamaño de las concesiones	Capacidad productiva
Gran minería	Más de 2.000 ha	Más de 5.000 tm/día
Mediana minería	Más de 2.000 ha	Hasta 5.000 tm/día
Pequeña minería	Hasta 2.000 ha	Hasta 350 tm/día
Minería artesanal	Hasta 1.000 ha	Hasta 25 tm/día

[307] WORLD BANK. *"Wealth and Sustainability: The Environmental and Social Dimensions of the Mining Sector in Peru"*. May, 2005. Appendix 3: Mining Activities in Peru, p. 171 (Traducción libre del texto en ingles).

[308] WORLD BANK. Ibíd., p. 171

[309] SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL. *Serie de Política y Derecho Ambiental N° 21,* Lima, Marzo 2010, p. 3

[310] Como se señaló en la introducción, la presente investigación se desarrolla en torno a procesos de reasentamiento poblacional involuntario por actividades mineras, procesos que constituyen consecuencias inevitables en la mayoría de los megaproyectos desarrollados por grandes empresas mineras. Ello explica la línea de la presente investigación que incide en la descripción y profundización del marco legal de la gran minería.

6.1. Gran Minería

Denominada por el Banco Mundial como *"Operaciones a Gran Escala"*, son las empresas que generalmente son dirigidas por compañías extranjeras, a veces en participación con corporaciones locales. Estas compañías mineras están liderando la producción de oro y cobre. Tienden a usar modernos y sofisticados métodos de perforación para la explotación minera, equipo de vanguardia. En algunas operaciones mineras, los temas medio ambientales estas mayormente confinados a los riesgos del cianuro o el escape de soluciones ácidas, la filtración natural del acumulado de desechos materiales expuestos a estos elementos, polvo (partículas), ruido, y trastornos a la topografía local. Los campamentos mineros son típicamente modernos, con agua potable, plantas de tratamiento de aguas residuales y otras facilidades para los trabajadores. Aquellas compañías a menudo toman un rol de liderazgo en proveer servicios básicos (luz, pistas asfaltadas, etc.) a las comunidades locales, así también promueven programas de educación y construcción de capacidades.

Productores a gran escala reconocidos internacionalmente son compañías tales como Barrick, Newmont, Phelps Dodge, BHP-Billiton, Noranda. Glencore, Teck-Cominco, Southern Perú, Shougan, también algunas compañías nacionales, incluyendo Cía. Buenaventura, Minsur, Volcan, Atacocha y Milpo.

La mayoría de estas compañías tienden a adherirse a altos estándares ambientales y son consideradas por tener un adecuado record ambiental. Más aún, la minería a larga escala son a menudo más concientes de su imagen pública y por lo tanto generalmente muestran mucho interés en proyectar una imagen positiva en términos de performance ambiental y social.

Según el Banco Mundial, a pesar de reconocerse el performance y capacidad de estas empresas para tratas los asuntos ambientales, los residentes y comunidades cercanas al proyecto minero están preocupados por la frecuencia en el uso de sustancias tóxicas como el cianuro, ácidos, explosivos, mercurio y las emisiones de operaciones de fundición que produzcan impactos en detrimento del medio ambiente y afecte la calidad del agua, ganado y salud en general. A la luz de los pasados contratiempos, estos miedos no son injustificados del todo.

6.2. Mediana minería

La minería a mediana escala esta mayormente en propiedad de compañías Peruanas. Estas tienden a implementar operaciones mineras de perforación abierta (tajo) y subterráneas. Sin embargo, la mayor parte de su producción proviene de minas subterráneas. Estas compañías tienen bajos recursos y poca capacidad de operar de manera compatible con estándares ambientales, por lo que sus actividades pueden ser muy dañinas y contaminantes. Se presentan protestas de las comunidades locales en contra de la minería a mediana escala, sin embargo, estas tienden a ser menos clamorosas que aquellas en contra de las grandes empresas. En este tipo de compañías es menos probable que sean flexibles y estén aptos para incorporar sistemas de manejo ambiental u otros acuerdos de conformidad voluntaria[311].

[311] WORLD BANK. Ibíd., p. 172

6.3. Compañías de exploración minera *"Junior"*

Las empresas que tienen como giro de negocio la exploración y ubicación de minerales para luego ofertarlos a una cartera de potenciales clientes, juegan un rol sumamente importante para determinar las causas de los distintos conflictos sociales mineros. La relación que tenga la empresa que adquiera los activos con las comunidades campesinas será en un primer momento la que deje la "junior" al momento de retirarse. Estas compañías por su propia actividad y conformación se encuentran especializadas en la búsqueda y estimación de la cantidad de minerales en determinado grupo de concesiones mineras. Por el contrario, en muchos casos, no establecían mecanismos de relación, información y reconocimiento con las comunidades ubicadas dentro o en el entorno de las tierras entregadas en concesión minera. La debilidad esta empresas para mantener relaciones armoniosas con las comunidades, al parecer, ha sido superada (en cierta medida también por la puesta en marcha nuevos mecanismo legales de protección ambiental para las actividades de exploración) en la que medida que a pesar de ser lo más importante la cantidad de reservas comprobadas de determinado mineral, no muchas empresas consideran prudente invertir en la explotación de concesiones donde existe un alto nivel de conflictividad social[312].

Para el Banco Mundial[313], la mayoría de las grandes empresas mineras que iniciaron actividades durante la década de 1990 se enfocaron en explotar las operaciones mineras que ya existían, la mayoría fueron aquellas privatizadas por el Estado Peruano, dejando poco a la actividad de exploración. Sin embargo, actualmente las grandes compañías mineras extranjeras, medianas compañías peruanas y pequeñas compañías en operación se encuentran realizando actividades de exploración a fin de incrementar sus áreas. Mientras la exploración presenta pequeños riesgos ambientales, el mayor impacto tiende a ser de naturaleza social. Algunas veces estas compañías dedicadas a la exploración empiezan sus operaciones en zonas remotas y no realizan esfuerzos en informar a la comunidad de sus actividades y tampoco establecen ningún tipo de relación.

Una vez encontrada la veta, el terreno es vendido y la concesión minera pudiendo ser ofertada a una compañía interesada. Los problemas se incrementan cuando la compañía quiere empezar el desarrollo de la mina y encuentra resistencia y antagonismo en la comunidad vecinas debe empezar a realizar los mayores esfuerzos en alcanzar un acuerdo con la comunidad

6.4. El marco legal, relevancia económica e impactos de la actividad minera

6.4.1. Cuestiones generales

La industria minera es la actividad responsable de la extracción y los procesos de aprovechamiento de los recursos minerales que se hallan en el subsuelo de nuestro territorio. Según nuestra legislación (básicamente el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería – D.S. Nº 014-92-EM), la actividad minera comienza con el cateo y la prospección; una vez identificada la zona esta tiene que ser delimitada dentro de las coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM) para que sean solicitadas en

[312] Un claro ejemplo de esta situación es lo ocurrido con la empresa Minera Majaz S.A. en la sierra de Piura.
[313] WORLD BANK. Op cit., p. 173

concesión[314], el cual otorga a su titular el derecho de exploración y – *previo cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por ley* – la explotación.

La minería se caracteriza por presentar un alto grado de complejidad pues son muchas las etapas por las que se tiene que pasar antes de poder extraer los minerales. Muchas veces entre las etapas de búsqueda y exploración de un yacimiento hasta el desarrollo del mismo mediante la explotación y el posterior transporte pasan bastantes años. A las actividades ya mencionadas habría que sumarles los procesos *post extracción* como son los de concentración, fundición y refinación de los diversos minerales para su posterior comercialización.

Otros riesgos que caracteriza la actividad se presenta con la existencia y viabilidad de los yacimientos en relación con su cotización futura denominada *"commodities"*. Esta relación determina muchas veces el largo período de maduración de cada proyecto; que además deben cumplir con una serie de procedimientos para determinar el rango de error en la evaluación geológica (volumen, ley, viabilidad y costos de los minerales a extraer). Asimismo, se tiene muy en cuenta el riesgo político de la acción estatal, la denominada *"estabilidad jurídica"*, que pueden originar grandes pérdidas a la inversión.

Por estas razones, la actividad minera siempre ha requerido de una regulación consistente en lo que respecta a la protección de sus derechos. Este tipo de normatividad se puede ver reflejada en realidades como "el modelo económico del libre mercado, "la libre convertibilidad de divisas" y "un marco tributario no confiscatorio, estable, predecible y transparente", todos dispuestos para promover todo tipo de actividades económicas en el país.

6.4.2. Las reformas estructurales y *la legislación promotora de inversión en el sector minero*

La actividad minera actualmente se encuentra en proceso de expansión; sin embargo, no contó siempre con ese dinamismo. Para alcanzar los niveles de inversión e ingresos que ostenta el sector minero en los últimos años fue necesario emprender una serie de reformas estructurales tanto políticas como económicas, que permitieran su libre desarrollo.

La década del noventa significó para nuestro país cambios muy profundos en la estructura y administración estatal. La herencia del gobierno primer Gobierno Aprista era dramática desde cualquier punto de vista. En 1990 el PBI per cápita era equivalente al de 1960, es decir que se había retrocedido treinta años. Las tasa de variación de la inflación de entre 1988 y 1990 se había quintuplicado alcanzando la cifra record de 7649.6%. Eran años de hiperinflación e hiperrecesión; el desequilibrio fiscal, causa última de la hiperinflación – según el Banco Central de Reserva del Perú – había alcanzado el -6.4%. A ello había que sumarle una considerable distorsión en los precios relativos, consecuencia de la manipulación de los precios básicos utilizados por el gobierno de García como instrumentos de política económica[315]. Más aún, el total aislamiento de la comunidad financiera internacional, la contracción de las remuneraciones reales en 50% con respecto a 1985, la reducción en términos reales de

[314] Cabe mencionar, conforme lo señala el artículo 9° del T.U.O. de Ley General de Minería que: *"La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada.*

[315] Tal como señala Carlos Parodi: *"los precios controlados, con respecto a los no controlados, estaban atrasados en 66.3% en julio de 1990 con respecto a julio de 1985. el tipo de cambio oficial estaba retrasado en 73.6% en el mismo período"*.

los gastos de salud y educación en 15%, un nivel de reservas internacionales netas negativo, un crecimiento de la deuda pública externa de US$ 13,000 millones de US$ 20,000 millones, el avance de la violencia terrorista, etc.[316].

Esta situación determino que el nuevo gobierno aplicara una nueva estrategia económica y un programa de choque que reactivara la economía. La principal característica del nuevo modelo fue su adherencia a los principios del libre mercado. Por ello se planteó una estrategia secuencial que reorientaría el nuevo rol del Estado: de un Estado productor pasaría a un Estado regulador.

Las reformas estructurales actuarían como nexo entre la estabilización y el crecimiento. Este último dependería de la inversión privada, nacional y extranjera, particularmente de esta última. Entre las medidas establecidas se estipuló: la liberalización comercial, con el objetivo de acercar la economía hacia un sistema de libre comercio; la privatización, donde el Estado transite de un productor de bienes y servicios a uno que sea regulador de la actividad privada; la desregulación que promueva la libre competencia y la promoción del inversión extranjera en actividades extractivas, de modo que pudiera situarse en igualdad de condiciones respecto a la inversión interna para explotar los recursos naturales[317].

Estas reformas motivaron el ingreso de nuevos capitales dispuestos a invertir en diversos sectores económicos. Reapareciendo nuevamente en el escenario nacional, capitales extranjeros dispuestos a invertir en minería, los cuales alcanzaron a ser inversiones sostenibles en el tiempo, incrementando el margen de ganancias del Estado que con la alta cotización de los precios de los métales fueron en crecimiento en los últimos años[318].

6.4.2.1. La privatización del sector minero

Hacia las postrimerías de la década de 1990 la crisis en la minería se había generalizado, debido a los desequilibrios que disminuía la rentabilidad del sector; con Fujimori una vez en el poder, se inició un proceso de privatización de los activos estatales, con lo que se pusieron a la venta empresas mineras como *Centromin Perú, Hierro Perú, Tintaya entre otras.*

La privatización llevada a cabo por el Estado tuvo muchas modalidades. La negociación se hizo caso por caso, sobre las bases de ciertas condiciones fijadas previamente por el Comité de Privatización (COPRI). Por ejemplo, en el caso de *Centromin,* que en un principio se pensó que se podría transferir como una sola unidad empresarial, fue necesario modificar la estrategia de privatización luego de comprobarse las dificultades en encontrar empresas privadas interesadas en adquirir una empresa tan grande y compleja. Posteriormente se lograría privatizar una por una las operaciones en marcha[319]. Por otra parte, la transferencia de depósitos minerales al sector privado permitiría el inicio de las actividades de Quellaveco y Antamina, las cuales luego de hacer importantes inversiones en trabajo de exploración continuaron con al proceso de

[316] PARODI TRECE, Carlos. *"Perú 1960–2000, políticas económicas y sociales en entornos cambiantes"*. Centro de Investigación-Universidad del Pacífico, Lima 2005, p 261
[317] PARODI TRECE, Carlos. *Ibíd.,* p. 270
[318] PROINVERSIÓN (www.proinversion.gob.pe) nos muestra en lo que respecta al stock de inversiones por sector, que el incremento de la inversión extranjera en el sector minería a pasado de ser en 1993 de 565.40 millones de US$ a junio de 2007 a 2,888.99 millones de US$.
[319] SOLDI, Carlos G. *"El caso del sector minero"*. En: Socialismo y Participación Nº 77. Lima, marzo 1997, p. 58

explotación. Otros interesantes ejemplos de proyecto mineros que datan de aquella época y que en la actualidad aún se encuentran en pleno proceso de explotación son Antamina y Pierina. En resumen, durante 1992-1996 se privatizaron 22 propiedades, lo que representó US$ 789 millones en efectivo y US$ 4,495 millones en compromisos de inversión[320].

A mediados del segundo gobierno de Alberto Fujimori (1997), todavía se consideraba que el nivel de exportaciones podía crecer a tasas reales de 4.5% (expectativas que habrían de superarse durante el *boom* en el precio de los metales). Según un estudio de Macroconsult S.A. preparado para el Instituto de Estudios Mineros la participación del sector minero bordeaba aproximadamente el 55%, en la actualidad (2007) según la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía la Minería ha constituido el 62% de las exportaciones, lo que equivale a US$ 17,328 millones.

Las cifras para esta actividad no hubieran mejorado si no se hubiera cumplido con una serie de objetivos durante el proceso de privatización y promoción de la inversión en este sector. Tal como afirma Drago Kisic[321], durante el proceso de consolidación de la inversión minera, se requería un mínimo de inversiones equivalente US$ 7,500 millones, ejecución de los 206 proyectos que se encontraban en construcción, exploración y estudio. Durante esos días el Perú se consolidaba como uno de los países con mayor potencial minero, las expectativas de crecimiento eran las mejores, pues se esperaba un desarrollo sostenido de la industria por los próximos años y ello lo demostraba la presencia de las principales mineras del mundo en nuestro país.

6.4.2.2. Legislación para la promoción de la inversión en minería

Como parte de la nueva política de tratamiento al capital extranjero, el 8 de noviembre de 1991, se promulgó la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada – Decreto Legislativo Nº 757. Este decreto tuvo por objetivo garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas efectuadas o por efectuarse en todo los sectores de la actividad económica. Para ello se señala que los precios deben estar fijados por la oferta y la demanda, lo que implico eliminar todo sistema de administración de precios salvo las tarifas de servicios públicos. Asimismo, tal como se señalo líneas arriba, se anularon todas las reservas de explotación del Estado, salvo las naturales[322].

Esta ley también señala que el Estado no establece tratamiento discriminatorio en materia cambiaria, de precios, tarifas, o derechos arancelarios, entre los inversionistas y las empresas que en estos participen, sin discriminar entre sectores o tipos de actividad económica, ni por la ubicación geográfica de las empresas, ni entre nacionales y extranjeros. Se reafirmó la estabilidad tributaria para la realización de inversiones tanto por nacionales como por extranjeros[323].

Sin embargo, fue recién con las reformas sectoriales que realmente se consolido el marco legal para impulsar la inversión en el sector minero. Dentro de las medidas

---

[320] PASCÓ-FONT, Alberto. *"El impacto del programa de estabilización y las reformas estructurales sobre el desempeño ambiental de la minería de cobre en el Perú: 1990-1997".* CEPAL. División de Medio Ambiente y Asentamiento Humanos. Serie medio ambiente y desarrollo Nº 25. Santiago de Chile, mayo del 2000, p. 10

[321] KISIC, Drago. *"Privatizaciones, inversiones y sostenibilidad de la economía peruana",* en: El Perú de Fujimori: 1990-1998, Ed. John Crabtree y Jim Thomas, Lima, Universidad del Pacífico; Instituto de Estudios Peruanos, 2000, p. 100 - 101

[322] PASCÓ-FONT, Alberto. *op. cit.,* p. 10

[323] PASCÓ-FONT, Alberto. *Ibid.,* p. 10

implementadas se público el Decreto Legislativo Nº 708 "Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero". Este decreto modificó sustancialmente la Ley General de Minería (D. Leg. Nº 109 de 1981) y por ello se solicitó que se publicara un nuevo texto de la ley de manera que existiera un Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (TUO), incorporando las disposiciones del citado decreto.

Entre los principales punto del TUO, que fuera aprobado el 2 de junio de 1992, se encuentran[324]:

- Se declara de interés nacional la promoción de inversiones en el sector minero, y con este propósito se le otorgan los siguientes beneficios (D. Leg. 708, art. 2) :
  i) Estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa
  ii) La tributación grava únicamente la renta que distribuyen los titulares de la actividad minera. El Estado reconocerá la reducción de los tributos internos que incidan en la producción minera.
  iii) Las inversiones en infraestructura serán deducibles de la rente imponible, así como los gastos en bienestar social de los empleados.
  iv) No discriminación en materia cambiaria, en lo referente a regulación, tipo de cambio u otras medidas de política económica.
  v) La libre comercialización interna y externa de bienes.
  vi) Simplificación administrativa que garantice la celeridad procesal, entre otros.
- Se permite los contratos de riesgo compartido (joint-venture) con los mismos derechos y obligaciones de las empresas no asociativas.
- Se otorga estabilidad tributaria por 10 años a las inversiones de la mediana minería cuyo monto mínimo sea de US$ 2 millones. Este tratamiento se extiende a pequeñas empresas mineras que inviertan al menos un millón de dólares y a grandes empresas mineras que inviertan un mínimo de US$ 20 millones en nuevos proyecto o US$ 50 millones en empresas ya existentes. En el caso de empresas de gran minería la estabilidad es por 15 años.
- Establece que la unidad básica de medida de superficie de una concesión minera sepa una figura geométrica delimitada por coordenadas UTM con una extensión de 100 has. Las concesiones se otorgan en extensiones de 100 a 1.000 has.

Estas entre otras medidas tuvieron un efecto positivo en la alicaída economía nacional, al punto que la minería se constituyo como uno de los principales motores para el desarrollo del país. Sin embargo, esta actividad traería consigo un significativo número de problemas sociales y ambientales para el Gobierno y las mismas empresas. Durante esta época de impulso desmedido algunas compañías mineras habían actuado impunemente, vulnerando no solamente la buena fe y los derechos de las comunidades campesinas sino además degradando el medio ambiente de manera irreversible. Así se constituyo la aparente contradicción entre minería versus medioambiente y comunidades. El desarrollo económico que generado por ingentes ganancias pero a su vez los innumerables pesares indígenas y un sin número de problemas medio ambientales.

[324] PASCÓ-FONT, Alberto. *Ibid.,* p. 12

6.4.3. Marco legal para la actividad minera en el Perú

El orden jurídico que regula la actividad minera puede abordarse desde distintos aspectos. Estas normas se encuentran en los distintos niveles del ordenamiento jurídico: leyes, decretos legislativos, decretos supremos, resoluciones directorales, ordenanzas regionales o municipales etc. Si bien podemos encontrar una serie de normas procedimentales y enunciativas, el sector cuenta además con una regulación altamente técnica que alcanza distintos aspectos como lo ambiental (aprovechamiento sostenible de recursos naturales, compatibilidad con áreas naturales protegidas, emisiones, efluentes, generación de residuos sólidos, almacenamiento y manipulación de sustancias peligrosas), salud y seguridad ocupacional, transporte entre otros.

Por cuestión práctica se desarrollará el marco legal de la actividad minera en el país, a partir de la evolución del ciclo de vida de una mina, que va desde las obligaciones exigidas antes del otorgamiento de la concesión minera y las obligaciones que persisten en los titulares mineros aún después del tiempo de vida efectiva de una mina. Asimismo se señalarán algunas obligaciones adicionales que debe cumplir todo titular minero para el inicio y continuidad de sus actividades, una vez iniciada la explotación.

6.4.3.1. Solicitud del petitorio y otorgamiento de la concesión minera

La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (Artículo 9º D.S. Nº 014-1992-EM).

Esta modalidad de otorgamiento de derechos ha sido definida por el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería – T.U.O. Ley General de Minería como un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada. La norma señala además que las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo pacto en contrario.

El procedimiento de otorgamiento de la concesión señalado en el T.U.O. de la Ley General de Minería (artículos 117º - 128º) se sigue actualmente ante el Instituto de Geológico Minero Metalúrgico (entidad que en fusión por absorción asimiló al Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero – INACC, ex Registro Público de Minería).

Según Lorenzo de la Puente se pueden identificar dos aspectos legales de alcance ambiental dentro del procedimiento de otorgamiento del título de concesión. Por un lado, está el aspecto vinculado al uso del suelo y la protección de la biodiversidad, específicamente el vinculado a las Áreas Naturales Protegidas – ANPs y su inclusión en el catastro minero (inciso e. del artículo 8º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas – Ley Nº 26834); y del otro lado, el relacionado al compromiso de desarrollo sostenible que el solicitante debe acompañar al petitorio al momento de presentarlo. Esta obligación incorporada por el Decreto Supremo Nº 042-2003-EM, establece que la presentación del compromiso previo para el otorgamiento de la concesión, ya sea la concesión minera propiamente dicha, o la concesión de beneficio. De este compromiso se desprende la obligación de presentar anualmente un informe escrito sobre “las

actividades de desarrollo sostenible"[325]. Dicha obligación no solamente se ha restringido al petitorio inicial de solicitud de concesión, el mismo Decreto Supremo modifica el artículo 35 del Reglamento de Procedimientos Mineros (D.S. Nº 018-92-EM) para la solicitud de concesiones de beneficio.

Por otra parte, es importante señalar que el petitorio minero está sujeto a restricciones. Entre estos casos están las limitaciones a la minería en áreas urbanas y de expansión urbana; las restricciones a la propiedad de extranjeros respecto a la franja de cincuenta kilómetros de la zona de frontera; así como las normas – ya señaladas – referidas a las ANPs.

En lo que respecta a las actividades primarias de reconocimiento de áreas con potencial minerológico como son el *cateo y la prospección,* consideradas como parte de la industria minera, pueden realizarse con total libertad alrededor de todo el territorio nacional; es decir, no se necesita autorización (han sido exceptuadas expresamente del sistema de concesiones – artículo VII del Título Preliminar del T.U.O. de Minería) para la realización de las mismas. Sin embargo, estas actividades no podrán efectuarse por terceros en áreas donde existan concesiones mineras, áreas de no admisión de denuncios y terrenos cercados o cultivados, salvo previo permiso escrito de su titular o propietario, según sea el caso. Asimismo, también está prohibido el cateo y la prospección en zonas urbanas o de expansión urbana, en zonas reservadas para la defensa nacional, en zonas arqueológicas y sobre bienes de uso público; salvo autorización previa de la entidad competente (artículo 2º del T.U.O. de Minería).

Finalmente, antes de pasar a las obligaciones concernientes a la etapa de exploración, es necesario señalar que tiene toda empresa minera debe alcanzar un acuerdo previo (artículo 7 de la Ley Nº 26505) con el titular del terreno superficial donde se encuentre ubicada su concesión minera. En muchos casos, esta obligación resulta determinante durante la vida de todo el proyecto minero por lo cual constituye uno de los momentos más álgidos del proceso de desarrollo de una mina. Serán estas relaciones conflictivas, donde muchas veces ha claudicado la eficacia de las normas legales debido a las disputas entre comunidad campesina y una empresa minera la base de esta investigación.

6.4.3.2. Exploración

Durante la actividad de exploración se procede a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales (artículo 8º T.U.O. de Minería).

En el aspecto ambiental esta etapa tuvo un régimen legal específico desarrollado a partir del año 1998 con el Decreto Supremo Nº 038-1998-EM, modificado posteriormente por el Decreto Supremo Nº 014-2007, que sería finalmente derogado por la actual norma el Decreto Supremo Nº 020-2008-EM – Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera.

El Reglamento actual tiene como principal objetivo la prevención, minimización, mitigación y control de los riesgos y efectos que pudieran derivarse de las actividades de exploración minera sobre la salud, la seguridad de las personas y el ambiente, así como la rehabilitación ambiental al término de las mismas, propendiendo a un adecuado

[325] DE LA PUENTE, Lorenzo y Jorge LETURIA. *"La regulación ambiental peruana y el ciclo de vida de una mina".* Año 1, N° 1. Lima. 2007, p. 6

relacionamiento entre los titulares de actividades mineras y la población asentada en su ámbito de influencia, a fin de contribuir al desarrollo sostenible (artículo 1º).

Para entender el alcance del marco legal actual es necesario resaltar una serie de modificaciones; por ejemplo, en lo referido a la clasificación de las actividades de exploración minera, pasaron de tres a ser solamente dos: *Categoría I,* para aquellos proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo, por lo que tendrá que presentarse una Declaración de Impacto Ambiental – DIA; y *Categoría II,* para aquellos proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la adopción de medidas fácilmente aplicables, estos proyecto requerirán la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado – EIA-d. Otro punto importante consistía en el procedimiento de evaluación previa solicitado a la entidad competente si el proyecto **por su ubicación** podía generar impactos ambientales considerables.

El artículo 7º del nuevo reglamento señala que el titular está obligado antes de iniciar sus actividades de exploración minera a contar con los siguientes instrumentos: a) El estudio ambiental correspondiente aprobado, de acuerdo a lo señalado en el presente reglamento; b) Las licencias, permisos y autorizaciones que son requeridos en la legislación vigente, de acuerdo con la naturaleza y localización de las actividades que va a desarrollar; y c) El derecho de usar el terreno superficial correspondiente al área en donde va a ejecutar sus actividades de exploración minera, de acuerdo a la legislación vigente.

Una obligación importante también es el denominado **cierre de minas para proyecto de exploración;** hasta antes del D.S. Nº 020-2008-EM no se había establecido en nuestro marco jurídico la obligación de cierre progresivo, cierre final y postcierre, la norma anterior (D.S. 038-98-EM) señalaba solamente del deber de iniciar las labores de rehabilitación de aquellas áreas perturbadas inmediatamente después de haber concluido su utilización. La norma actual menciona el cierre progresivo e integra las figuras de cierre final y postcierre señalando que las misma se puede diferir hasta la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental o del Plan de Cierre para la fase de explotación minera (artículo 42° D.S. 020-2008-EM)[326].

6.4.3.3. Desarrollo

Si bien el «Desarrollo» no ha sido considera como un actividad minera propiamente dicha, ha sido definida por el T.U.O. de la Ley General de Minería como la operación

[326] El Plan de Cierre de Minas es un instrumento de gestión ambiental conformado por acciones técnicas y legales, efectuadas por los titulares mineros, destinado a establecer medidas que se deben adoptar a fin de rehabilitar el área utilizada o perturbada por la actividad minera para que ésta alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida. En el caso de exploración minera se presentará cuando el titular realice labores subterráneas que impliquen la remoción de más de diez mil (10,000) toneladas de material o más de mil (1,000) toneladas de material con una relación de potencial de neutralización (PN) sobre potencial de acidez (PA) menor a tres (PN/PA < 3), en muestras representativas del material removido, está obligado a presentar un Plan de Cierre de Minas y a constituir garantía financiera para asegurar su cumplimiento, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el Decreto Supremo Nº 033-2005-EM. Por otra parte, el Plan de Cierre de Minas se presenta y evalúa conjuntamente con el EIAsd. La garantía se constituye en la fecha y bajo las condiciones que determine la autoridad, mediante la resolución que pone término al procedimiento de evaluación del EIAsd.

que se realiza para hacer posible la explotación del mineral contenido en un yacimiento. Tal como señala Lorenzo de la Puente:

> "(…) es la etapa en la se realizan los trabajos para abrir un depósito mineral para su explotación; es la etapa en la cual empieza, propiamente la actividad minera. La elaboración y aprobación del *Estudio de Impacto Ambiental,* la adquisición de los derechos superficiales; así como los derechos sobre vías de acceso, sobre fuentes de energía, sobre instalaciones para el procesamiento del mineral, las presas, las canchas de relave, entre otros aspectos, pertenecen a esta etapa. También durante esta etapa se deben obtener las licencias y permisos necesarios para la posterior puesta en marcha de las operaciones[327].

6.4.3.4. Explotación

La explotación ha sido definida por el T.U.O. de la Ley General de Minería como aquella actividad tendiente a la extracción de minerales contenidos en un yacimiento (artículo 8°).

Esta actividad fue una de las primeras etapas del proceso minero en regularse luego de las reformas estructurales impulsadas por el Gobierno de Fujimori. Gracias al apoyo decidido del Banco Mundial, la norma en mención (Decreto Supremo N° 016-93-EM – Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero – Metalúrgica) llega ha aprobarse, estableciendo entre sus disposiciones la responsabilidad de los titulares de la actividad minero-metalúrgica respecto a sus emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente. El reglamento enuncia la obligación que tienen los titulares de la actividad minera de evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolonga permanencia puedan tener efectos adversos al medio ambiente (artículo 5°).

Para entender la naturaleza jurídica del Decreto Supremo N° 016-93-EM es importante tener en cuenta que se promulgó en un contexto donde ya habían numerosas empresas mineras operando, por lo que el espíritu de la ley buscaba antes que nada regular los procesos mineros que venían desarrollándose sin ningún control legal ambiental. En esa medida la implementación de instrumentos de gestión ambiental como los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) para las empresas en actividad y los Estudio de Impacto Ambiental (EIA), para las que recién estaban por iniciar operaciones constituyeron la base de incipiente regulación ambiental peruana a inicios de los 90.

El Reglamento exige metas cuantificables y susceptibles de ser auditadas, estas se implementarían en operaciones de minado subterráneo y a cielo abierto, para el Plan de Cierre en las operaciones de minado subterráneo y a cielo abierto, para los EIA y PAMA en las operaciones de lixiviación en pilas o capas, y para la operaciones de beneficio entre otras. Los artículos presentan obligaciones respecto a la calidad del aire, estabilidad de taludes, calidad y flujo de las aguas superficiales, medidas que garanticen la estabilidad del terreno, revegetación, medidas para prevenir la contaminación de los cuerpos de agua, construcción de muros, cercos perimetrales, control de uso de insumos y de las soluciones resultantes, control de derrames, calidad de aire, caudal y calidad de las descargas de efluentes, identificación y manejo apropiado de desechos, entre otros.

---

[327] DE LA PUENTE, Lorenzo y Jorge LETURIA. *"La regulación ambiental peruana y el ciclo de vida de una mina".,* p. 8

Por otra parte, es importante tener presente que la explotación minera no es una actividad aislada, su ejecución requiere no solamente la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, el Plan de Cierre, o el otorgamiento de la Concesión de Beneficio, de ser el caso. También requiere obtener una serie de permisos y licencias, entre los cuales se encuentran los derechos de uso de agua, las autorizaciones para el uso de explosivos entre otras, estas obligaciones serán desarrolladas en un punto a parte.

Debo señalar finalmente que el presente Reglamento debe ser sujeto de una profunda modificación, ello en la medida que sus disposiciones vigentes responden a un contexto normativo diferente donde la regulación ambiental aún era incipiente. Actualmente, nuestro ordenamiento jurídico ha desarrollado entre otras regulaciones una serie de "Sistemas" como el Sistema Nacional de Gestión Ambiental, el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y el Sistema Nacional de Información Ambiental; es decir, un conjunto de marcos legales que deben ser necesariamente tomados en cuenta en la nueva regulación ambiental de la actividad de explotación minera. Quizás, el ejemplo más práctico sea la nueva categorización de los estudios ambientales que se encuentran en relación al nivel de impactos ambientales negativos de cada proyecto o actividad, los mismos que requieren para su aprobación: i) Declaración de Impacto Ambiental, ii) Estudios de Impacto Ambiental Semi-detallado, y iii) Estudio de Impacto Ambiental Detallado; los cuales, actualmente no son considerados por el reglamento y requieren inmediata adecuación.

6.4.3.5. Cierre

El artículo 3° de la Ley Nº 28090 define el Plan de Cierre de Minas como aquel instrumento de gestión ambiental conformado por acciones técnicas y legales, efectuadas por los titulares mineros, destinado a establecer medidas que se deben adoptar a fin de rehabilitar el área utilizada o perturbada por la actividad mineras para que éstas alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación paisajística.

Entre las acciones legales más relevantes del cierre está la presentación del llamado *Plan* ante la *Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM - DGAAM* y la constitución de las garantías de ejecución del mismo. El plan debe realizarse en forma progresiva durante la vida útil de la operación minera, de acuerdo al cronograma que debe ser propuesto por el titular y aprobado por la DGAAM. Luego al término de las actividades, se procederá al cierre del resto de áreas y/o instalaciones, que por razones operativas, no pudieron cerrarse antes[328].

Asimismo es obligación del titular minero constituir una garantía para cubrir los costos de cierre, lo cual debe ocurrir según la normatividad vigente, a partir del año siguiente a la fecha de aprobación del *Plan de Cierre de Minas,* dentro de los primeros doce días hábiles de cada año. Las modalidades de garantía aceptadas son las siguientes: a) cartas fianza u otros mecanismos financieros equivalentes, emitidos por un banco nacional o del exterior, de primer nivel; b) pólizas de caución y otros seguros, sin beneficio de excusión, emitidos por entidades nacionales en garantía; y d) fianza solidaria de tercero. A la conclusión de las medidas de rehabilitación ya sean correspondientes al *Cierre progresivo o* al *Cierre final,* la Dirección General de Minería es quién deberá autorizar la liberación de las garantías. Sin embargo, el incumplimiento

[328] DE LA PUENTE, Lorenzo y Jorge LETURIA. *óp. cit.,* p. 9

de las obligaciones de cierre también puede acarrear la ejecución de las garantías correspondientes[329].

6.4.3.6. Participación Ciudadana

Mediante Resolución Ministerial Nº 728-99-EM/VMM, de fecha 30 de diciembre de 1999, se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales presentado al Ministerio de Energía y Minas. Si bien, la norma reconocía la importancia de la intervención ciudadana en los procesos de evaluación de Estudios de Impacto Ambiental contenía enormes vacíos y deficiencias, entre las cuales resalta el alto nivel de discrecionalidad que se otorgaba en aquella época a la autoridad (Dirección General de Asuntos Ambientales) para merituar las observaciones presentadas por las comunidades.

Por ejemplo, no se exigía que la audiencia pública fuera en la localidad más cercana al proyecto y tampoco la presencia de traductores que facilitara la comunicación entre las partes. Estas circunstancias acarrearían distintos problemas con la población, para quienes el procedimiento constituía un trámite administrativo más, que además constituía la última obligación que debía cumplir toda empresa antes de tener por aprobado su EIA. Las consecuencias de estas falencias serían finalmente puestas en evidencia ante el país durante las fallidas audiencias públicas del proyecto minero Tambogrande y su proceso de consulta pública que tendrían como consecuencia el veto al proyecto y la necesidad de publicar una norma sobre participación ciudadana que permitiera alcanzar acuerdos entre las partes.

La norma sería derogada por la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM, que incorporó mejoras significativas en los procesos de participación y consulta pública, siguiendo las recomendaciones señaladas por la Defensoría del Pueblo[330]. El nuevo Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana contenía una serie de definiciones, y desarrollo de los procedimientos para la Consulta (antes, durante y después de presentado el EIA al MINEN) y la Audiencia Pública donde se mejoraron la condiciones establecidas en el reglamento anterior (respecto a la ubicación, el idioma del lugar y la inclusión de las observaciones, propuestas y sugerencias, que serían considerados en el informe correspondiente, formando parte del expediente). Otro punto importante de este reglamento fue que incluyo a la Municipalidad Distrital de la zona donde se realizaría el proyecto como sede de la Audiencia Pública y la obligación del titular minero de presentar allí dos (2) copias digitalizadas e impresas del EIA y el resumen ejecutivo. Por otro lado, es relevante mencionar que el reglamento exoneraba a la Exploración minera de la realización de Audiencia Pública.

Por su parte, el marco legal actual para la participación ciudadana en actividades mineras se encuentra conformado específicamente por dos normas: 1) El Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero – Decreto Supremo Nº 028-2008-EM, y 2) Las Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero – Resolución Ministerial Nº 304-2008-MEM/DM. Ambas leyes fueron promulgadas en un marco de adecuación sectorial al nuevo orden legal generado por la Ley General de Ambiente – Ley Nº 28611. Otro factor a favor de la reforma era que las normas anteriores correspondían a un contexto institucional distinto, toda vez que ya había sido dividida la Dirección General de Asuntos Ambientales en dos órganos de

[329] DE LA PUENTE, Lorenzo y Jorge LETURIA. *óp. cit.,* p. 10
[330] DEFENSORIA DEL PUEBLO. *"Ante todo, el diálogo"*. Lima, 2005

línea: la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros - DGAAM y Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos - DGAAE; más aún, el sector hidrocarburos ya contaba con un reglamento de participación ciudadana (D.S. Nº 012-2008-EM) al momento de publicarse el correspondiente al sector minero.

El nuevo reglamento contenía una serie de obligaciones para los titulares mineros, muchas de las cuales ya se venían aplicando de mutuo propio por las empresas mineras con mayores estándares de responsabilidad social. La norma reconoce que la participación ciudadana es un proceso público, dinámico y flexible que, a través de la aplicación de variados mecanismos, tiene por finalidad poner a disposición de la población involucrada información oportuna y adecuada respecto de las actividades mineras proyectadas o en ejecución. Así, el reglamento reconoce una serie de derechos de los ciudadanos como: Derecho a la participación, Derecho de acceso a la información, Respeto a la diversidad cultural, Principio de no discriminación, Principio de vigilancia ciudadana, y el Principio de diálogo continuo. En aplicación de estos derechos, el reglamento reconoce la necesidad de contar intérpretes, así como la participación de la autoridad regional en los procedimientos a cargo de la DGAAM

Respecto a la consulta, el reglamento sostiene implementar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana. Asimismo señala de manera expresa que la consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho a veto, siguiendo la misma tradición de los reglamentos anteriores.

Por otra parte, conforme al Reglamento, es obligación del titular minero contar con un Protocolo de Relacionamiento que contenga los lineamientos, principios y políticas de comportamiento que adoptara durante dicha actividad, en relación con los diferentes actores sociales que se encuentren ubicados en el área de influencia de la mina. Dicho documento se encuentra en estrecha relación con los compromisos establecidos por el D.S. N° 042-2003-EM.

Una innovación del nuevo reglamento es la clasificación de la participación ciudadana en relación al desarrollo de las actividades mineras, así tenemos: a) Participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera, b) Participación ciudadana en los proyecto de exploración minera, c) Participación ciudadana en los proyecto de explotación y beneficio, d) Participación ciudadana durante la ejecución del proyecto minero, y e) Participación ciudadana en el cierre de minas; estableciendo las condiciones mínimas para las participación.

Por su parte, los mecanismos de participación han sido desarrollados por la Resolución Ministerial que regula el proceso de participación ciudadana. En la norma se señalas hasta trece (13) mecanismos de participación ciudadana, entre los que podemos resaltar: a) Acceso a los Resúmenes Ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales, b) Publicidad de avisos de participación ciudadana en medios de comunicación, c) Encuestas, entrevistas o grupos focales, d) Materiales informativos, e) Talleres Participativos, f) Audiencia Pública, g) Oficina de Información Permanente, h) Monitoreo y Vigilancia Ambiental Participativos, g) Mesas de Diálogo, entre otros.

La norma básicamente señala que la autoridad determina los mecanismos a considerar en los procesos de participación ciudadana, según resulten apropiados. Estos mecanismo son propuestos por el titular, quién además debe contar con un protocolo de relacionamiento, como se señaló previamente, promoviendo que sea elaborado de manera participativa. Asimismo, el titular minero podrá proponer la constitución de un fondo privado, voluntario para que la población pueda financiar sus actividades de revisión. En lo que respecta a la intervención de la autoridad regional en los talleres

participativos que se realicen como parte de los procedimientos de participación ciudadana que corresponden a la gran y mediana minería se entiende como un servicio, por lo cual el titular debe cubrir los costos administrativos.

Con posterioridad al otorgamiento de la concesión, el MINEM deberá promover o ejecutar actividades a través de las cuales se informe a la población acerca del derecho otorgado, obligaciones ambientales, normativa aplicable, derecho de las poblaciones. Durante el proceso de Exploración minera, se presupone la realización de mecanismos de participación previos a la presentación del estudio ambiental, así como garantizar el acceso al contenido de dicho estudio, el cual deberá estar disponible para la población en la provincia u distrito donde se desarrollarían las actividades y en la Web del Ministerio.

En lo que respecta a la Participación en los proyectos de explotación y beneficio, el titular propone a la autoridad un plan de participación ciudadana que debe desarrollarse durante el procedimiento de evaluación del estudio ambiental. Dicho plan contiene mecanismos a ser implementados durante la ejecución del proyecto minero. Estos deben contemplar, preferentemente la implementación de una oficina de información permanente y/o un comité de vigilancia y monitoreo ambiental participativo. Asimismo, de acuerdo a la norma se debe realizar antes de la elaboración del EIA o EIAsd por lo menos un taller participativo, igual durante la elaboración. Una vez dada la conformidad al plan de participación ciudadana se publica un aviso en los diarios, señalando los mecanismos a utilizarse, plazos, etc. Para los procedimientos de evaluación de los EIAs de nuevos proyectos se considerará la realización de una o más audiencias públicas, conforme determine la autoridad. Sin perjuicio de la audiencia la autoridad podrá disponer la realización de uno o más talleres para tratar preocupaciones puntuales.

Finalmente, la participación en la etapa de cierre de minas se desarrollará en adecuación a los mecanismos dispuestos en la reglamentación ambiental especial de las actividades de cierre de minas; no obstante ello, sin perjuicio de lo señalado, se deberá: Publicar avisos, otorgar acceso a la población de los resúmenes ejecutivos y el contenido del plan de cierre de minas, difundir la información a través de un equipo de facilitadores, presentar los aportes, comentarios y observaciones a la autoridad y otros que se estime conveniente.

6.4.3.7. Otras obligaciones de los titulares mineros

Si bien el aspecto ambiental minero es el más regulado y por lo tanto el que mayor número de responsabilidades exige al titular minero, como se ha señalado, para poder dar inicio a la fase de explotación se requiere contar previamente con una serie de derechos: permisos, licencias y autorizaciones otorgados por las entidades competentes, las cuales deberán ser obtenidas por los titulares. Entre las más relevantes podemos resaltar:

a. Residuos sólidos

El titular minero debe cumplir con la Ley General de Residuos Sólidos – Ley N° 27314 y su reglamento – D.S. Nº 057-2004-PCM que desarrolla una serie de obligaciones para la correcta disposición de los residuos sólidos que se generen a durante todo el proceso de vida de la mina. Por otra parte, la empresa minera también deberá cumplir una serie de disposiciones respecto al almacenamiento y manipulación de sustancias potencialmente peligrosas, lo cual se encuentra

estipulado en el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera – Decreto Supremo Nº 046-2001-EM, así como Ley que regula el transporte terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos - Ley 28256, la Ley de Control de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados - Ley 28305 y su Reglamento Decreto Supremo Nº 053-2005-PCM entre otros.

b. Recursos Hídricos

Los derechos de uso de agua son otorgados a través de licencia, autorizaciones y permisos. Para el caso de la actividad minera, se mantiene aún una suerte de limbo jurídico mientras no se reglamente la Ley de Recursos Hídricos, norma que derogó la Ley de Aguas de 1969. No obstante ello se han promulgado una serie de normas que desarrollan lo estipulado por la norma vigente; en ese sentido en lo referido al vertimiento y reutilización de las aguas residuales por una empresa minera, la autorización debe ser aprobada por la Autoridad Nacional de Agua conforme el artículo 79 y 82 de la Ley de Recursos Hídricos – Ley Nº 29338. Dichas disposiciones han sido desarrolladas por la Resolución Jefatural N° 0291-2009-ANA, en la cual se señalan los requisitos generales y específicos con los que debe contar los titulares de la actividad.

c. Seguridad e Higiene Minera y Materiales peligrosos

Tal como lo señala De la Puente, el titular de la actividad está obligado a llevar a cabo un manejo responsable de las sustancias y materiales peligrosos que utilice en la operación, de tal forma que no generen consecuencias adversas al ambiente. Así deberá incluir en el EIA todo lo referente al manejo, planificando las medidas a tomar en caso de que se produzcan contingencias.

El Reglamento de Seguridad e Higiene Minera – Decreto Supremo N° 046-2001-EM, es la norma donde se señalan las obligaciones del titular para con sus trabajadores; así como distintas consideraciones técnicas que debe tener en cuenta, por ejemplo, durante el almacenamiento y manipulación de sustancias, así como el uso obligatorio de las hojas de datos de seguridad de materiales o HDSM. El reglamento contiene estipulaciones para el manejo de sustancias químicas, radioactivas e hidrocarburos. Respecto a la seguridad y salud de los trabajadores, la norma obliga al titular a capacitarlos en el uso de la tecnología y el manejo de situaciones complicadas en caso de emergencias. Asimismo señala las obligaciones del titular en caso de contingencias o accidentes fatales.

d. Derecho de uso del suelo

En general puede afirmarse que la presente investigación versa sobre los conflictos que se generan a raíz de las disputas por el uso del suelo. Si bien la legislación peruana ha establecido que para el uso de tierras con fines mineros se requiere un acuerdo previo con el propietario del mismo (o la culminación, casi proscrito en la práctica, procedimiento de servidumbre minera), las circunstancias generalmente se complican si la contraparte resulta ser una Comunidad Campesina.

Si bien podría resultar evidente que el acuerdo previo con el propietario se debería regir por las normas generales respecto al uso y transferencia de la propiedad inmueble contenidas en el Código Civil, así como la aplicación de normas

de carácter agrario; para el caso de Comunidades Campesinas se promulgaron normas especificas como la Ley N° 26505, que dispone la mayoría de los dos tercios de la asamblea comunal para disponer sobre las tierras comunales. Sin embargo, la falta de eficacia de la presente disposición conlleva a una serie de vacíos que aún persisten en la vida comunal como es el caso de la inscripción de la Comunidad en registros públicos, la legalización del padrón de asociados que permita conocer "realmente" quienes conforman la comunidad, la falta de delimitación de las tierras comunales y los conflictos de carácter individual frente al colectivo. En general, una serie de vacíos que no han podido ser aún salvados por el Estado ni por las propias Comunidades Campesinas que se debaten en sus propios dilemas internos, generando en muchos casos altos niveles de conflictividad cuando se interactúa con un titular minero.

Finalmente es importante señalar que estas obligaciones conforme su naturaleza, deben ser cumplidas durante el ciclo de vida de la mina; la supervisión y fiscalización de su cumplimiento se encuentra a cargo del Organismo Supervisor y Fiscalizador de las Inversiones en Energía y Minería – OSINERGMIN conforme a Ley.

6.4.4. La relevancia económica de la actividad minera: *El boom de las inversiones*

El Perú es país con una inmensa riqueza geológica. A lo largo y ancho del territorio peruano se encuentra una gran variedad de depósitos metálicos, que en el caso del oro, plata y cobre han sido explotados desde la época preincaica. La explotación minera en Perú se ha concentrado en el estudio de yacimientos de metales antes mencionados, pero también se han identificado depósitos de más de 40 sustancias metálicas y no metálicas. Existen yacimientos de antimonio, bismuto, cadmio, indio, manganeso, molibdeno, talio, telurio, tungsteno, entre los metálicos. Y de petróleo, carbón, baritina, caliza, yeso caolín, sílice, arcillas refractarias, ocres, talco, rocas ornamentales, entre los no metálicos. Sin embargo, la explotación de yacimientos no metálicos no se ha desarrollado lo suficiente, por el poco incremento industrial peruano, la baja relación precio-volumen, que aumenta sustancialmente los costos de transporte y hace poco atractiva la exportación, y finalmente, la ausencia de una política pública de incentivo a este tipo de minería[331].

La presencia de empresas "junior" (pequeñas dedicas a la explotación) canadienses ha sido un factor muy importante en el resurgimiento de la actividad exploratoria en el país. En la década de 1990 el número de áreas mineras concesionadas (derechos mineros vigentes) prácticamente se quintuplico, pasando de 2,25 millones en 1991 a 13,22 millones en el 2007[332].

[331] GLAVE, Manuel y KURAMOTO, Juana. *"Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en Perú"*. En: Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en América del Sur. Centro de Investigación y Planificación del Medio Ambiente (CIPMA) y el Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo (IDRC) – Iniciativa de Investigación sobre Políticas Mineras (IIPM). Lima, diciembre 2002, p. 531

[332] INGEMMET

6.4.4.1 Evolución económica de la minería peruana luego de las reformas estructurales

En el lustro 1995-2000, la actividad minera fue un motor importante del desarrollo económico alcanzado por el país. En este período, el cual la economía creció un promedio de 3,5%, la minería lo hizo a un promedio cercano al 7,2%. Gracias a esto, incrementó su participación en el producto bruto interno (PBI) nacional de 4,5% en 1995 a 8,6% en el 2004. El significativo incremento del PBI minero ha ido de la mano con un crecimiento importante de las exportaciones del sector: de 2,615 millones de dólares a 6,953millones de dólares en el periodo observado, es decir, un aumento de 166% entre 1995 y el 2004. Como consecuencia, pasó de representar el 47,6% de total nacional en 1995 a 55% en el 2004. Las industrias extractivas – y específicamente la minería – son la principal fuente generadora de divisas del país. En el 2004, siguiendo la tendencia del año anterior, el sector minero creció por encima del PBI total de país. La producción minera y de hidrocarburos creció 5,3% mientras que el PBI nacional lo hizo sólo 4,8%. Esto confirma la tendencia positiva que sigue este sector[333].

6.4.4.2 Impacto de la actividad minera en la economía del Perú

Durante la década del 90 hubo una recuperación en los precios de los metales que incentivó la puesta en marcha de nuevos proyectos. Esta recuperación se vio impulsada por la promulgación de la Ley General de Minería, en 1992, que fomentó la inversión privada en el sector minero y estableció mecanismos orientados a generar una mayor seguridad jurídica para la explotación minera. Si bien la volatilidad de los precios de los minerales ha sido una constante, el incremento que se experimento a partir del 2002 ha generado el aumento en la producción de los mismos[334]. Durante los últimos años la subida de los precios de los metales se mantuvo constante[335] hasta el inicio de la crisis financiera internacional que ha provocado el declive en el precio de algunos metales en la cotización internacional de su valor.

En los últimos dos años la producción de los diversos metales que exporta el país ha tenido en general una variación positiva. Por ejemplo el cobre ha presentado un incremento del 7.05%, el oro de 8,69%, el zinc de 8,54%, la plata de 4,28%, el plomo de 4,16%, el hierro de 2,62%, el estaño de 0,26% y el molibdeno de 7,98%[336].

Sin embargo, la evolución del sector minero ha tenido sus vaivenes según los demuestran las encuestas sobre potencial minero elaboradas por el Instituto Fraser. Desde 1997, se presentan los resultado de encuestas anuales sobre las condiciones para desarrollar actividad minera en distintas jurisdicciones (actualmente son 68) en el mundo. Estas encuestas reflejan las opiniones y perspectivas de las empresas extractivas y de las consultoras mineras respecto de las condiciones para el desarrollo de sus

---

[333] GLAVE, Manuel y KURAMOTO, Juana. *"La Minería Peruana: Lo que sabemos y lo que aún nos falta por saber"*. Grupo de Análisis para el Desarrollo – GRADE, 2006. Disponible en: http://www.grade.org.pe/download/pubs/InvPolitDesarr-5.pdf

[334] GLAVE, Manuel. *Ibíd.*, p 140

[335] Hay que anotar que el incremento de las cotizaciones internacionales de los principales minerales fue sumamente rápido durante el 2006, con tasas de crecimiento de 100% en un año para el cobre y la plata, de 200% para el caso del zinc, y de 50% para el oro y el plomo.

[336] MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *"Principales variables macroeconómicas y mineras"* Actualizado al 13/11/2008, p. 3. Los datos aquí consignados corresponden a la variación establecida entre el mes de enero de 2007 a septiembre de 2008.

proyectos mineros en los países productores. Este informe comprende varios índices, entre ellos, el índice "Potencial Político"[337] y el "Potencial Minero" Para el año 2005/2006, en el índice sobre "Potencial Minero", el Perú se ubicaba en el primer puesto (entre 64). Sin embargo, cuando se observa el índice sobre el "Potencial Político", el Perú se encuentra relegado al puesto 44. Para el 2006/2007, en el índice sobre "Potencial Minero" se ubica en el puesto 22 entre 65 jurisdicciones, mientras que el "Potencial Político" retrocedió al puesto 52. Sin embargo, en el último ranking 2007/2008 nuestro país escaló al puesto 28 en lo que "Potencial Político" respecta.

Según este último informe nuestra recuperación tiene que ver con una relativa mayor confianza en la estabilidad política del país[338]. No obstante no se puede pasar por alto tal como lo señala el Instituto Peruano de Economía que la inversión minera se encuentra estancada, en la medida que existen una serie de megaproyecto que no se pueden ejecutar por diversas razones. En ese sentido es necesario recordar lo señalado por la Defensoría del Pueblo respecto a los conflictos socioambientales mineros. *"(...) según la percepción de las empresas, las condiciones para el desarrollo de la industria estarían empeorando año a año en el Perú, lo cual se explicaría en parte por el aumento de los conflictos socioambientales. (...) el Estado no ha logrado resolver los conflictos socioambientales, ni ha creado las condiciones estabilidad que requieren las inversiones extractivas. (...) En ese sentido, mantener la debilidad institucional ambiental y no avanzar en la integración y mejora de la regulación ambiental pueden convertirse en factores que amenacen el desarrollo de las inversiones"*[339].

Entre los impactos más importantes para nuestra economía podemos destacar:

a. Concesiones mineras

Si bien el incremento de las concesiones mineras se ha mantenido constante de **3,685 durante el 2004** (correspondiente a 1,840,053 hectáreas) a **4,644 en el 2007** (correspondiente a 2,335,337 hectáreas)[340]. Según el Instituto de Ingenieros de Minas del Perú el 65% de las concesiones mineras espera ser explorada para garantizar el hallazgo de nuevos yacimientos. Coincidimos con el IPE en que los conflictos sociales asociados a las actividades mineras son el principal problema para el inicio de las actividades de exploración[341].

b. Exportaciones

---

[337] El índice de "Potencial Político" incluye parámetros como administración, interpretación y fiscalización de las normas, regulación ambiental, consistencia de las normas, impuestos, seguridad jurídica, conflictos sociales, infraestructura, estabilidad política, condiciones laborales, información geológica y seguridad.

[338] Según el Instituto Peruano de Economía este resultado es reflejo de los buenos resultados de nuestras empresas mineras, que se reflejan en que el Perú es el segundo productor mundial de cobre y zinc; además de haberse resuelto durante el 2007 el tema de las regalías mineras, gracias a la inclusión del aporte voluntario. IPE. Comentario diario. *"Minería: Aprovechemos la venta de oportunidad"*. 12 de marzo de 2008. Disponible en: http://www.ipe.org.pe

[339] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Extraordinario: "Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú"*. Lima, Abril 2007, p. 39

[340] Según el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico – INGEMMET a septiembre del 2008 el número de concesiones mineras otorgadas es 3,380, lo cual tendencia se mantiene.

[341] INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. Comentario diario. *"Cómo contrarrestar la hostilidad contra la minería"*. 27 de febrero de 2008. Disponible en: http://www.ipe.org.pe

La minería es uno de los sectores que más contribuyen con las exportaciones del país, debido a su orientación hacia el mercado internacional. A diferencia de la década de los 80, a partir de 1994 (luego de las medidas de estabilización y promoción de la inversión minera) se apreció el aumento de las exportaciones mineras y las exploraciones totales. Las exportaciones mineras se elevaron a un ritmo de 34% anual, en promedio, durante el periodo 1993-1995, pasando de 1.454 millones de dólares a 2.615 millones de dólares. El aumento del valor exportado coincide con el incremento de precio de los minerales durante la primera mitad del decenio de 1990. Entre los años 2000 y 2005 las exportaciones se triplicaron (pasando de 3,220 a 9,759). Esto demostró el dinamismo que ostenta el sector, originado principalmente por fortalecimiento de la demanda internacional de minerales, impulsado en gran medida por las altas tasas de crecimiento de la economía china. En la actualidad según cifras del Banco Central de Reserva y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria la actividad minera durante el 2007 ha exportado US$ 17,328 millones que son el 62% del total de las exportaciones del país[342].

c. Canon minero, regalías y derecho de vigencia

Según la ley, los minerales (que forman parte de los recursos naturales) son patrimonio de la nación. Su explotación se otorgar a los particulares a través de un derecho denominado concesión minera por la cual el particular tiene que pagar un valor denominado derecho de vigencia.

Debido al carácter no renovable de los recursos minerales, la actividad extractiva esta sujeta al pago de la llamada *renta de escasez,* que representa el costo de oportunidad intertemporal de su explotación. En esa línea, el canon minero no es un mecanismo compensatorio – pues no equivale a dicho costo – sino más bien un mecanismo de redistribución de la renta generada por la explotación de los recursos naturales[343].

El canon equivale a ***50% de los fondos recaudados por el Estado*** por concepto de impuesto a la renta (IR) de tercera categoría de las empresas mineras, es decir se aplica sobre las utilidades generadas en el ejercicio correspondiente. Por ello, la recaudación empieza luego de que la empresa ha recuperado su inversión inicial. Además, transcurren cerca de dieciocho meses entre el momento en que la empresa realiza su primer pago de IR a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y el momento en que el canon se transfiere a las localidades correspondientes[344]. Del total recaudado por concepto de canon, ***10% se destina al distrito donde se encuentra la mina, 25% a la provincia, 40% al departamento y 25% al gobierno regional. Los gobiernos regionales deben entregar 20% de lo transferido a las universidades públicas de su jurisdicción, monto que debe ser utilizado exclusivamente en investigación científica y tecnológica.***

---

[342] SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA, PETRÓLEO Y ENERGÍA. *"Minería en cifras"*. Disponible en: http://www.snmpe.org.pe (Consultado en Agosto 2008).

[343] Este se encuentra contemplado en la Constitución Política del Perú (artículo 77) y en la Ley de Canon 27506, de julio del 2001. en la ley se establece que los recursos del canon solo pueden ser utilizados para el financiamiento de proyectos u obras de infraestructura de impacto regional y local.

[344] GLAVE, Manuel y KURAMOTO, Juana. *"La Minería Peruana: Lo que sabemos y lo que aún nos falta por saber"* op. cit., p. 170

En los últimos años el canon minero se incrementó en medida importante debido al aumento de las utilidades de las empresas mineras por el alza internacional del precio de los metales. En el 2004 se transfirieron a gobiernos regionales y locales más de 451 millones de soles por concepto de canon minero. Dicho monto representó un crecimiento de casi 60% respecto al año anterior y de más de 700% para el periodo 2000-2004. Para el 2006 el ingreso por canon aumento algo más de un 300% alcanzando la cifra de 1,746,379 millones de soles, sin embargo las cifra seguiría creciendo, alcanzando el 2007, los 5,157,001 millones de soles. Más aún, a octubre del 2008, el monto transferido por canon es de 4,435,675 millones de soles[345].

Por otro lado, el reciente proceso de regionalización experimentado en el Perú también ha contribuido a presionar por una mayor transparencia de los beneficios generados en las industrias extractivas. La falta de recursos económicos con los que cuenta este proceso ha generado presiones para que se apliquen otras medidas que conduzcan a elevar los presupuestos de las regiones. En este contexto, en el 2004 se aprobó la Ley 28258 de Regalías Mineras. La regalía es un gravamen que afecta porcentualmente el valor de las ventas de los minerales extraídos; es decir, es un gravamen *ad valorem* que se impone sobre las ventas y no sobre las utilidades[346]. Según el Tribunal Constitucional, las regalías minera es la contraprestación del titular de la concesión minera a los gobiernos regionales y locales por la explotación de recursos no renovables, justificada en la necesidad de la Nación de recibir beneficios de sus propios recursos antes de que se agoten[347].

Luego de que se declarase infundada la acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Regalías Mineras y el debate sobre el posible deterioro que estas podrían ocasionar a la competitividad del sector minero llegara a su paroxismo, el problema se resolvió con el denominado aporte voluntario que lamentablemente no se ha cumplido a cabalidad y según declaraciones de miembros de la SNMPE estaría próximo a desaparecer por la caída de los precios de los metales. No obstante ello, según cifras del Ministerio de Economía y Finanzas, el país en el 2006 recibió por este concepto 367,084 millones de soles; el 2007, 478,918 millones de soles y a octubre del 2008, 348,988 millones de soles.

Finalmente en lo que correspondiente al derecho de vigencia, entendido como la retribución económica por el mantenimiento de la concesión y cuyo incumplimiento priva de efecto a la concesión misma, constituyéndose como causa de caducidad de la concesión; durante los años 2006 y 2007 el Estado ha recibido 90, 578 y 97,087 millones de soles respectivamente.

---

[345] MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *"Principales variables macroeconómicas y mineras"* Actualizado al 15/10/2008, p. 16

[346] GLAVE, Manuel y KURAMOTO, Juana. *"La Minería Peruana: Lo que sabemos y lo que aún nos falta por saber"* op. cit., p. 172

[347] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. *Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente Nº 0048-2004-PI/TC.* Acción de Inconstitucionalidad interpuesta contra artículos de la Ley Nº 28258 – Ley de Regalía Minera. § 6, considerando nº 53

6.4.4.3. El escenario actual de la actividad minera peruana: Índices, variables y cartera estimada de proyectos[348]

Antes del comienzo de la crisis financiera internacional (a mediados de 2009), la actividad minera en el Perú se encontraba en auge pues el precio de los metales se había incrementado sosteniblemente durante los últimos años, lo que generaba que muchas empresas mineras capitalizarán una rentabilidad no esperada.

No obstante ello y a pesar que muchas operaciones de exploración e inicio de explotación tuvieron que ser pospuestas y los especialista no se ponen de acuerdo respecto al final de la crisis, la actividad minera en el Perú se ha venido recuperando del bajón sufrido por los precios internacionales. Más aún cuando el oro se volvió una importante fuente de reserva ante el declive de los mercados mundiales y el cobre ha vuelto a alcanzar cifras interesante producto de la reactivación de la economía China.

Ahora bien es importante señalar que el Producto Bruto Interno Minero durante el 2009 e inicios del 2010 presenta un balance negativo con respecto al 2008 e inicios del 2009, lo cual es producto de la crisis financiera internacional. Por ello, dado los resultados del 2009 y el precio de los *commodities* durante ese año, se estima que los resultados no aparezcan muy auspicios; sin embargo, considero que las mejoras tras la reactivación del sector se verá reflejada recién en las cifras a fines del año.

Por otra parte, del total de exportaciones del 2009 e incluyéndose febrero del 2010, la actividad minera representa el 61% del valor total, cifra que muestra la consolidación e importancia del sector minero en este rubro.

Luego de una fuerte caída de las inversiones mineras durante el 2009, las inversiones en el mes de marzo ascendieron a US$ 292´933.736, 25.8 más que en el mes de febrero que fue de US$ 232´923.681. Las inversiones en el sector han crecido por tercer mes consecutivo durante el 2010[349].

El número de petitorios mineros mantuvo un incremento sostenido desde el 2005 hasta la actualidad, pasando de 4, 889 a 9,793 (total 2008). Sin embargo durante el 2009 los petitorios disminuyeron llegando solamente a ser 5,235 en total. Este hecho producto de la crisis financiera internacional que estaría afectando directamente a las empresas mineras *junior*, responsables directas de la explotación de concesiones mineras. Según lo señala Semana Económica, las mineras *junior* verían amenazada su propia subsistencia, ello debido a la crisis en las bolsas y la poca disponibilidad de los Bancos para otorgarles financiamiento[350]. No obstante ello, producto de la reactivación del sector a marzo del 2010, el total de petitorios minera alcanza casi el 50% del año anterior con la cifra de 2,582 petitorios mineros.

---

[348] Elaborada en base a información del Ministerio de Energía y Minas. *Boletín Mensual de Minería*, Mayo 2010, Lima, Perú

[349] Las inversiones en minería ha tenido épocas altas y bajas no obstante ello ha sido sostenida por ejempleo entre las principales inversiones efectuadas en el periodo 2007 – 2008 podemos señalar: 1) La firma de Acuerdo con Michiquillay, el 24 de junio de 2008, la empresa inglesa Anglo American firmó un acuerdo social con las comunidades de Michiquillay y la Encañada, ambas en Cajamarca, con el cual se obtendrá en los próximos años US$ 201 millones para se empleados en desarrollo agrario, infraestructura y salud; 2) La puesta en marcha de la mina de oro y cobre Cerro Corona (Cajamarca), la Compañía Gold Field La Cima S.A. ejecutó una inversión de US$ 550 millones, su producción anual se estima sea de 150 mil onzas finas de oro y 27 mil TMF de cobre al año; y 3) Banco Chino otorgará préstamo de US$ 2,000 mil millones a la empresa minera estatal de China Aluminium Corp. para desarrollar el proyecto de cobre Toromocho. Esta última se encuentra actualmente en evaluación del EIA.

[350] TOWNSEND K. Augusto. *"Estrategia de corto plazo: sobrevivir"*. En: Semana Económica Nº 1149, 30 Noviembre 2008

Asimismo, es importante señalar que al 28 de abril del 2010, el total de derechos mineros títulos alcanza el número de 34,566 comprendiendo una extensión de 15´067,864 hectáreas.

Finalmente dentro de la cartera estimada de proyectos mineros al marzo de 2010 contamos con 36 proyectos mineros de los cuales seis son ampliaciones (Southern, Shougang, Votarantim, Cerro Verde, Antamina y Sociedad Minera El Brocal), tres presentan inversión confirmada (Southern "Proyecto Tía María", Chinalco "Toromocho" y Buenaventura "La Zanja")[351], en estudio de factibilidad se encuentra tres (Miski Mayo "Bayovar" , Rio Blanco "Rio Blanco" y Anglo American "Quellaveco"), el resto que corresponde a un total de 24 se encuentran en la fase de exploración. Es importante señalar que el total estimado de inversiones alcanza la cifra de US$ 37,398 millones[352].

***

Para concluir este punto es importante reseñar el informe elaborado por *Macroconsult* a solicitud de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía – SNMPE[353]. La consultora evaluó los alcances de la contribución económica de la minería. Su informe final cuenta con dos capítulos, el primero analiza el impacto macroeconómico de la minería, mientras que el segundo se avoca al carácter microeconómico de la misma. Para la elaboración del informe Macroconsult tomo en como referencia la Tabla de Insumo Producto (INEI, 1994 – Producción real en millones de S/.). Asimismo se tomo como base las cifras sobre minería del 2007.

En el primer capítulo la pregunta central es: *¿Qué pasaría con las principales variables económicas del país con una reducción drástica o incluso un escenario de cierre total de la actividad minera?* Durante el desarrollo se elabora una serie de escenarios donde se identifica los efectos de la caída de la minería sobre el Producto Bruto Interno, la inversión privada, el tipo de cambio, la inflación, las finanzas públicas y las cuentas externas.

Entre las conclusiones más importante podemos resaltar que:

- En un escenario de cierre parcial (por ejemplo reducción de la actividad minera en un 10%), la contracción del PBI per-cápita sería entre 3% y 5% dados los efectos directos, indirectos e introducidos que genera. A esto se sumará una perdida de empleo que según los estimados del informe alcanzaría entre el 0.2% y 0.6% de la PEA. Esta pérdida de dinamismo se reflejaría además en una pérdida de recursos fiscales (ingreso tributarios) de casi 9% reduciendo el superávit fiscal a 1.9% del PBI. Además, la pérdida de divisas de la economía se observaría en una contracción de las exportaciones de alrededor del 9%

[351] Estos proyectos han presentado graves conflictos sociales con distinto nivel de intensidad. Siendo el caso de Tía María la más perjudicada dado el fecha que se había previsto para el comienzo de la etapa de construcción de la mina.

[352] Debido a la crisis internacional 9 empresas mineras que se encontraban en proceso de exploración reportaron diferir los proyecto, entre las más resaltantes podemos señalar el «Proyecto Minas Conga (Oro)» de la empresa Minera Yanacocha y el «Proyecto Las Bambas (Cobre)» de Xstrata Copper, que habían estimado US$ 1,500 millones de inversión cada una.

[353] MACROCONSULT. *"Impacto Económico de la Actividad Minera en el Perú"*. Lima, Julio de 2008. Disponible también en http://www.snmpe.org.pe/pdfs/LibroMacroconsult.pdf .

generando un reducción del superávit en cuenta corriente a 0.1% del PBI. Esta reducción del superávit externo es consistente con presiones devaluatorias que llevarían el tipo de cambio a niveles promedio de S/. 3.20 por dólar generando un aumento de la inflación a 1.89%.

- En un escenario de cierre total (paralización completa de la actividad minera), la contracción del PBI per-cápita podría alcanzar incluso el 28.1% dados los efectos directos, indirectos e inducidos que genera. La perdida de empleo llegaría a casi el 2% de la PEA. Por otra parte, esta pérdida de dinamismo se reflejaría en una pérdida de recursos fiscales (ingresos tributarios) de casi 40% produciéndose niveles de déficit fiscal por encima del 4% del PBI. Además, la perdida de divisas de la economía se observaría en una contracción de las exportaciones de alrededor del 60% produciéndose un déficit en cuenta corriente que alcanzaría poco más del 13% del PBI. Esta apertura de la brecha externa es consistente con presiones devaluatorias que llevarían el tipo de cambio a niveles promedio de S/ 4.0 por dólar generando una escala de inflación mínima de casi 8%.
- La economía peruana en el 2007 logró exportar US$ 17,328 millones adicionales, además de mostrar un superávit en la cuenta corriente. Sin la minería la economía peruana tendría niveles de déficit en cuenta corriente en un monto que representa el 13% del PBI.
- En un escenario de déficit, se incrementaría el tipo de cambio conllevaría a presiones inflacionarias, ocasionando una reducción en el poder adquisitivo de los ciudadanos. Al interior de la canasta de consumo, se estima una variación positiva en lo precios de pan y cereales de 16% y alquileres de 33% como mínimo.
- La minería ha permitido al Estado Peruano recaudar S/. 10,768 millones es decir el 25% del total recaudado. Sin la minería el Estado no sólo perdería estos recursos sino posiblemente casi S/. 22,000 considerando ingresos no tributarios y contracción en los recursos recaudados por industrias relacionadas. Una reducción los ingresos en tal magnitud generaría un déficit fiscal del 4.4% del PBI aumentando el stock de la deuda pública a niveles por encima del 50% del PBI.
- El estudio ha estimado que perder S/. 22,000 millones en término del presupuesto para el 2008 significa 13 veces el gasto conjunto asociado a los principales programas sociales (PRONAA, SIS, A trabajar Urbano y Juntos) y 2 veces el presupuesto agregado de los principales sectores sociales (educación, mujer y desarrollo social, salud, vivienda y trabajo).

El segundo capítulo se analizó el impacto del sector minero en los hogares a nivel distrital en la sierra del Perú, a través de metodologías usadas en la realización de estudios socioeconómicos, donde se busca evaluar el impacto del proyecto de desarrollo sobre la calidad de vida de las personas que son partícipes del mismo. La idea fue determinar si la presencia de actividad minera ha generado efectos positivos o negativos en los distritos donde se desarrolla dicha actividad. El impacto es definido como la diferencia entre el conjunto de resultados en un escenario con minería y los resultados en un escenario sin minería.

Para elaborar los escenarios a analizar, se utilizó un método de emparejamiento (usando un método llamado “correspondencia de puntuación en la propensión”), a partir

del cual se identificaron aquellos distritos (mineros y no mineros) similares entre sí, de acuerdo a las características que exhibían en el año 1993, para que puedan ser comparables. Luego, se empleó un diseño para la evaluación de impacto para el año 2007 de un conjunto de variables agrupados en 4 categorías (ingreso, capital humano, infraestructura social y de la vivienda, y vulnerabilidad económica).

Entre las conclusiones más importantes podemos resaltar:

- El ingreso per-cápita de un hogar ubicado en un distrito minero es S/. 126 mensuales más que el de un hogar en un distrito no minero. Esto significa que una persona que vive en un distrito minero recibe un ingreso, en promedio, superior en 54.7% al ingreso recibido por una persona que vive en un distrito no minero.
- En los distritos mineros se observa una esperanza de vida poco más de un año superior en los distritos no mineros. Asimismo, la tasa de desnutrición infantil observada tiende a ser 4 puntos porcentuales menos.
- En términos de impactos educativos se observa que la presencia minera está asociada con una mayor acumulación de años de educación, menor tasa de analfabetismo tanto en el total como en la tasa referida a las mujeres.
- En cuanto a la infraestructura social y de la vivienda, la promoción de hogares con electricidad en un distrito minero alcanza el 67.6% por encima del 54.5% registrado en los distritos sin presencia minera.
- La presencia de la actividad minera reduce significativamente la probabilidad de ser pobre y de tener un menor grado de desarrollo social. Según el informa, la presencia de la minería está asociada con una reducción en la probabilidad de que un hogar sea pobre de alrededor del 15%, y que el jefe del hogar perciba a su familia como tal en un 11%. En el caso del índice de desarrollo humano, se observa que los distritos mineros muestran mejores condiciones socioeconómicas que los distritos no mineros. En lo que respecta al índice de carencia de Foncodes los distritos mineros muestran una menor probabilidad de que un distrito muestre carencias económicas y sociales.

6.4.4.4. Breve comentario a los impactos económicos de la actividad minera en las poblaciones dentro de su ámbito de influencia

Las poblaciones urbanas y rurales ubicadas en las áreas de influencia de un proyecto minero reciben una serie de beneficios de esta actividad. Las empresas por ejemplo, necesitan construir, ampliar o mejorar caminos y carreteras para acceder a las diferentes zonas de actividad. También se desarrollan sistemas de generación y distribución de energía eléctrica. Más aún, encontramos la necesidad de capital humano y bienes y servicios que determinan un incremento en el empleo e impulso a un mercado local por la demanda de la empresa y sus contratistas.

Las empresas mineras muchas veces son las únicas en las zonas que cuenta con servicios básicos (agua potable, comunicaciones, saneamiento y electricidad), de salud, e incluso servicios de esparcimiento, por lo que se convierten muchas veces en proveedores de estos servicios en la zona.

En lo que respecta al canon y otros ingresos ya mencionados que benefician a los gobiernos locales y regionales donde se asientan las operaciones constituyen sumas cuantiosas que de otra manera no podrían adquirir estos gobiernos regionales. Por

ejemplo, en junio del 2007 el canon recibido por Ancash fue de S/. 1,393 millones de nuevos soles; Tacna, Cajamarca y Moquegua, por su parte, recibieron S/. 610, S/. 425 y S/. 362 millones de nuevos soles respectivamente.

Por otra parte, muchas empresas han empezado a impulsar programas de responsabilidad social empresarial a las comunidades en aspectos como la capacitación técnico – productiva. De esta manera suplen muchas veces el vacío del Estado, que no alcanza a ofrecer los servicios públicos básicos al no estar presente en estas zonas. Por todo ello, en principio, la actividad minera muestra que su inversión genera una serie de impactos positivos en la economía de las poblaciones directamente relacionadas al proyecto minero.

6.5. Impactos sociales, culturales y ambientales de la actividad minera en el Perú.

Sin embargo, la actividad minera también genera otro tipo de impactos en su ámbito de influencia. La pretensión académica de diferenciarlos en ambientales, sociales y culturales se mantiene latente; sin embargo, un ejercicio como este requiere un estudio sumamente amplio (particular al caso en concreto), que analice cada unidad minera y su relación con los impactos ambientales y la correlación de estos con los cambios sociales y culturales en las comunidades que se encuentran a su alrededor e incluso más allá.

La noción de *medio ambiente* es sumamente amplia, lo cual implica distintas definiciones que pueden resultar amplias o restrictivas según el caso en concreto. Por ese sentido, la presente investigación asume la definición de *medio ambiente* como el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio (geográfico) y tiempo determinado[354]; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concreto[355].

Por otra parte, es evidente que existe una serie problemas sociales que son previos o no tiene relación directa con la contaminación ambiental que pueda generar la actividad minera. Por el contrario, generalmente son escenarios sociales complejos, predispuestos por razones ajenas a la minería, las que alcanzan con facilidad un alto nivel de conflictividad social, muchas veces esta complejidad social es producto de la ausencia Estatal que ha generado sentimientos de resentimiento y exclusión producto de la pobreza y desamparo en que se encuentran sumergidos estos sectores sociales frente a la "modernidad" que traen los que ingresan a sus tierras con la intención de iniciar actividades extractivas. A este contexto social con el que deben lidiar muchas veces las industrias extractivas, se le debe agregar la falta de comunicación adecuada entre los actores (comunidades, empresas, Estado). Estos hechos son detonantes de conflictos que si bien no se relacionan directamente con problemas ambientales tienen igual o mayor peso en el momento de iniciar la protesta.

Es importante marcar estas diferencias pues permitirá entender cuales son las condiciones sociales y ambientales en que se encuentran las comunidades campesinas y su reacción frente a la contaminación y otros circunstancias que aparecen necesariamente con la llegada de un campamento minero y el inicio de las extracciones.

---

[354] ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *"Manual de Derecho Ambiental"* Proterra. Lima: Llama Gráfica, 2006, p. 505

[355] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC. Fundamento 27, tercer párrafo.

6.5.1. Las implicancias ambientales de la actividad minera

Se afirma que la contaminación es el principal problema que identifican las comunidades campesinas asentadas dentro del ámbito de influencia de la actividad minera, calificando muchas veces que se encuentran en peores condiciones que antes de la llegada de la minería[356].

Ahora bien, los impactos que genera la actividad minera en el medio ambiente tiene están relacionados con la capacidad de la empresa para tratar los costos ambientales derivados de la ubicación geográfica, los métodos de extracción, fundición, la construcción de nueva infraestructura por los servicios requeridos y la sostenibilidad en el manejo de los residuos o métodos de deposición.

Citando lo señalado por el Banco Mundial[357], los impactos ambientales más conocidos pueden ocurrir durante cada fase del ciclo minero: exploración, explotación (subterránea o tajo abierto), beneficio, almacenamiento y transporte de mena entre otras. Dependiendo del proceso empleado en cada fase, los impactos ambientales pueden ser generados por:

i. Deposición impropia de los restos de roca;
ii. Contaminación del aire producto de las operaciones de fundición;
iii. Deficiencia en la contención de escoria, tratamiento y disposición de desechos tóxicos que a menudo gotea a las fuentes de agua ;
iv. Construcción de infraestructura, caminos de acceso y la operación de planta de energía; y
v. Construcción de campamentos de trabajo, centros de operaciones.

A su turno, cada una de estas actividades tiene el potencial de originar impactos adversos en el aire, la hidrología y calidad del agua, en la biodiversidad y los ecosistemas, en la salud y la seguridad de las infraestructuras. Mientras es obvio el impacto que ocurre en el entorno inmediato de la minera y sus depósitos de residuos; comunidades y ecosistemas lejanos también pueden ser expuestos a los impactos adversos de las operaciones mineras (particularmente si los residuos gotean hacia las cuencas mientras son llevados a áreas remotas) [358].

***

Los impactos de la actividad minera en los recursos hídricos

Según Doris Balvín[359] se ha constatado impactos de la actividad minera en las cuencas hidrográficas donde interviene, generando conflictos socioambientales debido, en

[356] RECHARTE, Jorge y otros. *"Dimensión Social de la Minería en el Perú: roles del Estado en la promoción del diálogo y solución de los principales problemas percibidos por los actores"*. Consultaría realizada para el Consorcio de Investigación Económica y Social – CIES. Septiembre, 2003. Disponible en: http://www.consorcio.org/CIES/html/pdfs/MineriaFinal.pdf

[357] BANCO MUNDIAL. *"Riqueza y sostenibilidad: Dimensiones Sociales y Ambientales de la Minería en el Perú"*.Resumen Ejecutivo. Abril, 2005.

[358] WORLD BANK. *"Wealth and Sustainability: The Environmental and Social Dimensions of the Mining Sector in Peru"*. May, 2005. Appendix 3: Mining Activities in Peru, p. 173 (Traducción libre del texto en ingles).

[359] BALVÍN DÍAZ, Doris. *"La cuencas andinas frente a la contaminación minera"* en Derecho y Conflictos de Agua en el Perú, Ed. Armando Guevara Gil. Junio, 2008. Las conclusiones alcanzadas por

muchos casos, a la débil institucionalidad que presenta la gestión del agua en nuestro país. Según la investigación, los impactos de la actividad minera en las cuencas donde se desarrolla pueden darse de las siguientes maneras:

- *Cambiando el régimen natural de las aguas*

La dimensión de su impacto dependerá especialmente del tamaño de las operaciones mineras, de la tecnología empleada y de la localización de los proyectos mineros. El tamaño de las operaciones mineras magnificará el impacto de las mismas. La lógica de la extracción de minerales hoy en día es la economía a escala. Se pueden extraer depósitos de más baja ley de mineral a menos costo, pero con una mayor y extensiva remoción de materiales para el minado. Se logra así un más bajo costo de producción de extracción de los minerales. Sin embargo, no necesariamente el costo ambiental y social de las mismas es menor, y como consecuencia se externalizan estos costos a la sociedad, pues éstos no incluyen en su valoración la huella ecológica correspondiente. Las grandes operaciones mineras hoy en día se hacen derivando fuentes de agua. Por ejemplo, la Laguna Antamina fue desecada para desarrollar el tajo de la mina Antamina. Por su parte, Minera Yanacocha lleva el nombre de la Laguna Yanacocha, lugar donde desarrolló su primera mina de oro.

- *Impacto en la disponibilidad de agua*

Grandes volúmenes de agua son usados por la minería para el procesamiento del minera, sobre todo en los proceso de concentración de los sulfuros. Además, la remoción de suelos para la extracción del mineral trae como efecto la pérdida de los flujos de agua superficial y subterránea del área impactada. Un caso típico es el de Minera Yanacocha, que requiere de la remoción de la cobertura vegetal para poder extraer oro. La dimensión del impacto del desarrollo minero en el agua recién fue reconocida en el Estudio de Impacto Ambiental de Cerro Negro. Hoy los resultados de ese estudio forman parte de la política ambiental de Yanacocha[360].

- *Impacto sobre la calidad del agua*

El deterioro de la calidad del agua por efectos de la minería es causado por el drenaje ácido de la mina. Las modalidades son variadas: cuando las aguas entran en contacto con el mineral en la zona de minado; durante el procesamiento del mineral; al entrar el agua en contacto con las pilas de desmontes; o por utilizarse el agua como medio de transporte de relaves y/o de concentrados.

- *Impacto sobre los ecosistemas acuáticos*

---

la abogada se dan en el marco de los resultados de la investigación realizada por su persona con un equipo de profesionales de la Asociación Civil Labora y la Universidad de Newcastle de Gran Bretaña, sobre Agua y Minería en el Perú. El estudio se dio en el marco del debate sobre este tema promovido por el Grupo de Diálogo Minería, Medio Ambiente y Desarrollo en el año 2006.

[360] Para dimensionar los impactos, por ejemplo, tómese en cuenta que Yanacocha interviene en la cabecera de 4 cuencas hidrográficas y en la divisoria continental de aguas del Pacífico y el Atlántico. Su impacto en la disponibilidad de aguas se da tanto por su uso como insumo en la producción por el efecto de su extracción para lo trabajos mineros.

El contacto de las zonas mineralizadas con las fuente de agua puede terminar impactando ecosistemas acuáticos. Es el caso de la localización de actividades mineras en cabeceras de cuencas o el uso de sistema de disposición de desechos en cauces de ríos, poniéndolos en riesgo de contaminación.

- *Contribución al cambio climático*

Según el estudio, la actividad minera es un importante contribuyente al calentamiento global. Ello debido a que su lógica de producción para el abaratamiento de sus costos de extracción es la economía de escala. La consecuencia es un alto consumo de combustibles fósiles, tanto en la fase de minado como del proceso metalúrgico. En ese último proceso se usan dichos combustibles para la fundición de metales. En el caso peruano los estudiosos afirman que los efectos del cambio climático comienzan a manifestarse en la reducción de los glaciares, que constituyen nuestra principal fuente de agua en la vertiente occidental de los Andes. Por ello los ecosistemas de alta montaña son considerados frágiles. Esta es una dimensión ignorada cuando se evalúa la huella ecológica de las actividades mineras.

Por su parte, Banco Mundial[361] tiene presente entre una de las principales preocupaciones sobre contaminación del agua por la actividad minera, la generación de grandes volúmenes de restos sólidos resultados de los procesos de extracción, incluyendo la escoria. La extracción de estos grandes volúmenes de residuos sólidos para acceder al mineral puede representar mayores problemas para su tratamiento y rehabilitación. En operaciones donde la concentración u otros procesos sobre el mineral son realizadas en el sitio, las escorias generadas también requieren ser tratadas. Minerales con bajo contenido de metal (menos que 0.4 por ciento), genera una significante cantidad de escoria. En el Perú hay un buen número de ejemplos en los cuales las rocas residuales y los depósitos de escoria prácticamente exacerban los impactos ambientales. Esto ha sido documentado en todos los que presentan relación con la industria del cobre.

Otro problema es que los desagües y restos de lodo de las minas con alto contenido de sulfuro en los minerales pueden volverse altamente ácidos y contener altos concentrados de minerales metálicos disueltos, los cuales a menudo termina cerca de las cuencas. Los efluentes de las canchas de relave también pueden contener concentraciones de cromo (de varios miligramos por litro). Además, el trasvase de las escoria de los métales básicos pueden contener también altas concentraciones de tiosales[362]. Los químicos usados en la flotación y otros procesos de concentración de metales pueden generar también problemas tóxicos cuando se liberan en efluentes. Las escorrentías superficiales también pueden representar significantes problemas ambientales por la erosión y los remantes de la escoria y otros residuos. Más aún, es común encontrar explosivos (como el nitrato de amonio) en la escorrentía superficial. Además, la transportación de material minado y maquinaria de mantenimiento y reparación pueden alcanzar a contaminar las fuentes agua a través de sólidos en suspensión.

---

[361] WORLD BANK. *"Wealth and Sustainability: The Environmental and Social Dimensions of the Mining Sector in Peru"*. May, 2005. Appendix 5: Water Pollution and Wastes Issues, p. 177 (Traducción libre del texto en ingles).

[362] El prefijo *tio* significa azufre.

Contaminación por efluentes químicos han sido registrados en numerosos yacimientos mineros a través de todo el Perú incluyendo: (a) el vertido de polvo de los depósitos tóxicos de la Minera Mayoc en Tamboraque, se cree que el plomo causo impacto en la salud de las comunidades adyacentes y puso en riesgo el Río Rimac (la principal fuente de agua para el área metropolitana de Lima); y (b) En 1997 se reportó que en los tributarios noreste del Río Mantaro y partes de la Laguna Junín – áreas donde los impactos negativos de las industria minera se ha acumulado por siglos – toda la vida acuática había sido virtualmente eliminada, mientras el agua ya no podía ser utilizada para el consumo humano o la agricultura. En general se ha estimado que la actividad minera y metalúrgica descarga un estimado de 13 billones de metros cúbicos de efluentes en cuerpos de agua alrededor de todo el país[363].

Los pasivos ambientales de la actividad minera

Según la Ley Nº 28271 se definen como Pasivos Ambientales Mineros (PAMs) "todas las instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, en la actualidad abandonadas o inactivas y que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

Entre el 2001 y 2003 mediante el Proyecto Eliminación de Pasivos Ambientales (Proyecto EPA), implementado por el Ministerio de Energía y Minas, logrando identificar 611 pasivos a nivel nacional (del total, el 72% eran concesiones mineras con propietarios/operadores identificables). El EPA también elaboró un estimado grueso del costo de rehabilitación de los pasivos ambientales del Perú que bordea los US$ 200 – 250 millones, cifra preliminar y que no toma en cuenta los considerables pasivos de las empresas de propiedad estatal, como lo fue Centromin[364].

Durante el 2004 y 2005 se identificaron 239 pasivos más haciendo un total de 850; este último inventario se realizo en cumplimiento de lo establecido por el Decreto Supremo Nº 059-2005-EM dado el 8 de diciembre de 2005. Así mismo, mediante Resolución Ministerial Nº 487-2007-MEM/DM se aprobó la inclusión de pasivos ambientales mineros en la cuenca del Río Llaucano, provincia de Hualgayoc, departamento de Cajamarca[365]. Finalmente mediante Resolución Ministerial Nº 079-2008-MEM/DM se incluyeron cuatro (04) pasivos ambientales ubicados en el Río San Juan, delta de Upamayo y parte norte del Lago Chinchaycocha.

[363] CHANG, Marcos. *"Salud ambiental en el Perú: Diagnostico y Estrategias de Acción"*. Reporte del Banco Mundial. Lima, 2003. Para uso oficial solamente. Citado por en el Banco Mundial en el Reporte: *"Wealth and Sustainability: The Environmental and Social Dimensions of the Mining Sector in Peru"*

[364] BANCO MUNDIAL. Resumen Ejecutivo *Ibíd*.

[365] El Fondo Nacional del Ambiente – FONAM (entidad responsable de obtener los fondos y financiamiento para la remediación y rehabilitación de los PAMs) fue la entidad encargada de identificar y presentar la lista de pasivos ambientales para que fueran evaluada por la Dirección Técnica Minera (entidad responsable de identificar, elaborar, actualizar y priorizar los pasivos ambientales mineros) la cual aprobó la inclusión de los pasivos ambientales.

6.5.2. Las implicancia sociales de la actividad minera

Para el Banco Mundial[366] los problemas sociales se producen en diferentes grados, dependiendo, en parte, si la región en cuestión es una zona de actividad minera antigua o reciente, o si se trata de un área nueva en donde previamente no se habían llevado a cabo actividades mineras. Entre los problemas identificados tenemos:

- Expectativas insatisfechas de empleo y beneficios;
- Impactos de la adquisición de tierras y reasentamientos;
- Proliferación de la prostitución y la violencia; y
- Débil cumplimiento de la normatividad e incluso ausencia del Estado

Como he señalado anteriormente en la introducción de esta sección, se pueden generar impactos en las comunidades campesinas como consecuencia del inicio del proceso de exploración o explotación de un proyecto minero que no necesariamente contengan dentro de sí un componente ambiental. Estas situaciones sociales y culturales ya forman parte del contexto con el cual interactuarán los trabajadores de la empresa minera o se presentarán conforme se vayan implementando las necesidades y exigencias de cada proyecto minero en particular.

Lo señalado por el Banco Mundial sirve como una guía para conocer los desencuentros que con más habitualidad se presentan a raíz de un proyecto minero. Por ello, dejando de lado el tema de la "contaminación" que se configura como el principal elemento disociador de las relaciones comunidad y minería, debemos señalar otros aspectos que serán desarrollados con mayor profundidad en la parte correspondiente de la tesis.

Según el informe del CIES[367] los problemas de organización es otro problema identificado como producto del impacto de la actividad minera en la vida comunal. En algunos casos la actividad, minera lleva a las poblaciones a fortalecer sus organizaciones para poder relacionarse de una manera más adecuada con la empresa, en otros, la organización se ve debilitada y la población dividida. Las mejoras implican la formación de comités de negociación, el fortalecimiento de la confianza entre ellos, entre otras cosas. Los impactos negativos están relacionados con problemas preexistentes a la llega de la actividad minera. Las comunidades son típicamente grupos heterogéneos, en unos casos diferenciados por su condición o no de comuneros, sus niveles económicos o red de soporte social. En este entorno se puede presentar la traición de los líderes o autoridades, los cuales muchas veces se asocia a la falta de preparación o la falta de transparencia en las negociaciones con la mina, mediante negocios con la empresa minera que buscan el beneficio personal o de un sector de la comunidad.

Un punto interesante respecto a ello, es el tema del *trabajo*. Las zonas donde generalmente se desarrolla la actividad minera se encuentra dentro de las zonas más deprimidas económicamente, por ello la llegada de las operaciones mineras son vistas como "la" posibilidad de alcanzar cierto desarrollo a través del trabajo que pueda otorgar la mina. Mucho se ha dicho y escrito respecto a la real posibilidad de generar

[366] BANCO MUNDIAL. *Ibíd.* Así mismo el Banco señala que existe la percepción de la minería como una actividad contaminante que afecta los recursos hídricos y produce emisiones que contaminan el aire y afectan negativamente la salud pública.
[367] RECHARTE, Jorge y otros. *Ibíd.,* p. 58 - 59

empleo que tiene una operación minera, en todo caso debemos dejar en claro que no todas las minas en explotación pueden cumplir al máximo las expectativas laborales que genera su llegada. Muchas veces son estas expectativas no cumplidas las que generan nuevas fricciones entre comunidad – empresa minera, pues estás no siente que puedan obtener algún beneficio de la extracción de los minerales de sus tierras. Por otro lado, la relación se torna conflictiva cuando las oportunidades laborales son recibidas por unos pocos, generando resentimiento, desconfianza y divisiones sociales entre los miembros que trabajan para la mina y los que no; así, los comuneros que trabajan en la mina se alejan de la organización comunal, no participan ni apoyan las decisiones comunales. Para resolver este problema muchas comunidades se han decidido que las conversaciones con las compañías no solo serán con las autoridades sino con toda la masa.

Respecto a la proliferación de la prostitución y violencia estos no se pueden comprobar como causa directa de la construcción de un campamento minero, si bien es evidente que una compañía minera dinamiza el comercio y la economía de una zona, la preocupación por el desorden social se refiere más a la competencia que aparece entre grupos o familias locales debilitadas por los procesos de cambio social rápido de los proyecto mineros. El aumento de la población, la llegada de gente de afuera así como el mayor movimiento económico lo identifican como las causas de este desorden[368].

***

El Estado Peruano es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, mediante el sistema de concesiones mineras (dirigida por el INGEMMET), otorga al titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes de una cuadrado rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM)[369]. La Ley General de Minería – LGM reconoce que la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada (art. 9).

Como ya se señaló, este marco legal constituye el primer escalón de una serie de desencuentros sociales y jurídicos entre las comunidades campesinas y empresas mineras. La necesidad de adquirir terrenos y áreas productivas de las comunidades, así como llevar en algunos casos adelante procesos de reasentamiento involuntario en pan de cada día en casi todos los proyectos mineros que pasan del proceso de exploración a ejecución. Tanto la compra de tierras como el reasentamiento de pobladores por parte de las compañías mineras es uno de los procesos más complejos, en el que las poblaciones identifican abuso e injusticia[370].

Los procesos de adquisición de tierras por parte de las empresas mineras en muchos casos resulta ser una experiencia traumática para las comunidades directamente afectadas por la concesión minera. Ante estos hecho surge una serie de preguntas respecto a la consulta que debió hacérseles antes de entregarse en concesión el subsuelo donde se asentaba sus tierras comunales, las cuales muchas veces no se encontraban ni

[368] RECHARTE, Jorge y otros. *Ibíd.,* p. 62

[369] La Ley General de Minería señala: *"Artículo 11.- (...) Las concesiones se otorgarán en extensiones de 100 a 1,000 hectáreas, en cuadrículas o conjunto de cuadrículas colindantes al menos por un lado, (...). El área de la concesión minera podrá ser fraccionada a cuadrículas no menores de 100 hectáreas. Para tal efecto, será suficientes la solicitud que presente el titular de la concesión".*

[370] RECHARTE, Jorge y otros. *op. cit.* p. 61

siquiera formalizadas, lo que generaba mayor debilidad en el momento de la negociación.

Sobre este aspecto, señala Recharte que la percepción de los pobladores reasentados es que se ejerció presión sobre ellos para hacer que vendieran sus tierras, consideran que en la negociación se aprovecharon de ellos por su falta de experiencia y educación, así como la manera violenta en la que muchas veces fueron retirados de sus propiedades. La cita siguiente resume bien la situación en la que se encuentran muchas comunidades campesinas de cara la negociación con empresas mineras:

> *"Inmediatamente nos exigieron que firmemos y como no estábamos preparados entonces nosotros todavía nos dijeron que aplicarían por ley de servidumbre y nosotros por tener miedo nosotros firmamos y ni siquiera hemos leído bien el documento, fríamente nos agarraron… no hemos tenido ni tiempo, ni donde recurrir, ni donde ir a consultar ¿no? Al toque ellos vinieron 'ya firmen ya' y elaboraron ese documento, ya les hicieron firmar, huella no más…"*
>
> *(Comunero de Carguayoc)*

Estos procesos de acceso a las tierras de las comunidades campesinas afectan toda la relación entre empresa y comunidad por muchos años. Por ello, las diferencias y desencuentros respecto a la disposición sobre las tierras comunales; así como, la legislación que la regula requiere una profundización que permitan conciliar las distintas causas que determinan la aparición de conflictos sociales.

Por ello considero, citando a Bebbington, que la expansión minera (...) constituye una suerte de competencia entre dos proyectos geográficos: un proyecto que implica una gobernanza de territorios que permite su ocupación por múltiples actores y otro que implica una gobernanza que asegure la ocupación por un solo actor. El primero implica cambios territoriales sucesivos, cotidianos y marcados por continuidades con significados históricos; el segundo implica cambios territoriales drásticos, no bien entendidos por la población local y que traen consigo una combinación de mayor riesgo e incertidumbre bajo **el criterio**[371] de promover modernidad. Por tanto, la expansión minera lleva a nuevos encuentros entre distintas geografías, entre distintas territorialidades, entre actores sociales que antes no se conocían y entre distinto modelos de desarrollo y de vida[372].

[371] El autor de la cita utiliza la palabra: **excusa**; a diferencia de él, considero que sí hay espacios poblacionales donde la minería es la mejor oportunidad para emprender el camino hacia el desarrollo dado la precariedad de nuestro Estado que no puede llegar a todos sus ciudadanos. Sin embargo, también soy consciente que hay espacios donde la mejora de la minería es muy relativa.

[372] BEBBINGTON, Anthony (Ed.). "Minería, movimiento sociales y respuestas campesinas: una ecología política de transformaciones territoriales". Instituto de Estudios Peruanos, Centro Peruano de Estudios Sociales, Lima, 2007, p. 24-25

CAPÍTULO IV

CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS EN RELACIÓN A LOS VACÍOS NORMATIVOS PARA LA DISPOSICIÓN DE LAS TIERRAS COMUNALES EN UN CONTEXTO DE REUBICACIÓN INVOLUNTARIA DE LA COMUNIDAD

> *"Un impacto de la adquisición de tierras de uso agropecuario para fines energético minero es la reducción de fuentes de subsistencia, ingresos monetarios y poder en una comunidad. Un adecuado manejo de estos impactos implica analizar la forma de propiedad y uso de las tierras. La propiedad puede ser comunal o individual. El uso puede ser también comunal o familiar. Es posible también que no exista propiedad legal sobre el predio pero que éste sea tradicionalmente explotado por la población. El análisis de la propiedad de las tierras bajo impacto directo debe realizarse en el estudio de línea de base que permita determinar con claridad los sujetos de compensación"*[373].
>
> *"El reasentamiento se considera involuntario cuando las personas o comunidades afectadas no tienen derecho a negarse a la adquisición de tierras que da como resultado el desplazamiento".*

Hasta hace algunos años, el valor del derecho de propiedad se identificaba más con la seguridad jurídica necesaria para el adecuado desarrollo de actividades económicas dentro de un sistema de libre mercado. Sin embargo, en los últimos años, con el avance de nuevas plataformas jurídicas de reconocimiento de derechos, el derecho de propiedad ha pasado a adquirir nuevas dimensiones para quienes son titulares del mismo.

Así, pasando por el Convenio 169 de la OIT, un Tratado Internacional que aún no se ha sido implementado[374], hasta las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconocen "nuevas e importantes" dimensiones en el derecho de propiedad para el caso de los Pueblos Indígenas; los profesionales del derecho hemos sido testigos de una serie de desfases y conflictos en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas emitidas para regular el estilo de vida y el modelo de desarrollo de estos grupos de ciudadanos[375].

Actualmente, el derecho de propiedad ha adquirido nuevos alcances; contemplando, por ejemplo, elementos culturales de raíz antropológica que en el caso de los Pueblos Indígenas fundamenta su relación ancestral con la tierra. Más aún, se reconoce la permanente interacción con otros derechos, lo cual ha impactado en su preponderancia

---

[373] Minera Chinalco Perú S.A. *Estudio de Impacto Ambiental.* Sección 10, p. 10-12

[374] Con fecha 21 de junio de 2010, la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio Nº 142-2010-DP/SCM remitió al Congreso de la República, las observaciones del Poder Ejecutivo a la autógrafa de la *"Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio Núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo"*.

[375] En ese sentido, es relevante señalar el papel que han cumplido los conflictos sociales en la dación, reformulación y derogación de normas en nuestro ordenamiento jurídico, las más significativas relativas a la participación ciudadana, el aprovechamiento de los recursos naturales, procedimientos administrativos para la aprobación de estudios ambientales, etc. Desde hace ya varios años, la protesta ha constituido un camino efectivo para obtener del gobierno aquellos requerimientos (leyes, compromisos técnicos, espacios de participación ciudadana) que a través de mecanismos formales (muchos de ellos implementados precariamente) hubieran resultado imposible de alcanzarse.

al momento de dilucidar los nuevos alcances de su función social; la cual, ya no se limita a la clásica visión que propugna una mejor asignación de los recursos, sino además, toma en cuenta una serie de elementos que trascienden lo meramente económico.

En este contexto de reformulación (o cuando menos el intento) de las reglas jurídicas, se desarrolla el debate en torno a la disposición de terrenos comunales para la ejecución de proyectos mineros a gran y mediana escala. Se discute por una parte, de manera apasionada, los alcances y limites del derecho a la consulta, su carácter vinculante (el derecho a veto) y su relación con la soberanía del Estado en cuanto al aprovechamiento de los recursos naturales (dominio eminente); asimismo, desde diversas perspectivas, se analizan y postulan teorías que buscan encontrar una solución a la inmanejable conflictividad social que presentan desde inicios de la última década las industrias extractivas en nuestro país.

En ese orden de ideas, resulta necesario hacer un paréntesis respecto a lo señalado sobre el derecho de propiedad, a fin de desarrollar la conexión que lo detallado presenta con los conflictos sociales. Así, esta tesis postula que la política de promoción de la inversión minera ha terminado por jugar en contra de la actividad que los últimos tres gobiernos (Fujimori a García) con tanto ahincó han buscado consolidar. Este desmido afán por abrir caminos a la inversión, significó – por ejemplo – hasta hace algunos años, una débil regulación del componente ambiental de la actividad minera, no solamente por la promulgación de normas técnicas que se encontraban por debajo de los estándares internacionales de calidad ambiental, sino además por encargarse a la entidad competente de la promoción de la inversión de este sector, la responsabilidad de evaluarlo, supervisarlo y fiscalizarlo (lo cual bajo cualquier criterio de razonabilidad resulta completamente contradictorio)[376]; ello, por lo demás, significó la desregulación de elementos trascendentales al largo plazo como son el componente social y un esquema de gestión de la actividad minera que convierta en polos de desarrollo a las localidades y regiones donde se asienta su actividad[377].

El total desprecio que ha mostrado el Estado por el debate, reaccionando solamente si hay protestas, con una presencia pobre o nula en las zonas donde se desarrolla la actividad minera, encontrándose en la contradictoria posición de estar socialmente deslegitimado, pero a su vez irremediablemente necesario para resolver conflictos sociales, constituyen actualmente el principal obstáculo para la consolidación de la inversión minera en nuestro país.

Por ello, volviendo al tema de la propiedad, no basta con reconocer un sistema de derechos de propiedad, tampoco asignarlos correctamente e incluso dilucidar el complejo esquema de aprovechamiento de la tierra que se desarrolla en las alturas donde también florecen megaproyectos mineros; sino además, es indispensable la presencia del Gobierno que en cumplimiento de su deber de defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado, establezca mecanismos que permitan consolidar un esquema de confianza, donde los actores al entrar en conflicto encuentren en la labor de los funcionarios públicos, la acción necesaria para alcanzar aquel justo medio aristotélico que podríamos denominar "desarrollo sostenible".

---

[376] La competencia de evaluación de las actividades mineras aun se mantiene bajo la responsabilidad del Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros.

[377] Para mayores referencias véase: Gerardo Damonte. *"El esquivo desarrollo social en la localidades mineras"*. En: Análisis & Propuestas. GRADE. Junio, 2008 N° 14

Sin embargo, cuando toca analizar casos como los de la presente investigación referidos a procesos de reasentamiento, reubicación o desplazamiento de comunidades a raíz de proyectos mineros, encontramos que ya se ha asumido como inevitable los costos del desarrollo; resultando aún más inadecuado dejar a libre disposición, voluntad y método de la empresa minera, el proceso para cumplir con todos los requisitos y acuerdos para sacar adelante el proceso; se asume que constituye una decisión entre privados y no se discute nada más.

El Estado no entra a tallar, por ejemplo, en el debate respecto a qué significa desnaturalizar el derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras, las consecuencias sociales, culturales, ambientales del mismo; las responsabilidades técnicas de los distintos sectores del Gobierno en este proceso; se olvida que la protección y promoción del derecho de propiedad constituye la base del modelo liberal de desarrollo ya consolidado. No se discute la naturaleza real o aparente del derecho de propiedad de las comunidades campesinas o su integración en circunscripciones territoriales como caseríos, centros poblados o pequeños distritos donde se asientan los proyectos mineros; lo importante es develar si la gente que se vea perjudicada podría afectar el cronograma de desarrollo del proyecto en caso decidieran iniciar una protesta.

Por ello, estoy convencido que da lo mismo para las empresas mineras sí existe derecho de propiedad o no, pues sea la condición legal que se encontrará no existe mecanismo legal que impida la adquisición de tierras por parte de una empresa minera. La formalización del derecho de propiedad es visto como un mero formalismo, lo importante es otorgar una asignación y beneficios que permitan acceder a la tierra, asegurándose que luego de haberse culminado con la reubicación de la comunidad o el grupo poblacional que fuera, no se presenten actos de protesta y violencia contra el proyecto; el debate respecto a estas consideraciones sigue ausente, aún no han empezado.

Por lo tanto, el presente capítulo tiene como principal reto no solamente promover una propuesta ante la ausencia de un marco normativo especifico respecto a los procesos de reasentamiento poblacional; sino además, ir a contracorriente de la poca voluntad política del Gobierno para crear políticas públicas que redistribuyan competencias entre los sectores involucrados en los procesos de desplazamiento de personas, se asignen responsabilidades en función no solamente al mandato constitucional sino además que una relativa legitimidad social sea condición necesaria para asumirla; resulta necesario develar qué significado tiene para el Estado Peruano el derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras, y cuanto de real o aparente tiene la tan mentada oposición al modelo de desarrollo que brinda la minería por parte de estos grupos de ciudadanos.

7. Cuestiones Preliminares

Corresponde a la presente sección exponer la posición de la investigación en cuanto a los elementos más controversiales y objeto de análisis a lo largo de la tesis. El Derecho – más aún en contextos de conflictividad social – es un instrumento dinámico que favorece a quién mejor lo interpreta. En ese sentido, la presente sección expone mi visión respecto la realidad jurídica de las Comunidades Campesinas en relación a los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT y las responsabilidades que para el Estado se generan a partir de ello. Al final, la sección posterior expondrá un bosquejo del desarrollo de la tesis en cuanto a la visión de los problemas y soluciones a los

problemas jurídicos derivados de los problemas que se originan cuando nos encontramos ante concesiones mineras sobre territorios comunales.

7.1. Comunidades Campesinas, Estado y el Convenio 169 de la OIT

La discusión en torno al nivel de protección jurídica que debe otorgar el Estado Peruano a las Comunidades Campesinas es un tema sumamente controversial; el mismo se encuentra enmarcado entre dos corrientes jurídicas que responden a su vez a distintos modelos de pensamiento (que a su vez se traducen en dos concepciones distintas de desarrollo), los cuales han resultado muy difíciles de conciliar. Por un lado, el desarrollo que ostenta actualmente el Perú como país, ha tenido como una de sus bases un marco legal que ha priorizado la promoción de actividades de extracción de minerales, otorgando a los inversionistas una serie de facilidades y oportunidades, y por qué no, manteniendo también durante mucho tiempo la debilidad institucional responsable de la evaluación, supervisión, fiscalización y sanción en el sector minero; la cual, no obstante algunas modificaciones, aún mantiene cierto nivel de dependencia respecto a su finalidad última, ello se refleja al mantener en el sector promotor de la inversión, la competencia para aprobar/desaprobar los estudios ambientales, documentos que constituyen requisitos indispensables para dar paso al inicio a las actividades de exploración y/o explotación.

Por otro lado, encontramos una corriente jurídica que responde a un cambio de paradigma respecto a la importancia que se otorga al componente ambiental y social en el desarrollo de estos proyectos. Esta visión alcanza su mayor expresión en nuestro país, en los casos relativos a la promoción de derechos para las Comunidades Campesinas y Nativas, enmarcados dentro del contexto legal establecido por el Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo; el cual, desde hace varias décadas viene proponiendo el reconocimiento de una serie de derechos que – paradójicamente – resultaron inconcebibles durante un buen tiempo para funcionarios públicos y parte del empresariado responsable de los más importantes proyectos mineros de nuestro país.

En buena cuenta, así podemos resumir la disputa ideológico-jurídica en torno al reconocimiento de más derechos ciudadanos a las Comunidades Campesinas y consecuentemente, el incremento del número de responsabilidades para el sector privado y el Estado antes, durante y después del desarrollo de proyectos mineros.

Por ello, resulta indispensable asumir una postura respecto a los temas más controvertidos del debate[378]; no sin antes dejar en claro que – como todo en el derecho – nada puede considerarse blanco y negro, resultando finalmente todo alturadamente

[378] En cuanto el tema de la "Consulta" y su carácter vinculante o no; debo manifestar que esta debe entenderse como un fin en sí mismo y no un medio; es decir, la consulta por sí misma no funcionara en nuestro país si no se resuelve una serie de temas conexos, como el nivel de preparación de los participantes "no técnicos", la calidad y sencillez de la información que se difunde, la imparcialidad del Estado respecto a los proyectos (sean estos mineros o energéticos), entre otros detalles. Por otra parte, para que un proceso de consulta sea realmente efectivo, el Estado debe cumplir con refundar la idea de comunidades campesinas y nativas, partiendo de la obligación de identificarlas y reconocerles los derechos que su naturaleza especial les confiere; sin una posición estatal coherente, respecto a quienes son los beneficiarios de este particular marco legal de protección será imposible iniciar un proceso legitimo de consulta. El Estado debe asumir este compromiso y no excusarse en argumentos como el de la soberanía de sus decisiones, o el dominio eminente sobre los recursos naturales, ambas posiciones jurídicas evidentemente sólidas, pero que en la práctica no resuelven (y por el contrario generan) problemas.

debatible (aunque no necesariamente rebatible). En ese sentido se procederá a exponer una serie de conceptos que resultan indispensables para fundamentar lo expuesto en la presente investigación, cuáles son los problemas y contradicciones, y finalmente hacia donde debe dirigirse nuestro marco legal en lo que respecta al reconocimiento de derechos y la definición de responsabilidades tanto en el aparato estatal como el sector privado.

****

En ese sentido, la observación por parte del Poder Ejecutivo de la Autógrafa de la *"Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio Núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo"* (en adelante la Autógrafa de la Ley), servirá como punto de referencia para exponer algunos conceptos relevantes para la presente investigación. Toda vez que se asume la misma como la posición jurídica y oficial del Estado respecto a los temas en cuestión.

Así, el tema principal que debe dilucidarse en esta primera parte, constituye establecer una correcta definición legal de Comunidad Campesina. Partiendo por los antecedentes debemos recordar – conforme detallamos en el marco teórico – que desde el punto de vista jurídico, la Comunidad Campesina se encuentra históricamente vinculada a la relación que han mantenido con sus tierras. Se podría señalar incluso que la idea de Comunidad Campesina a lo largo de la historia de nuestro ordenamiento legal ha sido definida en función a la disposición que estas puedan tener sobre sus tierras[379]. Basta repasar los textos constitucionales para verificar que esta premisa es cierta; así, la Constitución de 1920 señalaba en su artículo 41° que:

> "*Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades indígenas son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley".*

Para luego señalar:

> *"El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan"* (artículo 58°).

Es decir, el reconocimiento constitucional de las Comunidades Campesinas que se daba por primera vez en nuestra historia jurídica republicana y constitucional, venia de la mano con el reconocimiento de su carácter de propietarias sobre sus bienes (entiéndase tierras).

Por su parte, la Constitución de 1933 volvería a hablar de las Comunidades Indígenas, reconociendo su existencia legal y personería jurídica (artículo 207°),

[379] Como se sabe, fue durante la Reforma Agraria impulsada por el Gobierno Revolucionario de la Fuerzas Armadas que se dejo de lado el nombre de Comunidades Indígenas, pasándose a denominarse a estos pueblos como "Comunidades Campesinas" y "Comunidades Nativas", dado el contenido peyorativo que se otorgaba durante aquella época a lo indígena, a la palabra indio.

vinculándolas siempre a la propiedad de sus tierras. Así, el artículo 208° señalaba: *"El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente"*. Para agregar en el artículo siguiente, que su propiedad era imprescriptible e inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización; siendo asimisma inembargable.

Como puede observarse nuevamente, toda mención a las Comunidades vino seguida del reconocimiento de derechos sobre sus tierras. Más aún, el texto constitucional mostraba a un Estado Peruano preocupado por adjudicar tierras para las Comunidades Indígenas que no las tuvieran en la cantidad suficiente para su población, considerando incluso la posibilidad de expropiar propiedad privada para tal propósito. Sin embargo, nada de ello se cumpliría hasta la Reforma Agraria, otros tiempos.

Asimismo, tanto la Constitución de 1979, como la de 1993, con las diferencias en cuanto al nivel de protección de las tierras comunales ya señaladas, también se asemejan en lo que respecta a la definición jurídica de Comunidad Campesina basada en su relación con la tierra.

Por lo tanto, se debe concluir que *"toda definición legal contenida en nuestro ordenamiento jurídico sobre Comunidades Campesinas, las describe en función a la relación intrínseca que guardan con sus tierras; es decir, a los derechos que sobre la misma ostentan las familias que la integran"*; lo cual, constituye una verificada visión legal de larga data.

Así también lo entendería la Ley General de Comunidades Campesinas, que las define en su artículo 2° como:

> *"Organizaciones de interés público con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la* ***propiedad comunal de la tierra*** *(…)"*.

Por su parte, el concepto que ensaya el Código Civil vigente, las identifica como organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros.

Asimismo, nuestro ordenamiento jurídico dispone que la existencia legal de dicha institución se encuentre supeditada a la constitución de una "personería jurídica"; es decir, la conformación de aquel sujeto de derecho colectivo que desde la ficción representa la existencia de toda su colectividad, sus capacidades, derechos, obligaciones y fines. Desarrollándose ello dentro del marco del Decreto Supremo N° 008-91-TR y el Código Civil, desarrollado ya en el marco teórico.

Requisitos facticos y técnicos para la inscripción de una Comunidad Campesina

Resulta relevante señalar que en el plano formal, para que exista "legalmente" una Comunidad Campesina se necesita (artículo 3° del D.S. N° 008-91-TR):

- Primero, *constituir un grupo de familias*, respecto a este detalle es importante señalar que no se ha establecido una cantidad exacta del número de familias necesarias, si bien algunos especialistas señalan que el número adecuado bordearía

las 50, una rápida revisión del Directorio de Comunidades Campesinas demuestra que la inscripción de "Comunidades" se ha realizado tanto en aquellas que han acreditado 30 como las que registran 500 familias o más; es decir, no hay un criterio técnico que establezca un parámetro;

- Segundo, *tener la aprobación de por los menos los dos tercios de los integrantes de la Asamblea Comunal*; en estos casos, las comunidades cumplen con los parámetros que rigen para la constitución del cualquier asociación civil, es decir, primero se debe conformar un padrón de comuneros, redactar su Estatuto y posteriormente elegir a su Directiva Comunal, la cual dirigirá la Asamblea General donde se tomará la decisión de iniciar los trámite ante la entidad correspondiente para su reconocimiento oficial como Comunidad Campesina, cuya Resolución será inscrita en el Registro Regional de Comunidades y comunicada a los Registros Públicos a fin de completar el trámite de inscripción conforme a ley;

- Tercero, ***encontrarse en la posesión de su territorio***, es decir, nuestro marco legal no establece como obligación demostrar algún tipo de título sobre la tierra en la que se encuentran asentadas la comunidades campesinas, basta que se encuentren allí, en pleno ejercicio de la posesión de la tierra que señalan como suya; ahora bien, respecto a este detalle – como ya se ha señalado – correspondía al PETT realizar todos los trabajo técnicos para establecer la zona que exactamente correspondía a su territorio[380], del cual se obtenía un plano debidamente elaborado donde se señalan los linderos y colindantes, el cual se constituía en el documento fundamental para obtener el reconocimiento legal por parte del Estado Peruano[381].

Ahora bien, reseñada la definición de "Comunidad Campesina" establecida en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde analizar si su concepto guarda similitud con la idea de "Pueblo Indígenas" que establece el Convenio 169 de la OIT. Esta correlación resulta fundamental para comprender el ámbito de responsabilidades que deberá asumir tanto el

[380] Según señala Benjamín Gutiérrez Leguía en su texto *"La formalización de la propiedad rural en el Perú. Periodo 1996-2006, lecciones aprendidas"*, los profesionales del PETT empleaban una metodología basada en tecnología GPS, la cual permitía el levantamiento catastral de los predios, principalmente en la zona de Selva y Ceja de Selva; posteriormente se identificaba la áreas prioritarias que podían ser zona con mayor potencial agrícola o pecuario; una vez compilada la información cartográfica catastral, se procedía a establece la estación base sobre un punto extendido partiendo de la Red GPS del Instituto Geográfico Nacional, mediante equipamiento geodésico. Así los funcionario del PETT, ante de la visita de campo, notificaba a los posesionario, indicando la fecha y hora de los trabajos de linderación y empadronamiento, para posteriormente en una reunión explicar a los agricultores las ventajas del proceso de levantamiento catastral (cada posesionario y sus vecinos estén presentes e indiquen los límites del lindero); posteriormente se realiza un post procesamiento de información GPS, mediante software especializado, para lo cual se debe contar con la ficha técnica de información de los valores de la estación base; estos datos servirán para general el SIG catastral, mediante la aplicación del CAD se procede a editar los datos generando los polígonos de cada uno de los predios y accidente geográficos levantados, asignándoles la unidad catastral correspondiente, y mediante software SIG, con una estructura de datos diseñada según las necesidades.

[381] Es importante señalar nuevamente, que durante mucho tiempo el Estado a través del PETT no cumplió con la obligación de establecer los linderos y colindancias de las tierras de las comunidades campesinas, señalándose que ante la presencia de objeciones por parte de otros posesionarios, no tenía la competencia para resolver el problema, olvidando que podía proseguir su función respecto a las zonas donde no se presentaban conflictos, dejando en la solución de los problemas de linderos en manos del Poder Judicial, conforme señala la norma de deslinde (artículo 13°).

Estado como los particulares (en este caso los titulares de derechos mineros) respecto a ellos, toda vez que las disposiciones señaladas en el Convenio van – sin lugar a dudas – más allá de lo establecido en el marco legal interno.

Así, tal como se ha detallado en el marco teórico, "Pueblos Indígenas" para la OIT constituyen «aquellas poblaciones con un pasado en el país al momento de la conquista o colonización y que independientemente de su situación jurídica conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; además de poseer la denominada "conciencia de identidad indígena" como criterio fundamental para ser salvaguardados por la disposiciones del Convenio».

Respecto a esta definición, el Poder Ejecutivo señaló, en el sexto fundamento de su observación a la Autógrafa de la Ley, que la misma extendía la definición de Pueblos Indígenas y originarios a la comunidad campesina andina y costeña. Situación que según el Ejecutivo era errónea, pues implicaba reconocer derechos a grupos de ciudadanos que no guardaban relación con la definición establecida en el Convenio 169 de la OIT.

Para mayor detalle, corresponde citar textualmente lo señalado por el Oficio N° 142-2010-DP/SCM remitido a la Presidencia del Congreso de la República, donde se afirmó claramente que:

> *"La comunidad andina, como institución española existente en Castilla e impuesta por la legislación virreinal en 1570, está sustantivamente vinculada a la ciudad, al comercio y a los servicios del Estado, superponiéndose en muchos casos los distritos con las comunidades. Más aún, algunas comunidades costeñas aún existentes en lo formal, actúan como empresas inmobiliarias en beneficio de sus dirigentes en el negocio de terrenos y playas (…)".*

Sobre este comentario, se evidencia una la lectura parcial del artículo 7° de la Autógrafa de la Ley (referida a los criterios de identificación de los Pueblos indígenas u originarios) por parte del Poder Ejecutivo; lo cual no implica desconocer necesariamente la plausibilidad de sus argumentos; sin embargo, en merito a la verdad, resulta indispensable hacer hincapié en el contexto social, económico, jurídico y político que otorga sentido a lo señalado por el Ejecutivo, ello a fin de comprender mejor el contexto actual y sus implicancias.

Para ello es importante retroceder a 1979 y rememorar que desde su reconocimiento legal casi 60 años atrás, las Comunidades Indígenas eran consideradas un grupo que debía ser protegido y tutelado por el Estado, otorgándose a sus tierras mayor valor y seguridad jurídica. Sin embargo durante la República (sino antes), muchas de las tierras ubicadas en la serranía y costa de nuestro país habían sido repartidas entre algunos barones latifundistas, que controlaron la distribución de las tierras, ello hasta el inicio y desenlace de la revolución social de la Fuerzas Armadas que impulsaría el proceso de Reforma Agraria[382].

Así, vigente el marco legal de aquella revolución, se estableció un nuevo cuerpo jurídico de protección durante el primero Gobierno Aprista, donde se aprobó la Ley General de Comunidades Campesinas, además de la Ley de Deslinde y Titulación de

[382] Para mayores referencias sobre este importante momento para la sociedad peruana leer: *"Cuentos feos de la Reforma Agraria Peruana (2010)"* del antropólogo peruano Enrique Mayer, un texto sumamente rico en información y detalles que abordan desde distintas perspectivas, este proceso social que aún no ha sido completamente procesado por gran parte de peruanos.

tierras comunales, lo cual aseguraba un marco más amplio y articulado de protección legal y aunque no fue aplicado en toda su dimensión, mantenía concepciones generales reseñadas desde la Constitución de 1920.

Sin embargo, todo ello sería dejado de lado durante la década de 1990, pues sin derogar expresamente las normas que regulaban la titulación y el reconocimiento de derechos a las comunidades campesinas; se impulsaron una serie de reformas estructurales en materia de liberalización de la propiedad rural (entre ellas las tierras de las Comunidades Campesinas), la cual se convalidaría mediante el respaldo Constitucional con la aprobación de la Constitución de 1993. Estas reformas que comenzaron a inicios del Gobierno de Fujimori con el Decreto Legislativo N° 653 – Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario, posibilitaba entre otras cosas, la libre transferibilidad de la propiedad agraria (cualquiera que fuera su origen) a favor de terceros; es decir, promovía la libre disponibilidad de tierras a la inversión privada.

Por otra parte, se dio además inicio a un fuerte proceso de titulación individual de los predios rurales mediante una serie de normas, como el Decreto Legislativo N° 667 que creaba el Registro de Predios Rurales; el Decreto Legislativo N° 838, que incentivo la titulación gratuita e inmediata, sin la exigencia de un periodo mínimo de ocupación para las personas naturales que fueron calificadas como beneficiarias de la Reforma Agraria, entre otras condiciones muy fáciles de cumplir; y la Ley N° 26845 para la titulación individual de las tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa.

Todo involucró capacidad técnica y financiera además de voluntad política; por ejemplo, estas actividades constituyeron todo el trabajo que realizó durante sus primeros años el Programa Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural – PETT, donde fundamentalmente se promovió la titulación individual de la propiedad rural, especialmente entre las Comunidades Campesinas de la costa, donde se explicaba a los comuneros las ventajas de realizar deslindes e independizaciones del territorio comunal, mediante la lógica del propietario; es decir, poder disponer de tu terreno como se te pareciera más conveniente, lo cual significaba pasar por dejar de lado fundaciones instituciones comunales como la Asamblea.

Por lo tanto, era plausible esperar que luego de este potente proceso de liberalización de la propiedad rural emprendido con mucho tesón por parte del gobierno, la relación con la tierra y su propiedad colectiva se encontraran completamente trastocados; así, llegado el 2010 nos encontramos ante el argumento que aquellas comunidades debidamente reconocidas y que optaron por realizar un proceso de titulación parcial o total de su propiedad, ya no serán consideradas por el Estado Peruano como Comunidades Campesinas, disponiéndose su exclusión del ámbito de protección del Convenio 169 de la OIT.

Por ello es que considero que a este argumento y sus consecuencias, resulta peligroso y descuidado, la facilidad con que se generaliza cuando se trata de argumentar en favor del no reconocimiento de más derechos para las Comunidades Campesinas, pretendiendo su exclusión del concepto de Pueblo Indígena que reconoce la OIT resulta muy simple cuando se desconoce años de aplicación de una política de liberalización y fraccionamiento de la propiedad colectiva. En ese sentido, resulta indispensable empezar por resolver una serie de temas que han sido dejados de lados y por ende no aclarados en el derecho peruano.

Así, tal como se ha señalado en los párrafos anteriores, existen elementos constitutivos materiales y legales establecidos para definir lo que debe entenderse por Comunidad Campesina y que perfectamente encajarían en la definición de Pueblo

Indígena que establece el Convenio 169 de la OIT. No obstante ello, lo sucedido con la propiedad comunal sobre la tierra luego de más de veinte (20) años de políticas de titulación individual, exigen al Estado una redefinición legal que – por lo menos este Gobierno – no está dispuesto a emprender.

Entonces, la pregunta cae de madura *¿Por qué no se afirmó (en su momento) que la titulación individual de los predios rurales que conformaban la propiedad colectiva sobre la tierra, conllevaba a la perdida de la condición de Comunidad Campesina? ¿El Estado reconoce la existencia de Comunidad Campesina a aquellas personas jurídicas que no mantengan una propiedad o posesión colectiva sobre un espacio territorial?* Pues simple, en ese momento nadie se pregunto qué se sacrificaba y cuáles eran sus consecuencias legales.

Ante esta situación, lo que resulta relevante es el deber del Estado Peruano de responder a esta y otras interrogantes, y no excusarse en las ambigüedades que otorga alguna definición cuando se intenta confrontarla con la realidad; ello no favorece de ninguna manera a la solución de los problemas nacionales en cuanto a la promoción de proyecto de inversión, no solamente mineros sino además de hidrocarburiferos o energéticos en territorios de comunidades campesina y nativas; por el contrario, permite agudizar y complejizar los conflictos, facilitando la construcción de posiciones extremas.

Por ello, considero que el Estado no puede argumentar tan fácilmente que lo que ha engendrado como resultado de una política de liberalización de tierras constituye la razón principal para no considerar a las Comunidades Campesinas como Pueblos Indígenas; toda generalización constituye una salida fácil, ni jurídica ni técnica impidiendo resolver de raíz el problema de fondo: *¿Quiénes conforman los Pueblos Indígenas en el Perú?*

Por lo tanto resulta necesario reafirmar que la definición jurídica de "Comunidad Campesina" ha sido rebasada en la realidad, pues al no existir mayor fundamento legal que el señalado hace más de 20 años para identificarlas resulta necesario que se trabaje caso por caso, a partir de lo que señalado en marco legal vigente, incluyéndose en ese sentido la definición del Convenio 169 de la OIT.

Por todo lo expuesto, me adscribo a la propuesta planteada en el artículo 7° de la Autógrafa de la Ley, la cual estimo como el mecanismo más apropiado para que el Estado cumpla con su deber de identificar y reconocer los derechos de los Pueblos Indígenas del Perú. La norma señala lo siguiente:

> ***"Artículo 7°.- Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios***
>
> *Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos.*
>
> *Los criterios objetivos son los siguientes:*
>
> *a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.*
> *b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan*
> *c) Instituciones sociales y costumbres propias.*

> *d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.*
>
> *El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.*
>
> *Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo".* (el subrayado es mío)

De lo señalado por la Autógrafa de la Ley, se desprende la responsabilidad que tiene el Estado para definir qué Comunidades Campesinas y Nativas pueden ser consideradas como Pueblos Indígenas; sin que las actualmente reconocidas y las que faltan reconocer sean descartadas *a priori* como erróneamente fundamenta el Poder Ejecutivo entre los argumentos remitidos al Congreso.

Para ello, el Órgano Técnico Especializado en material indígena del Poder Ejecutivo deberá desarrollar una metodología que partiendo de las disposiciones vigentes y el Convenio 169, identifique quienes conforman actualmente los Pueblos Indígenas del Perú[383].

7.2. Superando la disyuntiva: Propiedad, territorios comunales y concesiones mineras

La presente tesis tuvo entre sus principales líneas de investigación definir cómo la formalización de los derechos de las Comunidades Campesinas sobre sus tierras podría favorecer a la solución de los conflictos sociales generados por la superposición de concesiones mineras sobre estos.

Así, el presente trabajo emprendió un proceso de investigación que permitiera identificar los puntos más álgidos de esta disyuntiva, donde las posibilidades eran básicamente entre decidirse por la explotación de una concesión minera por todos los beneficios económicos y posibilidades de desarrollo que significa, o mantener la intangibilidad de las tierras comunales, en razón a su función social; es decir, en tanto el valor social, económico y cultural que representa para estos pueblos.

En caso se consintiera esta la última posibilidad, ello requería no solamente fundamentar que la función social de la propiedad comunal resultaba más valiosa que el uso minero dado al subsuelo; si no además consentir que las Comunidades tuvieran

[383] Elementos referenciales muy importantes podrían resultar por ejemplo, el reconocimiento de la Área de Conservación Privada "Tilacancha" en predios de propiedad de las Comunidades Campesinas de Levanto y San Isidro de Mayno ubicados en la provincia de Chachapoyas, departamento de Amazonas, mediante Resolución Ministerial N° 118-2010-MINAM. ¿Acaso el Poder Ejecutivo podría argumentar que estas Comunidades que cuentan con documentos de la década del 50, reconocidas en 1991 y tituladas en 1996 no son Pueblo Indígenas? Más aún, cuando el Servicio de Áreas Naturales Protegidas – SERNANP, entidad adscrita al Ministerio del Ambiente, ha estimado conveniente otorgar una protección especial a parte de sus tierras, mediante la creación de esta Área Natural Protegida, que no es otra cosa que un reconocimiento y promoción en pro de un manejo sostenible de la diversidad biológica que allí se encuentra. No obstante ello, también encontramos terribles denuncias estos contra Comunidades Nativas, como aquella planteada por el Ministro del Ambiente respecto a la explotación de oro cerca de la zona de amortiguamiento de Parque Nacional Bahuaja Sonene, en las cuales estarían involucrados ciudadanos chinos y miembros de la Comunidad Nativa Kotsimba.

libertad de decisión; es decir, reconocer en ellas tanto la posibilidad de aprobar el desarrollo o no de inversiones mineras en sus tierras; sin que esta decisión conllevara a situaciones de tensión y conflicto por parte del Gobierno contra ellas.

Sin embargo, luego de analizado nuestro marco legal a lo largo de la presente investigación, se concluye que el Estado Peruano considera legitimo otorgar derechos mineros en cualquier parte del territorio – salvo las excepciones establecidas por ley y la Constitución (áreas naturales protegidas de uso indirecto, áreas urbanas y expansión urbana, las áreas dentro de los 50 km de frontera y las zonas donde se ubiquen restos arqueológicos, cada una con sus respectivas excepciones) –; obligándose solamente al titular minero el deber de cumplir con determinados requisitos previos para el desarrollo de actividades de exploración y explotación, como llegar a un acuerdo previo respecto al uso del terreno superficial y obtener las autorizaciones correspondientes por parte de las autoridades competentes.

Por lo tanto, resulta concluyente que nuestro Estado en merito a su dominio eminente sobre los recursos naturales ha optado por la promoción de la inversión minera, construyendo un marco legal que legitimará la presencia de concesiones mineras sobre territorios comunales; no siendo relevante, si con esta decisión se sometían algunos derechos (reconocidos o no) sobre la tierra ante a la concesión misma; **no existen actualmente argumentos legales para objetarlo.**

Esto me permite afirmar que tanto los derechos de posesión como propiedad sobre las tierras campesinas han sido superados por la concesión minera; no siendo relevante (en cuanto a argumentos para objetar el derecho concedido) si las tierras comunales se encontraban debidamente reconocidas e inscritas en los Registros Públicos, o si por el contrario, solamente se presentaba alguna posesión precaria sobre las tierras, sin ningún título que lo reconozca.

Entonces, dado que cualquier derecho sobre el territorio peruano (salvo las excepciones señaladas) se encuentra limitado por una concesión minera; es necesario reconocer que el alcance de su formalización pierde relevancia, en tanto la disyuntiva no constituye un problema de prioridad de derechos (la cual ya ha sido definida por nuestro Gobierno) que desencadenan conflictos sociales; sino, resulta un problema más complejo aún, que gira en torno a los procesos de toma de acuerdos y el cumplimiento de los compromisos acordados entre las partes.

Ahora bien, lo señalado buscar ir más allá del paradigma que asume que toda actividad minera es perjudicial a los intereses de las Comunidades Campesinas o que todas las comunidades se oponen al desarrollo de proyectos mineros en sus territorios; por el contrario, esta tesis busca precisamente ir más allá de los reduccionismos y prejuicios, para entender que un proceso de conflictividad social requiere para su solución, no solamente formalizar el área donde se encuentra la concesión; sino además, constituye un proceso que empieza desde el otorgamiento de la concesión misma y concluye con la supervisión, fiscalización y emisión de sanciones por parte de la autoridad competente en caso de incumplimientos de los compromisos sociales, técnicos y ambientales.

***

Por otra parte, es importante reconocer que una Comunidad Campesina que se encuentra reconocida e inscrita (por lo que cuenta con un territorio debidamente delimitado y deslindado) previamente a la llegada de una empresa minera, mostrará

siempre mayores aptitudes para negociar mejores condiciones con una empresa minera; que una Comunidad que no cumplido con este proceso y por lo tanto no administra adecuadamente los derechos que sobre sus tierras se reconoce. La primera, sin duda tendrá mayores capacidades para obtener beneficios de los concesionarios mineros; mientras que la otra, con una institucionalidad débil y poco articulada, presentará más dificultades para decidir qué es lo más le conviene en medio de las negociaciones con los profesionales contratados por la empresa minera para este proceso.

Ahora bien, esta situación constituye un problema particularmente grave, toda vez que los últimos Gobiernos, han entendido que las negociaciones llevadas a cabo entre una empresa minera y una comunidad campesina debe manejarse como una negociación entre particulares, cuando a todas luces ello no resulta tal.

Por lo tanto, es justamente en estos casos, cuando la obligación del Estado Peruano de identificar a los Pueblos Indígenas del país adquiere total contenido; en tanto que resulta más que necesaria, pues dada su condición de vulnerabilidad, el Estado pone innecesariamente en indefensión a estas Comunidades Campesinas, en relación al manejo de las negociaciones que tienen los profesionales de las empresas mineras. Desidia que agrava el alto nivel de desconfianza que históricamente se tiene respecto a los intereses que tutela el Estado Peruano.

Ahora bien, volviendo a la importancia de contar con una propiedad debidamente registrada, resulta claro que esta adquiere relevancia al permitir una mayor protección legal por parte del sistema jurídico, lo que se traduce en – tal como se ha dicho – obtener mayores beneficios para la Comunidad durante la negociaciones con la empresa minera.

Por lo tanto, mientras mantengamos un sistema donde prime la falta de identificados de los potenciales derechos vulnerados; nos encontramos ante un desorden que sólo desfavorece a los Comuneros que no están articulados, quedando en el mejor de los casos supeditados al desarrollo por parte de la empresa de campañas de titulación individual o colectiva de la tierra; es decir, a las decisiones del equipo de relaciones comunitarias y responsabilidad social.

Finalmente, al favorecer nuestro marco legal el desarrollo de concesiones mineras en desmedro de territorio comunal alguno, no considero que la solución a los conflictos sociales mineros pase solamente por reparar en la disyuntiva entre priorizar cual vale más: la propiedad comunal o el derecho minero; si no por el contrario, identificar los problemas legales que surgen a raíz de la superposición de estos derechos y que van más allá de la simple contradicción que existe entre los mismos; toda vez que nos encontramos también ante la ausencia del aparato estatal por un lado y por el otro, cumpliendo fielmente su rol promotor de la inversión en el sector, lo cual indefectiblemente termina por inclinar la balanza a favor de un actor, en este caso el concesionario minero.

Más aún, cuando parafraseando lo señalado por la IFC en su política operacional sobre reasentamiento poblacional involuntario: *"Las Comunidades Campesinas no tienen derecho a negarse al otorgamiento de concesiones mineras sobre sus territorios comunales, así tengan sobre estas propiedad o posesión"*. Por lo tanto, los puntos siguientes de la presente investigación buscará plantear algunas soluciones a los problemas que se originan luego de otorgada la concesión, en la condición de los derechos en conflicto y la responsabilidad del Estado Peruano para supervisar el cumplimiento de un manejo sostenible de la inversión minera en un contexto tan

paradigmático y complejo como es el reasentamiento poblacional involuntario por actividades mineras.

8. Recursos minerales en territorios comunales: *Cuándo la concesión minera se superpone sobre tierras de las comunidades campesinas y elementos legales de los conflictos sociales*

Antes de ingresar al tema de fondo, en la presente sección se planteará lo que entiende en la presente investigación se entiende como las cuestiones jurídicas generales en torno a los conflictos sociales que acontecen a partir de la superposición de una concesión minera sobre el territorio de una comunidad campesina. Para cumplir con este objetivo, no solamente se ahondará en la descripción del problema jurídico, sino además – como ya se mencionó en la introducción – se tomará en cuenta consideraciones conexas al ordenamiento legal.

Ello en tanto que en la presente investigación no se entiende al Derecho – necesariamente – como una construcción teórica y libre de ideología, independiente de la actividad humana y cuyo único fin, sea servir a la justicia. Por el contrario, sin negar la aspiración justiciera que debe regir a todo sistema jurídico; se reconoce que el derecho también responde a un sin número de variables y circunstancias que al interactuar con distintos intereses y principios construyen nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, corresponde a esta investigación no solamente hacer una crítica a la configuración de nuestro derecho; sino además, exponer – a propósito de los temas que se desarrollarán a partir de este punto y hasta el final de la investigación – porqué las instituciones jurídicas con las que contamos no alcanzan aún el nivel de consenso y eficacia que permita en la práctica hacer sostenible nuestro modelo de desarrollo.

Considero que es finalmente en estas consideraciones extrajurídicas, donde se encuentran los elementos necesarios para hacer de nuestro derecho una herramienta eficaz al control y la paz social, que no se pierda ni abdique cuando sobrevengan conflictos sociales.

***

Desde el "Derecho" la hipótesis está comprobada, los conflictos sociales se generan a partir de la doble imposición de derechos que se otorgan sobre un mismo territorio. Si bien nuestro marco jurídico es claro, en tanto el Código Civil señala que la propiedad que se extiende al subsuelo (hasta donde sea útil al propietario para el ejercicio de su derecho) no comprende los recursos minerales, mientras que el T.U.O. de la Ley General de Minería recita que la concesión es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada, es decir no abarca el predio superficial; en la práctica, las confrontaciones han sido inevitables y las propuestas de solución – lamentablemente – no han sido tantas como los conflictos generados.

La primera solución formulada desde el "Derecho" fue el acuerdo previo entre las partes como requisito previo al establecimiento de derechos de exploración/explotación minera sobre las tierras. Sin embargo, esta solución no fue considerada conveniente, teniéndose más bien por "inadecuada" y desalentadora de la inversión; por lo que, fue rápidamente sustituida por una nueva figura, el acuerdo previo o la culminación de un procedimiento de servidumbre si no se llegaba a alcanzar el primero[384].

La nueva solución denominada *servidumbre minera*¸ constituye un acto administrativo a cargo de la autoridad minera y agraria que, ante la falta de acuerdo

[384] Artículo 7° de la Ley N° 26505, antes y después de su modificación por la Ley N° 26570.

previo entre las partes respecto al terreno superficial, decide el valor monetario de la superficie objeto de servidumbre, el cual deberá ser depositado por el titular de la concesión para proceder posteriormente acceder a la misma (todo ello después de un proceso de conciliación infructuoso que contempla actualmente la modificatoria de la ley).

Sin embargo, este procedimiento sería sumamente cuestionado por ambas partes desde su inicio; ello a pesar de la evidente vocación por la inversión minera que presenta la norma. Para los mineros, por su configuración, el procedimiento genera numerosos desincentivos, se lo considera sumamente burocrático por depender su aprobación de dos sectores y requerir para su promulgación la firma del primer mandatario, lo cual otorga a la Resolución Suprema una fuerte carga política. Por su parte, para las comunidades campesinas implica la imposición de un procedimiento administrativo que finalmente las despojaría de sus tierras, siendo intrascendente la evidente y férrea oposición que se presentase en contra del proyecto minero. Esta situación se vuelve más grave aún, ante la falta de legitimidad respecto a sus tierras – en términos legales – pues en caso no presentar título de propiedad alguno sobre los territorios, su situación de indefensión jurídica llegaría a ser completa respecto a una concesión minera debidamente otorgada; pues tal como se establece por ley, la empresa solamente deberá dialogar con el propietario del terreno superficial.

Esta situación determinó que en la práctica gran parte de los titulares mineros que tuvieran la firme convicción de sacar adelante el proyecto, aún con la oposición de la comunidad, optarán por el trato directo para poder adquirir la propiedad o hacerse de la posesión de los territorios comunales, realizando un pago por la tierra acorde a los usos culturales de la misma[385].

Sin embargo, esta solución se asemejaba en todo momento más con una salida civil al problema de acceso a la tierra comunal, que una solución de carácter administrativa; es una posibilidad a la que realmente solo pueden aspirar algunas empresas mineras del total de compañías con proyectos u operaciones en nuestro país.

En ese orden de ideas, pueden presentarse dos circunstancias adicionales en cuanto al destino del procedimiento de servidumbre minera, que en la práctica podrían significar una limitación al ejercicio de la actividad misma. Así, nos encontramos ante la posibilidad que se considere que la servidumbre minera enervará el derecho de propiedad, es decir perjudicará al resto del predio sirviente (terreno superficial) de modo tal que lo inutilizará y lo afectará de manera sustantiva respecto a los fines para los cuales está siendo usado o estuviese destinado. En estos casos se aplicará lo establecido por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el D.S. N° 015-2003-AG: *"[Cuando] la servidumbre enerve el derecho de propiedad, conforme la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura,* ***se denegará el pedido del concesionario minero*** *mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministerio de Energía y Minas"* (el resaltado es mío). Esta decisión suspende en la práctica toda posibilidad de acceder al terreno superficial por esta vía; obligando al concesionario minero a establecer estrategias para obtener de alguna manera la titularidad sobre el territorio comunal superpuesta con la concesión[386].

[385] Un buen ejemplo de ello será el caso del Proceso de Reubicación y el Programa de Post – Reubicación en Antamina que comentaremos más adelante.

[386] Recordemos que las *tierras comunales* ya no poseen el carácter de inalienabilidad señaladas por la Constitución de 1979. Actualmente tanto las comunidades campesinas como nativas se encuentran en la posibilidad de transferir sus territorios previo acuerdo de asamblea comunal con el voto aprobatorio de los

La segunda circunstancia constituye, sin duda, la posibilidad más grave. Esta situación se configura cuando la comunidad campesina tiene la capacidad, por sí sola o articulada con otros actores que se encuentren en el ámbito de influencia del proyecto, para oponerse al procedimiento de servidumbre minera (quizás ya concluido) y además negarse a transferir el dominio sobre su territorio (que podría haberse tomado sin consulta para el inicio de actividades de exploración con el simple otorgamiento de la concesión, sin haber iniciado o concluido el procedimiento de servidumbre); en otras palabras, cuando la población se encuentra totalmente opuesta al proyecto minero y cuenta con las vías para hacer prevalecer su oposición frente a la autoridad "soberana" del Estado (cuya presencia ya de por si es incipiente en estas zonas); todo ello, independientemente de la validez de la oposición, la cual puede encontrase o no debidamente fundamentada (cada decisión, en todo caso depende del caso en concreto).

La presente investigación concluye, entre otras cosas, que será en este tipo situaciones conflictivas donde las disposiciones establecidas por nuestro ordenamiento jurídico no cumplen con los objetivos para los que fueron creadas[387].

***

En un contexto de conflictividad social, la estructura lógico normativa que establece que cumplido el procedimiento de servidumbre minera el titular de la concesión se encuentra habilitado para acceder al terreno superficial no llega (necesariamente) a efectivizarse, en tanto su eficacia se encuentra en el mejor de los casos en función a las condiciones extralegales y negociaciones que tanto el titular de la concesión como la autoridad estatal competente puedan acordar con los propietarios o poseedores del terreno superficial.

Por otra parte, las circunstancias que pueden apreciarse y desarrollarse alrededor de este problema, son innumerables; por lo que, a fin de analizar con mayor detalle las cuestiones jurídicas generales en torno a estos conflictos, es importante establecer previamente lo siguiente:

a. *Primero.*- Los titulares de concesiones mineras generalmente no optan por iniciar el trámite de servidumbre minera (si bien no sé conoce el número de exacto de procedimientos aprobados, estos deberán oscilar según comentarios entre 3 ó 5 aproximadamente)[388]. Como se ha señalado, en la mayoría de casos las empresas optan por el trato directo con la comunidad, procurando alcanzar un acuerdo respecto a la titularidad de los territorios; las empresas saben que el iniciar el trámite de servidumbre minera puede acarrear un mal precedente con las comunidades y poblaciones dentro del ámbito del proyecto minero (o en otros proyectos que decidan emprender); quizás por esta razón, a pesar de las

2/3 del total miembros. Este detalle, trae a cuenta el debate y conflicto que surgió a raíz del Decreto Legislativo N° 1015 que modificaba el quórum para este tipo de decisiones ubicándolas en la *mitad más uno de los miembros de la asamblea presentes*. En situaciones como la descrita en el presente párrafo, se observa con absoluta claridad lo decisiva hubiera resultado esta modificación (de no haberse derogado ante la protesta de diversas comunidades de la selva) pues facilitaba la decisiones para el acceso a la tierra en estos casos.

[387] Su aplicación no fue eficaz en relación a ninguno de los actores implicados.

[388] El último procedimiento de servidumbre minera aprobado del que se tiene conocimiento es aquel otorgado para la construcción del Complejo Industrial Minero del Proyecto Tantahuatay, a favor de Compañía Minera Coimolache S.A. mediante Resolución Suprema N° 080-2009-EM de fecha 15 de diciembre de 2009.

modificaciones que favorecen un mecanismo de conciliación más detallado e incluso la prohibición de enervar, aún el uso de esta vía administrativa no es tomada en cuenta por los concesionarios mineros.

b. *Segundo.*- Es importante señalar que las decisiones que se tomen dependen también de las dimensiones de la empresa minera, toda vez que se han presentado casos, donde los responsables de la fase de explotación que adquieren concesiones de empresas mineras juniors (dedicadas casi exclusivamente a la exploración) deben lidiar con las consecuencias de una mala política de relaciones comunitarias llevada a cabo por esta última.
c. *Tercero.*- En la línea con lo señalado en el párrafo anterior, otro punto importante es la capacidad de la empresa que se encuentra negociando con la comunidad, ello en la medida que los acuerdos en muchos casos pueden llegar a ser muy costosos tanto en términos económicos como el tiempo mismo. Generalmente las grandes empresas mineras acostumbradas a desarrollar megaproyectos de inversión cuentan con mayores recursos económicos y capital humano para llevar adelante estos largos procesos de relaciones comunitarias que permitan luego de largas negociaciones acceder al territorio comunal y parcelas individuales. Esta situación, lamentablemente, no se repite con mucha frecuencia entre las llamadas medianas empresas mineras o mineras juniors, dificultándose por esta situación la viabilidad social de los proyectos mineros involucrados.
d. *Cuarto.*- En cuanto a las comunidades campesinas, en la actualidad se presenta un debate respecto a la vigencia de algunos detalles señalados por la Ley General de Comunidades Campesinas en cuanto a sus características culturales como es el control de determinados territorios a los que se encuentran unidos por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, etc. Por ello, aunque pueda resultar políticamente incorrecto mencionarlo, es importante señalar que para muchos profesionales vinculados al negocio minero la existencia de comunidades campesinas es antes que nada una "excusa" para obtener más dinero y beneficios de los inversionistas mineros.
e. *Quinto.*- En todo caso, independientemente de estas consideraciones que abarcan antes que nada el ámbito meramente subjetivo; objetivamente, el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico se está encaminando hacia un mayor reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas (donde por definición se encuentran nuestras comunidades campesinas), a partir de instrumentos legales de nivel internacional como la *Declaración de las Naciones Unidades sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.* Asimismo, ha sido decisivo el apoyo y recomendaciones brindadas por la Organización Mundial del Trabajo – OIT, cuya comisión de expertos, por ejemplo, recomendó al Estado Peruano suspender las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afecten a los pueblos indígenas y nativos[389]. Más aún, el informe citado señala: *"La Comisión insta al Gobierno a que tome todas las medidas necesarias para*

[389] ALVARADO, Sandra. *"OIT pide frenar inversiones que afecten a los indígenas"*. Diario Gestión, Jueves 18 de marzo de 2010, p. 2

determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad"[390].

f. *Sexto*.- Finalmente, es importante señalar que para analizar la respuesta de las comunidades campesinas de cara a una concesión minera en su territorio, deberá tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:
   - *Que el territorio de la comunidad se encuentre debidamente titulado*. Es decir, que la comunidad se encuentre reconocida por el Estado como propietaria del territorio comunal, el cual en el mejor de los casos deberá (podría darse el caso que no lo esté o le falte algún requisito) encontrarse debidamente deslindado, titulado y georeferenciado; pudiendo por lo tanto contar con toda la protección que es el sistema jurídico le ofrece a un propietario.
   - *Que parte del territorio en concesión o la zona dentro del ámbito de influencia del proyecto corresponda a tierras que se encuentran en posesión de la comunidad*. Es decir, no se cuenta con título de propiedad y por lo tanto fuera del amparo que el sistema jurídico que le brinda a los propietarios; por lo que, conforme a nuestro ordenamiento no se contaría con la debida legitimidad para obrar. Esta situación definitivamente constituirá un grave problema para la comunidad pues generalmente esto se da en tierras consideradas *ancestrales*, es decir responden a un vínculo cultural y de uso colectivo por parte de la comunidad y las poblaciones cercanas al mismo.
   - Independientemente de si la comunidad campesina cuente con títulos de propiedad o no, quizás el factor más relevante de cara a un conflicto social sea las posibilidades que tiene tanto la comunidad como las poblaciones dentro del ámbito de influencia del proyecto minero para articularse y conformar núcleos de protesta como los llamados *Frentes de Defensa*, los cuales asumen la representación de la población en los actos de oposición al proyecto minero.

También, debe señalarse que a fin de formular una propuesta normativa general se parte de un esquema *ideal del conflicto*, en la cual la etapa de protesta se inicia después de conocerse por parte de la comunidad la existencia de una concesión minera sobre su territorio; sin embargo, no se descarta y menos se obvia que puede darse la posibilidad que los hechos no transcurrirán en ese orden y la oposición se presente tiempo después ante la percepción de una alta magnitud de afectación (que pudo haber sido baja en el inicio) o el incumplimiento de algunos compromisos con la comunidad por parte de la empresa minera, lo cual se estima no invalida bajo ninguna circunstancia las consideraciones legales que se exponen en el presente trabajo.

Finalmente, es importante tener en cuenta que como todo hecho humano ningún conflicto social es idéntico a otro y por lo tanto, en el mejor de los casos tienden a aparecer similitudes significativas que permiten agruparlos; por lo tanto, es sumamente importante tener presente las premisas señaladas a fin de observar que si bien se busca homogenizar las cuatro grandes situaciones de conflictos sociales que se describieron

[390] Organización Internacional del Trabajo – OIT. *"Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT: Observación individual sobre el convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú. 2010"*. Disponible en: http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2010.htm. Revisado el 19 de marzo de 2010.

con mucho detalle el capítulo II; no mencionar las consideraciones señaladas, privaría a la investigación de la argumentación del contexto social complejo que la acompaña.

***

Como sabemos la concesión minera es un procedimiento administrativo mediante el cual se otorga a su titular el derecho de explorar y explotar recursos minerales que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator – UTM. Que esta concesión constituye un derecho real consistente en la suma de los atributos que la Ley General de Minería reconoce al concesionario; configurándose asimismo como un bien inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada; es decir, independiente del predio superficial donde se encuentra.

Así mismo, conforme al reglamento de Procedimientos Mineros, uno de los requisitos que deberá cumplir el peticionante de la concesión minera para cumplir válidamente con los requisitos del petitorio será la firma de una declaración jurada de compromiso previo, mediante la cual se compromete a realizar actividades dentro de un marco de excelencia ambiental, así como el respeto frente a la cultura y costumbres locales, manteniendo una relación propicia con la población del área de influencia de la operación minera, por mencionar las más resaltantes[391].

Más aún, el artículo 23° modificado por el Decreto Supremo Nº 059-2008-EM, precisa que el título de concesión no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, si previamente el concesionario no cumple con otras obligaciones como: *"Obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o la culminación del procedimiento de servidumbre administrativa, conforme a la reglamentación sobre la materia"*.

Visto desde la actualidad, las normas señaladas resultan representativas de lo que constituye una mejor protección de los derechos de las comunidades campesinas y nativas (así como de cualquier propietario de terrenos superficiales) durante la etapa de solicitud de la concesión y las obligaciones sociales y legales (básicamente ambientales) luego de su otorgamiento hasta obtener por parte de la autoridad la respectiva aprobación para iniciar la etapa de exploración.

Sin embargo, es necesario señalar que los aspectos sociales de la actividad minera no siempre estuvieron regulados a ese nivel y aún carecen de las necesarias precisiones legales, conforme se detallará en el punto siguiente. Por ello, no cabe duda que responder satisfactoriamente a la pregunta: *¿Por qué actualmente nuestro país sufre un alto nivel de conflictividad social en el sector minero?* No solamente implica formular respuestas que puedan abarcar distintas perspectivas como el plano económico, político, social, cultural e incluso institucional (tal como se desarrolla en el Capítulo III), sino además también presenta una estrecha relación con nuestro marco legal minero, el cual permitió que algunos titulares mineros aprovecharan ciertos vacios legales o indefiniciones normativas para cometer innumerables abusos contra titulares de terrenos superficiales sin que el Ministerio de Energía y Minas hiciera algo por evitarlo.

Por ello, no solamente basta con señalar la total inaplicación del Convenio 169 de la OIT sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ratificado por el Congreso de la

[391] "Compromiso Previo" incluido mediante Decreto Supremo Nº 042-2003-EM.

República en el año 1994; sino además la total irrelevancia de los propios procedimientos mineros para la solicitud y otorgamiento de una concesión, el acceso al terreno superficial, el alcance y eficacia de la participación ciudadana y la verificación de los aspectos sociales para el inicio de la fase de exploración, siendo las más importantes omisiones que han sembrado el alto nivel de conflictividad social que actualmente vive nuestro país. Estas omisiones – sostenidas por la férrea voluntad política del Estado para promover la inversión minera a toda costa – tienen mucho que ver con la desconfianza en el Estado Peruano y el alto nivel de conflictividad social que enfrentan los proyectos mineros.

8.1. Otorgamiento de concesiones mineras en territorios comunales: ¿Incumpliendo con el derecho a la consulta previa reconocido por el Convenio 169 de la OIT?[392]

Se ha señalado en la presente tesis que el Estado es soberano sobre los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo de su territorio, poseyendo por lo consiguiente un dominio eminente sobre los mismos; este dominio lo faculta para otorgarlos en concesión a particulares quienes deberán ejercer un aprovechamiento sostenible sobre los mismos, conforme a las condiciones que establezca el Estado en la normas correspondientes.

Asimismo, se ha señalado que existen áreas dentro del territorio nacional que por su especial valor histórico (Patrimonio Cultural), biodiversidad (Áreas Naturales Protegidas), o ubicación (áreas urbanas o de expansión urbana, y la zonas comprendidas dentro de los 50kms de frontera) constituyen espacios dentro del territorio donde no se permite – en primer término y salvo la autorización de la entidad competente – obtener derechos mineros.

Por lo tanto, se concluye conforme a lo señalado, que salvo las áreas excluidas expresamente por el ordenamiento jurídico, el resto de territorio nacional puede ser válidamente otorgado en concesión por el Estado. Conforme a esta conclusión que resulta jurídicamente impecable, las tierras donde se encuentran asentadas las comunidades campesinas no constituyen áreas excluyentes de petitorios mineros; razón por la cual, pueden ser debidamente otorgadas en concesión a favor de quien las solicite y cumpla con los requisitos establecidos en el D.S. N° 018-92-EM.

Sin embargo – y aquí está la observación a nuestra impecable lógica jurídica –, el desmesurado incremento de concesiones mineras en áreas ocupadas por comunidades campesinas, centro poblados, caseríos o simples pueblitos perdidos en la inmensidad de nuestros Andes, ha traído como consecuencia numerosos conflictos sociales, como – por ejemplo – la exigencia de anulación definitiva de todas las concesiones mineras ubicadas en la Provincia de Canchis – Cuzco[393].

---

[392] A fin de revisar una actualización de lo señalado en este punto, revisar el Apéndice II, donde se realiza un breve comentario del Decreto Supremo N° 023-2011-EM que aprueba el "Reglamento del Procedimiento para la aplicación dek Derecho de Consulta a los Pueblos Indigenas para las Actividades Minero Energéticas", el cual modifica alguno de los hechos afirmados en esta sección así como incluye ciertos aportes expresados en el presente tesis.

[393] Conforme lo demuestra el Oficio N° 1040-2009-PCM/DM-SC dirigido al señor Alejo Valdez Yllapuma, Presidente del Comité de Lucha de la Provincia de Canchis, por parte del entonces Primer Ministro, Yehude Simon Munaro; en la cual se conmina al dirigente a reconocer – entre otras cosas – la importancia económica de la actividad minera para su Región así como para la provincia de Canchis.

Si bien, jurídicamente es imposible que esta exigencia pueda cumplirse, toda vez que conforme a nuestro ordenamiento jurídico, una vez otorgada la concesión minera, está no podrá ser anulada unilateralmente por el Estado, siendo irrevocable en tanto el titular minero cumpla con las obligaciones para mantener su vigencia (artículo 10° D.S 014-92-EM). No obstante ello, este argumento jurídico contundente no parece ser relevante para las poblaciones inmersas en la protesta, la cual desde un punto de vista social parecería tener alguna lógica y resultar ciertamente justificada, tal como lo relató el Presidente del Gobierno Regional del Cuzco:

> *"[Las concesiones mineras] son necesarias, pero en eso quiero ser claro [respecto a las solicitudes de nulidad de las concesiones] ahí se le paso la mano al Gobierno (…). El santuario de Ausangate está bajo una concesión. Eso es inaceptable. La plaza de armas de Canaoca, en Canas, también. Otras concesiones mineras cubren Tungasuca y Pampamarca, todos los pueblos que recorrió la rebelión de Tupac Amaru están bajo concesión. ¡El 78% de Chumbivilcas esta concesionado!"*[394].

Entonces existe un desfase entre las consecuencias jurídicas que se esperan de las normas que regulan el procedimiento de concesión minera y los requisitos que se debe cumplir para el inicio de la fase de exploración, respecto a la reacción social que genera el otorgamiento de derechos mineros en zonas con una alta tendencia a la conflictividad social ante lo que (sienten) perciben como una vulneración de sus derechos. No basta para los protestantes que la norma exija a la empresa un compromiso con el desarrollo sostenible del proyecto[395], tampoco interesa si para iniciar actividades mineras de exploración o explotación deben obtener primero la autorización del titular del predio superficial; al parecer, la población – simplemente –no quiere saber nada con la minera.

***

La respuesta en términos legales a la situación de convulsión social que genera la actividad minera en algunas zonas de nuestro país debe enmarcarse dentro de distintas dimensiones como la *económica*, en tanto la necesidad imperiosa del Estado en la década de 1990 de privatizar la actividad minera estatal y promover inversiones en el sector a fin de poder reactivar el pobre estado de nuestra economía; *ambiental*, por los terribles pasivos ambientales generados durante los casi 40 años de actividad empresarial del Estado en el sector minero, así como la ausencia de un marco normativo regulador de la contaminación; *social*, la mayor parte de zonas donde se otorgan concesiones mineras son zonas alto andinas donde se manifiesta sin piedad las fallas estructurales más graves de la sociedad peruana como son la exclusión, desigualdad y discriminación[396]; e *institucional*, como resultado de la ausencia del Estado en la zonas donde se emprendieron (y emprenden) proyectos mineros, así como la perenne desconfianza en la imparcialidad del Gobierno para decidir con justicia respecto a la viabilidad social y ambiental de un proyecto. Todo ello constituido dentro del marco de

---

[394] BALBI, Mariella. *"Entrevista a Hugo Gonzales Sayán: La grita callejera es la que gana acá"*. Diario El Comercio, Domingo 28 de junio de 2009, p. a2

[395] "Declaración Jurada Anual de compromiso con el Desarrollo Sostenible del Proyecto" conforme la Resolución Ministerial N° 192-2008-MEM/DM

[396] DEFENSORIA DEL PUEBLO. *"Informe Extraordinario: Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú"*. Abril, 2007

corrupción y clientelismo que significó gran parte del Gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, etapa donde se asentaron las bases del marco legal que regula la actividad minera hasta la actualidad.

El Perú ratifico el Convenio 169 de la OIT en 1994, pocos meses después de aprobarse nuestro nuevo marco constitucional con la Constitución Política de 1993. Al ratificar el Convenio, el Perú se comprometía a proteger y promover los estilos de vida tradicionales, la cultura y manera de vivir de estas poblaciones. Asimismo se comprometía que en aplicación de las disposiciones del Convenio a: *"Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" (Art. 6.1).*

El detalle respecto a esta responsabilidad del Estado, es que hasta ahora no se ha señalado claramente en qué consiste esta consulta previa, cuál es su naturaleza jurídica, que procedimientos legislativos y administrativos comprende; en suma, el Estado no se ha preocupado por señalar alcances y establecer límites algunos.

***

A la luz de esta obligación Estatal de consultar previamente los procedimientos susceptibles de afectar a los Pueblos Indígenas de manera directa, se debe analizar si el procedimiento administrativo mediante el cual se otorga una concesión minera sobre territorios comunales constituye un acto cuya aprobación genera una afectación directa sobre los derechos de las comunidades, ello a fin de determinar si debería realizarse la consulta.

Para resolver esta cuestión fundamental, cabe señalar nuevamente que el Estado en ejercicio de su soberanía y conforme al mandato constitucional se encuentra en la potestad de entregar en concesión los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio, toda vez que estos constituyen patrimonio de la Nación, que esta representa.

Por lo tanto no existe norma nacional o internacional que pueda impedir al Estado disponer de los recursos minerales que se encuentran dentro de su dominio. Ello lo reconoce expresamente el mismo Convenio 169 de la OIT cuando señala:

> *Artículo 15:*
> *2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.*

El artículo sin desconocer la titularidad del Estado sobre los recursos naturales, señala nuevamente la obligación de consultar y determinar si los intereses de los pueblos serán perjudicados, y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

Entonces, cabe la pregunta *¿El otorgamiento de concesiones mineras sobre territorios de comunidades campesinas constituye un acto administrativo susceptible de*

afectarlas directamente y por lo tanto su otorgamiento deberá contemplar un procedimiento que incluya la consulta sobre el mismo?

Conforme a nuestro marco legal – como ya se ha señalado – los territorios de las comunidades campesinas no constituyen áreas excluyentes de petitorios mineros; por lo tanto, el Estado en merito a su soberanía ha venido otorgando concesiones mineras en áreas donde se ubican comunidades campesinas.

Esta situación constituye el punto inicial del conflicto, se entiende que al otorgarse la concesión el Estado toma una decisión a favor de la inversión minera, priorizando su ejecución respecto a los derechos o actividades económicas que se desarrollan en la zona. Siendo ello cierto, también resulta necesario detallar, que el nivel de afectación que puede causar la concesión no se encuentra en función al acto administrativo que determina su existencia, sino por el contrario se genera – estrictamente – a partir de los resultados de las actividades de exploración minera en las áreas concesionadas.

En esa medida, se puede afirmar que la forma como viene entregando el Estado Peruano las concesiones mineras no presta atención al hecho de si las mismas son otorgadas sobre territorios comunales u otros grupos poblacionales, lo cual posiblemente traiga como consecuencia situaciones que afectan sus derechos, sobre todo en cuanto el derecho de propiedad y posesión son los primeros en verse subvertidos ante la superposición con una concesión.

Más aún, a pesar de conocer el Gobierno que el riesgo de afectación es latente, el INGEMMET (antes el INACC) no cruza información catastral con COFOPRI RURAL (antes PETT) respecto a sí en las áreas en concesión se encuentran habitadas por comunidades campesinas, centros poblados, caseríos etc. Permitiendo así a los titulares de las concesiones tener información de primera mano respecto a los riesgos sociales que puede tener su concesión. Por el contrario, esta información es solicitada luego de otorgada la concesión al titular del derecho minero.

Asimismo, conforme estuvo regulado nuestro sistema de concesiones, el acceso a la tierra y el procedimiento de participación ciudadana; algunas empresas mineras supieron aprovecharse de los vacíos y la poca eficacia que presentaban estos procedimientos para poder ejercer sin mayores limitaciones con el mandato señalado en el artículo 9° del T.U.O. de la Ley General de Minería, que señala que la concesión minera otorga el derecho de exploración y explotación minera; cumpliendo solamente con los requisitos ambientales y de inversión exigidos por la autoridad competente; sin verificarse el deber de contar con la autorización para acceder al terreno superficial.

Con estos antecedentes, resulta ciertamente entendible que una concesión minera superpuesta con territorios de comunidades campesinas pueda causar notables afectaciones al derecho de propiedad y/o posesión (conforme se reconoce en el Artículo 14 del Convenio 169 de la OIT) y se irremediablemente fuente de conflictos sociales.

Por lo tanto, resulta indispensable que el Estado Peruano asuma la responsabilidad de aprobar un procedimiento de consulta a las comunidades campesinas antes del otorgamiento de concesiones mineras; ello no solamente significará cumplir con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT que dispone la obligatoriedad de determinar si los intereses de los pueblos serán perjudicados, y en qué medida; sino además significa incluir a las personas involucradas dentro del ámbito de influencia del proyecto, a fin de tener desde el inicio una visión general y coordinada del proyecto minero.

Más aún, el Gobierno debe asumir la responsabilidad de identificar la ubicación exacta de las Comunidades Campesinas, la misma que debe ir a la par del catastro minero; toda vez que, dado el contexto en que se han venido desarrollando los proyectos mineros es más que plausible que una concesión minera que se encuentre superpuesta

con el territorio donde habitan comunidades campesinas y pueblos enteros, tendrá mucha probabilidad de generar un rechazo inicial y posibles conflictos sociales.

Ello en tanto que conforme se ha señalado en el punto anterior, muchas Comunidades Campesinas encajan dentro de la definición de Pueblos Indígenas; ¿Cuántas? Aún nadie lo sabe, ese el reto del Estado, asumir su identificación como política pública, cautelando sus derechos como poblaciones en estado de vulnerabilidad, cumpliendo de esta manera no solamente con el papel promotor de la inversión, sino además cautelando los derechos de todos sus ciudadanos.

Por lo tanto, debe quedar claro, que si bien se reconoce que el otorgamiento de una concesión minera no vulnera necesariamente los derechos sobre las tierras de las comunidades campesinas, toda vez que la posible afectación constituye en su primera etapa una mera "posibilidad" de acceder necesariamente al territorio y en tanto que esa etapa se remite previamente al cumplimiento de normas de participación ciudadana que cumplen con el reto de la consulta; la situación resulta al final de cuentas más compleja, pues las actividades mineras no solamente se limitan a perforaciones que por sí mismas ya constituyen actividades sumamente disruptivas del entorno (debido a las distintas formas que pueden presentar los yacimientos minerales, tal como se estableció párrafos arriba); sino además, por las implicancias sociales y ambientales que significa el ingreso de maquinaria y personal para llevar a cabo estas actividades, por lo tanto resulta indispensable saber cuáles son donde se ubican los Pueblos Indígenas, a fin de planificar la propuesta de manejo social.

Finalmente, se debe tener siempre presente que en el imaginario colectivo, un proyecto minero no se reduce simplemente a la concesión y su procedimiento de aprobación; sino que además puede llegar a significar un cambio total en el estilo de vida y en muchas ocasiones la inevitable reubicación de la población que se encuentra dentro del ámbito del proyecto minero. Esto sin mencionar todas los impactos ambientales que se ocasiona sobre las fuentes de agua en la zona, además de económicos respecto a las actividades de subsistencia como la agrícola que se desarrolla con mayor intensidad en las zonas alto andinas donde actualmente se asientan muchos proyectos y unidades de producción minera.

8.2. Consideraciones legales relativas a los conflictos sociales por la disposición de territorios comunales para minería

Premisa:
«Nuestro ordenamiento jurídico presenta cierto nivel de responsabilidad en los conflictos sociales mineros que ocurren en el país».

Esta afirmación debe ser analizada en distintos contextos, toda vez que cada ordenamiento jurídico es finalmente producto de su tiempo y las circunstancias que determinaron los detalles de su redacción.

A principios de 1990 y producto de la difícil situación que atravesaba la economía peruana, nuestro sistema legal reprodujo lo que para nuestra clase política constituía el modelo más adecuado para superar la crisis nacional que se extendía a distintos aspectos de la vida del país.

Ello significaría la consolidación de reformas estructurales a favor de la promoción de la inversión extranjera (Decreto Legislativo N° 757), especialmente la inversión en minería (Decreto Legislativo N° 708).

Sin embargo, la aplicación de muchas de las normas que se dieron en este periodo presentaron importantes vacíos en cuanto a la exigencia de algunos requisitos (que permitieran salvaguardar los derechos de terceros). Así, durante mucho tiempo no fueron correctamente supervisados; lo cual permitió se dieran aplicaciones indebidas y se fuera más allá de lo que permitían las normas.

Por ello, la presente sección tiene como principal objetivo señalar como se fue configurando un sistema que a pesar de los derechos y obligaciones que enunciaban sus textos; en la práctica, permitía afectar el derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras. Hecho que, con el cambio de sistema político generaría inevitablemente conflictos sociales.

***

La Constitución de 1993 liberalizo el régimen de propiedad sobre las tierras comunales; dejando de lado su condición de inalienables e inembargables, para solamente ser reconocidas como imprescriptibles, salvo el caso de abandono.

Que la tierras comunales perdieran su condición de inalienabilidad significó en términos jurídicos que las mismas podían ser transferidas a terceros (comuneros o particulares), permitiéndose de esa manera cambiar el modelo de propiedad colectiva que siempre caracterizo la relación entre las comunidades campesinas y sus tierras.

A partir de las Constitución de 1993, las Comunidades adquirieron la posibilidad de disponer con mayor libertad de sus tierras y en concordancia con estas facultades el Estado comenzaría con programas de titulación individual; estos programas permitieron a cada comunero ser dueño de su propia parcela de tierras e iniciar el camino hacia la formalización de su actividad agrícola. El Estado hizo caso omiso de responsabilidades como las establecidas por la Ley General de Comunidades Campesinas; dejando de lado el análisis respecto al impacto social y cultural que podría generar el promover estos modelos de desarrollo en economías basadas en el trabajo colectivo sobre una propiedad común.

El marco legal que regula la disposición sobre las tierras comunales fue diseñado por la *"Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas"* – Ley N° 26505, más conocida como *Ley de Tierras.* La referida norma estableció que tratándose de Comunidades Campesinas de la Costa, la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no posesionarios o terceros, así como gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente. En tanto, para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras de las Comunidades Campesinas de la Sierra o las Comunidades Nativas de la Selva, se requerirá del Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la comunidad.

Es necesario hacer un paréntesis en el análisis para evaluar las modificaciones que intentaron establecerse al marco legal para la disposición de las tierras comunales de la sierra y selva, en el marco de la delegación de facultades legislativas otorgadas al Poder Ejecutivo para adecuar nuestro ordenamiento jurídico al Tratado de Promoción Comercial Perú - EE.UU. más conocido como TLC.

Mediante Decreto Legislativo N° 1015 publicado el 20 de mayo de 2008, se unifico el régimen legal para la disposición de las tierras de las comunidades campesinas (costa y sierra) y nativas. Así, se estableció que para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no posesionarios o de terceros, así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales, se requeriría el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada en el quórum correspondiente. Asimismo se eliminó el artículo 11° de esta ley que exigía una votación de los dos tercios de "todos los miembros de la comunidad" (para el caso de Comunidades Campesinas de la Sierra y Comunidades Nativas).

El Decreto inmediatamente causó polémica y provoco una férrea oposición en las organizaciones de los grupos comunales directamente involucrados en su aplicación. Las observaciones eran de todo calibre, desde aquellas que señalaban que lo regulado no se encontraba dentro los temas objeto de las facultades legislativas delegadas, siendo por lo tanto esta norma una ley inconstitucional[397] hasta opiniones que señalaban que el Poder Ejecutivo había contrabandeado un proyecto de ley que en su momento fue considerado inviable por el Poder Legislativo[398].

La intención de la norma era evidente, lejos de establecer mecanismos para promover el desarrollo de las comunidades campesinas, lo que se proponía con esta ley era que las comunidades se deshagan de sus tierras, su principal activo, sea en forma de adjudicación individual a sus comuneros o a favor de particulares[399].

Desde una perspectiva jurídica, las criticas más relevantes fueron, la interpretación que podía darse a partir del párrafo que establecía: *"(…) se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente"*. Los argumentos resaltaban que no se había tomado en cuenta los problemas que siempre han presentado las Comunidades para establecer un patrón comunal adecuado, así como la mención de *asistentes*, la cual no diferenciaba entre comuneros posesionarios de tierras y comuneros sin tierras. Más aún, en la aplicación de la norma se podía incluso llegar a supuestos donde las decisiones respecto a la disposición sobre las tierras se tomarán en segunda convocatoria con número el número de asistentes que se presentara.

Asimismo, otro elemento que tornaba inconstitucional la norma fue el incumplimiento de lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, instrumento ratificado por nuestro país, considerado como un tratado internacional sobre derechos humanos con rango constitucional en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Art. 17.2 del Convenio 169, dispone expresamente que *"deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad"*. Para el dictado de este decreto legislativo, el gobierno no

[397] EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *óp. cit.*, p. 35

[398] El antecedente del Decreto Legislativo 1015 fue el proyecto de ley 1992/2007-PE, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso el 13 de diciembre de 2007. El proyecto fue derivado a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ecología y Ambiente, la cual solicitó opiniones a diversas entidades como la Defensoría del Pueblo, AIDESEP, CONAP, gremios agrarios y ONGs, las cuales cuestionaron el referido proyecto, lo que motivó la aprobación de un dictamen en su contra en la referida comisión.

[399] CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES). *Informativo Legal Agrario: "El agro peruano y los decretos legislativos del 2008". óp. cit.*, p. 33

cumplió con realizar consulta alguna a las comunidades campesinas y nativas acerca de la modificación del régimen legal referido a la disposición de sus tierras o venta de éstas a terceros ajenos a la comunidad[400].

Las críticas y manifestaciones públicas en contra de la norma llegaron a niveles que seguramente el Gobierno no calculó, por lo que finalmente el Ejecutivo opto por modificar el literal b) que contenía las disposiciones objeto de protestas. Así, mediante el Decreto Legislativo N° 1073, se estableció que las acciones de libre disposición de las tierras comunales requerían *"el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros posesionarios con más de un año"*.

Esta por demás señalar que tal modificación no surtió efecto disuasivo en los ciudadanos que se encontraban protestando contra el Gobierno para derogar el nuevo régimen establecido para la disposición de las tierras comunales.

Así, luego de casi cuatro meses de lucha social y varias provincias del departamento de Amazonas desconectadas del resto del país por un prolongado bloqueo de las carreteras, el Pleno del Congreso de la República aprobó la ley que derogaba los señalados decretos legislativos. Por su parte, el Poder Ejecutivo había anunciado que observaría la ley, devolviéndola al Congreso; sin embargo, esto no ocurrió. Al vencimiento del plazo constitucional para la observación de la autógrafa por parte del Ejecutivo, el Presidente del Congreso debió promulgar la Ley aprobada en sus fueros, lo cual finalmente ocurriría dando pase a la publicación de la Ley N° 29261, el 21 de setiembre de 2008[401].

La presente norma no solamente derogaría los decretos señalados, además restituiría la vigencia de los artículos 10° y 11° de la Ley N° 26505, con sus textos originales.

El régimen legal para la disposición de las tierras comunales (y la trascendencia de su frustrada modificación) deben ser analizadas a la luz de otro artículo de la misma *Ley de Tierras.*

Este artículo que – como pocos ha sido restituido en su vigencia luego de un fallido intento de derogación – es el artículo 7°, que establece el acuerdo previo como requisito previo a la utilización de tierras para actividades mineras o de hidrocarburos.

Para los titulares mineros esta exigencia constituyó antes que una obligación de carácter social (¿moral?), un obstáculo al inicio de sus actividades mineras; las cuales conforme se interpretaba a partir de lo señalado por el artículo 9 del T.U.O. de la LGM, se encontraban plenamente habilitadas, pues se interpretaba (entendía) que una vez obtenida la concesión no solamente se adquiría el dominio sobre el subsuelo sino además (señalo textualmente): *"se concede la facultad explorar y explotar los recursos minerales concedidos"*.

Entonces el acuerdo previo resultaba un impedimento para iniciar labores mineras sobre tierras que se consideraban terrenos agrícolas de bajo rendimiento, pastizales de alta puna o terrenos eriazos o semi-erizaos de escaso o nulo valor económico[402], sobre los cuales no habría mayor razón para entablar alguna discusión respecto a su cambio de uso dada su degradada situación.

---

[400] EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *óp. cit.*, p. 36-37

[401] Un recuento de los actos de violencia y las acciones tomadas por el gobierno pueden revisarse en el siguiente link: http://apuntesobreconflictos.blogspot.com/2008/08/rip-decreto-legislativo-n-1015-y-1073.html

[402] LASTRES BÉRNINZON, Enrique. *"Normatividad sobre el acceso a la tierras y el proceso de aprobación"*. En Revista de Derecho Minero y Petrolero. Año XLVIII, N° 56. 1998, p. 7

El artículo 7° fue reglamentado mediante D.S. N° 017-96-AG, estableciéndose el procedimiento administrativo para la *servidumbre minera*, opción habilitada al concesionario minero en caso no se llegará a un acuerdo previo con el titular del predio superficial. Respecto a la regulación de este procedimiento compartimos la opinión de la abogada Carolina Barrantes, quién señala entre las conclusiones de su tesis que este procedimiento constituye en la práctica un acto de expropiación encubierta, toda vez que resulta una disyuntiva difícil de resolver la dialéctica respecto a si existe una limitación parcial de los atributos de la propiedad o si en la práctica puede constituirse una limitación total[403]. Más aún, como claramente señala Lastres, las alternativas de rodear de privilegios al titular de la actividad minera, en ningún caso podrá extenderse a privar al propietario del predio de sus atributos, a riesgo de confundir el concepto de servidumbre con una expropiación encubierta[404].

No obstante lo señalado, es importante resaltar que el procedimiento para el otorgamiento de servidumbre minera fue modificado mediante D.S. N° 015-2003-AG, estableciendo entre otras disposiciones, un procedimiento más amplio en cuanto a la etapa de conciliación, un mejor mecanismo para evaluar el monto de la indemnización, así como la imposibilidad de otorgar la servidumbre en caso la misma enerve el derecho de propiedad sobre el terreno superficial. Sin embargo, a pesar de estas modificaciones, el procedimiento no ha presentado hasta la actualidad mayor aplicación.

En cuanto al procedimiento ordinario para el otorgamiento de concesiones mineras es necesario resaltar que hasta la modificación realizada al artículo 23°, mediante el Decreto Supremo N° 059-2008-EM[405], ningún artículo del Reglamento de Procedimientos Mineros contempló la precisión que – a despecho de lo señalado por el artículo 9° del T.U.O. de la Ley General de Minería – el otorgamiento del título de una concesión minera no autorizaba por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración y explotación, si previamente no se contaba – entre otros requisitos – con el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del predio superficial o la culminación del procedimiento de servidumbre minera. La modificación incluyo esta precisión en el título que otorga la concesión minera; la cual, lamentablemente no se hizo con anterioridad, a pesar que la obligación existía expresamente desde la publicación de la Ley N° 26505 en julio de 1995.

¿Por qué esperar hasta noviembre de 2008 para señalar que previo a la ejecución del título que otorga el derecho a explorar y explotar los recursos minerales se requiere una serie de requisitos previos? Si alguna característica curiosa tiene nuestro marco legal, es que no basta con una norma de alta jerarquía como una ley para proteger un derecho; generalmente, a nivel de normas procedimentales – como las administrativas que se aprueban mediante Decretos Supremos o Resoluciones Ministeriales – donde un mandato legal desarrolla su plena eficacia.

---

[403] GAMARRA BARRANTES, Carolina. *"Los conflictos entre el concesionario minero y el propietario del predio superficial"*. Tesis para optar el título de Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2006

[404] LASTRES BÉRNINZON, Enrique. *"Comentarios sobre el régimen de concesiones en minería"*. *óp. cit.* p. 33

[405] Es importante resaltar que la dación del Decreto Supremo N° 059-2008-EM tiene como origen el cumplimiento de los acuerdos de la mesa de diálogo del 03 de noviembre de 2008 con el Comité de Lucha Provincial de Canchis. Esta conclusión se desprende, de la afirmación señalada en las conclusiones de la respuesta al pedido de anulación definitiva de las concesiones mineras en la Provincia de Canchis redactadas en el Oficio N° 1040-2009-PCM/DM-SC de fecha 28 de junio de 2009.

Por lo tanto, lo realmente relevante no era solamente establecer la necesidad de contar con un acuerdo previo para el inicio de actividades sobre el predio superficial, sino además, desarrollar los mecanismos dentro del aparato estatal para que la autoridad competente verifique el cumplimiento del requisito y así proteja el derecho de propiedad de los titulares del terreno superficial.

***

Adquirir una concesión minera es el primer paso que cumple todo titular minero para dar inicio a su actividad extractiva. Sin embargo, tal como se ha señalado a lo largo del texto se deberá cumplir además una serie de requisitos previos.

Tal como se afirma en los párrafos anteriores, nuestro marco legal construyo una suerte de desfase entre estos requisitos exigibles y lo que ocurriría en la realidad, específicamente, en cuanto a obtener – vía acuerdo previo – el permiso del titular del terreno superficial para realizar actividades mineras sobre sus tierras.

En ese sentido, en la presente investigación se considera que los conflictos sociales mineros no deben ser analizados a la luz del ordenamiento jurídico minero actual, sino por el contrario haciendo hincapié (y *mea culpa*) en los vacios legales y el excesivo tiempo que le tomo al Estado solucionarlos (en parte); siendo las consecuencias de los mismos, una de las principales causas de los conflictos que sufre actualmente la actividad minera. Es decir, para entender donde se encuentran los problemas desde el punto de vista legal, no basta con señalar que ya se realizó tal o cual modificación, sino además comprender la magnitud del costo social que produjeron estas omisiones, trayendo como consecuencia el inevitable rechazo a la actividad minera.

Por lo tanto, partiendo de los argumentos, conclusiones y recomendaciones de la Defensoría del Pueblo señaladas en el Informe N° 001-2006/ASPMA-MA respecto al conflicto social entre las Comunidades Campesinas de Segunda y Cajas (Huancabamba) y Yanta (Ayabaca) con la compañía minera Majaz S.A. (actualmente Río Blanco Cooper S.A.C.) que aun se mantiene activo en el Departamento de Piura; se identifica una serie de deficiencias normativas e institucionales relativas a la eficacia del requisito de acuerdo previo, así como el derecho a la consulta en el marco de un proceso de participación ciudadana.

Se señala citando el oficio N° 119-2006-MEM/VMM de la Viceministra de Minas, que el artículo 2° del Decreto Supremo N° 038-98-EM establece que el desarrollo de las actividades de exploración requiere el acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o la culminación del proceso de servidumbre según el artículo 7° de la Ley N° 26505, el cual señala que la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre.

La funcionaria señala además que el acuerdo previo con el propietario del terreno superficial constituye un requisito que el titular de un proyecto debe cumplir antes de utilizar efectivamente dicho terreno superficial de modo similar al de los demás permisos que debe obtener [d]el Estado luego de aprobado el estudio de ambiental y antes de iniciar operaciones. Hasta ese punto, no se puede objetar la interpretación realizada por la Viceministra; sin embargo, ella misma agrega: ***"(…) la presentación de un documento que acredite la existencia de dicho acuerdo no ha sido considerado en el TUPA del MINEM respecto al procedimiento de aprobación de los estudios ambientales (exploración y explotación)"*** (el resaltado es mío).

Lo grave de este caso resulta – tal como señala la Defensoría – que en cualquier caso, queda claro, que el MINEM a través de alguno de sus órganos de línea, debía verificar la existencia del mandato legal de contar con un acuerdo previo con el propietario del terreno superficial para que la empresa pueda explorar el terreno de propiedad de las comunidades campesinas, lo cual no ocurría tal como lo afirmó la máxima autoridad la viceministra del sector.

Entonces, cuál era el sentido práctico de reconocer como obligación contar con dicha autorización si por lo menos hasta la fecha en que se emitió el informe (noviembre de 2006) se demuestra que la autoridad competente para revisar el cumplimiento de los requisitos previos al inicio de actividades mineras no contaba con procedimiento administrativo alguno que hiciera valer los derechos de los titulares sobre los terrenos superficiales.

En cuanto al tema, señala la Defensoría: "El artículo 2° del D.S. N° 038-98-EM genera la *obligación* legal del Ministerio de Energía y Minas, como *autoridad competente* de *su estricto cumplimiento*, pues prescribe un mandato orientado a otorgar la protección del derecho del propietario del terreno superficial donde se ubica una concesión minera[406].

Más aún, el organismo constitucional autónomo señala:

> *"El Ministerio reconoce que la verificación del cumplimiento por parte del titular minero de las normas de protección y conservación del ambiente, así como de las otras obligaciones establecidas en disposiciones legales vigentes, son competencia de la Dirección General de Minería, quien debe determinar en cada caso las consecuencias que deriven del incumplimiento de estas obligaciones.* ***Sin embargo, siendo importante la actividad fiscalizadora de la Dirección General de Minería, su intervención posterior al inicio de las actividades mineras no permite prevenir el incumplimiento de una empresa minera respecto a la obtención de acuerdo previo para el ingreso a la propiedad de las comunidades"***[407] (el resaltado es mío).

Por lo tanto, a pesar de existir el mandato legal para obtener el acuerdo previo con el titular del terreno superficial, su cumplimiento no era controlado adecuadamente por el MINEM; pues tal como se desprende de la respuesta de la Viceministra (a noviembre de 2006), para la aprobación de la Evaluación Ambiental (hoy Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado) sólo era necesario revisar el aspecto ambiental y no el social, es decir, verificar si se contaba con el acuerdo previo para iniciar la etapa de

---

[406] Al revisar el TUPA del Ministerio de Energía y Minas vigente (D.S. N° 025-2002-EM) durante el periodo de realización del Informe, la Defensoría encontró que en cuanto a la base legal para el procedimiento de aprobación de evaluación ambiental se tomaba en cuenta entre otras normas el D.S. N° 038-98-EM en su integridad. Frente a lo cual se señaló que las exigencias contenidas en la referida norma jurídica debían reflejarse expresamente en la evaluación que efectúa la autoridad administrativa, no debiendo quedar fuera la verificación de contar con la autorización del propietario del terreno superficial. Asimismo la Defensoría señalaría que el D.S. N° 038-98-EM (vigente hasta abril del 2008) no prescribía los aspectos sociales que deben tomarse en cuenta, ni especificaba las formalidades y requisitos que las empresas deben cumplir para acreditar ante la autoridad minera la existencia de un acuerdo sobre el terreno superficial. Es importante señalar, que el actual Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera – D.S. N° 020-2008-EM tampoco ha establecido formalidades y requisitos algunos para acreditar la existencia de un acuerdo previo dejando a la discrecionalidad de las partes la formalización del mismo.

[407] DEFENSORIA DEL PUEBLO. Adjuntía de Servicios Públicos y Medio Ambiente. *Informe N° 001-2006/ASPMA-MA.* Lima. 2006, p. 14

exploración, exigencia establecida legalmente y recogida también en los instrumentos que el propio Ministerio aprobó.

Por estas consideraciones la Defensoría afirmaba que:

> *"Esta situación, además, coloca en estado de indefensión a los propietarios del terreno superficial, quienes están sujetos a la responsabilidad de la empresa respecto del cumplimiento de dicho mandato, pues el mismo no es en la práctica fiscalizado. (…) Cuando se trata del acuerdo previo con el propietario, si el Ministerio de Energía y Minas no verifica su existencia, las comunidades y/o propietarios continuaran en estado de indefensión por desconocimiento de sus derechos"*[408].

En ese sentido, al no estar establecido un mecanismo de control que permita armonizar los derechos de la empresa y la comunidad respecto al uso de la propiedad superficial, el MINEM no podía en la práctica identificar a tiempo el incumplimiento de contar con el acuerdo previo, **salvo que el propietario realice la denuncia del caso ante la autoridad (o de vistos de realizar protestas; situación que afectaría las condiciones sociales adecuadas en las que deben iniciarse los proyectos mineros[409] (el resaltado es mío).**

Por otra parte, esta situación de indefensión de los derechos de los propietarios de los terrenos superficiales se agravaría mediante el D.S. N° 014-2007-EM que modificaba el D.S. N° 038-98-EM excluyéndose conforme el mandato de su artículo 7° a las actividades de exploración minera de la aplicación del silencio administrativo negativo en procedimientos tramitados ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, la cual se había establecido mediante D.S. N° 036-2006-EM en cumplimiento del mandato del numeral 34.1.1. de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) – Ley N° 27444, que establecía que los procedimientos de evaluación previa están sujetos al silencio negativo cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, entre otros.

Y es que a pesar de la clara interpretación que se desprende del artículo señalado, entre los considerando del D.S. N° 014-2007-EM se realizó una interpretación errónea de otro numeral del artículo 34, el 34.2., el cual señalaba que las autoridades quedaban facultadas para calificar de modo distinto en su TUPA, los procedimientos comprendidos en los numerales 34.1.1. (…) cuando aprecien que sus efectos reconozcan el interés del solicitante, sin exponer significativamente el interés general. Lo cual entraba en franca confrontación no solamente con lo estipulado en los considerandos del D.S. N° 036-2006-EM, que señalaba que se había determinado que pueden generarse riesgos injustificados en el medio ambiente y la comunidad en general frente a la aplicación del silencio administrativo positivo por el cual se venían aprobando los estudios ambientales; sino además por la lectura del numeral 34.1.1. de la LPAG, pues es más que evidente que se expone significativamente el interés general respecto al cuidado del medio ambiente cuando se aprueban estudios de exploración minera.

Esta situación fue corregida parcialmente por la Ley del Silencio Administrativo aprobada mediante Ley N° 29060, la cual establece en su Primera Disposición Transitoria Complementaria y Final, que será aplicable excepcionalmente, el silencio

[408] DEFENSORIA DEL PUEBLO. Adjuntía de Servicios Públicos y Medio Ambiente. *óp., cit.,* p. 15
[409] *Ibíd.,* p. 15

administrativo negativo, en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente y los recursos naturales. Sin embargo, la misma Ley establecía en su Novena Disposición Transitoria Complementaria y Final, la derogatoria del artículo 34° de la Ley N° 27444; estableciendo además en la Decima disposición que la norma entraría indefectiblemente en vigencia, a los ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", la cual se realizó el 7 de julio de 2007. Generándose así una importante discordancia entre la norma específica y la norma general, la cual se mantendría hasta su adecuación en abril del 2008 con la publicación del nuevo Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera – Decreto Supremo. N° 020-2008-EM.

En este contexto es importante señalar que pocos meses después de emitido el Informe de la Defensoría del Pueblo, en Enero de 2007, se aprobó la Ley que transfirió las competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) - Ley Nº 28964, creándose el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), como organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería. Estas funciones – tal como se señalan en la Ley – formaban parte de las responsabilidades de la Dirección General de Minería, la cual como se ha demostrado líneas arriba, no verificaba en la practica el cumplimiento de algunos requisitos exigidos para el inicio de actividades mineras como es contar el acuerdo previo para la disposición del terreno superficial.

Más aún, cabe señalar que una de las criticas "fundamentales" que motivaron esta reconfiguración de la institucionalidad responsable de la actividad minera fue la doble responsabilidad que presentaba el Ministerio de Energía y Minas respecto a una misma actividad; pues por una parte, tenía como mandato principal promover la inversión minera; pero por otro lado, además debía cumplir con supervisarla y fiscalizarla conforme a ley; lo cual evidentemente resultaba una contradicción, toda vez que cumplir con estas responsabilidades resultaban accesorias frente al mandato principal de promoción la actividad minera.

Estas entre otras razones (muchas de ellas planteadas en un contexto de conflictividad social) fundamentaron la necesidad de transferir las funciones de fiscalización y supervisión a una institución que no tuviera como fundamento institucional promover la actividad que después habría de fiscalizar. Asimismo, es importante resalta que razones similares se argumentan, cada cierto tiempo, a fin de retirar la funciones de evaluación de los estudios ambientales del MINEM, para que las mismas sean transferidas a una entidad autónoma de esta misión promotora de la actividad minera[410].

[410] Respecto a lo señalado resulta relevante hacer mención del documento de trabajo remitido por el Defensor del Pueblo al Ministro de Energía y Minas en el año 2005. En el punto 4.3. La percepción del MEM como entidad parcializada a favor de las empresas, la Defensoría señala: *"La debilidad institucional del Estado (…) se ha reflejado en la incapacidad del MEM para asegurar una adecuada supervisión y fiscalización de las actividades mineras, en particular respecto del cumplimiento de las obligaciones ambientales y sociales de las compañías mineras. Pero también la mayor cercanía social y cultural entre los funcionarios públicos y aquellos de las compañías mineras, que responde a factores objetivos de naturaleza histórica y social (…).* En otro párrafo del documento se señala algo más grave aún: *"Es necesario precisar, sin embargo, que la parcialización del MEM a favor de las empresas no ha sido sólo un asunto de percepción de la población debido a circunstancias desfavorables o la ausencia de una normativa adecuada. Por el contrario, la conducta de los funcionarios del MEM, generalmente de*

Por esta razón, en el artículo 9° del D.S. N° 038-98-EM modificado por el D.S. N° 014-2007-EM ya se hablaba de la fiscalización por parte del OSINERGMIN (previa remisión de los expedientes por parte de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros) de los aspectos de seguridad e higiene minera y de protección ambiental que corresponden al proyecto de exploración iniciado, así como la verificación de si el titular de actividad minera ha obtenido previamente al inicio de dichas actividades entre otros requisitos, el acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o la culminación del proceso de servidumbre. Especificándose que en los casos de tierras de comunidades campesinas y nativas era de aplicación lo dispuesto por el Artículo 7 de la Ley Nº 26505 – "Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas", modificada por la Ley Nº 26570. Este requisito se señalaba como obligatorio para el inicio de las actividades de exploración de las tres categorías.

Así, se dejaba en claro por primera vez, ya no solamente la necesidad de contar con el requisito del acuerdo previo para el inicio de actividades mineras, sino además se establecía claramente la etapa donde se verificaría la entidad a cargo de la fiscalización (OSINERGMIN), respecto a ello, cabe recordar – conforme a lo señalado nlíneas arriba – que dichas responsabilidades debían ser asumidas por la Dirección General de Minería, la cual sin embargo no contaba ni siquiera con el procedimiento establecido en su TUPA para verificar el cumplimiento de este requisito. Estas innovaciones, así como las irregularidades que trajo consigo el D.S. N° 014-2007-EM, fueron mantenidas hasta su adecuación con el nuevo Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera (RAAEM) – D.S. N° 020-2008-EM.

***

Con OSINERGMIN como el nuevo responsable de la supervisión y fiscalización de la actividad minera se iniciaría una nueva etapa en cuando a la institucionalidad responsable del sector minero. El RAAEM estableció en su artículo 7° que el titular está obligado a contar, antes del inicio de sus actividades de exploración minera con el derecho de usar el terreno superficial correspondiente al área en donde va a ejecutar sus actividades de exploración minera, de acuerdo a la legislación vigente (literal c). Una vez cumplido con todos los requisitos, el titular debe comunicar por escrito, previamente a la DGAAM y al OSINERGMIN, el inicio de sus actividades de exploración (artículo 17°). El artículo 45° del RAAEM regula la supervisión y fiscalización de la actividades de exploración minera, la cual se realizará previa remisión por parte de la DGAAM de todo lo actuado en los expedientes de los estudios ambientales que hayan sido aprobados (art. 44°). Conforme a este artículo, serán objeto de fiscalización y eventual sanción todos los aspectos de protección ambiental y demás aspectos del proyecto de exploración incluidos en el estudio ambiental aprobado. Asimismo, el OSINERGMIN verificará la veracidad de lo declarado en los estudios

---

menor rango, ha sido en algunos casos de hostilidad frente a los derechos de las poblaciones locales y a aquellas entidades que han asumido su defensa, como son las ONGs, e incluso la Defensoría del Pueblo. Asimismo, con frecuencia los funcionario públicos no han entendido cabalmente la necesidad ni los propósitos de los procedimientos de consulta y participación ciudadana, de tal manera que al llevarlos a cabo lo han hecho en algunos casos sin propiciar una participación efectiva y sin atender debidamente las preocupaciones ciudadanas". DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Documento de Trabajo "Minería, desarrollo sostenible y derechos ciudadanos: *Una aproximación inicial desde la Defensoría del Pueblo"*. Lima, 2005.

ambientales; fiscalizará los aspectos de seguridad e higiene minera y de protección ambiental que corresponden al proyecto de exploración iniciado y verificará - aquí viene la parte más importante – si el titular de la actividad minera ha obtenido previamente al inicio de dichas actividades la documentación que acredite derecho de uso sobre el terreno superficial, de acuerdo con la legislación en la materia (artículo 45.2°).

Esta disposición constituyó sin duda uno de los avances más importantes en cuanto al reconocimiento de los derechos de propiedad de los titulares sobre su terreno superficial y en el caso de las comunidades campesinas y nativas respecto a sus tierras. Particularmente considero, que estas innovaciones normativas son producto y resultado no solamente de una toma de conciencia por parte del Estado respecto a los derechos de estos grupos humanos, sino además como resultado de una serie de conflictos sociales – que tal como se señaló en el capítulo anterior – vienen aconteciendo y reclamando una reconfiguración de la respuesta jurídica del Estado a situaciones de hecho que constituyen una flagrante violación a derechos tan consustanciales a su realidad como es la propiedad comunal sobre sus tierras. Pues – es importante incidir en ello – si bien existía el reconocimiento legal de algunos derechos sobre las tierras, en la práctica los mismos no podían hacerse efectivos toda vez que la autoridad competente no había cumplido con desarrollar las herramientas legales, además de la voluntad técnica y política para hacerlo. Siendo por lo tanto "natural" una respuesta violenta por parte de los sectores sociales afectados, los que al impedir el inicio de una serie grandes proyectos de inversión, generan en el Estado una toma de conciencia respecto a la necesidad de renovar la legislación que regula la actividad minera, así como dotar de eficacia a los mecanismos necesarios para reconocer los derechos que se señalan vulnerados.

Ahora bien, el solo mandato que acredite el derecho de uso sobre el terreno superficial establecido por el artículo 45° del RAAEM no era suficiente para cumplir con la obligación de proteger los derechos de los titulares del mismo. Era necesario contar con un procedimiento específico que estableciera el mandato y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Este instrumento legal se aprobaría recién año y medio después de publicado el Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, cuando mediante Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) N° 211-2009-OS-CD se aprobó la "*Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones para las actividades de exploración minera y para las actividades de explotación minera por no contar con estudio de impacto ambiental y autorizaciones"*.

El Anexo 1 de dicha Resolución consignó la tipificación de las infracciones y escala de multas y sanciones para las actividades de exploración minera, cuyo rubro 1 corresponde a las autorizaciones antes del inicio de actividades de exploración. En dicho rubro se encuentra tipificado como infracción el "*inicio de actividades de exploración sin contar con el derecho de usar el terreno superficial"* (1.4). Incumplimiento que acarrea una sanción pecuniaria de hasta 50 UIT y como sanción no pecuniaria la suspensión temporal de actividades. Los órganos competentes para resolver son en primera instancia como órgano instructor la Gerencia de Fiscalización Minera y órgano sancionador la Gerencia General. En segunda instancia, el caso será resuelto por el Consejo Directivo de OSINERGMIN, en tanto se concluya la implementación del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería.

Finalmente es importante señalar, que actualmente todas las funciones referidas a la supervisión y fiscalización ambiental minera han sido transferidas al Organismo de Evaluación y Fiscalización ambiental – OEFA, ello en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, conforme al artículo 6° de la Ley N° 29325. En esa medida, en cumplimiento de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley señalada, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en material ambiental del OSINERGMIN al OEFA.

***

Otro importante factor, que considero ha incidido que el alto índice de conflictividad social minera que actualmente vive nuestro país, es la limitada participación ciudadana que hasta hace pocos años se tenía tanto en la etapa de exploración como explotación minera; lo cual se veía reflejado no solamente en distintos vacíos normativos sino además en el pobre alcance y eficacia de las herramientas consideradas por el marco legal para la participación ciudadana en el subsector minero que estuvo vigente hasta mediados del 2008.

Si bien – como señala la Defensoría del Pueblo – el derecho de participación ciudadana constituye una de las garantías esenciales de un Estado Democrático, siendo por lo tanto reconocido como un derecho fundamental en el inciso 17 de artículo 2°. Para que su aplicación sea efectiva, deben darse determinadas condiciones que faciliten su ejercicio, una de las cuales – señala la DP –es precisamente que el ciudadano pueda contar con información oportuna, precisa y completa para formarse una opinión y participar de manera informada[411].

En el caso de la actividad minera – como bien lo reconoce la DP – el ejercicio del derecho de participación cobra enorme importancia en cuanto a las actividades de minería, debido al impacto que tiene la exploración y explotación minera sobre el medio ambiente y las condiciones socioeconómicas de la población involucrada.

Así, a inicios del año 2000 mediante Resolución Ministerial N° 728-99-EM/VMM fue aprobado el Reglamento de Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales presentados al Ministerio. Dicha norma entendía la participación ciudadana como un procedimiento que se cumplía y terminaba en las siguiente modalidades: 1) Colocar a disposición del público los resúmenes ejecutivos de los estudios ambientales y 2) Una audiencia pública, la cual por la forma como estaba regulada constituía más una exposición de los detalles de los estudios ambientales; donde la ciudadanía que tuviera a bien participar, podía realizar sus preguntas respecto al proyecto.

Este Reglamento que demostraría sus graves debilidades a raíz del conflicto socioambiental minero de Tambogrande, por lo cual sería modificado en medio de una protesta mediante la Resolución Ministerial N° 596-2002-EM-DM, en la cual la Defensoría del Pueblo tuvo una activa participación como mediadora entre en los actores del conflicto señalado[412].

Lamentablemente, la única variación respecto a la norma anterior se daba en lo referente a la exploración minera, precisando que la Evaluación Ambiental no

[411] DEFENSORIA DEL PUEBLO. Adjuntía de Servicios Públicos y Medio Ambiente. *Informe N° 001-2006/ASPMA-MA.* Lima. 2006, p. 19
[412] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Ante todo, el diálogo.* Noviembre, 2005, pp. 61-66

necesitaba audiencia pública, pero sí que se ponga a disposición del público. Asimismo se señalaba que el titular del proyecto debía dejar un ejemplar del mismo en la Municipalidad Distrital, la Dirección Regional de Energía y Minas de la zona en que se realiza el proyecto.

Como puede observarse restringir la posibilidad de realizar una audiencia pública en la etapa de exploración resultaba en la práctica una limitación flagrante para que las comunidades campesinas y población directamente involucradas conocieran de primera fuente los impactos sociales, económicos, culturales y ambientales del proyecto minero. Ello sumado al poco tiempo para la recepción de comentarios (25 días conforme el artículo 6° del D.S. 038-98-EM y 20 luego de la modificación del D.S. 014-2007-EM) generaba sin duda una sensación de afectación y falta de interés "real" y "vinculante" de la opinión de la población directamente afectada.

En ese sentido, la Defensoría del Pueblo señalaba que resultaba necesario ampliar el plazo para promover la participación ciudadana, toda vez que los pobladores que podrían verse afectados generalmente viven en zonas alejadas de las entidades públicas que contaban con la copia de los estudios ambientales y el resumen ejecutivo respectivo. Asimismo, resultaba claro que para la población rural la publicación en periódicos no resultaba la más idónea sino por el contrario se debía difundir los avisos del proyecto en radios locales de alcance rural[413].

Por otra parte, el marco legal relativo a la actividad de exploración minera no establecía la obligación del MINEM de responder a los ciudadanos u organizaciones que habían formulado observaciones o comentarios por escrito respecto a la evaluación ambiental publicada, cuestión que ya era considerada por la Ley General del Ambiente[414].

La reforma del marco regulatorio de la participación ciudadana en la actividad minera fue sin duda uno de los grandes avances en cuando a la mejora de las relaciones entre todos los actores en el sector. Así, mediante el Decreto Supremo N° 028-2008-EM se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero estableciéndose un proceso detallado de participación ciudadana que se encontraba desarrollado en función a las etapas por las que pasaba la actividad minera. Participación con posterioridad al otorgamiento de la concesión, participación en los proyectos de exploración, participación en los proyecto de explotación y beneficio, participación durante la ejecución del proyecto minero y participación en la etapa del cierre de minas.

La norma fue complementada por la Resolución Ministerial N° 304-2008-EM-DM que aprobó las normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, estableciendo entre otras novedades los mecanismos de participación ciudadana. Así como obligaciones especificas tanto del titular minero como de la autoridad sectorial competente en coordinación con la autoridad regional competente para cumplir con los derechos y principios en los procesos de participación ciudadana señalados en el Reglamento.

Finalmente, la Resolución Ministerial N° 304-2008-EM-DM recogió muchas de las recomendaciones emitidas por instituciones como la Defensoría, por ejemplo en su artículo 29° estableció que la autoridad competente deberá merituar las observaciones o

[413] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Adjuntía de Servicios Públicos y Medio Ambiente. ó*p. cit.*, p. 26

[414] El artículo 51 literal h) de la Ley General del Ambiente prescribe que: "*Cuando las observaciones o recomendaciones que sean formuladas como consecuencia de los mecanismos de participación ciudadana no sean tomados en cuenta, se debe informar y fundamentar la razón de ellos, por escrito, a quienes las hayan formulado.*

recomendaciones que se presenten dentro de los plazos máximos establecidos, a partir de los mecanismos de participación ciudadana dispuestos en la presente norma, dando cuenta de ellos en los informes o el informe final que sustente su decisión sobre el estudio ambiental. Asimismo, la formulación del correspondiente informe constituye la oportunidad para dar cuenta de las razones por las cuales no se hubiera tomado en cuenta alguna de las observaciones o recomendaciones, de conformidad a lo señalado en el literal h) del artículo 51 de la Ley General del Ambiente.

8.3. Conclusiones preliminares

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad que sobre el territorio entregado en concesión para realización de actividades mineras puedan existir derechos de propiedad o posesión de un conjunto de ciudadanos conocidos como Comunidad Campesina, en razón a sus vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados –entre otras formas – a través de la propiedad colectiva sobre la tierra.

En un marco de liberalización de los derechos de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras – a contra corriente de instrumentos jurídicos internacionales como el Convenio 169 de la OIT que promovía, el fortalecimiento de sus derechos – nuestro Derecho estableció dos mecanismos que permitieran solucionar la superposición de una concesión minera sobre estos derechos.

Así, se estableció el deber de alcanzar un acuerdo previo entre el titular del terreno superficial con el concesionario minero, mediante el cual se concediera a este último la potestad de poder acceder a estas tierras durante el desarrollo de sus actividades mineras. La otra solución surgía a partir de la imposibilidad para las partes de llegar a un acuerdo, este mecanismo fue denominado servidumbre minera y consiste en la evaluación por parte de peritos debidamente calificados de las condiciones en las que se dará la actividad minera y si es posible que esta se realice sin enervar el derecho de propiedad sobre el terreno superficial haciéndolo inutilizable o afectándolo de manera sustantiva respecto a los fines para los cuales está siendo usado o estuviese destinado. En caso de no ser así – aunque admitamos que ello es prácticamente imposible – se establecerá el pago de una indemnización a favor del titular del predio superficial por el área que será utilizada por el titular minero.

Posteriormente, se demostró que a pesar de haberse establecido como requisito previo para el desarrollo de actividades de exploración minera, la necesidad de acuerdo previo con el propietario del terreno superficial conforme el artículo 7° de la Ley 26505 (artículo 2° D.S. N° 038-98-EM), en la práctica la autoridad responsable no cumplía con verificar si realmente el titular de la concesión acreditaba fehacientemente el cumplimiento de esta obligación; en tanto la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros y la Dirección General de Minería no habían establecido en el TUPA, el tramite respectivo; más aún, tal como detalla la Defensoría del Pueblo, no quedaba claro que organismo era competente de la verificación, señalándose que en todo caso correspondía a la DGM en tanto su mandato de supervisión y fiscalización minera.

Sin embargo, también se han señalado que tanto los vacíos como las posibles interpretaciones teleológicas han sido llenadas y subsanadas debidamente, a través de tardías modificaciones, muchas de las cuales han sido engendradas y consensuadas en contextos de conflictividad social entre empresas mineras y comunidades campesinas.

Más aún, sería mezquino afirmar que el marco legal actual de la actividad minera en cuanto a los aspectos sociales, ambientales y de participación ciudadana no ha dado un salto cualitativo respecto a sus versiones anteriores.

No obstante ello, tal como se desprende de los reportes mensuales sobre conflictos sociales elaborados por la Adjuntía para la Prevención de los Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo, los conflictos socioambientales mineros no han menguado y por el contrario – a pesar de la crisis económica que provoco que muchos proyectos mineros se retrasaran, otros en etapa de explotación dejaran de operar e incluso algunos que se encontraban a puertas de iniciar actividades de exploración hayan optado por cancelar operaciones – se han mantenido contantes (tal como se demuestra en la tabla final de capítulo referido a conflictos sociales), siendo por lo tanto la actividad minera una de las más golpeadas y afectadas por la protesta social.

Por lo tanto, en merito al contexto señalado y siempre desde una perspectiva jurídica que no deje de lado un análisis interdisciplinario de la realidad, cabe exponer las siguientes conclusiones preliminares de carácter general en cuanto a las cuestiones jurídicas de los conflictos sociales mineros originados por la superposición de una concesión minera sobre el territorio de una comunidad campesina:

a) Las concesiones mineras constituyen en la práctica una limitación a los derechos de propiedad y posesión de las comunidades campesinas sobre sus tierras. Estas concesiones por su ubicación geográfica se superponen en su mayor parte con comunidades campesinas que se encuentran asentadas en casi todos los departamentos andinos, muchas de los cuales son pobres y/o extremadamente pobres presentando un alto índice de necesidades insatisfechas.
b) Los derechos ancestrales (en muchos casos reflejados simplemente en la posesión) empiezan a ser cuestionados por las empresas mineras quienes en un afán de acceder al territorio requieren cumplir con las formalidades exigidas por nuestro ordenamiento jurídico, como es la formalización y su posterior inscripción en el Registro de la propiedad inmueble de la SUNARP. Estos cuestionamientos generan crisis en la institución comunal que tiene como modelo de desarrollo la propiedad colectiva sobre la tierra. A través de distintos tipos de presión económica y extraeconómica, muchas empresas mineras se ven en la necesidad de crear mecanismos que les permita conseguir de la manera que sea, el acceso a las tierras. El Estado en muchos casos no se encuentra presente en esta etapa, y si lo está es para ayudar a la empresa a alcanzar estos fines.
c) A esta situación se suma los problemas que en la práctica se tiene para aplicar disposiciones como las establecidas en el Convenio 169 de la OIT; más aún cuando, se sostiene por un amplio sector de especialistas que tanto las Comunidades Campesinas como Nativas no son susceptibles de ser comprendidas dentro del concepto de Pueblo Indígena. Si bien esta afirmación puede resultar valida en algunas circunstancias, no aporta solución alguna a los problemas y conflictos sociales que generan las actividades extractivas en estos territorios.
d) Una vez establecida la necesidad de explotar las tierras de las comunidades campesinas, estas no solo pierden en la práctica sus derechos, sino además deben enfrentar el reto de reiniciar una nueva vida en otro espacio geográfico, debiendo en muchos casos ser reubicadas, ello siempre y cuando exista la voluntad de la empresa de brindar los mejores estándares sociales a las personas afectadas.
e) Conforme a lo expuesto, queda evidenciado que el Estado Peruano presenta una clara prioridad por la promoción de la inversión minera, la cual es inversamente proporcional a la motivación para cumplir con el deber de conocer la realidad de las comunidades campesinas cuyos territorios se otorga en concesión, las mismas que se encuentran asentadas en los andes, en el centro del país, al norte en zonas como

Piura y La Libertad y en el sur en Regiones como Cuzco, Ayacucho y Puno, por mencionar algunos departamentos. Espacios geográficos donde según la Defensoría del Pueblo actualmente concurren la mayor parte de los conflictos sociales entre comunidades campesinas y empresas mineras.

f) El Estado Peruano ha modificado y corregido una serie de leyes que constituyeron en su momento objeto de protesta (aunque fuera en contra de su voluntad, por ejemplo en el caso del D. Leg. 1015 y 1073); sin embargo, no ha podido cambiar la imagen que tiene ante la sociedad en cuanto a los intereses que manifiesta promover. El ejemplo del artículo el "Perro del Hortelano" es paradigmático pues si bien es importante conocer la opinión del primer mandatario, también es evidente su postura confrontadora y descalificadora respecto a quienes no comparten su visión de desarrollo. La cual finalmente se refleja en las decisiones y posturas que toman los funcionarios del Poder Ejecutivo responsables del sector Energía y Minas.

g) El marco legal que reguló aspectos sociales de la actividad minera como el requisito de acuerdo previo entre titular del terreno superficial y el concesionario minero previo al inicio de sus actividades, no fue debidamente desarrollado y supervisado por el Estado Peruano. Esta grave omisión significó no contar con normas adecuadas para el control de este requisito, originándose que en la práctica el mismo constituyera un simple enunciado que al no ser correctamente fiscalizado afectaba los derechos de propiedad y posesión de incontables comunidades campesinas respecto a sus terrenos superficiales; los cuales, conforme señala tanto la legislación nacional como normas de orden internacional constituyen un elemento consustancial para el desarrollo de su vida y su cultura.

h) Esta situación de indefensión legal justifica y explica en cierta medida las acciones de protesta y conflicto social que han emprendido una serie de actores involucrados dentro del ámbito de influencia de los proyectos mineros (no solamente comunidades campesinas y nativas) que ven en la realización de estas manifestaciones, la única posibilidad de hacer prevalecer su voluntad ante la decisión ya tomada por el Estado a favor de la actividad minera y más aún, cuando el ordenamiento jurídico ha fallado constantemente en la cautela de sus derechos.

i) Estos vacíos legales, su nulo desarrollo en el ámbito administrativo, así como una serie de expresiones del Poder Ejecutivo reflejados en algunos proyectos de ley remitidos al Congreso de la República, ha contribuido durante un largo periodo a consolidar el alto nivel de desconfianza que genera el Estado, por lo que manifestaciones de su soberanía tan inofensivas como el acto administrativo mediante el cual se otorga una concesión minera constituye en sí mismo una afrenta a los interés de las personas que ven en la actividad minera una opción poco o nada viable para su desarrollo.

j) El desconocimiento del Estado de la realidad social, económica y cultural de las Comunidades Campesinas se ve reflejada en la ausencia total de voluntad del presente y pasado gobierno para modificar o derogar por una nueva, la vetusta Ley General de Comunidades Campesinas. Asimismo, la decisión de extinguir el Programa Especial de Titulación de Tierras – PETT mediante absorción de COFOPRI dentro del marco de la modernización del Estado, a pocos meses de iniciado el periodo de gobierno 2006 – 2011, es quizás la peor decisión a nivel institucional en cuanto a la promoción y protección de derechos de las comunidades campesinas y nativas. ello, no solamente por la pérdida de capital humano y conocimientos adquiridos durante todos los años que trabajó esta institución en el

> proceso de formalización de las tierras comunales, sino además porque a partir de su desactivación, el proceso de transferencia de las funciones hacia los Gobiernos Regionales ha quedado estancado y no hay visto que vaya a funcionar con la misma eficiencia que mostraba el PETT. En la actualidad es imposible afirmar si cuando concluya el proceso de transferencia, las entidades regionales se encontrarán en la capacidad de replicar los éxitos alcanzados por el PETT durante su funcionamiento. En ese sentido, un informe de la Defensoría del Pueblo ya señala las debilidades del proceso de acreditación para la transferencia de competencias sectoriales a los Gobiernos Regionales y Locales, lo cual demuestra la ausencia de capacidades para llevar adelante estas funciones[415]. Estas decisiones demuestran la ausente voluntad política del Ejecutivo en cuanto a la promoción y afianzamiento de los derechos de propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus tierras comunales.

Estas consideraciones, en un contexto de desconfianza generada por la inoperancia estatal durante más de 15 años para proteger los derechos de propiedad y posesión de las comunidades campesinas sobre sus tierras explica en parte la agresión desmedida que *a priori* deben enfrentar la minería. Por lo tanto será fundamental identificar y llenar los vacíos legales, buscando consensuar normas que otorguen mayor independencia técnica y política a las autoridades sectoriales responsables de evaluar, supervisar y fiscalizar los proyectos mineros. Así como la creación de una institución responsable de velar por los derechos de las comunidades campesinas y nativas.

Es decir, a pesar de lo mucho avanzado en los últimos años, aún persiste una serie de vacíos estructurales que deben ser resueltos. En esa medida, los procesos de consulta previa que desarrollen los concepto del Convenio 169 de la OIT, la discusión sobre el aprovechamiento de los recursos naturales como el hídrico en proyectos mineros o las disposiciones para el desarrollo de procesos de reasentamiento poblaciones involuntario de Comunidades Campesinas producto del desarrollo de actividades mineras en su territorio, constituyen temas que si bien son causa de conflicto constante entre los actores que conforman este triangulo sin base; aún no reciben la necesaria atención de los responsables de proponer o elaborar leyes.

En ese sentido, la presente investigación luego de realizar una pertinente evaluación y análisis de los actores involucrados, contextualizando además los conflictos sociales mineros que ocurren en nuestro país; procederá analizar uno de los aspecto más álgidos de la relación empresa minera – comunidad campesina, el reasentamiento poblacional involuntario por actividades mineras, analizando y señalando los vacíos legales y las debilidades institucionales que persisten para llevar adelante proyectos de esta envergadura. Todo ello en el marco de las nuevas obligaciones ambientales y sociales que se han desarrollado en los últimos años; así como el alcance de los derechos de las comunidades campesinas sobre sus tierras y las distintas responsabilidades que deberá implementar nuestro marco institucional en estos casos.

[415] DEFENSORIA DEL PUEBLO. Programa de Descentralización y Buen Gobierno. *"Hacia una descentralización al servicio de las personas: recomendaciones en torno al proceso de transferencia de competencias a los gobiernos regionales"*. Informe N° 141. Lima, Marzo 2009.

9. El Estado ante el reasentamiento poblacional involuntario por actividades mineras: *La necesidad de un marco legal*

El reasentamiento poblacional no es un fenómeno nuevo, durante la historia de la humanidad, diversos hechos como inundaciones, sequías, huracanes, erupciones volcánicas, ciclones, maremotos, terremotos etc. han determinado que comunidades de personas e incluso ciudades hayan tenido que cambiar su ubicación geográfica en búsqueda de condiciones dignas para su desarrollo. Esta causa de reasentamiento poblacional es hasta cierto punto aceptada – con resignación – por los grupos humanos que deben reubicarse, pues se entiende que resulta inevitable prever las consecuencias de los desastres naturales.

No obstante ello, en las últimas décadas las causas que motivan las reubicaciones poblacionales han pasado a tener un origen antrópico; es decir, movilizaciones originadas por la construcción de grandes proyectos de infraestructura como son la construcción de carreteras, represas, operaciones de explotación minera, centrales hidroeléctricas etc. Estas movilizaciones son evidentemente más difíciles de asimilar por las comunidades directamente afectadas; más aún, cuando no se cuenta con mecanismos que impidan una ejecución arbitraria.

Por ello, estos reasentamientos son procesos de migración de carácter forzado que implican niveles más agudos de disrupción y estrés social que los sufridos en migraciones voluntarias donde los grupos sociales y/o familias involuntarias tienen el poder de decidir y planificar el proceso y trayectoria de la migración. Sin embargo, estas migraciones forzadas al no estar relacionadas a desastres naturales o conflictos armados incontrolables, no son lo que la literatura define como procesos de desplazamiento y refugio. Por el contrario, estas reubicaciones involuntarias son el resultado de una planificación pública o privada que tiene como objetivo el desarrollo, lo que le agrega a estos procesos una dimensión ética y un carácter contradictorio, como correctamente señalan Cernea y McDowell: *"Compulsory displacements that ocurr for development reasons embody a perverse and intrinsic contradiction in the context of development. They raise major ethical questions because they reflect an inequitable distribution of development's benefits and losses"*[416].

Por lo tanto, no puede dejarse de observar que los procesos de reasentamiento poblacional involuntario implican una serie de costos sociales, económicos, culturales y ambientales que son – qué duda cabe – extremadamente altos para las poblaciones que los sufren; por ello, es imprescindible – antes de proseguir con cualquier cavilación jurídica – no dejar de lado cuestiones éticas fundamentales como: ¿Cuál es el deber hacia las personas que son desplazadas? ¿Bajo qué condiciones puede ser justificado un desplazamiento? ¿Qué clase de análisis ético puede justificar el desplazamiento que [promete] el desarrollo?[417] Si bien no constituye fin de la presente investigación otorgar respuestas a estas interrogantes, considero que salvaguardar la dimensión ética de todo proyecto minero permitirá justificar con absoluta libertad, la lógica de desarrollo que se encuentra en cada reasentamiento poblacional involuntario.

---

[416] CERNEA, Michael y Chris MCDOWELL. *"Risk and reconstruction"*. Washington DC: World Bank. 2000, p. 20. Cita del en: "Política de Tierras y Reubicación Involuntaria". GRADE, 2006. *Documento institucional no publicado.*

[417] PENZ, Peter, *"Desarrollo, desplazamiento y ética"* citado por DUQUE BOTERO, Juan David, *"El reasentamiento poblacional: fenómeno social, político y de progreso"*. Revista de Estudios Socio – Jurídicos. Colombia, Bogotá. Enero – Junio 2006 p. 157

9.1. Consideraciones generales

Las reubicaciones involuntarias por actividades mineras son procesos de reasentamiento poblacional motivados por la implementación de la etapa de desarrollo minero (construcción de infraestructura e instalaciones) a gran escala, que generarán un uso intensivo y excluyente de recursos naturales tan indispensables como el agua y la tierra[418].

En esta lógica se inscribe el sentido de la presente investigación, ante la necesidad de proceder con un proceso que en principio resulta contradictorio; ejecutar el reasentamiento poblacional involuntario de una Comunidad Campesina desnaturaliza su concepto y quiebra la relación consustancial del binomio Comunidad – Territorio.

En palabras de la especialista en titulación de tierras comunales Silvana Baldovino:

> *"Si bien el reasentamiento poblacional puede ser una necesidad, desvirtúa el término 'comunitario' y el vínculo ancestral con la tierra. Se supone que cada comunidad campesina tiene determinadas áreas en las que existen vinculaciones sean por cuestiones agrícolas, religiosas o culturales; la reubicación desvirtúa la figura de la comunidad. [En ese sentido] no es lógico el reasentamiento poblacional de una comunidad; o sea, desde la misma definición de comunidad campesina no podría aplicarse la figura del reasentamiento por que el binomio indígena – tierra es prácticamente indisoluble, tú no lo puedes separar por nada. Es un supuesto en el cual el legislador obviamente no ha pensado y no creo que las poblaciones indígenas, ni andinas ni amazónicas, sobre todo las andinas lo aprueben. En todo caso no creo que se regule tampoco ¿Cómo mueves a una comunidad?*[419]

Lo señalado constituye una de las principales objeciones que encuentra la investigación al desarrollo de proyectos mineros que requieran para su ejecución la reubicación de una comunidad. En merito a las consideraciones establecidas y el contexto de conflictividad social que enfrenta nuestro país y sin dejar de lado una perspectiva jurídica y social, resulta inconcebible plantear la separación de una Comunidad respecto a su territorio, desconociéndose no solamente la obligación promotora de sus derechos que establece la legislación nacional; sino además, menospreciando el valor que se le ha otorgado al derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, bajo estas premisas, cabría sostenerse que el Estado Peruano proscriba los proyectos mineros de esta naturaleza.

Sin embargo, partiendo de una visión objetiva de la realidad, esta propuesta resulta inviable por irreal y ociosa, dada la importancia y poder que presenta el gremio minero en nuestra economía y política nacional. Por lo que resulta – dada las circunstancias – más adecuado y factible, que el Estado cumpla con el deber desarrollar un marco legal para cualquier actividad susceptible de causar perjuicios sociales; la cual con la suficiente especificidad y rigurosidad regule el proceso de reasentamiento poblacional involuntario de comunidades campesinas.

---

[418] Se dispone de la tierra como un todo, tanto superficie como subsuelo. En ese sentido, el reasentamiento es inevitable cuando por su ubicación, el yacimiento se encuentra cerca al lugar donde se encuentra asentada la comunidad; o cuando, se prevé que la superposición ocurrirá en el corto o mediano plazo.

[419] GARCÍA CERRÓN, Erick Leddy. *"Puntos de la cuestión jurídica sobre tierras comunales en los conflictos sociales mineros"*. Entrevista de 28 de mayo de 2009 a Silvana Baldovino.

No se puede desconocer la realidad y cerrar los ojos ante lo que en definitiva resultan hechos consumados; procesos de reubicación de comunidades campesinas u otros grupos poblacionales que ya se han ejecutado o se vienen negociando actualmente. Por ello, en tanto la conflictividad social minera se mantenga latente en nuestro país y no se cuente con adecuados mecanismos legales que permitan generar confianza en la administración pública; encontraremos que los elementos para justificar las protestas e impedir que se desarrollen este tipo de proyectos potencialmente conflictivos, terminen siendo, finalmente, la peor traba para la inversión minera en nuestro país.

En este contexto, resulta más que necesario no limitar los criterios y alcances de los procesos de reasentamiento poblacional involuntario a los términos que establezca cada empresa minera. A fin de prevenir consecuencias no deseadas, resulta pedagógico y relevante recordar sucesos como los de Tambogrande, donde la sola posibilidad de reubicar a la población del Valle de San Lorenzo constituyó una de las causas que llevó al extremo el rechazo al proyecto minero de la empresa Manhattan.

En esa medida, el Derecho y las leyes juegan un papel fundamental como articulador de los intereses de la sociedad. Tal como señalé en la introducción de la presente investigación, el Derecho cuando es efectivo, cumple con una función social legitimadora de las decisiones del aparato estatal, habiéndose para ello sintonizado previamente las expectativas de los sectores involucrados de la sociedad. Lamentablemente, este proceso aún no ha comenzado, por lo que esta tesis tiene esta principal finalidad, ser un granito de arena en estos esfuerzos de consolidación de la confianza en el aparato minero-ambiental estatal, donde los proyectos potencialmente conflictivos se puedan transformar en situaciones de hecho que brinden todas las posibilidades de desarrollo a las Comunidades Campesinas.

9.2. Minería y reasentamiento poblacional: *Implementación de procesos de reubicación involuntaria sin base normativa*

Como consecuencia de las reformas económicas y políticas de inicios de 1990, que tuvieron como principal objetivo insertar al país en los mercados globales y así obtener altos niveles de inversión extranjera que permitieran superar la debacle económica en que el país se encontraba, se crearon las condiciones para hacer de la actividad minera un sector clave en el nuevo modelo de desarrollo.

A inicios de 1991, el gobierno de Fujimori aprobó la Ley de Promoción de la Inversión Extranjera (Decreto Legislativo N° 662), la cual abrió todos los sectores de la economía peruana a la inversión extranjera directa. Bajo esta ley, a los inversionistas extranjeros se les garantizó igual trato y se eliminaron todas las restricciones para las remesas de ganancias, dividendos, regalías, acceso al crédito domestico, y la adquisición de suministros y tecnologías en el exterior. Además, con el fin de atraer la inversión extranjera, el gobierno ofreció paquetes de estabilidad tributaria a los inversionistas extranjeros (Decreto Legislativo N° 757) por plazos de diez a quince años. Se adoptaron también medidas adicionales, incluida la implementación de amplios programas de privatización (Decretos Legislativos N° 674 y 708) que ofrecieron a los inversionistas extranjeros oportunidades atractivas y que eliminaban la competencia de las empresas públicas y las firmas locales que disfrutaban de ventajas clientelistas significativas[420].

[420] BURY, Jeffrey. *"Neoliberalismo, minería y cambios rurales en Cajamarca", en* BEBBINGTON, Anthony (Ed.). "Minería, movimiento sociales y respuestas campesinas: una ecología política de

Sin duda, el "experimento peruano" funcionó, lográndose a nivel macroeconómico importantes avances; sin embargo, hasta la actualidad, aún se mantiene el reto para nuestros gobiernos de transferir ese éxito macroeconómico a niveles donde puedan ser percibidos por el común de la población[421].

Regresando al sector minero, entre muchas de las consecuencias que trajeron su privatización y transnacionalización, se encuentra la alteración significativa que implicó para los derechos de propiedad y tenencia de tierras a lo largo del país. Esto se ve ejemplificado en el nuevo tamaño que adquirieron las operaciones mineras y la concentración espacial de las concesiones en áreas ricas en minerales[422]. El nuevo sector minero paso a convertirse en una nueva e importante fuerza que afectó los patrones de tenencia de tierras, desarrollándose a partir de 1990 modificaciones que permitieran la distribución, reclasificación y parcelación de la tierra a fin que ello facilitara la transferencia de derechos mineros a las operaciones de gran escala[423].

La promoción de operaciones mineras a gran escala implicó importantes procesos de cambio en torno a la disposición de las tierras. Se cambiaron las leyes y normas que regían la tenencia de tierras, desde las decisiones tomadas a nivel comunal hasta la nueva dimensión del derecho de propiedad privada (Constitución de 1993, Ley de Tierras); asimismo, la magnitud que adquirieron las nuevas concesiones mineras transformaron los valores de la tierra conduciendo a una "revalorización" de los recursos y prioridades del uso de tierras, y finalmente se afectó significativamente la distribución vertical de los patrones de uso de tierras, conduciendo a una rezonificación de las actividades de uso de tierras de las unidades familiares a lo largo de zonas que históricamente habían sido destinadas a la ganadería y pastoreo en la región[424].

***

transformaciones territoriales". Instituto de Estudios Peruanos, Centro Peruano de Estudios Sociales, Lima, 2007, p. 52

[421] SCHULDT, Jurgüen. "*Bonanza macroeconómica y malestar microeconómico"*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. 2005, Lima. El Dr. Schuldt plantea una serie de interesantes hipótesis respecto a cómo se vincula los éxitos a nivel macroeconómico y la casi nula sensación de un mejor económica del peruano de a pie.

[422] De acuerdo al Mapa de Unidades Mineras en Producción y Proyectos de Exploración elaborado por el Dirección de Promoción Minera del Ministerio de Energía y Minas a Marzo de 2010 cabe señalar que los Departamento con mayor porcentaje de área concesionada (con respecto su extensión total) son siguientes: Apurímac 45,39%; Cajamarca 36,99%; Huancavelica 29,95%; Moquegua 37,71% y La Libertad 33,99%. Asimismo es importante señalar que Ancash, Arequipa, Ica, Lima y Piura presentan una extensión de área concesionada de alrededor del 25%.

[423] En este punto es importante recordar el papel trascendental que significó las modificaciones al marco legal para acceder a derechos mineros. Tal como señaló el MINEM, la nueva Ley de Catastro Minero Nacional (Ley N° 26615) modificó los derechos de tenencia de tierras a lo largo de todo el país. Antes de 1996, las concesiones mineras estaban sujetas a demandas bajo una diversidad de históricos decretos de gobierno – con frecuencia contrapuestos. Estos condujo a muchas concesiones superpuestas y a disputas legales acerca del control sobre los recursos de tierras. La nueva Ley de Catastro Minero Nacional eliminó muchos procedimientos previos de denuncios mineros, y centralizo y unificó las concesiones de acuerdo con un nuevo sistema georeferencial. Esto garantizó a las firmas nacionales y transnacionales el control exclusivo de los recursos de tierras necesarios para implementar sus operaciones.

[424] BURY, Jeffrey. "*Neoliberalismo, minería y cambios rurales en Cajamarca"*, *óp. cit*., p. 71. Es importante señalar que el autor plantea estas premisas como parte de un debate teórico que posteriormente desde su perspectiva se ven verificados a partir de los impactos sobre los patrones de tenencias de tierras ocurridas en la región Cajamarca por las actividades de Minera Yanacocha S.A.

Las empresas mineras necesitan hacerse de cantidades variables de tierra dependiendo de la escala y naturaleza de las operaciones. En el caso de la compra de tierras, esta puede afectar directa o indirectamente a las familias y localidades situadas originalmente en el área a explotar o en espacios adyacentes a la misma. El resultado variará desde una ligera alteración de los medios de subsistencia e interacción social hasta la transformación radical de los vínculos socio-culturales y económicos. La aparición de una operación minera obliga a la población local a redefinir sus opciones de vida y de producción[425].

En ese sentido tal como señala Pasco-Font y otros:

> *Un primer problema respecto a la compra y venta de tierras es la modalidad de transferencia y las condiciones de la misma, que dependen de variables como las tierras mismas, su modalidad de ocupación, la propiedad, el tipo de transacción y de trato y la intermediación en el proceso de transferencia. Las tierras pueden ser: de pasto, de secano o de riego. Su ocupación puede ser: estacional, temporal o permanente. Adicionalmente, las tierras pueden contar con fuentes de agua o algún otro recurso, ser paso de algún camino o, eventualmente, incluir algunos bienes que pueden modificar su valoración: árboles, cultivos, casas, cercos, etc. La propiedad de las tierras puede ser comunal o familiar*[426].

Ahora bien, por lo general las tierras que requieren las minas son pastos de altura, de uso fundamentalmente ganadero y con baja productividad, cuya propiedad – como se ha señalado –puede ser comunal o familiar y su ocupación suele ser estacional. Cuando la actividad minera entra confrontación con actividades de subsistencia como la agrícola o la ganadera, resulta más complicado emprender procesos de reubicación poblacional involuntaria.

Por otra parte, es importante recordar, que las negociaciones para transferir las tierras fueron durante una época coactivas, básicamente bajo la amenaza de que se recurriría a la ley de tierras que estipula el proceso de servidumbre[427]. En el otro extremo, la venta de la tierra podía ser también ser negociada, presentándose en algunos casos que el acuerdo de la compra/venta venía acompañado de una oferta de reubicación para los ocupantes de los terrenos (Antamina y Xstrata).

Asimismo, conforme señala Pasco-Font, en cuanto a la naturaleza de la negociación, los acuerdos y la transferencia de la tierra son entendidos de manera diferente por los

---

[425] PASCÓ-FONT, Alberto, DAMONTE, Gerardo, DIEZ, Alejandro, FORT, Ricardo. *El Caso Peruano,* en Grandes Minas y la Comunidad. 2000. Disponible en: http://www.idrc.ca/openebooks/024-1/ Revisado el 01 de marzo 2010. *La versión del libro se encuentra en HTML por lo que no puede identificarse el número de hoja.*

[426] PASCÓ-FONT, Alberto, DAMONTE, Gerardo, DIEZ, Alejandro, FORT, Ricardo. *El Caso Peruano,* en Grandes Minas y la Comunidad. *óp. cit.*

[427] En cuanto a este punto, es importante tener presente que los casos de amedrentamiento y abuso por parte de las empresas mineras para acceder a las tierras tiene tanto de realidad como de leyenda negra; más aún, cuando el contexto en que se dieron las primeras negociaciones correspondió a una etapa donde la presencia estatal era casi nula y no existía mayor asesoría para las poblaciones involucradas en la transferencia. En ese sentido, dada las abundantes quejas y testimonios recogidos por numerosos estudios no puede negarse que no fue una práctica constante por parte de profesionales contratados por las mineras con el apoyo de funcionarios públicos. No obstante ello, comparto la opinión de quienes afirman que actualmente las grandes operaciones normalmente no recurren a esta estrategia (no resulta rentable ante la posibilidad de un conflicto social), siendo las operaciones de menor tamaño las que ejercen diferentes presiones para obtener la tierra.

mineros y los campesinos. Un papel firmado y refrendado en asamblea –que cubre legalmente a la empresa– no es un impedimento para que los campesinos revisen el proceso. Para los campesinos la negociación es un proceso continuo que permanece latente mientras exista una relación entre las partes[428].

***

Los procesos sociales, económicos y cultuales señalados constituyen el punto de partida para analizar la magnitud de un proceso de reasentamiento poblacional involuntario generado a partir de las necesidades de un proyecto minero, pues revelan un trasfondo de precariedad no solamente en cuanto a las condiciones de vida de los pobladores sometidos a la disyuntiva de dejar sus tierras, sino además muestran la fragilidad de los derechos de aprovechamiento sobre la tierra, todo ello inscrito dentro de una dinámica de costumbres que nuestro ordenamiento jurídico nunca ha intentado reconocer[429].

Por ello, antes de proceder con establecer en líneas generales los parámetros de un adecuado marco normativo que regule el proceso de reasentamiento poblacional involuntario de Comunidades Campesinas por actividades mineras, se ha describen los casos de grandes operaciones mineras que han desarrollado importantes procesos de adquisición de tierras y su correspondiente compensación; así como, proyectos mineros que definieron la necesidad de reubicar comunidades campesinas u otros grupos poblacionales como condición necesaria para el inicio de la fase de explotación; buscando identificar en estas experiencias los impactos más relevantes, las dificultades que se presentan y las soluciones alcanzadas, lo cual permitirá desarrollar un adecuado mecanismo legal que regule esta actividad.

***

Importantes empresas mineras han venido y vienen negociando con Comunidades Campesinas su reubicación involuntaria respecto de las zonas donde se encuentran asentadas. Estos traslados obedecen básicamente a dos finalidades: la primera, la construcción de infraestructura relacionada al proyecto (campamento, depósitos de relaves, planta concentradora) para la correcta ejecución del proyecto, y la segunda, la explotación propiamente dicha del área mineralizada (yacimiento).

Para los fines de la presente investigación se han elegido 4 casos donde se ha desarrollado el proceso de compra de tierras y posteriormente el reasentamiento poblacional involuntario (con excepción de Yanacocha).

En el análisis de los cuatro casos se busca alcanzar los objetivos siguientes:

Primero.- Evaluar las acciones tomadas por las empresas mineras luego del proceso de adquisición de tierras. Determinar – en la medida de lo posible – si las acciones tomadas son producto de una exigencia de la legislación nacional o forman parte de la política de responsabilidad social de la empresa.

[428] PASCÓ-FONT, Alberto, DAMONTE, Gerardo, DIEZ, Alejandro, FORT, Ricardo. *El Caso Peruano,* en Grandes Minas y la Comunidad. *óp. cit.*

[429] Comparto lo señalado por distintos especialistas respecto a que debe tenerse presente además, las demandas, expectativas y percepciones de la población; así como su visión y opciones de desarrollo, y las estrategias que se construyen para informar los beneficios que obtendrá la comunidad. Estos elementos constituyen pautas fundamentales para conseguir un proceso de reasentamiento poblacional exitoso.

Segundo.- Identificar las consecuencias sociales, económicas y culturales que acarrea la perdida de tierras para las comunidades campesinas u otros grupos poblacionales.
Tercero.- Analizar en términos generales el estado de nuestro marco normativo general respecto las implicancias legales que contienen los procesos de reasentamiento poblacional involuntario.
Cuarto.- Conocer la actuación del Estado en los proceso de reasentamiento poblacional involuntario.

El análisis y sus conclusiones resultan fundamentales no solamente por la información que proporciona cada caso; sino además, por encontrarse separados en cuanto a la fecha de su ejecución permiten un análisis evolutivo en razón al tiempo. En ese sentido la tabla a continuación expone los detalles generales de cada caso bajo análisis:

Operaciones mineras y reasentamiento poblacional					
Empresa	Inversionista/País	Yacimiento	Derechos superficiales adquiridos	Etapa del Proyecto	Últimas noticias
Yanacocha	Newmont, Minas Buenaventura, CFI	Cajamarca, sobre los 4,000 m.s.n.m (oro y plata)	Al 2000 más 11,000 ha	En ejecución, algunas unidades como Maqui Maqui ya han sido cerradas	Hay nuevos proyectos en evaluación
Antamina	BHP Billiton, Xstrata, Teck, Mitsubishi	Ancash, entre 4,200 y 4,700 m.s.n.m. (polimetálico, ley de cobre equivalente a 1.7%, y reservas de 559 millones de toneladas)	7,141.24 ha	En ejecución	Se ha proyectado la ampliación de la operación
Chinalco (Toromocho)	Aluminium Corp of China/China	Junín, a 4,600 m.s.n.m (polimetálico: cobre, molibdeno y plata)	Aprox. 2,200 ha, para la construcción de las instalaciones	EIA aprobado	Si bien se ha aprobado el EIA, aún no concluye el proceso de reasentamiento
Xstrata (Las Bambas)	Xstrata Cooper/Suiza	Apurímac, a 4000 m.s.n.m. (cobre, reservas 1,132 millones de toneladas)	No hay datos definitivos	EIA aprobado	Se llegó a un acuerdo de reasentamiento con la CC. de Fuerabamba. El proyecto iniciará operaciones en el 2012

Antes de proseguir con análisis de los casos, corresponde establecer las diferencias y similitudes entre los proyectos y operaciones elegidos, toda vez que ello permitirá presentar una visión más didáctica y realista acerca del contexto en que se están

desarrollando los reasentamiento poblaciones involuntarios de comunidades campesinas en nuestro país.

En merito a lo señalado, se procede a detallar las características más relevantes de la relación que se presenta entre cada uno de los casos escogidos:

a) Tanto Yanacocha como Antamina constituye operaciones mineras a gran escala, cuyos yacimientos formaron parte del proceso de privatización de unidades mineras estatales. Yanacocha inició sus operaciones en 1993, las mismas que fueron incrementándose progresivamente. Por su parte, Antamina fue una de las más importantes inversiones mineras de la década de 1990, la mina entro en marcha en el año 2001.
b) Ambas empresas necesitaron para poner en marcha sus respectivos proyectos adquirir un considerable número de hectáreas de tierras. En ese sentido, Yanacocha inicio un agresivo proceso de titulación y compra de tierras a distintos actores de las localidades adyacentes el proyecto (principalmente los 35 caseríos); en estos procesos, la empresa enfrento muchas dificultades y protestas – tal como se señalará más adelante – generándose una fuerte desconfianza con la población. Asimismo, luego de la compra de tierras de las comunidades (cuya economía giraba en torno a la pequeña agricultura, ganadería), Yanacocha no desarrollo un proceso de reasentamiento poblacional involuntario alguno, ello producto del desconocimiento de los graves impactos sociales y económicos que representó la perdida de tierras por parte de estas comunidades.
c) Antamina, por su parte, ante las consecuencias negativas de su proceso de adquisición de tierras, implementó el llamado Plan Acelerado de Reubicación (PAR), el cual constituyo en el reasentamiento de las familias asentadas dentro de los predios adquiridos por la empresa. Como se señalará más adelante, si bien esta experiencia no puede ser consideraba del todo exitosa, significó – sin duda alguna – un salto cualitativo respecto a toma de conciencia por parte de una empresa minera respecto a las consecuencias de sus actividades en las poblaciones dentro de su ámbito de influencia. Este proceso se desarrolló durante el año 1999.
d) La principal semejanza de los dos casos restantes no es solamente el compuesto mineral de sus yacimientos (cobre), ambos además se encuentran ultimando los detalles para iniciar en los próximos años la fase de explotación minera. En el caso del Proyecto Minero Toromocho de Chinalco Peru, la empresa ya presentó el Estudio de Impacto Ambiental para explotación del proyecto minero. En dicho documento, la empresa ha presentado su propuesta de reasentamiento poblacional tanto de los pobladores de la ciudad de Morococha, así como de siete familias poseedores de tierras de la Comunidad Campesina de Yauli. No obstante ello, los conflictos sociales se encuentran activos debido a la oposición de un sector de la población a la reubicación.
e) El Proyecto Minero “Las Bambas” de Xstrata Cooper ya presente el EIA para iniciar la etapa de explotación. Así es importante señalar que desde el inicio de sus actividades exploratorias se mencionó la posibilidad de reubicar a la Comunidad Campesina de Fuerabamba, cuyas negociaciones ha culminado.
f) La principal similitud en los cuatro casos se encuentra referida a la identidad de los actores involucrados. Por un parte, la gran empresa minera, y por el otro lado (a excepción de Yanacocha donde habían caseríos) comunidades campesinas

sumidas en una situación de vulnerabilidad extrema, con una escasa presencia del Estado y limitados mecanismos para alcanzar el desarrollo.

g) No obstante las semejanzas señaladas, el tratamiento del reasentamiento poblacional involuntario ha variado en el tiempo (a pesar de utilizar como fuente los lineamientos del Banco Mundial) y los casos escogidos son un claro ejemplo de ello[430]. Así, saltándonos el caso de Yanacocha, cuya trascendencia se encuentra en los impactos negativos generados en las comunidades afectadas, la experiencia de Antamina es profundamente relevante por ser el primer megaproyecto de gran inversión que recibió el país en la década del 90. Por su parte, los casos Toromocho y Las Bambas justifican en cierta medida la necesidad de regular algunos detalles procedimentales del proceso de reasentamiento involuntario; toda vez que, la actuación ante el reto que significa este proceso no ha sido homogéneo en ninguno de los casos citados.

9.2.1. Minera Yanacocha

Minera Yanacocha es una de las operaciones mineras más importantes del Perú. La mina, ubicada a 35 km al norte de la ciudad de Cajamarca, es una de las minas de oro más grande de América Latina. Su accionariado está repartido entre Newmont Mining Corporation con 51.35%, Compañía de Minas Buenaventura con 43.65% y la Corporación Financiera Internacional (brazo financiero del Banco Mundial, con 5%)[431]. Es importante mencionar además que Yanacocha sería la primera nueva inversión extranjera en el sector minero peruano desde 1976.

Es importante señalar que en el caso de Minera Yanacocha no se desarrollará un proceso de reasentamiento poblacional involuntario, toda vez que conforme a la documentación revisada, no se puede concluir que la empresa ejecutó programa alguno que estuviera dirigido a reubicar a los ex titulares de las tierras adquiridas. No obstante ello, las consecuencias generadas por la venta o perdidas de estos territorios en los pobladores constituye un elemento fundamental para comprender las consecuencias y los distintos niveles de afectación que genera estas limitaciones de los recursos naturales; que posteriormente serán tratadas mediante procesos de reubicación involuntaria.

La primera etapa del inicio de actividades de Yanacocha constituyo la adquisición de muchas de las propiedades rurales de la zona. Para ello, la empresa asumió la puesta en marcha de programas de titulación de tierras (inexistentes hasta ese momento) constituyéndose como el agente de facto de la transformación de la tenencia de tierras. Según datos de la empresa citados por Bury en más de un 80% de los casos fue necesario regularizar previamente los documentos de propiedad, pues muchas veces no

[430] Al respecto es importante señalar que correspondió a la consultora Social Capital Group preparar el Plan de Acción para el Reasentamiento (PAR) del Proyecto Minero Toromocho. En ese sentido, si bien no se tiene información de que consultora será la responsable de elaborar el plan de reasentamiento involuntario para el Proyecto "Las Bambas", dado que la misma consultora ha sido la responsable de elaborar las líneas de base para la empresa, es de presumir que será la encargada de redactar la propuesta de Xstrata.

[431] BEBBINGTON, Anthony y otros. "*Movimientos sociales, lazos transnacionales y desarrollo territorial en zonas de influencia minera: Cajamarca-Perú y Cotacachi-Ecuador", en* BEBBINGTON, Anthony (Ed.). "Minería, movimiento sociales y respuestas campesinas: una ecología política de transformaciones territoriales". Instituto de Estudios Peruanos, Centro Peruano de Estudios Sociales, Lima, 2007, p. 180

estaban saneados o registrados, situación que lamentablemente aún es bastante común en muchas zonas de la sierra peruana[432].

En cuanto al proceso de adquisición de tierras, Bury señala:

> *"Cuando Yanacocha inició sus operaciones, muchas de las comunidades ubicadas en el área planificada de operaciones de extracción del mineral manejaban sus recursos territoriales en términos colectivos y a través de instituciones comunales o familiares. Para poder iniciar sus operaciones, la empresa estaba obligada a negociar la compra de estas tierras. No obstante, antes de que la tierra necesaria pudiera ser adquirida legalmente bajo las nuevas leyes peruanas de tierras, tenían que ser parceladas en términos de propiedades privadas. Para facilitar este proceso, se lanzó una serie de rápidas iniciativas de titulación de tierras en las comunidades. Según expresan los entrevistados de las comunidades (…), los empleados de Minera Yanacocha organizaron asambleas comunales, transportaron a la gente a la ciudad en vehículos de la mina y los guiaron a través del proceso de titulación de modo que la mina pudiese adquirir las tierras. Durante este proceso, puesto que el acceso de las unidades familiares a las tierras estaba regulado por instituciones informales que tomaban en cuenta la variabilidad estacional y altitudinal de largo plazo, y dado que muchas unidades familiares no estuvieron presentes en las comunidades cuando llegaron los empleados de la mina para iniciar el proceso de titulación de tierras, a muchos usuarios de tierras se les negó la compensación por, el acceso a, las tierras que ellos había utilizado tradicionalmente. Como consecuencia, la iniciativa de titulación de tierras de Yanacocha creó una serie de disputas legales y tensiones dentro de las comunidades"*[433] *(el subrayado es mío).*

La mayor parte de estas tierras eran de pastoreo y la poca agricultura que se practicaba era de secano y marginal en relación con los estándares de producción agrícola de la zona. Muchos campesinos contaban con extensiones considerables de tierra, varios más de cien hectáreas. Estas tierras eran utilizadas según una modalidad de pastoreo basada en la trashumancia estacional del ganado. En la zona que se destinó a la explotación existían entre dos mil y dos mil quinientas cabezas de ganado –la mayor parte ovinos y, en segundo lugar, vacunos, además de equinos y auquénidos[434].

Por otra parte, es importante señalar que esta compra de tierras significó una ruptura con las actividades de uso no minero de las mismas, particularmente debido a que los ex propietarios de tierras no pudieron obtener nuevos recursos agrícolas y a que los crecientes precios del valor minero de las tierras en la región disminuyeron la disponibilidad de tierras para otras actividades.

Asimismo, desde una visión menos critica, Pasco-Font y otros señalan las consecuencias del proceso de compra de tierras:

> *"Más de la mitad de los vendedores invirtió su dinero en consumo corriente no productivo (principalmente ropa y comida), por lo que no sirvió para un remplazo en la actividad económica que se dejaba de realizar a raíz de la venta de tierras. Cerca de la quinta parte compró otros terrenos, mucho más pequeños que los vendidos pero con riego, apostando por una continuidad en la*

[432] MINERA YANACOCHA. *"Yanacocha: Its Commitment With Cajamarca"*. Cajamarca, Perú. 2002
[433] BURY, Jeffrey. *"Neoliberalismo, minería y cambios rurales en Cajamarca", óp. cit.*, pp. 75-76.
[434] PASCO-FONT, Alberto y otros. *óp. cit.*

actividad agropecuaria. El resto parece haber optado por una reconversión hacia actividades urbanas.

Entre los vendedores se pueden entonces distinguir tres grupos: aquellos que privados de tierras suficientes deberán dedicarse a otra actividad no agrícola ni ganadera; aquellos que habiendo perdido sus terrenos de pastos se dedican ahora a la agricultura o a la crianza de buenos animales –alimentados con pastos irrigados–, y los que poseen aún tierras en la altura o que pastan su ganado en zonas adyacentes a la empresa minera. Cada uno de los grupos correspondería a un modelo diferente de transformación productiva"[435].

De lo señalado cabe afirmar que la compra de tierras significó un alto impacto en el estilo de vida de la gente, pues los cambios sociales y económicos generados no vinieron acompañados inmediatamente de programas de empoderamiento para las comunidades que las ayudara a mejorar sus condiciones de vida y actividad productiva.

Así surgirían conflictos en 1993 con los vendedores de la zona de Porcon, quienes apoyados por la alcaldía provincial y la parroquia reclamaron un "precio justo" por sus tierras, empleo en la empresa minera, la declaración de zonas intangibles y canon minero. En 1994 surge un conflicto con los vendedores de la zona de Combayo por motivos semejantes. Posteriormente tras la mediación y luego de presiones que incluso llegaron a Denver (sede principal de Newmont) la empresa accedió a negociar e indemnizar a los denunciantes.

Volviendo al proceso de venta de tierras, todos los especialistas concuerdan en que durante la primera etapa de compra de tierras, las relaciones entre la empresa y las comunidades fueron conflictivas y en algunos casos incluso los negociadores de la empresa fueron expulsados a pedradas.

Ahora bien, el proceso de compras se inició en 1992 mediante negociación directa, las transacciones se realizaron entre compradores especializados de la empresa minera y cada campesino propietario, por separado[436]. Los precios pagados inicialmente fueron de 80 a 100 dólares americanos por hectárea (100 a 200 soles de la época) [437], tasas más elevadas de lo que los campesinos pagaban en transacciones celebradas entre ellos. En 1995 y 1996 los montos fueron significativamente más elevados, ello a partir de la revalorización de las tierras y la necesidad de la mina de adquirir nuevas tierras para sus operaciones, además de las protestas y la acción de terceros (ONGs).

Así, por ejemplo, los montos pagados por la empresa minera en Combayo se incrementaron anualmente, al mismo tiempo que disminuía la extensión de tierras compradas: en 1996 se pagó seis veces más por dos veces y media menos extensión que en 1992. La razón de incremento encontraría explicación –como ya se ha señalado –

[435] PASCO-FONT, Alberto y otros. *Ibíd.*

[436] Tal como señala Pasco-Font y otros: *"El grado de instrucción de los vendedores fue muy bajo. Por ejemplo, en las 41 cabezas de familia de los vendedores de la zona de Combayo (31 hombres y 10 mujeres) había 21 analfabetos, 19 con algún grado de instrucción primaria y sólo 1 con educación secundaria incompleta. Asimismo, todas las mujeres vendedoras eran analfabetas y sólo dos de las cónyuges de los varones jefes de familia tenían estudios primarios incompletos. Esta característica imponía un límite a las posibilidades de negociación en igualdad de condiciones entre los campesinos y la empresa minera quedando como experiencia a tomarse en cuenta para efectos de la negociación o de cualquier política posterior de transacción.* Recoger este detalle es sumamente importante pues resulta vital a fin de establecer mecanismos que permitan identificar el valor asignado por los pobladores a la tierra, así como confirmar el cambio de tierra por tierra.

[437] Para el cálculo de los montos, se tomó el valor promedio anual del dólar durante los años de realización de las ventas: 1991, 0.77 soles por dólar; 1992, 1.25; 1993, 1.99; 1994, 2.20, 1995, 2.25; 1996, 2.45 soles por dólar americano.

con el inició de quejas por los precios pagados, el ejercicio de presiones para que la gente venda su tierra y, en otros casos, de manejos pocos transparentes en el proceso de titulación y luego compra de tierra. En la medida en que la mina iba descubriendo nuevos yacimientos y expandiendo (en términos espaciales y temporales) sus planes de extracción, estos conflictos también se ampliaron[438].

En cuanto al número de compras de Yanacocha, estas se concentraron entre 1993 y 1996. Y para 1999 se habían realizado 157 transacciones de compra/venta con 126 familias, lo que equivale a decir que varias familias habían vendido tierras a la empresa minera en más de una oportunidad. Este detalle será muy importante cuando pasemos a analizar el proceso de pago por las distintas titulares que se pueden dar con relación a la tierra.

Finalmente, según la empresa para el año 2000 ya se habían adquirido más de 11,000 hectáreas en la región por aproximadamente US$ 5 millones[439]. Esto incluyo 259 adquisiciones de tierras en 44 comunidades, con parcelas que medían desde menos de una hectárea hasta más de 1,000 hectáreas[440].

***

La revisión de los impactos sociales y económicos del proceso de compra de tierras por Minera Yanacocha, brindan una serie de importantes conclusiones, que son para analizar el proceso de reasentamiento poblacional involuntario por actividades mineras.

Primero, la revalorización del precio de las tierras en las zonas que se encuentran adyacentes al proyecto minero contribuyen a generar un mercado desorganizado de venta de tierras (dado que la zona siempre fue agrícola y las transferencias se realizaban en base a la costumbres) donde muchas veces no se han desarrollado parámetros para identificar el valor del inmueble más allá de un cifra referencial como el precio que se pago en la compra anterior.

Segundo, la compra/venta de tierras genera una ruptura con las actividades de uso no minero de las tierras, particularmente porque los ex propietarios de tierras no podrán obtener nuevos recursos agrícolas en la zona donde residen (ni en las zonas adyacentes si la compra de tierras por la empresa minera es masiva), ya que el valor minero asignado a las tierras disminuye la posibilidad de encontrar tierras para otras actividades.

Tercero, las consideraciones señaladas previamente demostrarían que en un zona de gran actividad minera, un modelo de desarrollo basado en actividades agrícolas no es viable, por lo que no solamente es determinante entregar una adecuada suma de dinero, sino además implementar programas de capacitación que ayuden a las comunidades que han vendido sus tierras a cambiar sus actividades económicas tradicionales (que en muchos casos son de subsistencia) por otras que se constituyan en motor de su desarrollo.

---

[438] BEBBINGTON, Anthony y otros. *"Movimientos sociales, lazos transnacionales y desarrollo territorial en zonas de influencia minera: Cajamarca-Perú y Cotacachi-Ecuador". óp. cit.* p. 182

[439] En el 2000 año en que se fecha el estudio del Banco Mundial citado se estimó una reducción en las compras y a precios mucho más elevados que en los primeros años; según la calidad y la ubicación de los terrenos, se está pagando actualmente entre 900 y 1.000 dólares americanos por ha.

[440] MARTINEZ J.N. y OBLITAS J.J. *Situation and Condition of the Families that Sold Land to Minera Yanacocha 1992-2000*, citado por Bury.

9.2.2. Compañía Minera Antamina

La operación minera Antamina se localiza en el distrito de San Marcos, provincia de Huari, departamento de Ancash. El yacimiento principal se encuentra ubicado a 4,300 m.s.n.m. en el Callejon de Conchucos situados entre la Cordillera Blanca y la Cordillera de Huayhuash. El depósito mineral es skarn de cobre-zinc, plata, molibdeno y bismuto, más grande del mundo conocido en la actualidad.

La etapa de construcción de instalaciones se inició en la segunda mitad de 1998 y dado las características del yacimiento Antamina, las operaciones de desbroce (remoción de roca estéril) en 1999. En el año 2000 se calculó que el yacimiento contenía 559 millones de toneladas de reservas minables con 1.23% Cu, 1.03% Zn, 13.7g/t Ag y 0.029% Mo. Lo que le ha dado un promedio de vida de aproximadamente 23 años. Actualmente, según datos de la empresa, el tajo de la mina mide en la actualidad 2,000 metros de largo, 1,000 metros de ancho, y tiene una profundidad de 500 metros[441].

Es importante señalar que en su momento, Antamina tuvo una importancia singular, no sólo por lo que significaba en ingresos directos a través de impuestos, regalías o contribuciones voluntarias, sino también por su valor simbólico, pues demostraba que el Perú era nuevamente un país donde se podía arriesgarse una inversión de más de 2,000 millones de dólares; inversión demasiado grande como para ser asumida de manera exclusiva aun por una de las empresas sénior más poderosas y solventes, de modo que se constituyó un consorcio cuya constelación ha cambiado varias veces desde los inicios en 1996, fecha en que se entrego la concesión[442].

***

El área de influencia del proyecto minero Antamina es amplia; no obstante ello, para los fines de la presente investigación, el espacio geográfico más relevante lo constituye el distrito de San Marcos.

Según Pasco-Font y otros, sobre la base de los datos del Censo de 1993, este distrito concentraba el 76% en la zona rural, con un alto índice de pobreza, gran porcentaje de la población sin dotación de agua y energía eléctrica, una alta tasa de analfabetismo y una altísima tasa de desnutrición. Dos terceras partes de la población del distrito se dedicaban a actividades agropecuarias, siendo la principal actividad productiva la ganadería de ovinos y vacunos.

Asimismo se estableció que la mayor parte de la población era campesina y se encontraba repartida en el territorio según un patrón de asentamientos disperso o concentrándose en pequeños caseríos en las partes altas e intermedias. San Marcos, Huari y Chavín, ubicados en la parte baja del valle al lado del río, son los núcleos más importantes de la zona. La organización más importante en el espacio rural era sin duda la comunidad campesina, la cual concentraba buena parte de la población y poseía gran cantidad de tierras. Además se identificaron pequeños propietarios aglutinados en caseríos fuera de la jurisdicción comunal y en núcleos urbanos, los cuales no se encontraban organizados y su único vínculo de adscripción era su lugar de residencia.

Ahora bien, se establecieron tres áreas geográficas de influencia de la operación minera de Antamina: Primero, los caseríos y poblaciones de Yanacancha, Juproq,

---

[441] www.antamina.com

[442] HUBER, Ludwig. *"Antamina: licencia social y conflicto de baja intensidad", en* José DE ECHAVE y otros. "Minería y Conflicto Social", *óp. cit.*, pp. 99-100

Ayash Huaripampa, Centro Pichú y Cambio 90; segundo, las Comunidades Campesinas de Santa Cruz de Pichú, Angoraju Carhuayoc y Huaripampa; y finalmente, lo núcleos urbanos de impacto indirectos. Siguiendo con la línea establecida en la investigación se desarrollará la situación de las Comunidades Campesinas involucradas y los impactos del proyecto minero Antamina, en cuanto al proceso de compra y venta de tierras, y la posterior reubicación.

***

San Marcos es de esos distritos ubicados en zonas remotas de la sierra donde nunca llega el Estado. Ubicado en el Callejón de Conchucos, a unos 270 kilómetros al noroeste de Lima, el distrito fue calificado como "muy pobre" en el último Mapa de Pobreza de Foncodes en el año 2000 – cuyos datos fueron levantados en 1999, cuando el proyecto minero Antamina se encontraba en su fase de construcción –, con un índice de pobreza absoluta de 62.52% y relativa de 39.50%, con un 90% de la población sin electricidad y 6,257 habitantes por posta médica. El Informe de Desarrollo Humano 2006 del PNUD le otorgó un IDH de 0.5292 y lo ubicaba en el puesto 1,207 entre los 1,828 distritos del país. A ello debe agregarse que según los datos del Censo Nacional 2007, XI de Población y VI de Vivienda; lamentablemente, la situación en el San Marcos no ha cambiado mucho a pesar de la intensiva actividad minera. Así, en cuanto a la Pobreza Monetaria, la incidencia de la pobreza total alcanza el 64.5%, mientras que la pobreza extrema llega al 32.6% de la población. Por su parte, en cuanto a los indicadores de Pobreza No Monetaria, encontramos que el 64% de población presenta al menos una necesidad básica insatisfecha (NBI).

Cuando Minera Antamina se presentó por primera en el distrito, en 1996, el proyecto fue bien recibido por la población, pues desde el inicio la empresa expuso un discurso de responsabilidad social y prometía hacer inversiones sustanciales en la zona. Además, San Marcos es un distrito con una larga tradición de presencia minera, sobre todo artesanal, que data de mediados del Siglo XIX. En octubre de 1996, Antamina encargó la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental (en el cual – como muestra de su voluntad de mantener buenas relaciones – incluyó el Anexo Socioeconómico SE III, en el cual se comprometió a invertir – de manera voluntaria – más de seis millones de dólares en el desarrollo de la región del proyecto, es decir, durante la fase de construcción de la mina y antes de empezar con la explotación[443]) el cual fue aprobado dos años después por el Ministerio de Energía y Minas[444].

Ahora bien, cuando en octubre de 2001 se inició finalmente la producción comercial, la coexistencia armónica entre la minera y la población, que caracterizó el inicio de la presencia de la mina en la zona, ya se había visto interrumpida por algunos actos de protesta y una gran cantidad de acciones legales contra la empresa. De esta manera se manifestó una creciente decepción en la población del distrito, entre la cual la presentación del megaproyecto había causado expectativas enormes, probablemente irreales. Ello se debió en parte a una política de información poco transparente y en cierta medida irresponsable por parte de la empresa, la cual, en contradicción con su propio Código de Responsabilidad, al inicio no daba importancia a la contratación de

[443] Como bien aclara Huber, en realidad, la contribución no era tan "voluntaria, pues aunque no fue exigida por la legislación peruana, sí fue un requisito del Banco Mundial, que era garante de los inversionistas.

[444] HUBER, Ludwig. *"Antamina: licencia social y conflicto de baja intensidad", óp. cit.* pp. 101-103

personal experimentado en aspectos sociales, y recién en 199 instaló una oficina permanente de relaciones comunitarias en San Marcos. Pese a los pronunciamientos sobre el "respeto a la cultura" de las comunidades afectadas, la actitud de la empresa en esa época fue marcada por un absoluto desconocimiento del contexto sociocultural en la región. Además, el personal técnico estaba acostumbrado a un estilo "tradicional" y vertical en su relación con la población[445].

9.2.2.1. El proceso de compra de tierras y reasentamiento poblacional

Una de las principales causas que motivaron las reacciones en contra del proyecto Antamina fue el proceso de compra de tierras y la reubicación de los pastores que habitaban en las punas, la zona donde la mina iba a operar. La mayor parte de las tierras que la empresa necesitaba para sus operaciones – alrededor de 7,000 hectáreas – pertenecían a dos comunidades campesinas, un parte más era propiedad privada de algunas familias extensas, llamadas "troncos" en la terminología local.

Antamina ofreció US$ 400.00 por hectárea de pastos naturales y US$ 1,000 por hectáreas de tierras agrícolas, un precio muy por encima de las pautas establecidas por el Ministerio de Agricultura y de las compensaciones pagadas por otras empresas mineras. Además prometía sustituir las tierras en un posterior proceso de reubicación (sobre la base de las disposiciones del Banco Mundial), así como llevar a cabo una serie de proyectos de desarrollo para el beneficio de la población. Ahora bien, cuando las promesas no daban resultados, se amenazaba con recurrir a la Ley de Servidumbre Minera.

Las negociaciones se iniciaron en 1997 con la comunidad campesina de Huaripampa, la más antigua, tradicional y pobre de la zona (constituida en 1914 y reconocida legalmente en 1963). Conforme señala Huber, en una primera etapa el proceso fue armonioso, donde la comunidad acepto la oferta de la empresa sin tratar de negociar algo más. Así, el 10 de enero de 1998 se firmó el contrato y Huaripampa recibió US$ 934,800, más algunas promesas verbales de llevar a cabo pequeños proyectos de desarrollo. Lamentablemente, la mala inversión de los ingresos obtenidos, así como actos de corrupción, determino que lo que podría haber sido un punto de despegue para una comunidad pobre y marginada terminara siendo una experiencia fallida[446].

Más aún, con la cancelación del pago por las tierras, la empresa había dado por concluido todo trato con la comunidad. Sin embargo, en los meses siguientes se vio enfrentada con una serie de reclamos que, en su percepción, ya no se justificaban; entre ellos destacaba que asumiera el pago para los profesores del nuevo Colegio y que asignará médicos a la flamante posta médica, aparte de los habituales pedidos de la población por trabajo y un mercado para sus productos. Esta situación mostraría que más allá de la transacción monetaria basada en la lógica del mercado – que fue la lógica de Antamina –, la comunidad habría buscado establecer una relación clientelar y premoderna, con un poderoso aliado como la empresa. Así, al haber aceptado la oferta de la empresa sin entrar en negociaciones fue una manera de establecer obligaciones de reciprocidad, lo cual no fue comprendido por la empresa[447].

---

[445] *Ibíd.*, pp. 103-104
[446] *Ibíd.*, p. 104
[447] *Ibíd.*, p. 105

En cuanto a las negociaciones con la comunidad Angu Raju Carhuayoc resultaron mucho más complicadas. Carhuayoc no es una comunidad antigua, como si lo es Huaripampa, sino producto de la Reforma Agraria y se constituyó recién en 1972. Sus comuneros son campesinos parcelarios, pequeños propietarios *de facto*, con poca experiencia en organización comunal, pero integrados al mercado local a través de la comercialización de sus productos agropecuarios y de tejidos. Un buen número de sus comuneros había trabajado durante los años ochenta en la mina Contonga, y su nivel de educación era mayor en comparación con el de los comuneros de Huaripampa. Además, cuando se iniciaron las negociaciones sobre la venta de tierras, ya habían pasado varios meses desde la firma del contrato entre la empresa y la comunidad vecina, de modo que tuvieron la oportunidad de analizar la experiencia. Todos estos factores contribuirían a que la comunidad estuviera mejor preparada.

Luego de meses de negociaciones, en un clima marcado por la desconfianza, en junio de 1998, Antamina pagó US$ 452,000 a la comunidad por las tierras adquiridas, al mismo precio por hectárea que había pagado también en Huaripampa; sin embargo, Carhuayoc logró además un convenio de desarrollo con la empresa y la adquisición de un fundo, ubicado a unos 40 km al norte de San Marcos, en reemplazo de los terrenos vendidos. En cuanto al destino de los 452 mil dólares se entablaron algunas discusiones en la comunidad, pues un grupo quería que se reparta el dinero entre los comuneros. Sin embargo, se impuso la facción – encabezada por las autoridades comunales de ese entonces – que propuso invertirlo para generar ingresos en beneficio de la comunidad. En 1999, Carhuayoc compró dos volquetes y obligó a Antamina a alquilarlos, y desde entonces ha logrado aumentar continuamente la flota[448].

Las negociaciones con los propietarios privados también resultaron más complicadas de lo previsto para la empresa. Un primer problema fue que estos terrenos, a diferencia de los de las comunidades campesinas, no contaban con títulos de propiedad (algo realmente *sui generis* tratándose de comunidades campesinas), de modo que no se pudo establecer con exactitud a quiénes pertenecían y cuáles eran las extensiones y los linderos. Para resolver el impasse, Antamina estableció un convenio con la oficina regional del PETT, que empezó su labor a comienzos de 1998 y lo concluyo en menos de tres meses. La rapidez del proceso, llevado a cabo además en circunstancias difíciles durante la época de lluvia, y sospechas sobre una indebida cercanía entre la empresa y el programa, cuyo personal se movilizó en camionetas proporcionadas por la empresa, causaron una serie de problemas irresueltos hasta la fecha[449].

Durante las negociaciones con los dueños se mostró que ni Antamina ni el PETT comprendieron el sistema local de la tenencia de tierras. En San Marcos la compra-venta era casi nula y las propiedades cambiaron de dueños a través de herencias, lo cual estableció con el tiempo un régimen sumamente complicado de derechos basados en relaciones de parentesco y reciprocidad. Muchos de los propietarios – o quienes se consideraban como tales – no vivían en las punas; algunos ni siquiera en el distrito de San Marcos, pero de acuerdo con el grado de parentesco con los pobladores, mantenían el derecho (independientemente de si hacían uso de él o no) de criar allí animales. Ese derecho – que no tenía ningún sustento legal, pero fue reconocido de manera consuetudinaria por los demás miembros del "tronco" – les daba la convicción de ser copropietarios de las tierras que la empresa quería comprar, y que por lo tanto tenían

[448] *Ibíd.,* p.105
[449] *Ibíd.,* p.106

que ser considerados en las negociaciones. Los múltiples reclamos que se presentaron causaron una enorme confusión en la empresa y entre los mismos propietarios; cuando Antamina finalmente compró las tierras, se desencadenaron muchos conflictos entre los dueños reconocidos y sus familiares que no habían sido considerados o que no habían recibido la misma cantidad de dinero[450].

Fundos, propietarios, extensión y población de la tierra adquirida por Antamina

Propietario	Jurisdicción	Fundo o predio	Población	Ha
CC. Huaripampa	Yanacancha	Yanacancha Huaripampa Antamina	72	2,337.00
CC. Carhuayoc	Yanacancha Negup	Yanacancha Angoraju Neguip	32 35	518.00 611.86
CC. S.C. de Pichú	Ayash Pichú	Chocopampa		24.00**]
Totales en tierras comunales			*139*	*3,490.86*
Tierras de Particulares	Yanacancha	Chocopampa Acelgaspampa Chalhuash Tucush Yanacancha	72	454.45 103.00**
	Juproq	La Tranca Fundo Antamina Shaguanga	 59 21	 1,038 750.00**
	Yanacancha	Yanacancha	33	487.02
	Tucush	Tucush	24	817.91
Total de tierras de particulares			*209*	*3,650.38*
Total			348	7,141.24

Fuente: B y R. Consultores. "Plan de relocalización una oportunidad para el progreso familiar", mimeo, Lima, 1998. ** Información obtenida del EIA.

9.2.2.2. Proceso de Reubicación y Programa de Post – Reubicación en Antamina

a) Antecedentes

Minera Antamina logró adquirir todas las tierras que necesitaba en menos de un año. Hacia fines de 1998, el equipo de relaciones comunitarias empezó con el proceso de reubicación de las primeras familias que vivían en la zona de las futuras operaciones. Lamentablemente, debido a una serie de inconvenientes como problemas en el diagnostico del contexto socio-cultural y descoordinaciones entre los equipos de la propia empresa, este proceso marcaría el deterioro de la relación, hasta ese entonces todavía bastante armónica, entre la empresa y la población.

b) El Plan Acelerado de Reubicación – PAR

[450] *Ibíd.,* p.107

Entre diciembre de 1998 y febrero de 1999 Compañía Minera Antamina varia su plan de operaciones, cambiando los planes de construcción. La empresa había separado algunos terrenos colindantes con la zona de operaciones para las familias reubicadas; sin embargo, en febrero de 1999, el departamento de operaciones informó a relaciones comunitarias que el sitio de construcción había sido invadido por familias campesinas; después se descubrió que los "invasores" eran nada menos que las familias reubicadas por la misma empresa. Resulta que "Operaciones" había cambiado los planes y asignado las tierras reservadas para la reubicación al sitio de construcción, sin conocimiento de relaciones comunitarias.

Entre estos cambios tenemos[451]:

- El lugar de construcción del concentrador fue movido a Yanacancha mientras Tucush sería utilizado ahora solo para la pista de acceso. Esto aumento la prioridad de Yanacancha en el Plan de Reubicación y aminoro la de Tucush.
- Las familias que vivían al este del Área de Desmonte fueron involucradas dentro del área de afectación, haciendo su reubicación prioritaria.
- Se consideró que el trabajo de construcción necesario para el "Dam D" afectaría áreas antes no previstas lo que restringía los espacios de reubicación antes mencionados incluyendo la quebrada de Huayoc donde ya se había reubicado familias.
- El desarrollo de una cantera en Tucush y el incremento del tráfico necesario para el transporte de material en el trayecto de Yanacancha hacia la ruta de acceso hacia Huanzalá volvió prioritaria la reubicación de las familias asentadas en Tucush.
- Se consideró que mientras se reubicaba a las familias del área prioritaria era muy difícil cuidar el ganado de los vecinos al interior del área desalojada. El ingreso de pastores y niños en dicha área se consideró un riesgo inaceptable.

La debilidad de relaciones comunitarias en el interior de la empresa, la poca importancia que se le daba más allá de los discursos, quedó al descubierto cuando, en el mismo mes de febrero de 1999, Minera Antamina comenzó con la implementación del Programa Acelerado de Reubicación (PAR) y redujo el tiempo que el equipo de relaciones comunitarias tenía para reasentar a 53 familias de un año a 90 días.

Sin embargo, en vista de que los terrenos separados ya estaban designados para la construcción y que fue imposible encontrar otras tierras adecuadas en tan corto plazo, la empresa abandonó el principio de reemplazar tierras por tierras y ofreció una compensación monetaria de 30,000 dólares por la reubicación y 3,000 dólares adicionales por manutención de seis meses[452].

De acuerdo con GRADE se pueden derivar algunas conclusiones acerca del proceso durante la ejecución del PAR[453]:

- Falta de una adecuada coordinación entre el brazo de "Operaciones" de Antamina y el equipo de relaciones comunitarias, que limitó el trabajo de la

[451] Compañía Minera Antamina. *"Summary of the Resettlement Plan"*. Junio, 1999 citado por GRADE en: Evaluación del Proceso de Reubicación y del Programa de Post-Reubicación en Antamina. Lima, 2000, p. 10

[452] HUBER, Ludwig. *"Antamina: licencia social y conflicto de baja intensidad", óp. cit.* pp. 107-108

[453] GRUPO DE ANÁLISIS PARA EL DESARROLLO - GRADE. *"Evaluación del Proceso de Reubicación y del Programa de Post-Reubicación en Antamina"*. Lima, 2000, pp. 11-12

oficina en la medida que no se pudo cumplir el Plan de Reubicación originalmente previsto.

- Falta de una estrategia integral de comunicación entre Antamina y la población afectada, no quedando clara para los segundo los criterios utilizados para la clasificación de la población como reubicable o no. De acuerdo a los estudios realizados por GRADE, los criterio que Compañía Minera Antamina ha logrado construir de manera ex – post al PAR son insuficientes para dar cuenta de las características básicas del manejo de recursos altoandinos de las familias residentes.
- Una gran cantidad de problemas de reubicación se derivan de los problemas que se arrastraban de la titulación y compra de tierras un año antes; esto generó una confusión generalizada donde las familias reclamaron derechos de propiedad y derecho de reubicación indistintamente.
- Los efectos nocivos de la alternativa de monetización en términos de expectativas entre las familias y en términos de cambios en los modos de vida de las mismas, en particular aquellas familias de mayor edad no acostumbradas o entrenadas para actividades micro empresariales[454].

Conforme afirmar Huber, la política de compensar tierras por tierras no hubiera producido cambios sustanciales en el sistema local del acceso a la puna; en cambio, el pago de una suma en efectivo – enorme, además, para un distrito pobre como San Marcos – introdujo una lógica económica diferente y quebró el equilibrio que se había mantenido a través de los tiempos. No existían criterios para convertir los derechos consuetudinarios en una cantidad monetaria y de establecer con claridad quién debería recibir compensación y por qué razones[455].

A ello debe agregarse que, sin concebir la jerarquía social entre dueños y "sus" pastores, y sin considerar las formas temporales de residencia ni los derechos de los familiares ausentes, Antamina pretendía pagar solamente a los jefes de familia identificados como residentes permanentes – es decir, principalmente a los pastores –, sin tomar en cuenta que ellos por lo general no eran los dueños de los animales. Por lo demás, la empresa no contó con una línea de base aplicable, de modo que la selección de los beneficiarios resultó confusa y en muchos casos equívoca, mientras al mismo tiempo los reclamos por ser reconocido como "reubicado" se multiplicaron y profundizaron los conflictos entre familiares que ya habían empezado a perfilarse durante el proceso de la venta de tierras; con el agregado de que la ira, esta vez, se dirigió también contra la empresa, cuyos criterios no fueron compatibles con las normas locales[456].

De esta manera, a partir de 1999 empezaron a producirse problemas entre la empresa y la población que giraron principalmente alrededor de la compra y venta de tierras y la compensación por reubicación. Con la desconfianza que se estaba generando aumentaron también las denuncias sobre daños ambientales. En San Marcos se formó un Frente de Defensa liderado por un ex alcalde (quien iba a ser nuevamente elegido en 2002). En enero de 2000, un grupo de pobladores mandó una carta de protesta a autoridades del Estado y al Banco Mundial, firmada por el alcalde, los presidentes de

[454] La gente no estaba preparada para manejar semejante cantidad de dinero, y muchos beneficiarios perdieron su compensación en un lapso muy corto.
[455] HUBER, Ludwig. *"Antamina: licencia social y conflicto de baja intensidad", óp. cit.* p.108
[456] *Ibíd.,* p.108

las dos comunidades y otras autoridades del distrito. Hasta mayo del mismo año, CMA recibió 151 quejas formales, la mayoría de ellas cartas notariales y algunas demandas judiciales. La armonía inicial entre empresa y población estaba definitivamente quebrada. En vista de los problemas que se estaban produciendo, CMA contrató una consultoría a cargo del geólogo canadiense Ian Thompson para evaluar el proceso de reubicación. Tomando como referencia las disposiciones del Banco Mundial, el informe de Thompson constató la presencia de un plan de reubicación inadecuado[457] y de mecanismos apropiados para tratar las quejas que se habían producido en el marco de la compra-venta de tierras, así como la desatención de los usuarios que tenían derechos en la puna sin vivir en ella, y la falta de un programas para proteger a los afectados más vulnerables[458].

c) Principales criterios de la evaluación posterior al Proceso de Reubicación

Dado que Antamina no había realizado una línea de base con anterioridad al proceso de reasentamiento involuntario resultó imposible valorar concretamente el nivel de afectación que sufrieron las Comunidades Campesinas como producto de su reubicación. No obstante ello, los profesionales contratados para la evaluación ex-post de este proceso, desarrollaron siete variables que resultan pioneras para el análisis de este tipo de hechos:

- Derechos de propiedad
- Grado de residencia: (Permanente; Rotativo; Estacional)
- Cantidad de ganado
- Uso de parcelas para la agricultura
- Fogón (propio, compartido) (dependencia económica de una o más unidades)
- Familia constituida (dependencia económica de una o más unidades)
- Cantidad de recursos alternativos: casa, tierras, ganado adquiridos antes de la reubicación

Con estas variables se elaboró una tipología de grados de afectación que abarco 5 niveles, para los cuales se estableció 4 niveles de compensación.

En estos casos resulta interesante analizar la importancia de contar con un título de propiedad debidamente constituido y la diferencia que se tiene respecto al caso de los precarios; en el primer nivel, la empresa ofrecía una compensación por tierras y reubicación que podía incluir algo más (generalmente dinero y programas); mientras que en el último nivel se reconocía solamente algún tipo compensación, dejando en claro que la misma no abarcaba ni tierras ni reubicación.

El catalogo de compensaciones se estableció de la siguiente manera:

- Compensación monetaria por compra de tierras

[457] El plan de reubicación en el EIA tenía solamente cinco página, con afirmaciones muy generales.

[458] No obstante lo señalado, posteriormente Compañía Minera Antamina trató de corregir los errores y empezó a dar más importancia a su área de relaciones comunitarias. La empresa forjó una mesa de concertación que reúne a los principales actores del distrito, y en 2002 fundó la Asociación Ancash con sede en Huaraz, con el objetivo de promover proyectos de desarrollo. Asociación Ancash es una asociación civil formalmente independiente, pero depende casi al ciento por ciento del financiamiento de la empresa, y en la población es identificada con ella. En los cinco años de su existencia ha llevado a cabo más de 100 proyectos, entre agroecológicos, obras hidráulicas y asistencia técnica.

- Compensación monetaria por reubicación (más que compensación monetaria son tipos de montos: paquete completo, o paquete parcial)
- Compensación por ganado (compra)
- Otro tipo de compensación (plan de asistencia, casa, empresa, plan de desarrollo).

Asimismo, es importante señalar, el criterio de vulnerabilidad que se aplicó para el tratamiento de casos especiales como son las personas ancianas y enfermas que fueron afectadas directamente o en algún grado menor. Ello en tanto que la Directriz Operacional 4.30 (reemplazada actualmente por la Política Operacional 4.12) promovía que las familias lograban un nivel de vida superior o al menos similar al que tenían antes de la llegada de Antamina, respecto a este punto es importante resaltar que **"ninguna evaluación desarrollada por la empresa se dio a exigencia del Gobierno Peruano".**

Por otra parte, Antamina encontró además dificultades para reubicar adecuadamente a las familias involucradas dentro del proceso de reasentamiento. Respecto a este punto, es interesante observar que los criterios asumidos por la empresa para su reubicación son una muestra clara de la complicada situación de los derechos que existen sobre las tierras en la serranía peruana.

De los datos recopilados se estableció la primera clasificación de las familias sujetas a reubicación, la cual estaba sujeta a la relación de propiedad con los terrenos, estableciéndose la siguiente clasificación:

- **Propietarios**, se refiere a los propietarios residentes en su predio dentro de la zona de operaciones;
- **Comuneros**, se refiere a los comuneros residentes en la propiedad de su comunidad en la Zona de Operaciones;
- **Precarios**, residentes permanentes en la zona de operaciones sin ningún derecho legal sobre el terreno que ocupaban; y
- **Pastores**, residentes permanentes que cuidaban animales de propietarios y comuneros que no residían en la zona de operaciones

Como puede verse, la complejidad del sistema de derechos exigió que Antamina tomara una decisión respecto al nivel y manera de reconocimiento de los mismos; así, no se reconoció el patrón estacional de residencia que caracteriza a las poblaciones de pastores de puna (para ello se baso en el censo elaborado con anterioridad). Tampoco se tomo en cuenta la familia extensa en el manejo de tierras y usufructo de las tierras afectadas. Compensándose en algunos casos a varias familias nucleares de una misma familia extensa, en otros solo a una de ellas.

La decisión de Antamina ponía orden a la complejidad que encontró respecto a la asignación de derechos de propiedad, posesión, usufructo, etc., que era necesario para cumplir con las exigencias nacionales respecto a la transferencia de tierras y las políticas operacionales establecidas por el Banco Mundial para Reasentamiento Poblacional y Pueblos Indígenas.

Al asumir la empresa los desafíos que significaba llenar los vacíos de conocimiento respecto a la formalización de la tierra rural en nuestro país, se otorgaba carta blanca al manejo de las compensaciones y el pago por las afectaciones sobrevenidas en caso no se cumpla con las compromisos acordados; mientras más presente estuviera la empresa,

más ausente se encontraría el Estado y ello no necesariamente es positivo, pues no todas las empresas mineras en nuestro país manejan los mismos estándares que Antamina.

Al dejar el Estado que las relaciones entre la empresa y las comunidades se desarrollen como una negociación entre privados, se somete la viabilidad de las promesas y el cumplimiento de compromisos a la responsabilidad social de la empresa, la cual no necesariamente constituye un estándar entre todas las que actualmente tiene proceso en ejecución o evaluación en nuestro país. Sobre el cumplimiento de estas responsabilidades no vinculantes, el interés público de todo lo que atañe a las comunidades campesinas y la definición de las responsabilidades del sector público se desarrollará en la sección final de la presente investigación.

Por lo pronto, es necesario resaltar que el Proyecto Minero Antamina constituyó la primera gran experiencia referida a procesos de reasentamiento poblacional involuntario en nuestro país; por lo cual su experiencia sin duda constituye un ejemplo que debe tomarse en cuenta para la formulación normas y procedimientos que permitan llevar a cabo de la mejor manera los procesos de reubicación de comunidades campesinas.

Entre tanto, conforme se podrá ver en las siguientes dos experiencias que constituyen fuente de análisis de la presente investigación; si bien han cambiado muchos factores sociales, económicos y políticos desde la ejecución del PAR por parte de Antamina hace ya más de 10 años; los procesos de reasentamiento poblacional aún deben superar vacíos legales y las deficiencias respecto a la definición de derechos que subsiste en las zonas alto andinas de nuestro país, y sobre todo resistir los numerosos conflictos sociales que genera su actividad.

9.2.3. Chinalco Perú S.A.: *Proyecto Toromocho*

El Proyecto Toromocho está conformado por un yacimiento de pórfido de cobre, considerado como uno de los yacimientos polimetálicos más importantes del Perú. La primera información que se tuvo acerca del cuerpo mineralizado data del año 1928. Entre 1945 y 1955, la compañía Cerro de Pasco Corporation – CPCC llevó a cabo un programa de exploración en el cual se identifico la presencia de mineralización. Más adelante, en 1963, las exploraciones confirmaron que el yacimiento de Toromocho poseía potencial económico.

Las exploraciones intensivas continuaron a través de 4 campañas adicionales llevada a cabo por la CPCC (1976 a 1974) y por Centromin Perú (1974 a 1976), la compañía minera peruana que se formo durante el programa de estatización iniciado por el gobierno Revolucionario de la Fuerzas Armadas. En 1980, Centromin contrato los servicios de compañías especializadas en la ejecución de estudios de factibilidad para establecer los criterios operacionales y económicos, y confirmar las reservas estimadas para Toromocho. Confirmándose un gran potencial minero, además de la presencia de otros minerales extraíbles económicamente, tales como molibdeno y zinc.

En el 2003, Minera Perú Copper Syndicate S.A. subsidiaria de Perú Copper Inc. Ganó la licitación convocada por el Estado para la ejecución de un acuerdo de opción sobre el Proyecto Toromocho. En el año 2007, la Aluminum Corporation of China Ltd. adquirió la compañía Minera Perú Cooper S.A. (antes Minera Perú Copper Syndicate), junto con el acuerdo de opción para el Proyecto Toromocho. El nuevo nombre con el que opera la compañía es Minera Chinalco Perú S.A.

Finalmente, el 2 de mayo de 2008; Chinalco y Activos Mineros S.A.C. (empresa estatal que compró los derechos sobre el Proyecto Toromocho a Centromin Perú) celebró un acuerdo de transferencia para el Proyecto Toromocho.

9.2.3.1. Plan de Acción para el Reasentamiento (PAR) de las familias posesionarias de la cuenca de Tunshuruco

Debido a los distintos contextos que presentan las 2 áreas involucradas en el PAR y las necesidades diferenciadas de cada grupo, Chinalco optó por dividir su reasentamiento en dos componentes, el primero estaría enfocado en el reasentamiento de la ciudad de Morococha, mientras que el segundo correspondería al reasentamiento de las familias posesionarias de la cuenca de Tunshuruco.

Dada la naturaleza de la presente investigación, se ha optado por profundizar en los detalles del segundo componente, no sin antes desarrollar parte del contexto general en el cual se desarrolla el Plan de Acción para el Reasentamiento.

a) Ubicación

El Proyecto Minero Toromocho se encuentra localizado cerca de la ciudad de Morococha, antigua asentamiento minero ubicado 4600 msnm, a 140 km al este-noreste de la ciudad de Lima, en el distrito de Morococha, provincia de Yauli, Departamento de Junín.

Debido a que parte del cuerpo mineralizado se encuentra debajo de la ciudad de Morococha, se consideró necesario reasentar a la ciudad en el mediano plazo. Más aún, cuando la explotación se ejecutará bajo la modalidad de tajo abierto y dada la escasa distancia que la operación tendría de la ciudad, por razones de salud y seguridad se resultaba necesario reasentar a la población antes de iniciar las operaciones. Lo cual se condice con lo establecido por el artículo 228° del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, el cual estipula que en operaciones mineras a tajo abierto, para la ejecución de perforaciones y voladuras, los trabajadores deben haber salido fuera del área de disparo a una distancia radial mínima de 500 metros de la misma. Por consiguiente, durante las voladuras, ninguna persona debería quedar en la zona de influencia por el radio de la voladura.

Así, se desprende que si la ciudad permanecería en el lugar actual, durante las primeras actividades del Proyecto se comprometería la salud y la seguridad de las familias actualmente residentes. Adicionalmente, los estudios desarrollados por Chinalco demuestran que en el mediano plazo el desarrollo de las operaciones alcanzará a superponerse con el área que actualmente ocupa la ciudad de Morococha.

Por su parte, la construcción del depósito de relaves a ubicarse en la quebrada de Tunshuruco, se da como resultado de la necesidad de contar con un espacio cercano al área donde se llevará adelante el proceso de extracción de minerales. Para Chinalco, la zona permite cumplir con aspectos como la salud y seguridad pública, económicos, físicos, biológicos, socioeconómicos y de interés humano, sin dejar de lado el componente técnico, constituyéndose el valle la zona más adecuada para el emplazamiento de la infraestructura del depósito de relaves.

b) Consideraciones preliminares

Si para la construcción del tajo abierto se requiere el reasentamiento de la ciudad de Morococha en su totalidad; la construcción del depósito de relaves a ubicarse en la quebrada de Tunshuruco - Distrito de Yauli, requiere el retiro de cinco familias

posesionarias que pastorean ganado en la zona, así como el reasentamiento de dos familias con residencia permanente en el lugar.

Para Chinalco este reasentamiento tiene un carácter de desplazamiento económico antes que físico, toda vez que la mayoría de las familias, cinco (5) no residen en la quebrada de Tunshuruco; no obstante ello, dicha zona representa para las mismas una fuente de ingresos económicos que dejarán de percibir por los efectos del desplazamiento.

Asimismo, tal como se detallará en la sección correspondiente al análisis del marco legal, los procesos de reasentamiento poblacional no cuenta con normas especificas; por lo que para su desarrollo se requiere por parte de la empresa la implementación de una serie de mecanismos y el cumplimiento de diferentes obligaciones autoimpuestas; en ese sentido, detalla Chinalco:

> *"El presente PAR cumple con la legislación nacional vigente y se orienta por los lineamientos internacionales referentes a reasentamiento. Sin embargo, es pertinente destacar que el reasentamiento de las familias de Tunshuruco se hace en el marco de una negociación con cada familia, donde Chinalco ha optado por el diálogo con cada una de las familias**, haciendo innecesaria el uso de algún mecanismo legal, como la servidumbre, para tener acceso a los terrenos para la construcción del depósito de relaves"**[459]**. (El resaltado es mío).***

Es importante señalar, que la declaración acotada confirma una serie de apreciaciones que han venido formulándose a lo largo de esta investigación:

- Primero, ser propietario, no constituye una situación relevante para que las empresas mineras reconozcan los derechos que sobre la misma se ejerce sin título que lo refrende. Es decir, la posesión y usufructo sobre la tierra – tal como lo demuestra el proceso de reasentamiento de Antamina – es plenamente reconocido a expensas de títulos de propiedad o formalidades registrales exigibles a quienes se tiene como titulares de dichas tierras. Asimismo, se observa que mecanismos para resolver los conflictos entre Comunidades y Empresas como la "servidumbre minera" han sido son dejados de lado por los titulares mineros quienes reconocen la importancia de alcanzar acuerdos con quienes aprovechan directa e indirectamente la tierra. En ese sentido, resulta trascendente las prácticas que desarrolle la empresa, la cual debe estar convencida que mantener adecuadamente las condiciones sociales y económicas de los potenciales afectados por su actividad, resultará clave para alcanzar la denominada "licencia social".
- Segundo, no obstante lo señalado, se observa aún la ausencia del Estado en estos procesos de negociación, donde no concurre como un tercero plenamente legitimado para la búsqueda de un justo medio que permita equilibrar las negociaciones y compromisos a los que se obligan las partes. Actualmente, la restricción autoimpuesta puede llegar a deslegitimar su autoridad; más aún cuando de la lectura del EIA se advierte la ausencia del Estado durante las negociaciones sobre el reasentamiento; dado que el interés público que se

[459] MINERA CHINALCO PERÚ. *"Estudio de Impacto Ambiental: Proyecto Minero Toromocho"*. Sección 10, Punto 10.2.3, p. 10-125

reconoce a las Comunidades Campesinas justifica que el Estado ejerza una facultad tutelar, en cumplimiento de los principales lineamientos internacionales.

Finalmente, es importante tener en cuenta la variable de conflictividad social que ha implicado el desarrollo del Proyecto Minero Toromocho. En ese sentido¸ en cuanto al proceso de reubicación involuntaria y su relación con los conflictos sociales, cabe resaltar que en el presente caso nos encontramos ante un esquema de conflicto adscrito al cuadrante III del análisis de conflictos sociales mineros expuesto en el capítulo II; toda vez que, dada la historia de la actividad minera en la provincia de Yauli, desde la época de la Cerro de Pasco Copper, el crecimiento siempre ha sido producto de la dinámica minera de la zona; por lo que, no obstante el nivel de organización social relativamente alto para la protesta, en la zona lo que prima es una percepción de una baja magnitud de afectación por una actividad como la minería con la que siempre han convivido, lo cual sin duda juega a favor de la empresa minera; más aún, cuando – conforme a lo planteado – en el EIA por Chinalco, la ejecución del proyecto permitirá obtener una serie de servicios y beneficios pospuestos hasta la actualidad

c) La adquisición de tierras de la Comunidad Campesina de Yauli: *Reubicación e impactos*

Más allá de los mecanismos de compensación que ha implementado la empresa, para a partir del proceso de reasentamiento, otorgar importantes beneficios a los pobladores afectados (la metodología desarrollada por Chinalco); encuentro en el conjunto de relaciones jurídicas que se desprender de este proceso, elementos de análisis donde puede aplicarse y exponerse con mayor detalle las consideraciones jurídicas que han sido expuestas a lo largo del presente capítulo.

La Comunidad Campesina de Yauli

La Comunidad Campesina de Yauli (C.C. de Yauli) fue reconocida mediante Resolución S/N con fecha 26 de noviembre de 1933, contando con un número de 140 familias; asimismo, la inscripción de este reconocimiento data del 20 de noviembre de 1989. Por su parte, la titulación fue registrada por la Oficina PETT de Ejecución Regional Junín, el 25 de noviembre de 1995, estableciéndose una extensión superficial de 9,500.1200 hectáreas.

Por lo que, conforme a los datos oficiales del Estado Peruano respecto a este grupo humano, la Comunidad tiene una antigüedad de aproximadamente 70 años, lo cual permitiría deducir que la misma forma parte de aquel grupo de comunidades tradicionales y que por lo tanto cumplen en mayor o menor medida con la descripción establecida en la Ley General de Comunidades Campesinas respecto a los vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales expresados en la propiedad comunal de la tierra etc.

Según detalla Chinalco, la C.C. de Yauli contaba en el año 2006 con 125 comuneros, de los cuales un promedio de 80 se encontraban activos, y tenía una extensión de 9500 hectáreas. Se reconocía que la propietaria de los terrenos era la comunidad, pero también que la posesión y usufructo de la extensión total de las tierras de la comunidad había sido otorgado a los comuneros. La actividad principal ejercida sobre estos terrenos ha sido la pecuaria. El ganado era tanto individual como comunal.

En cuanto a la ubicación de los comuneros, la mayor parte (75%) residía en el pueblo de Yauli, el resto en estancias rurales de manera permanente, zonas urbanizadas cerca del pueblo de Yauli, campamentos de la empresa Volcán, San Cristóbal y el Túnel, mientras que siete comuneros ya no vivían en el distrito de Yauli en el momento de recojo de la información.

Impactos de la adquisición de tierras

A partir de la información expuesta por Chinalco en su EIA sobre el *"Plan de acción para el reasentamiento de los posesionarios de la quebrada de Tunshuruco"*, se observa que lo detallado por la empresa no reflejaría lo que actualmente se entiende como la definición legal de una Comunidad Campesina, al no encontrarse mayor similitud con la descripción establecida en la Ley General de Comunidades Campesinas y sus normas conexas.

Es decir, sin desmedro del hecho que Yauli se encuentre debidamente reconocida y registrada, no se corrobora por ejemplo vínculos ancestrales y culturales reflejados en la propiedad colectiva de la tierra y por el contrario la misma solo tiene significado en tanto medio de subsistencia, lo cual se expresa en la facilidad que muestran los comuneros para desprenderse de la misma ya sea por otros terrenos en la zona urbana de Yauli o capacitaciones en gestión empresarial, equipos de radio etc.

Esta realidad enfrenta al Estado a la necesidad de un proceso de definiciones, toda vez que resulta cuando menos difícil determinar qué elementos habrían de tomarse en cuenta para ser considerado un grupo humano como Comunidad Campesina. Por ello, resulta indispensable abordar dos cuestiones ya señaladas anteriormente; primero, redefinir el concepto de Comunidad Campesina y segundo, establecer la correlación que las mismas tienen con los Pueblos Indígenas en merito a los criterios de carácter objetivo y subjetivo que se establezcan.

Ahora bien, independientemente de lo señalado debe resaltarse que la empresa no cuestiona ni observa desde perspectiva alguna la naturaleza jurídica de Yauli respecto a la semejanza que la misma debería mantener con los elementos que describen a una Comunidad Campesina. Asimismo, tampoco cuestiona la legitimada de los derechos (propiedad, posesión, usufructo) de los posesionarios de las tierras comunales, es decir los beneficios a obtenerse por la condición legal de comuneros que ostentan, ello independientemente de las formalidades que exige el Derecho Civil.

Todo ello expresa el estándar que ha asumido la empresa en cuanto a las relaciones jurídicas que sostiene con la Comunidad Campesina de Yauli y sus miembros de manera particular, el cual va más allá de consideraciones y obligaciones abstractas y concretas del derecho común que exige formalidades solemnes y previas para alcanzar acuerdos; esta relación desconfigura el derecho de propiedad como clásicamente ha sido entendido, priorizándose otros elementos como el beneficio de la Comunidad y el cumplimiento del cronograma de ejecución del proyecto.

***

Ahora bien, en cuanto al proceso de negociación y acuerdos entre la C.C. de Yauli y la empresa Chinalco respecto a la disposición del terreno necesario para la construcción de la cancha de relaves, debemos tener en cuenta que en la sección 5 del EIA referido al *"Análisis de los Impactos Ambientales y Sociales"*, donde se desarrolla la evaluación de los impactos de la adquisición de tierras en la C.C. de Yauli, se detalla que la C.C. de

Yauli fue propietaria de 9500.12 hectáreas de tierras ubicadas en el distrito de Yauli hasta **el 17 de agosto de 2007, cuando se firmó un contrato de compra-venta por 1300 hectáreas ubicadas en la quebrada de Tunshuruco** y el Valle del Río Rumichaca en la zona oeste de la C.C. de Yauli.

De ello se deduce que previamente a la culminación de las evaluaciones de los posibles afectados por el reasentamiento (es decir, los pobladores de Tunshuruco) **ya se tenía un acuerdo suscrito donde se cedía el terreno a afectar; por lo cual la decisión respecto al reasentamiento ya estaba tomada**, por lo que considero que el análisis realizado por la empresa se centro en evaluar las indemnizaciones por la reubicación, cuyo estudió recién en el 2008.

En ese sentido, me asalta la duda respecto a la siguiente afirmación de la empresa:

> *"Las negociaciones de compra se realizaron al amparo de las normas legales aplicables a la disposición de tierras de comunidades campesinas (Anexo AF)".*

Toda vez que no se encuentra regulado si en negociaciones como las que se detallan (donde no se trata de una simple transferencia de derechos de propiedad sobre un terreno, sino que tiene impactos sociales muy altos como la reubicación de personas) deben realizarse a la par de evaluaciones que permitan meditar las consecuencias de este reasentamiento y así poder tomar una decisión con mayores elementos de evaluación.

Este hecho demuestra una vez más la necesidad de contar con la presencia del Estado para acompañar – desde inmediatamente después de otorgada la concesión – los procesos de decisiones, a fin que los mismos se realicen cumpliendo la normatividad especifica, en igualdad de condiciones y asegurando beneficios tangibles y verificables para la parte más vulnerable de la relación que sin duda es la Comunidad Campesina

En cuando a las compensaciones, dado el nivel de carencias en que se encuentran los pobladores de la Comunidad de Yauli, resulta relativamente sencillo para Chinalco estructurar beneficios, otorgando tanto una compensación colectiva (Comunidad Campesina de Yauli) como individual (comuneros posesionarios de Tunshuruco) por la tierras adquiridas que presentan un uso individual; asimismo se reconoce el impacto sobre un tercer grupo de pastores usufructuarios (aquellos a quienes, generalmente, los comuneros delegan el cuidado de sus animales).

Chinalco ha previsto solventar la superación de todos los impactos que pueda ocasionar la disminución de las tierras comunales, a través de programas destinados a la mejora de la calidad de los pastos naturales en el área remanente de la C.C. de Yauli (con el objetivo de mejorar su producción actual), la mejora en el manejo y la sanidad del ganado, el acceso y mejora de la calidad de la vivienda de los posesionarios de Tunshuruco (a través de la construcción de viviendas en la zona de su preferencia), además de apoyar en el cambio de los medios de subsistencia de los posesionarios (quienes usaban el terreno para el pastoreo de ganado ovino y camélido) y apoyar a los que desean en el desarrollo de otras actividades distintas a las pecuarias.

El estándar de Chinalco

Al inicio del desarrollo del marco normativo del Plan de Acción para el Reasentamiento (PAR), Chinalco reconoce que no existe en el Perú normativa sobre reasentamiento de poblaciones en proyectos mineros, por lo que, ante la fala de una ley que norme los procesos de reasentamiento se toma en cuenta una serie de normas (muchas de ellas ya

analizadas como la Ley de Tierras y el T.U.O. de la Ley General de Minería). Además de los lineamientos del Banco Mundial y la CFI, no obstante se aclara, que ello no significa que se requirió financiamiento de estos entes, por lo que su aplicación resulta referencial y no vinculante en la formulación de la metodología de manejo del reasentamiento.

Este punto es importante y constituye una justificación más para esta investigación, toda vez que al no ser obligaciones vinculantes para la empresa, los compromisos quedan supeditados una vez más a la voluntad de la empresa y los vaivenes del negocio minero. Es decir, al no existir obligación exigible para la empresa, la misma puede dejar de lado aquellas responsabilidades o compromisos dado el contexto en que se encuentre la empresa, lo cual deja la posibilidad abierta a que probables incumplimiento sea el germen de una serie de nuevos conflictos sociales.

Esto es sumamente importante, más aún cuando, tal como lo reconoce la empresa:

> *"Un impacto de la adquisición de tierras de uso agropecuario para fines energético minero es la reducción de fuentes de subsistencia, ingresos monetarios y poder en una comunidad. Un adecuado manejo de estos impactos implica analizar la forma de propiedad y uso de las tierras. La propiedad puede ser comunal o individual. El uso puede ser también comunal o familiar. Es posible también que no exista propiedad legal sobre el predio pero que éste sea tradicionalmente explotado por la población. El análisis de la propiedad de las tierras bajo impacto directo debe realizarse en el estudio de línea de base que permita determinar con claridad los sujetos de compensación".*

Entonces ello demuestra que Chinalco, así como las empresas más importantes que desarrollan actividad minera en nuestro país no presentan ningún inconveniente en seguir estándares más estrictos que los que exige la legislación nacional – que ya de por sí es incipiente –. Este detalle trae a colación la necesidad de regular con mayor rigurosidad los procesos de reasentamiento poblacional por parte del Gobierno Peruano, intereses que se ve reflejado en una serie de proyecto de ley que serán tratamos con plena amplitud en la parte final del presente capítulo.

Si bien puede ser debatible que Yauli cumpla o no la características propias de una comunidad campesina, lo real es que no tenemos más elementos de identificación que normas de hace más de dos décadas, lo cual puede se vuelve un problema cuando la "Comunidad Campesina" en cuestión no es un ente pasivo que ve en la actividad minera una oportunidad de desarrollo sino por el contrario se opone al desarrollo de su actividad en su territorio comunal o alrededores.

Quizás, la relación entre la Comunidad Campesina de Yauli y la empresa minera Chinalco no reflejen de la mejor manera los conflictos sociales que suscita esta actividad extractiva, si ejemplifica una serie de inconvenientes y ausencia de definiciones que son constantes en estas interacciones. Y es en esos casos donde el papel del Estado acusa relevancia, tanto para identificar quienes son realmente Comunidades Campesinas, como para establecer criterios de exigencia vinculantes para las empresas mineras, los cuales no se encuentren supeditados a su voluntad institucional o el vaivén del negocio. Es decir, la construcción de paz social no debe estar supeditada a las debilidades o fortalezas institucionales de los actores

Finalmente, es importante señalar que tanto Chinalco, Xstrata y muchas otras grandes empresas mineras van más allá de lo exigible por la legislación peruana en cuanto al manejo social de sus actividades, sea con Comunidades Campesinas, centros

poblados, caseríos etcétera. Esto me conlleva a una duda. ¿Cuál es el estándar social de las empresas en cuanto al nivel de responsabilidad que están dispuestos a cumplir cuando planifican un proyecto? Si como vemos, no solamente en sus Estudios de Impacto Ambiental sino también en su publicidad, sin duda son los más comprometidos con la calidad de vida de la gente que se encuentra dentro de su ámbito de influencia. Entonces me animo a pensar, no hay allí una exigencia implícita, que no ha sido aún definida por nuestra legislación, quizás sea aquel concepto que de manera general tanto el Banco Mundial como la Corporación Financiera Internacional han descrito en sus respectivos textos sobre Pueblos Indígenas y Reasentamiento Involuntario: "Poblaciones Vulnerables".

9.2.4. Xstrata Cooper S.A.: *"Las Bambas"*

El proyecto Las Bambas se ubica entre las provincias de Grau y Cotabambas, en la región Apurímac. Es una suerte de continuación geológica del denominado "Copper Belt del Sur", en el que se encuentran otros proyectos cupríferos de la importancia de La Escondida y Chuquicamata, en Chile, así como Tintaya, Los Quechuas y Antapaccay en el Perú. Desde el año 1911 se tienen registradas actividades de exploración en la zona, realizadas por la empresa norteamericana Ferrobamba Ltda., que según archivos habría perforado con taladros diamantinos. Posteriormente, en la década de 1940 fueron implementados estudios geológicos por la Cerro de Pasco Corporation y otras empresas, como Kruger y Barba, que se complementaron con la elaboración de mapas geológicos de la zona, ensayos químicos y nuevas perforaciones. En la década de 1980, los trabajos de exploración continuaron, y empresas como las de Tintaya, Cyprus y Phelps Dodge, realizaron perforaciones a mayor profundidad con nuevos ensayos químicos del mineral encontrado, principalmente cobre, oro y plata[460].

La región en la que se encuentra el proyecto nunca había destacado como una zona minera en el Perú: algunas actividades de pequeña y mediana minería en ciertas provincias no fueron atractivas para inversiones más importantes. Es sobre todo a partir de la década de 1990 cuando la reactivación de la minería provocó una inusitada actividad de exploración en toda la región. Si en 1990 los derechos mineros vigentes en todo Apurímac apenas ocupaban el 3.37% de su territorio, en 1999 pasaron a ocupar el 24.8%, y en 2007 llegaron a 33.4%. Esta tendencia confirma la declaración hecha por el Ministerio de Energía y Minas, en la que se presenta a Apurímac como una reserva nacional minera del Perú[461].

A mediados del 2003 se firma entre el Ministerio de Energía y Minas y PROINVERSIÓN, el convenio para la licitación del proyecto, dándose inició una serie de actividades para promover la transferencia de Las Bambas al sector privado. Este proceso tuvo como colofón la apertura de los sobres, el 31 de agosto de 2004, resultando ganadora la empresa Xstrata AG Suiza, que ofertó US$ 121 millones de dólares. El 1 de octubre del mismo año se firmó el contrato de opción en la comunidad campesina de Fuerabamba, con la presencia del entonces presidente de la república, Alejandro Toledo, y autoridades de los gobiernos central, regional y local. La empresa entregó, conforme a lo estipulado en el contrato, 91 millones de dólares, correspondientes al pago inicial, de los cuales el 50%6 corresponde al aporte social

[460] DE ECHAVE, José, DIEZ, Alejandro, HUBER, Ludwig, REVESZ, Bruno, LANATA, Xavier y TANAKA, Martín. *"Minería y Conflicto Social"*. IEP. CIPCA.CBC.CIES. Lima. 2009, p. 149
[461] *Ibíd.*, p. 150

inicial que se destinaría a la zona de influencia directa del proyecto. El monto pasó a ser manejado por un fondo de fideicomiso y deberá ser incrementado en US$ 13.5 millones adicionales cuando la empresa decida ejercer la transferencia, luego de la etapa de exploración, y dé inicio a la explotación[462].

9.2.4.1. El Reasentamiento de la Comunidad Campesina de Fuerabamba

Para los proyectos mineros, los requisitos de reasentamiento son determinados principalmente por la ubicación de los yacimientos de mineral. En el presente caso, el yacimiento Ferrobamba yace directamente debajo de la C.C. de Fuerabamba[463]. Asimismo se debe considerar que el yacimiento del mineral necesita además áreas considerables de tierra cercana para los botaderos de desmonte, los relaves y las instalaciones relacionadas. También se necesita una zona de amortiguamiento para asegurar que los impactos ambientales considerables puedan ser contenidos dentro del área de la mina[464].

Tal como señala Xstrata, cuando se planteó el reasentamiento a Fuerabamba, se dejó claro que las personas querían el reasentamiento para todos los miembros, no solo para algunos. Esto se daba por el interés de mantener la integridad de la comunidad frente a las expectativas limitadas de que existieran suficientes tierras disponibles para el reasentamiento en las cercanías – la elección fue que los miembros de la comunidad se mantuvieran físicamente unidos.

En cuanto al marco legal, Xstrata reconoce que no existen requerimientos legislativos o regulatorios peruanos sobre cómo realizar un reasentamiento. Sin embargo, se hace mención de la Guía de Relaciones Comunitarias del Ministerio de Energía y Minas (2003), la cual tiene algunas referencias sobre el reasentamiento. Aunque se reconoce que el documento no tiene fuerza de ley, se señala que el mismo ha sido desarrollado como una herramienta para las compañías, de las cuales se espera manejen los impactos económicos y sociales de los proyectos para el beneficio de las personas afectadas. La guía también tiene una referencia para el personal del Ministerio responsable de manejar el proceso de evaluación de impacto ambiental, y se utiliza para revisar los EIAs.

La Comunidad Campesina de Fuerabamba

Según la línea de base socio-económica, Fuerabamba tiene una población de aproximadamente 1197 habitantes, en 290 hogares, algunos de los cuales incluían a más de una familia. No obstante ello, el regreso de migrantes habría aumentado el número de miembros de la comunidad a 369 familias, todas las cuales incluyen al menos un comunero.

---

[462] Es importante señalar, que el 02 de setiembre de 2010 la transferencia de la concesión del Proyecto Minero Las Bambas fue firmada, luego de la aprobación de los estudios ambientales, así como la obtención de la licencia social de las poblaciones que se encuentran dentro del ámbito de influencia de la misma; todo ello implicará una inversión de US$ 4,200 millones a lo largo de los 18 años de vida que se ha planteado para el proyecto.

[463] Ubicada en el distrito de Challhuahuacho, provincia de Cotabambas, región de Apurímac.

[464] XSTRATA TINTAYA S.A. *"Estudio de Impacto Ambiental Proyecto Minero Las Bambas"*. Volumen F: Evaluación de Impactos Socio-Económicos. Lima, 2010, p. 4-7. Asimismo, la empresa señala que para determinar todo el espacio que necesitará el proyecto se ha establecido que existe preferencia por la concentración de todas las instalaciones posibles dentro de una sola cuenca, con el fin de limitar los efectos esperado particularmente sobre la calidad y el flujo de aguas.

La comunidad está organizada en 13 caseríos, constituidos de familias extensas, que varían de los más pequeños (Huancarani), con cuatro hogares y sólo diez personas, a los más grandes (Centro Fuerabamba) con 65 hogares y 239 personas.

Fuerabamba fue colonizada inicialmente entre la década de 1930 y 1940, por el pueblo quechua de otras partes del área general, personas que estaban buscando tierras no ocupadas – Fuerabamba no evolucionó a partir de una hacienda como fue el caso de muchas otras comunidades. La comunidad originalmente fue parte de la provincia de Grau, pero ahora se encuentra en el distrito de Challhuahuacho, provincia de Cotabambas, y se registró formalmente como una comunidad campesina en 1986, poniendo fin a conflictos por tierras con otras comunidades.

La comunidad desde sus inicios fue eminentemente agrícola, presentando la tierra una propiedad comunal[465]. Sin embargo, con la firma del acuerdo con Xstrata, el cual permitió que la compañía tuviera acceso a la tierra para exploración, se produjeron una serie de cambios, dado el ingreso de la empresa en las economías familiares a través de la contratación de al menos un miembro con empleo remunerado regular en Xstrata.

En cuanto a su organización social y política, Fuerabamba presenta "claramente" las características clásicas de lo que se entiende por "Comunidad Campesina". Así, se constituye como una entidad legal con derechos organizativos específicos; asimismo, la jurisdicción sobre los recursos de las comunidades no está sujeta a intervenciones de las autoridades políticas, su dirección corresponde a una junta directiva electa, con siete miembros, responsable de manejar los recursos de la comunidad, administrar la participación de comuneros en las actividades comunitarias e involucrarse con agencias externas incluyendo los gobiernos distritales, provinciales y regionales , y Xstrata.

Las decisiones de la junta se toman sobre la base de los comuneros que asisten a las asambleas comunales mensuales y votan sobre ciertos temas. Un comunero por hogar tiene el derecho – en realidad la obligación – de votar. Para ser comunero, una persona debe ser de una familia que ha heredado tierras en el área, o ha comprado y cultivado tierras en la comunidades durante una determinada cantidad de años. Para seguir siendo comunero, se exige la asistencia a las asambleas comunales. Si un comunero abandona la comunidad por un periodo de tiempo significativo – y por consiguiente no contribuye a las labores comunales ni participa en la asamblea – se suspende su estatus de comunero. El estatus de comunero se restablece al retorno, pero por lo general toma tres años antes de que un comunero retornante pueda volver a votar.

Conforme a lo expuesto se puede observar que Fuerabamba presenta una organización social y política que guarda relación con lo establecido por las normas que regulan a las comunidades campesinas, específicamente la Ley General de Comunidades Campesinas y su Reglamento. Este hecho es un claro ejemplo de las distintas realidades que pueden llegar a alcanzar estos grupos humanos; por ejemplo, al contraponer la realidad de Yauli, respecto a la de Fuerabamba; se evidencia que las mismas no guardan necesariamente homogeneidad entre sí, a pesar de llevar las dos el título de Comunidad Campesina; así, si bien Fuerabamba cumple con los elementos objetivos y subjetivos que describe la norma, también podemos encontrar que Yauli, aparece como desarticulada y sin mayor relación entre sus comuneros y los elementos culturales que definen su identidad comunitaria; esta situación se repite a lo largo de

[465] La tierra en Fuerabamba es de la comunidad. Los hogares de la comunidad han recibido derechos de uso de tierras en el pasado, y siguen transmitiendo dichos derechos a través de herencias. Existen mecanismos implementados para vender y alquilar derechos de uso de tierra, incluyendo mecanismos y reglas que los compradores se conviertan en comuneros, pero en realidad esto casi nunca ocurre. Las propiedades de las tierras son muy estables dentro de las familias extensas.

nuestro territorio nacional, sin que el Estado se anime a actualizar nuestro marco normativo y adecuarlo a la realidad.

Impactos del proceso de reasentamiento poblacional

Xstrata ha definido una serie de impactos para la Comunidad Campesina de Fuerabamba, entre ellos encontramos que:

- Al despoblarse la Comunidad, se restringirá el acceso a las tierras; la empresa espera que la mayoría de familias en Fuerabamba opte por mudarse a una zona urbana cercana que construirá en las comunidades de Chila y Choaquere, a través de un proceso participativo y que ocupe tierras de pastoreo en la provincia de Chumbivilcas (en Yavi Yavi, aproximadamente a cuatro horas de distancia) y tierras agrícolas, probablemente cercanas en las provincias de Cotabambas y/o Grau. Ya que las tierras de pastoreo se encuentran aproximadamente a cuatro horas en vehículo debido al estado de la carretera, las personas no podrán acceder fácilmente con animales grandes.
- Los derechos de reasentamiento pactados son generosos. Las familias, en vez de los hogares, se reasentarán y se les proveerá viviendas nuevas, con todos los servicios, de un tamaño y estándar significativamente mayor al de la mayoría de casas en el actual Fuerabamba. Se repondrá cualquier ingreso o fuente de subsistencia perdido o abandonado como consecuencia del reasentamiento. No sólo se reemplazará las tierras y bienes inmuebles sino que experimentarán un aumento en cantidad, calidad y/o dimensiones. Se garantizan los medios de subsistencia mediante la ayuda para restablecer las actividades agrícolas y ganaderas, mediante el empleo continuo con Xstrata durante la construcción, como es el caso actualmente, y durante las operaciones del Proyecto a través de un puesto a tiempo con Xstrata para al menos un miembro de cada familia reasentada.

Un punto fundamental es el efecto que tendrá sobre las tierras que usa la Comunidad. Si bien se ha señalado que la empresa buscará reemplazar las tierras que se pierdan por otras de igual o mayor valor, es importante el aspecto referido a la ubicación de las nuevas tierras. En esa medida, la elección de Fuerabamba de permanecer cerca a la mina, debido a la ausencia de bloques suficientemente grandes de tierras cercanas disponibles, implica que aumentarán las distancias a las tierras agrícolas y de pastoreo. En ese momento, la empresa espera poder identificar las tierras en comunidades cercanas de manera que se pueda mantener el sistema de laymi (desarrollo de labores comunitarias en tierras extensas). En todo caso, si no se logran desarrollar escenarios que permitan replicar el trabajo comunal, se estará dando paso a un proceso irreversible de desintegración.

Otro punto importante es la situación de las comunidades de acogida, algo que ha sido evaluado por la empresa en su EIA, donde se señala que estas serán las de Chila y Choaquere; comunidades cercanas a la hacienda adquirida por Xstrata en Yavi Yavi; y "comunidades aún no identificadas" dentro de las cuales se esperan encontrar tierras agrícolas, idealmente en los distritos de Challhuahuacho y Coyllurqui, en la provincia de Cotabambas, y el Distrito de Progreso en la provincia de Grau.

Al respecto, la empresa reconoce en su EIA, que debido a que las decisiones sobre las tierras que han sido identificadas son recientes, la planificación del reasentamiento aún no ha llegado hasta el punto en que se han recolectado los datos de línea de base

socio-económica en las comunidades de acogida. No obstante ello, en términos generales la empresa reconoce que tanto Chila como Choaquere son muy similares a las otras comunidades de las áreas del proyecto; es decir, son quechuas, tienen economías basadas en el cultivo de papa y la ganadería, tienen logros educativos limitados y tienen altos índices de pobreza.

Por otra parte, si bien se detalla en el EIA que se necesita más datos para identificar los efectos que el reasentamiento pueda causar en las comunidades de acogida, en líneas generales, la empresa considera que entre los efectos potenciales se incluirían:

a) *Efectos en la disponibilidad de tierras;*
b) *Efectos en los medios de vida;*
c) *Efectos en la infraestructura de la comunidad;*
d) *Conflictos sociales*; en tanto que la expectativa es que Fuerabamba mantenga su propia identidad como una comunidad campesina, con su propia junta directiva y responsabilidades para el manejo de tierras provistas de acuerdo a los términos del reasentamiento. Pero existe la posibilidad de que el conflicto social puede surgir de la competencia por los recursos de Xstrata y/o la percepción de falta de equidad en la distribución de beneficios, entre Fuerabamba y las comunidades de acogida, en relación al potencial de impactos.

Ahora bien, a partir de la identificación de impactos y las reglas de elegibilidad, la empresa ha desarrollado una matriz general de derechos con respecto a la Comunidad. Así, el acuerdo de reasentamiento se enmarca sobre la base de brindar asistencia a la comunidad en su conjunto en cuanto a tierras, infraestructura y programas de desarrollo sostenible, con algunos derechos determinados en base a tratar por igual a todas las familias, en cuanto a vivienda, empleo y medidas de restablecimiento de los medios de vida. La única excepción se plantea con relación a los individuos vulnerables, a los cuales se les asignará alguna ayuda adicional; la expectativas es que la comunidad, en su papel de autogobierno, maneje y asigne beneficios económicos proporcionados en su conjunto, tales como tierras por ejemplo.

Para ello, la empresa ha elaborado la determinación de los derechos de reubicación a partir de los siguientes criterios:

a) Valoración de la tierras;
b) Valoración de casas, locales comerciales y bienes inmuebles;
c) Valoración de infraestructura de la comunidad;
d) Valoración de las cosechas en pies y animales;
e) Mitigación por efecto del empleo; y
f) Indemnización por perturbación.

Asimismo, se ha considerado en el EIA, que el reasentamiento es mucho más que la provisión de tierras, reemplazo de bienes, reemplazo de infraestructura para la comunidad y la reubicación física de las familias. Se necesita por lo tanto un esfuerzo para garantizar que se pueden restaurar rápidamente los medios de vida en las nuevas ubicaciones. En esa medida, se ha tomado en cuenta elementos como:

a) La preparación de tierras de remplazo;
b) Empleo;
c) Restablecimiento de los medios de subsistencia para familias pobres;
d) Hogares vulnerables; y
e) Manejo de ingresos

Finalmente, dos son los elementos más transcendentes en relación al proceso de reasentamiento poblacional establecido por Xstrata y la propuesta de la presente tesis. Por un lado, encontramos las disposiciones institucionales referido a los roles y responsabilidades para la implementación del reasentamiento, reconociéndose como entidades con roles relevantes, no solamente a la Empresa y la Comisión Central para el Reasentamiento, sino además a los representantes de los Distritos (Challhuahuacho), Gobiernos Provinciales (Cotabambas) y Regionales, que de acuerdo a la propuesta de Xstrata constituyen una suerte de comisión consultiva, delegándoles la responsabilidades como:

- Representar a los gobiernos cuando las actividades de reasentamiento específicas impliquen su participación, proporcionando, por ejemplo, aportes al diseño y planificación de la infraestructura y programas de educación y salud en los casos en que estos tengas relación con la responsabilidad pública para la entrega de servicios.
- Proporcionar los datos necesarios para ayudar a Xstrata y la Comisión Central para el Reasentamiento a garantizar que las actividades de reasentamiento, en el caso que corresponda, sean compatibles con los objetivos de desarrollo sostenible generales del gobierno y con sus políticas, planes y proyectos relacionado; entre otros sumamente generales.

Por otra parte, se encuentra el aspecto relativo al monitoreo y evaluación del proceso de reasentamiento poblacional, que se encontrará completamente a cargo de Xstrata a través de su Gerencia de Relaciones Comunitarias y un consultor externo, contratado por la empresa, que proporcione reportes sobre el avance y cumplimiento con los compromisos acordados relacionados al reasentamiento. En ese sentido, la empresa ha propuesto en su plan de reasentamiento que esta etapa tendrá cuatro componentes que permitan determinar los impactos relevantes del reasentamiento sobre, por ejemplo, la calidad de vida.

En este punto, es importante detallar, que la empresa no ha considerado bajo ninguna circunstancia, en ninguno de los componentes de la evaluación y supervisión, la participación de alguna entidad pública, asumiendo quizás que todos los compromisos establecidos en el EIA, pueden ser evaluados por la autoridad sectorial competente, en el presente caso la OEFA.

No obstante ello, la empresa ha estimado conveniente desarrolla una auditoria posterior a la finalización del proceso de reasentamiento poblacional, la cual se encontrará a cargo de un consultor externo contratado por ella misma.

9.3. Horizontes normativos: *La Política Operacional 4.12 del Banco Mundial y las Normas de Desempeño del IFC*

9.3.1. El Banco Mundial y sus políticas para el reasentamiento involuntario

Las políticas de reubicación involuntaria del Banco se remontan a la década de los 80, a través de su Manual Operacional *(Operacional Manual Statement* 2.23, *Social Issues Associated with Involuntary Resettlement in Bank Finance Projects)* que, en 1990, se convertiría en la Directiva Operacional 4.30 (OD 4.30).

Hacia 1996 el Banco realiza una revisión de los proyectos que financia e involucran reubicación involuntaria con el fin de extraer lecciones y revisar su OD 4.30, luego de

percatarse que en muchos de estos proyectos, la población reubicada empeoro sus condiciones de vida y no fue capaz de recuperar los estándares previos a su desplazamiento.

La revisión estima que en el período 1986-1993 se produjeron reasentamientos involuntarios en 192 proyectos, lo que significó el desplazamiento de 2.5 millones de personas. Dentro de los 146 proyectos que implicaban reasentamientos activos en 1993, el 86% eran de construcción de represas para irrigación, generación eléctrica y agua potable, mientras que el 23% eran de construcción de corredores para vías de transporte. En ese sentido, parte importante de las conclusiones del Banco sobre ese periodo se centraron en la necesidad de que los Estados, y los prestatarios, internalicen dentro de su marco legal los lineamientos y directiva del Banco sobre reubicación involuntaria[466].

Asimismo, y en línea con el contexto señalado, el Banco afirmaba que la reubicación era parte de un costo social inevitable a favor del desarrollo, pero cuyos impactos había que minimizar. Así, el texto señala que *"El reasentamiento involuntario ha acompañado los procesos de desarrollo a través de la historia y ha marcado de manera indeleble la evolución tanto de los países industrializados como de los países en desarrollo"*[467]. Dentro de las principales conclusiones a las que se arriba en el texto se encuentran la necesidad de involucrar a la población, y conocimientos locales, tanto en los planes de reubicación como en las medidas para minimizar los posibles impactos negativos del reasentamiento. Asimismo, se señala que el costo total del proyecto debe incluir el costo asociado a la reubicación. Además, el documento destaca, entre los principales hallazgos de su revisión, que los proyectos tienden a subvalorar el costo total de la reubicación, debilidad que ya había sido identificada en una anterior evaluación de proyectos en el año 1986.

Asimismo, se identifican como procesos distintos pero íntimamente relacionados: el desplazamiento de personas o comunidades y la recuperación de sus medios de subsistencia (restauración de los ingresos). En este sentido, la evolución recoge una preocupación ya identificada en la literatura sobre el tema en relación a la dificultad de desarrollar programas de restauración o rehabilitación exitosos. Esta preocupación se verá reflejada en posteriores documentos y en la Política Operacional 4.12 (OP 4.12). En particular, el documento advierte que, en muchos casos, la compensación monetaria por reubicación no tiene resultados satisfactorios, debido a que se aplica en lugares donde no existen mercados de trabajo y tierras desarrolladas o redes de seguridad adecuadas. En cuanto a la recuperación de los medios de subsistencia, este tiene como principal indicador la recuperación de los medios de subsistencia, la recuperación de los niveles de ingreso que las personas tenían antes del reasentamiento, concepto que cambiará en documentos posteriores.

Se reconoce la ausencia de criterios estándar para la planificación de la reubicación y se señala la necesidad de asegurar consistencia en la planificación, los resultados y el monitoreo del impacto con las metas establecidas en su política. Es a partir de esta evaluación que el Banco inicia esfuerzos para diseñar el Plan de Acciones de Reubicación (RAP – Resettlement Actions Plan). En abril de 2002, el IFC (Internacional Finance Corporation), sector de inversión privada del Grupo del Banco, pública el *Handbook for Preparing a Resettlement Action Plan*, documento que fue en

[466] Como parte de estos esfuerzos, en 1991 el BID, Banco Asiático de Desarrollo y los países miembros de OECD aprobaron lineamientos similares a los del Banco.

[467] BANCO MUNDIAL. *"Resettlement and Development: The Bankwide Review of Projects Involving Involuntary Resettlement (1986-1993)"*. Washington, 1996.

la práctica una guía para la elaboración del RAP en base al OD 4.30[468]. Al igual que en el caso de la directiva operacional el RAP se constituye como un documento de lineamientos los cuales podían o no ser adoptados por el prestatario. En dicho documento se recomienda que el RAP incluya el marco legal para la adquisición y compensación por tierra, cronograma de implementación, marco de consulta pública y participación, descripción de las medida a tomar para la resolución de reclamos, entre otros. Asimismo, esta guía introduce el concepto de costo total de reemplazo, entendido, como el costo de compensación de los activos perdidos productos de la reubicación el cual debe ser la suma del valor en mercado de dichos activos más los costos de transacción. Por último, el documento establece lineamientos para la compensación, ya sea esta tierra por tierra o monetaria.

Adicionalmente, el documento especifica que la recuperación de los medios de subsistencia implica la recuperación del nivel de vida que las personas tenían antes de la reubicación y, por tanto, se genera la necesidad de registrar las condiciones sociales, ambientales y económicas iniciales de las poblaciones afectadas en el Plan de Reubicación, es decir, la elaboración de una línea de base. Así, con el fin de analizar la pérdida de bienestar, el Banco recomienda registrar todas las fuentes de ingreso de las familias de tal manera que se pueda identificar qué porcentaje de la pérdida de dinero corresponde a la pérdida por la adquisición de tierras por parte del proyecto. Se anota que estos estudios deben vincularse a censos de personas e inventarios de activos. Cabe señalar que estas propuestas coinciden con un cambio de discurso del Banco, finalizando la década de los noventa, en el que reconocen que la pobreza es multidimensional[469].

Por último, se pone una mirada sobre las poblaciones receptoras, y se las considera como actores a ser incluidos en las medidas del RAP dado que sus vidas pueden verse afectada por la llegada de nuevos miembros a la comunidad como producto de la reubicación. En ese sentido, se establece que ante un proceso de reubicación, la consulta debe involucrar tanto a las personas o comunidades desplazadas como a aquellas que reciben a los desplazados. Sin embargo, en este documento no se soluciona el reto metodológico que significa determinar si la calidad de vida de la población reubicada es mejor o igual que antes. Lo que se propone es una matriz de indicadores de impacto social, económico y de salud de los cuales deben ser comparados con los datos de la línea de base al final del RAP. La falencia de esta propuesta es que no establece un vector de ponderaciones de los indicadores de impacto, con lo cual no se puede determinar si una persona o familia recuperó o inclusive mejoro su nivel de vida si, por ejemplo, supera algunos indicadores de la línea de base pero otros no.

***

En diciembre de 2001, la OD 4.30 se convierte en la Política Operacional 4.12 (OP 4.12) la cual empezó a operar a partir de enero del 2002 y fue revisada en abril de 2004. En la práctica, ello significó un cambio de status de los lineamientos sobre reubicación involuntaria, pues dejaban de ser una recomendación para pasar a ser obligatorios. El

[468] El documento hace referencia a la OD 4.30 a pesar que esta dejó de estar en vigencia desde el 1 de enero de 2002, siendo reemplazado por la Política Operacional 4.12.

[469] BANCO MUNDIAL. *"Libro guía para el análisis social: Para la incorporación de las dimensiones sociales en los proyectos apoyados por el Banco"*. 2002.

aval del Banco a los proyectos que involucran reasentamiento involuntario queda sujeto al cumplimiento de la Política Operacional.

En 2004, el Banco pública el *Involuntary Resettlement Sourcebook* que, de manera similar a los hechos en el *Handbook,* es una guía detallada para la aplicación del OP 4.12. Señala que un proyecto no puede cerrarse, y por ende se mantiene bajo supervisión del banco, a menos que haya aplicado todos los instrumentos de reubicación relevantes y especificados en la OP 4.12 y contenidos en el Plan de Reubicación y la Política Marco de Reubicación. Uno de los puntos que destacan del *Sourcebook* es el énfasis que pone en la necesidad de incorporar todas las partes del proyecto dentro de los Planes de Reubicación aun cuando estás partes no pertenezcan directamente al proyecto o se trate de distintos prestamistas. (Por ejemplo: En China, el proyecto de energía térmica de Tuoketuo requería de la construcción de línea de transmisión que no eran parte del proyecto pero necesarias para la consecución del mismo. La posición del Banco fue que dicha construcción se sujetar a los estándares sobre reubicación involuntaria).

De manera similar a lo expresado en el documento que le antecedió, aquí también se especifican como dos procesos distintos pero estrechamente vinculados, la compensación y la restauración de los niveles de vida, con énfasis en la restauración del ingreso. El documento incluye lineamientos para el cálculo del costo de reemplazo total, que incluye el costo de reemplazo de la tierra, vivienda y otro tipo de infraestructura, y de activos. Dentro de las sugerencias para la restauración de los ingresos se encuentran asistencia técnica agropecuaria, facilidades de crédito y promoción de las microfinanzas, y entrenamiento y oportunidades de trabajo. Asimismo se señala que en algunos casos la compensación monetaria es viable, mientras que en comunidades cuyos ingresos provienen principalmente de actividades agropecuarias, una negociación de tierra por tierras es lo más recomendable.

Otra vez, el documento no resuelve el problema metodológico de identificar si el nivel de vida de las familias es mejor o igual que antes. En este documento el Banco vuelve a dar importancia a la restauración de los niveles de ingreso como indicador de mejoría. El análisis socioeconómico no se deja de lado, pero pasa a formar parte de la información que es necesario recolectar para conocer las características generales de la población antes y después del reasentamiento. Esta falencia en metodologías de medición se condice con la escasez de estudios económicos sobre el tema. A pesar de los constantes llamados por más investigación económica realizados por el equipo de investigadores del Banco Mundial.

9.3.1.1. Descripción breve de la Política Operacional 4.12 (OP 4.12)

La experiencia del Banco ha demostrado que el reasentamiento de las poblaciones indígenas que tienen modos de producción tradicionales basadas en la tierra es un proceso especialmente complejo que puede producir importantes efectos negativos en su identidad y su supervivencia cultural. Por ese motivo, el Banco deberá cerciorarse de que el prestatario ha estudiado todas las opciones viables de diseño del proyecto para evitar el desplazamiento físico de esos grupos.

En los casos en que el desplazamiento resulte inevitable, se dará preferencia a estrategias de reasentamiento que contemplen la entrega de tierras a esos grupos (tierras

por tierra)[470], que sean compatibles con sus preferencias culturales, y que se preparen en consulta con ellos[471].

Objetivos de la política

La Política tiene como objetivo planificar y desarrollar cuidadosamente, el reasentamiento involuntario puede causar privaciones graves y prolongadas, empobreciendo y dañando al medio ambiente. Los objetivos generales son:

a) En la medida de lo posible, los reasentamientos involuntarios deben evitarse o reducirse al mínimo, para lo cual deben estudiarse todas las opciones viables de diseño del proyecto.
b) Cuando resulte inevitable, se deberá concebir y realizar como programa de desarrollo sostenible que permita consultar ampliamente a las personas desplazadas y darles oportunidad de participar en la planificación y ejecución de los programas de reasentamiento.
c) Ayudar a mejorar o restablecer en términos reales los niveles de vida que tenían con anterioridad al desplazamiento.

A fin de lograr los objetivos de esta política, se deberá prestar atención especial a las necesidades de los grupos desplazados vulnerables, especialmente los que se encuentran por debajo de la línea de pobreza, los que carecen de tierras, los ancianos, las mujeres y los niños, las poblaciones indígenas, las minorías étnicas, u otras personas desplazadas que pudieran no estar protegidas por la legislación nacional sobre indemnización de tierras.

Impactos considerados

Esta política abarca los efectos económicos y sociales directos resultantes de los proyectos de inversión financiados por el Banco y causados por:

a). la privación involuntaria de tierras, que a su vez origina:
    i. el desplazamiento o la pérdida de la vivienda;
    ii. la pérdida de los activos o del acceso a los activos, o

[470] Deberá darse preferencia a las estrategias de reasentamiento que contemplen la entrega de tierras a las personas desplazadas cuyos medios de subsistencia dependan de la tierra. Dichas estrategias podrán consistir en el reasentamiento en tierras públicas, o en tierras privadas adquiridas o compradas para fines de asentamiento. En los casos en que se ofrezcan tierras de reemplazo, se proporcionarán a los reasentados tierras cuyo potencial productivo, ventajas de ubicación y otros factores sean, como mínimo, equivalentemente ventajosos en conjunto a las tierras de las cuales se les privó. Si el suministro de tierras no es la opción preferida de las personas desplazadas, o si produciría efectos negativos para la sustentabilidad de un parque o una zona protegida, o si no hay tierras suficientes a un precio razonable, deberán ofrecerse otras opciones no relacionadas con tierras, que ofrezcan oportunidades de empleo o autoempleo, además de indemnización en efectivo por las tierras y otros activos perdidos. Deberá demostrarse y documentarse la falta de tierras suficientes a satisfacción del Banco.

[471] ANEXO A, párrafo 11. Medidas Reasentamiento. Una descripción de los paquetes de indemnización y reasentamiento de otras medidas que ayudarán a cada categoría de las personas desplazadas elegibles para alcanzar los objetivos de la política (véase la OP 4.12, párr. 6). Además de ser técnica y económicamente viable, las medidas de reasentamiento deben ser compatibles con las preferencias culturales de las personas desplazadas, y se preparó en consulta con ellos.

iii. la pérdida de las fuentes de ingresos o de los medios de subsistencia, ya sea que los afectados deban trasladarse a otro lugar o no, o

b). la restricción involuntaria del acceso a zonas calificadas por la ley como parques o zonas protegidas, con los consiguientes efectos adversos para la subsistencia de las personas desplazadas.

Medidas requeridas

Entre las medidas requeridas para atender los impactos por la privación involuntaria de tierras, el Banco recomienda preparar un plan de reasentamiento o un marco de política de reasentamiento que contemple medidas destinadas a asegurar que:

i. se le informe a las personas desplazadas acerca de sus opciones y derechos relacionados con el reasentamiento;
ii. se les consulte y se les dé a elegir entre distintas opciones técnicos y económicos viables de reasentamiento, y
iii. se les otorgue una indemnización rápida y efectiva equivalente al costo total de reposición por las pérdidas de activos2 atribuibles directamente al proyecto.

Si entre los efectos se incluye el traslado físico, en el plan de reasentamiento o en el marco de políticas de reasentamiento se deberán prever medidas que garanticen que las personas desplazadas:

i. recibirán asistencia (como subsidios de traslado) durante el traslado, y
ii. recibirán viviendas o sitios para vivienda, o, según el caso, sitios agrícolas cuyo potencial productivo, ubicación y otros factores sean, como mínimo, equivalentemente ventajosos en conjunto a los del sitio antiguo.

En los casos en que ello sea necesario para lograr los objetivos de la política, en el plan de reasentamiento o en el marco de políticas de reasentamiento se deberán estipular además medidas que aseguren que a las personas desplazadas:

i. se les ofrecerá apoyo después del desplazamiento, durante un período de transición, basado en una estimación prudente del tiempo que probablemente necesiten para restablecer sus medios de subsistencia y sus niveles de vida, y
ii. se les proporcionará asistencia para el desarrollo además de las medidas de compensación (indemnización rápida y efectiva por la pérdida de bienes atribuible al proyecto), tales como preparación de la tierra, facilidades de crédito, capacitación u oportunidades de empleo.

El pago de una indemnización en efectivo por los activos perdidos puede ser apropiado en los casos en que a) los medios de subsistencia dependan de la tierra pero las tierras tomadas para el proyecto representen una pequeña fracción17 del activo afectado y la parte restante sea económicamente viable; b) existan mercados activos de tierras, vivienda y mano de obra utilizados por las personas desplazadas y haya tierras y viviendas en cantidad suficiente, o c) los medios de subsistencia no dependan de la tierra. El nivel de las indemnizaciones en efectivo deberá ser suficiente para cubrir el costo total de reposición de las tierras y demás activos perdidos en los mercados locales.

Cuando se de la privación involuntaria de tierras, el Banco exigirá además:

a) Que se proporcione información pertinente a las personas desplazadas y sus comunidades, y a las comunidades de acogida que las reciban, con antelación suficiente, se las consulte sobre las opciones de reasentamiento y se les ofrezcan oportunidades de participar en la planificación, la ejecución y la supervisión del reasentamiento. Se establecerán mecanismos de reclamación apropiados y accesibles para esos grupos.
b) En los sitios de nuevos reasentamientos y en las comunidades de acogida, se proporcionarán los servicios públicos y de infraestructura necesarios para mejorar, restablecer o mantener la accesibilidad y los niveles de servicio para las personas desplazadas y las comunidades de acogida. Se proporcionarán recursos similares o distintos para compensar la pérdida de acceso a los recursos comunitarios (como zonas de pesca, zonas de pastoreo, combustible, o forraje).
c) Las modalidades de organización comunitaria apropiadas para las nuevas circunstancias deberán basarse en las decisiones adoptadas por las personas desplazadas. En la medida de lo posible, se preservarán las instituciones sociales y culturales de los reasentados y de las comunidades de acogida y se respetarán las preferencias de los reasentados con respecto a su reasentamiento en comunidades y grupos ya establecidos.

Derecho a obtener beneficios

Se deberá llevar a cabo un ceso, a fin de identificar a las personas que resultarán afectadas por el proyecto para determinar quién será elegible para recibir asistencia, y desalentar la llegada de personas que no sean elegibles para el reasentamiento. Las consultas deberán ser a todos los actores involucrados en la zona como comunidades afectadas, autoridades locales y si procede a las ONG, y deberá establecer los mecanismos de reclamación.

Criterios para determinar la elegibilidad.
Las personas desplazadas se pueden clasificar en uno de los tres grupos siguientes[472]:

a) aquellos que tienen derechos legales oficialmente establecidos respecto de las tierras (incluso derechos consuetudinarios y tradicionales reconocidos en la legislación del país);
b) aquellos que no tienen derechos legales oficialmente establecidos respecto de las tierras en el momento de iniciarse el censo, pero que reclaman algún derecho a esas tierras o activos, a condición de que su reclamación esté reconocida en la

[472] Las personas a que se hace referencia en los incisos a) y b) recibirán compensación por las tierras que pierden, además de otro tipo de asistencia de conformidad con las medidas requeridas. Las personas a que se hace referencia en el inciso c) recibirán asistencia para el reasentamiento en lugar de compensación por las tierras que ocupan, y otro tipo de asistencia, según proceda, para lograr los objetivos establecidos en la presente política, si ocupan la zona abarcada por el proyecto con anterioridad a una fecha límite establecida por el prestatario y aceptable para el Banco. Las personas que se trasladen a la zona después de la fecha límite no tendrán derecho a compensación ni a ningún otro tipo de asistencia para el reasentamiento. Todas las personas a que se hace referencia en los incisos a), b) o c) recibirán compensación por la pérdida de activos distintos de las tierras.

legislación del país o se reconozca mediante un proceso indicado en el plan de reasentamiento, y

c) los que carecen de un derecho legal o una pretensión reconocibles respecto de la tierra que ocupan.

Instrumentos de reasentamiento

a) Plan de reasentamiento o un plan de reasentamiento abreviado para todas las operaciones que originen reasentamiento involuntario, a menos que indique lo contrario. El Plan de reasentamiento se presentará cuando se tenga que desplazar a más de 200 personas, si el número es inferior se presentará el plan abreviado.
b) Marco de Política de Reasentamiento para las operaciones de inversión sectorial que puedan causar reasentamiento involuntario. Es decir, para proyectos que no son el principal pero sin los cuales no se podrá construir o realizar el mismo. En este documento se estimará además en la medida de lo posible, la población total que resultará desplazada y los costos totales de reasentamiento.
c) Marco de Procedimientos para aquellos proyectos que impliquen la restricción involuntaria del acceso a zonas calificadas por la ley como parques o zonas protegidas, con los consiguientes efectos adversos para la subsistencia de las personas desplazadas.

9.3.2. La Corporación Financiera Internacional y sus instrumentos normativos para la adquisición de tierras y reasentamiento involuntario

La Corporación Financiera Internacional (CFI) es una institución mundial creada en 1956 y perteneciente al Banco Mundial, cuenta con 178 países miembros en todo el mundo. Esta corporación está encargada de promover el desarrollo económico de los países a través del sector privado. Los socios comerciales invierten capital por medio de empresas privadas en los países en desarrollo. Dentro de sus funciones se encuentra el otorgar préstamos a largo plazo, así como dar garantías y servicios de gestión de riesgos para sus clientes e inversionistas.

La CFI busca que los proyectos del sector privado que financia tengan resultados positivos en el desarrollo de los mercados nacientes. Un importante componente de los resultados positivos del desarrollo es la sostenibilidad social y ambiental de los proyectos, que CFI espera lograr aplicando un conjunto exhaustivo de normas de desempeño social y ambiental. Por medio de su Política sobre Sostenibilidad Social y Ambiental, la CFI pone en práctica su compromiso con la sostenibilidad social y ambiental. Este compromiso se basa en la misión y el mandato de la CFI, promover el desarrollo sostenible del sector privado en los países en desarrollo, ayudando a reducir la pobreza y a mejorar la vida de los pueblos.

Transformar este compromiso en resultados satisfactorios depende de los esfuerzos de la CFI y sus clientes. Por lo que, la CFI lleva a cabo una serie de acciones, incluyendo el examen social y ambiental de los proyectos propuestos para su financiación directa a la luz de las Normas de Desempeño. Las Normas de Desempeño son las siguientes:

a) Norma de Desempeño 1: Sistema de Gestión y Evaluación Social y Ambiental
b) Norma de Desempeño 2: Trabajo y Condiciones Laborales
c) Norma de Desempeño 3: Prevención y Disminución de la Contaminación

d) Norma de Desempeño 4: Salud y Seguridad de la Comunidad
e) Norma de Desempeño 5: Adquisición de Tierras y Reasentamiento Involuntario
f) Norma de Desempeño 6: Conservación de la Biodiversidad y Gestión Sostenible de los Recursos Naturales
g) Norma de Desempeño 7: Pueblos Indígenas
h) Norma de Desempeño 8: Patrimonio Cultural

Estas Normas de Desempeño son documentos esenciales que ayudan a la CFI y a sus clientes a manejar y mejorar su desempeño social y ambiental mediante un enfoque basado en resultados. Los resultados deseados se describen en los objetivos de cada Norma de Desempeño, seguidos de los requisitos específicos para ayudar a los clientes a alcanzarlos, utilizando medios apropiados a la naturaleza y al tamaño del proyecto y proporcionados al nivel de riesgos (probabilidad de daño) e impactos sociales y ambientales. Para dichos requisitos es esencial que se aplique un enfoque consistente a fin de evitar impactos adversos sobre los trabajadores, las comunidades y en aquellos casos que sea imposible evitarlos, reducir, mitigar o compensar los impactos, según sea apropiado.

El manejo de los riesgos e impactos sociales y ambientales congruentes con las Normas de Desempeño es responsabilidad del cliente, la CFI trata de asegurar que los proyectos que financia sean operados de manera consistente con los requisitos de las Normas de Desempeño. Como resultado, el examen social y ambiental que realiza la CFI de un proyecto propuesto es un factor importante en la decisión de la CFI de financiar o no financiar el proyecto, y determinará el alcance de las condiciones sociales y ambientales de dicha financiación. Al aplicar esta Política, la CFI aumenta la predicibilidad, transparencia y responsabilidad de sus acciones y las decisiones que adopta, ayuda a los clientes a manejar los riesgos sociales y ambientales y a mejorar su desempeño, y refuerza los resultados positivos del desarrollo sobre el terreno.

Norma de Desempeño 5: Adquisición de Tierras y Reasentamiento Involuntario

Para el cumplimiento de sus fines institucionales, la CFI ha desarrollado políticas y principios que han sido plasmados en las denominadas Normas de Desempeño. En ese sentido, dado el tema de presente investigación corresponde desarrollar la Norma de Desempeño N° 5 referida a la Adquisición de Tierras y Reasentamiento Involuntario.

Para la CFI el Reasentamiento Involuntario es:

> *"[Aquel] desplazamiento físico (reubicación o pérdida de vivienda) y al desplazamiento económico (pérdida de activos o de acceso a activos que ocasiona pérdida de fuentes de ingreso o medios de subsistencia) como resultado de la adquisición de tierras para un proyecto. El reasentamiento se considera involuntario cuando las personas o comunidades afectadas no tienen derecho a negarse a la adquisición de tierras que da como resultado el desplazamiento. Esta situación se presenta en casos de: (i) expropiación según la ley o restricciones sobre el uso de la tierra basadas en dominio eminente, y (ii) acuerdos negociados en los que el comprador puede recurrir a la expropiación o imponer restricciones legales sobre el uso de la tierra si fracasan las negociaciones con el vendedor*[473].

[473] Norma de Desempeño N° 5, punto 1.

Esta definición, tiene la virtud de exponer en su redacción dos casos, cuya última posibilidad se adecuada más a lo establecido por el marco legal peruano, en cuanto a la posibilidad que tienen las empresas mineras de recurrir al procedimiento de servidumbre minera para imponer restricciones legales sobre el uso de la tierra si fracasan las negociaciones con el vendedor (la comunidad). Como se expone desde la primera línea, los titulares del terreno superficial, al amparo de nuestro marco legal, no tiene opción legal para oponer a la adquisición de tierras por parte de las empresa mineras.

Volviendo a lo señalado por la Norma de Desempeño N° 5, encontramos que la CFI busca manejar adecuadamente el reasentamiento involuntario, a fin de evitar el empobrecimiento de las personas y comunidades afectadas y causar privaciones graves y prolongadas a las mismas, así como daño ambiental y tensión social en las zonas hacia las que han sido desplazadas. En ese sentido, la CFI ha establecido una serie de principios relacionados al desarrollo de proyecto de inversión y reasentamiento, que resumen el texto de la norma:

1. El reasentamiento involuntario debe evitarse.
2. Cuando el reasentamiento involuntario es inevitable, todas las personas afectadas deben recibir una indemnización íntegra y justa por los bienes perdidos.
3. El reasentamiento involuntario debe ser considerado como una oportunidad para mejorar los niveles de vida de las personas afectadas y se debe ejecutar con arreglo a esta premisa.
4. Se debe consultar a todas las personas afectadas por el reasentamiento involuntario, quienes deben participar en la planificación del reasentamiento a fin de que tanto la mitigación de los efectos adversos como sus beneficios sean apropiados y sostenibles.

Por estas razones, el reasentamiento involuntario debe evitarse o, al menos, reducirse al mínimo. Sin embargo, cuando resulta inevitable, deben planificarse y aplicarse cuidadosamente medidas apropiadas para mitigar los impactos adversos sobre las personas desplazadas y las comunidades receptoras. Según la experiencia de la CFI, está demostrado que la participación directa del cliente en las actividades de reasentamiento puede dar como resultado una implementación más oportuna, eficiente y eficaz en función de costos de esas actividades, así como en enfoques innovadores que mejoren los medios de subsistencia y condiciones de vida de los afectados por el reasentamiento.

Asimismo, la CFI ha desarrollado un manual preparado por el Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Social de la CFI, cuyo cometido es velar por que los proyectos financiados por la Corporación se ajusten a las políticas de salvaguardia social y ambiental del Grupo del Banco Mundial. El manual tiene por objeto orientar la planificación y ejecución de reasentamientos involuntarios relacionados con proyectos de inversión de la CFI. La política de la Corporación sobre reasentamiento involuntario se aplica a todos los proyectos que pueden dar lugar a la pérdida de bienes, la reducción de los medios de subsistencia o la reubicación física de una persona, una unidad familiar o una comunidad. Está dirigido a los clientes de la CFI, los organismos de los gobiernos anfitriones que fomentan la inversión privada en proyectos de desarrollo, las organizaciones no gubernamentales y las personas cuyas vidas y medios de subsistencia se verán afectados por proyectos financiados por la Corporación.

Finalmente respecto a esta norma, cabe citar lo señala por Xstrata en su estudio de impacto ambiental[474]:

"Se encuentran conformado por:

- *Norma de Desempeño 5: Adquisición de Tierras y Reasentamiento Involuntario (IFC 2006);*
- *Notas de Orientación 5 correspondiente (IFC 2007); y*
- *Manual para la Preparación de un Plan de Acción de Reasentamiento (IFC 2002).*

La documentación del IFC ofrece un estándar de planificación, implementación, monitoreo y evaluación que protege los intereses de las personas afectadas, y asegura de que éstas han sido debidamente informadas, consultadas y que han podido participar en la toma de decisiones con respecto a su reasentamiento.

Siempre que sea posible, se evitará el reasentamiento o, en caso sea inevitable, se deberá minimizar. Cuando el reasentamiento es inevitable, el objetivo es implementar el reasentamiento como un programa de desarrollo, para proporcionar suficientes fuentes de inversión y oportunidades que permitan a las personas afectadas participar de los beneficios de un proyecto. El resultado esperado es que las personas afectadas obtengan por lo menos condiciones similares, o preferiblemente mejores, luego del reasentamiento en comparación a su situación anterior.

Además, se debe poner especial atención a las necesidades de grupos vulnerables entre las personas desplazadas, incluyendo a las personas muy pobres, los ancianos, mujeres y niños3. Las organizaciones sociales y comunales deben reproducirse en la medida de lo posible, de acuerdo con las decisiones realizadas por la población desplazada. Las personas reasentadas deben integrarse socialmente y económicamente en las comunidades de acogida para que los impactos adversos en las comunidades de acogida se minimicen. La IFC también requiere que tanto los desplazados como las comunidades de acogida reciban oportunidades para participar en la planificación, implementación y monitoreo del reasentamiento y que se implementen mecanismos de quejas apropiados y accesibles".

9.4. Consideraciones legales en torno a los procesos de reasentamiento poblacional involuntario

Señala el IFC:

> *"El reasentamiento se considera involuntario cuando las personas o comunidades no tienen derecho a negarse a la adquisición de tierras que da como resultado el desplazamiento. Esta situación se presenta en casos de: (i) expropiación según ley o restricciones a la tierra basadas en el dominio eminente, y (ii) acuerdos negociados en los que el comprador puede recurrir a*

[474] XSTRATA TINTAYA S.A. *"Estudio de Impacto Ambiental Proyecto Minero Las Bambas"*. Volumen F: Evaluación de Impactos Socio-Económicos. Lima, 2010, p. 4-10

> *la expropiación o imponer restricciones legales sobre el uso de la tierra si fracasan las negociaciones con el vendedor"*[475].

Nuestro ordenamiento jurídico no posee normas específicas sobre los procesos de reasentamiento involuntario, pero si partimos de la descripción señalada por la Corporación Financiera Internacional (IFC por su siglas en ingles), caeremos en la cuenta que nuestro marco jurídico se encuentra perfectamente articulado a los supuestos de hecho y de derecho que podría exigirse para considerar a los desplazamientos de comunidades campesinas de sus tierras (con un relación de propiedad formal o aparente) sean incluidos dentro de la categoría denominada desplazamiento, reubicación o reasentamiento involuntario.

Así, lo establecido por el IFC nos lleva a repasar las disposiciones establecidas por nuestro marco jurídico respecto a los alcances y límites del derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras.

Conforme señala nuestro marco teórico, si bien no existe expropiación por actividades mineras, nuestro ordenamiento jurídico si ha creado restricciones respecto al aprovechamiento de la tierra (derechos sobre el uso del terreno superficial) basadas en el dominio eminente del Estado sobre los recursos naturales. Más aún, tanto las restricciones fundamentadas en el dominio eminente, así como la imposición de restricciones legales sobre el uso de la tierra cuando fracasan las negociaciones entre comunidad y empresa, se encuentran plenamente articuladas en el procedimiento administrativo vigente denominado servidumbre minera.

En todo caso, independientemente de cómo se presente el contexto, no existe sustento legal para sostener que tanto las comunidades campesinas, como otros grupos poblacionales (que se encuentren dentro del ámbito de influencia del proyecto minero) pueden oponerse a la venta de su propiedad a favor de alguna empresa minera. Es decir, al mantener el Estado el dominio eminente sobre los recursos minerales del subsuelo, todo terreno superficial que se encuentre encima de los mismos (salvo las excepciones previstas por ley) se encuentran sometidos a la priorización del aprovechamiento minero de la zona ya sea en desmedro de la actividad económica que se realice o la residencia de la población que se encuentra allí asentada en caso existiese correspondencia directa entre el área habitada y la zona a ser afectada por el desarrollo minero (construcción de instalaciones o desarrollo del tajo abierto).

Por ello, el reasentamiento poblacional involuntario es perfectamente compatible con nuestro marco legal, ello a pesar de diversas consideraciones u oposiciones que se desprendan en relación a la naturaleza jurídica del derecho de propiedad de las comunidades campesinas y las implicancias sociales, económicas y culturales que impliquen su perdida.

Sin embargo, son estas implicancias las que acusan y desnudan los importantes vacios legales que persisten en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al desarrollo de los procesos de reasentamiento poblacional involuntario, específicamente en lo referido a la evaluación, supervisión y fiscalización del mismo; definir la o las autoridades competentes para estas competencias (la autoridad sectorial responsable ante la cual se pueda recurrir en caso el reasentamiento presente errores en su formulación o durante las supervisiones post reasentamiento), así como determinar qué nivel de adecuación requerirá su ejecución con relación a la normatividad ambiental actual, cómo regular los

[475] CORPORACIÓN FINANCIONERA INTERNACIONAL. *"Norma de Desempeño N° 5: Adquisición de tierras y reasentamiento involuntario"*. Washington, 2006, párrafo. 1

compromisos futuros a los que se obliga la empresa si en la discusiones no media la intervención del Estado que pueda proyectar la viabilidad de lo ofrecido; en realidad, un largo etcétera que será desarrollado en los párrafos siguientes.

***

Si bien el reasentamiento poblacional involuntario aún no posee un ordenamiento jurídico *ad hoc* que lo regule, sí puede encontrarse entre nuestras normas, artículos que han tratado el tema de manera indirecta, además de algunas normas donde se presentaron los primeros esbozos del tema, para lo cual necesariamente se requieren leyes especiales y reglamentos que detallen los procedimientos específicos.

En ese sentido, resulta indispensable hacer hincapié sobre el ámbito jurídico en que se desarrollan estas disposiciones. Primero, sostener que no debe extrañar a los operadores del derecho que el único marco legal (por más general que sea este) sobre reasentamiento poblacional involuntario, se encuentren desarrolladas dentro de las normas correspondientes al Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales.

Tanto los impactos como consecuencias que puedan acarrear los procesos de reubicación de poblaciones afectan de manera directa lo que nuestro ordenamiento jurídico ha incluido dentro de la protección al medio ambiente. Así, conforme a lo señalado por el artículo 2° de la Ley General del Ambiente, se establece que:

> *"El «ambiente o sus componentes», constituyen aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros".*

Resulta evidente que lo norma citada guarda estrecha relación con los objetos de impacto social, económico y cultural que se buscan regular y han sido descritos anteriormente en lo que respecta al impacto del reasentamiento poblacional involuntario.

Serán justamente las normas ambientales, las primeras en nuestro ordenamiento jurídico en desarrollar criterios acerca del aprovechamiento de los recursos naturales y su impacto en la sociedad, evolucionando del estudio de esta interacción conceptos tan importantes con el de "desarrollo sostenible". En ese sentido es importante comprender la dimensión de las disposiciones que se analizarán a continuación, toda vez que las nociones que conforman las disposiciones de este marco legal va más allá de las ideas convencionales del derecho público o privado, a favor de la búsqueda de protección de un derecho tan difuso y complejo como resulta la protección del medio ambiente dentro de un modelo desarrollo de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Dicho esto, es importante recalcar que no existe en el país marco normativo sobre el reasentamiento de poblaciones por proyectos mineros (en general el vacío es para cualquier obra o actividad); es decir, carecemos de ley especifica que regule el procedimiento administrativo para su aprobación, la concurrencia para su revisión por otros entidades públicas distintas al Ministerio de Energía y Minas, el cumplimiento de promesas ligadas al reasentamiento que no dependen de la empresa, etc.

Si bien en los estudios analizados se ha hecho mención de la Constitución Política del Perú de 1993, la Ley General de Comunidades Campesinas – Ley N° 24656, la Ley

de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas – Ley N° 26505, el Código Civil, entre otras normas; estas disposiciones resultan meramente referenciales y generales respecto al nivel de precisión que requiere el desarrollo de procesos de reasentamiento poblacional.

Más aún, las normas o políticas operacionales que sustentan el cuerpo de los proyectos de reasentamiento se encuentran basados de disposiciones de carácter referencial, sin mayor carácter vinculante que la buena fe y predisposición de la empresa, lo cual resulta desde distintos sentidos una claudicación del deber del Estado de regular todas las actividades públicas o privadas que afecten de manera directa o indirecta a sus ciudadanos.

Asimismo, es necesario que todo proceso de reubicación guarde relación con el principio de sostenibilidad señalado en la Ley General del Ambiente, mediante el cual se busca que la gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos conexos, se sustente en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional y en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

Ello sólo será posible si se resuelven los vacíos y se actualiza nuestro marco legal hacia criterios de protección ambiental más amplios en su alcance y especifico en su objeto de protección. Así como definir de manera clara y coherente los fines institucionales de cada entidad, las competencias para regular los procesos de reasentamiento involuntario, establecer la entidad competente de la opinión técnica vinculante cuando sea necesaria, las responsables de la evaluación, supervisión y fiscalización, así como las posibles sanciones en caso no cumplirse con los objetivos que justifican el reasentamiento poblacional involuntario.

En las líneas siguientes, se desarrollará el incipiente marco legal bajo el cual se estructura actualmente los procesos de reasentamiento poblacional involuntario. A diferencia de los Estudios de Impacto Ambiental analizados, el enfoque parte desde el marco legal que con mayor vigor protege los derechos posiblemente conculcados; así, esta investigación pretender iniciar este esbozo, analizando el desarrollo de normas medioambientales sobre el tema, así como su integración con otros marcos normativos que regulan la actividad minera y la disposición sobre las tierras de las comunidades campesinas; posteriormente, sobre la base de lo señalado, se desarrollará la correspondiente propuesta normativa.

9.4.1. El Código de Medio Ambiente y Recursos Naturales – Decreto Legislativo Nº 613

El Decreto Legislativo Nº 613 se encontraba organizado por un Título Preliminar, XXII Capítulos y diversas disposiciones transitorias y finales. El Capítulo XIV denominado *"De la Población y el Ambiente"* contuvo una serie de disposiciones sobre a la regulación ambiental respecto a lo que en aquella época se denominaba asentamientos humanos.

Cabe resaltar que en el código no se mencionó el tema del reasentamiento poblacional, por el contrario simplemente lo que se reguló dentro del capítulo XIV eran ciertos criterios a tomar en cuenta para la disposición del territorio por parte de los asentamiento humanos.

Así, en el artículo 78° se señaló que el Estado promueve y fomenta la adecuada distribución de las poblaciones en el territorio nacional de acuerdo con la capacidad de

soporte de los ecosistemas; por su parte, el artículo 80° estableció como elementos constitutivos de los asentamiento humanos: el suelo, las aguas, la atmósfera, el paisaje, los recursos naturales que sustentan su economía y la infraestructura económica y social que dan forma a la organización y acondicionamiento del espacio.

El artículo 83° es particularmente importante en la medida que establece las características que deben tener los territorios donde se establezcan los asentamientos humanos como: a) zonas próximas a fuente de agua (…), b) En suelos cuya estabilidad y resistencia garanticen la seguridad de las estructuras y edificaciones en general, y cuya topografía favorezca un buen drenaje de aguas, evacuación de desagües y una organización física del asentamiento, c) En lugares protegidos no susceptibles de desastres naturales, tales como: huaycos, deslizamiento de tierras, fallas geológicas activas (…) o cualquier otra causa que constituya peligro para la vida y las actividades humanas y d) En áreas que se encuentren suficientemente alejadas de zonas de peligros de ambiente contaminado, tal como: lechos de ríos o avenidas y zonas de deyección, zonas expuestas a las variaciones marítimas; terrenos inundables, pantanosos y de rellenos; basurales, zonas de eliminación de desechos que produzcan emanaciones u otros peligros para la salud. (El subrayado es mío).

Otro artículo sumamente importante en lo que respecta a nuestro tema de investigación y que fue tomando en cuenta por la Ley General del Ambiente, corresponde al artículo 84°, que señaló la prohibición de localización de actividades contaminantes en asentamientos humanos, la norma establece que no se permitirá la localización de industrias y otras actividades que produzcan o puedan originar efectos contaminantes en el suelo, subsuelo, aire o agua, o que signifiquen algún grado de peligrosidad para la población.

Finalmente, será el artículo 86°, el que a nuestro criterio complementará lo que respecta a la planificación, ubicación y crecimiento de los asentamientos humanos. Dicho artículo señala las limitaciones al crecimiento de los mismos por existencia de áreas protegidas.

9.4.2. Ley General del Ambiente – Ley Nº 28611[476]

Será con la Ley Nº 28611 que por primera vez dentro de un cuerpo normativo con nivel de fuente general del Derecho se hace referencia a la reubicación poblacional.

A diferencia del Código de Medio Ambiente y Recursos Naturales (CMARN), la Ley General del Ambiente (LGA) está conformada por IV Títulos donde se distribuyen los 155 artículos de la norma (además cuenta con un Título Preliminar y cinco disposiciones transitorias, complementarias y finales). El artículo 64°[477] de la LGA se encuentra ubicado dentro del Capítulo 3 correspondiente al Título II "De los Sujetos de la Gestión Ambiental".

[476] Norma publicada el 15 de octubre de 2005

[477] **Artículo 64°.- De los asentamiento poblacionales**
En el diseño y aplicación de política públicas relativas a la creación , desarrollo y reubicación de asentamiento poblacionales, en sus respectivos instrumentos de planificación y en las decisiones relativas al acondicionamiento territorial y el desarrollo urbano, se consideran medidas de protección ambiental, en base a los dispuesto en la presente Ley y en sus normas complementarias y reglamentarias, de forma que se aseguren condiciones adecuadas de habitabilidad en las ciudades y poblados del país, así como la protección de la salud la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la diversidad biológica y del patrocinio cultural asociado a ella.

Ahora bien, en la LGA se ha establecido que la Población en su conjunto es un sujeto de la gestión ambiental. Para enfocar el análisis debemos definir *"Gestión Ambiental"*; para ello, siguiendo lo señalado por Iván Lanegra es:

> *"el conjunto de acciones que la sociedad, o parte de ella, emprende con el fin de proteger el ambiente, buscando modificar una situación actual a fin de ir hacia otra deseada, de conformidad a la percepción que tengan sobre el ambiente los actores involucrados. Dichos actores van más allá de la esfera de las entidades públicas, por lo que debe entenderse la acción de la gestión ambiental como un proceso permanente y de aproximaciones sucesivas, en el cual actores públicos, privados y de la sociedad civil desarrollan un conjunto de esfuerzos específicos con el propósito de preservar, restaurar, conservar y utilizar de manera sustentable el ambiente. Finalmente, la gestión ambiental administra intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos ambientales de la sociedad en la búsqueda de una mejor calidad de vida para la población"*[478].

El artículo 64° señala el marco de una política de gestión ambiental para la creación, desarrollo y reubicación de asentamientos poblacionales, en la cual los instrumentos de planificación, acondicionamiento territorial y desarrollo urbano son considerados medidas de protección ambiental, que aseguren las condiciones de habitabilidad, protección de la salud, la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la diversidad biológica y del patrimonio cultural asociado a ellas.

Elaborar el contenido socio-jurídico del reasentamiento poblacional involuntario por la construcción de grandes proyectos mineros, no será una tarea sencilla, sobre todo por las innumerables diferencias que se pueden encontrar en cada caso en concreto, además de los antecedentes de conflictos que se tenga contra la minería en dicha localidad. Además, el rol que desempeñan tanto el Estado y la Empresa como sujetos de la Gestión Ambiental es preponderante en el desarrollo de esta tarea (sobre todo cuando su accionar se encuentra en algunos casos muy devaluado), sus responsabilidades no se circunscriben simplemente a la elaboración de políticas ambientales o el cumplimiento de criterios de responsabilidad ambiental corporativa, deben manifestarse en total sincronía con las expectativas de las comunidades campesinas.

Por otra parte, considero que lo establecido por el CMARN era más detallado en lo que referido a relación entre la población y su ambiente. Sin embargo, el análisis sistemático del artículo 64° nos permitirá orientar el marco que debemos tener presente para desarrollar y consolidar procesos exitosos de reasentamiento poblacional involuntario. Así, se debe tener presente el concepto de salud ambiental (artículo 66°) que permitan que las personas puedan disfrutar dignamente de su derecho a la vida; el saneamiento básico, que no es otra cosa que los servicios mínimos (agua, desagüe, luz) que deben tener las poblaciones (en este caso reasentadas) para vivir dignamente (artículo 67°); planes de desarrollo poblacional que tomen en cuenta el ambiente en que se encuentran y el uso sostenible de los recursos naturales (artículo 68° y 69°), y desarrollar dentro de un marco de respecto a la cultura y derecho de las comunidades campesinas (y nativas) reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales (artículo 79°).

[478] LANEGRA QUISPE, Iván K.*"El (ausente) Estado Ambiental"*. Lima, 2008. p. 25.

9.4.3. Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – Ley Nº 27446 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM

Es bien sabido, que no resulta suficiente dar una norma para que se ejerza un derecho, menos aún que la misma se encuentre bien redactada o exponga importantes principios en su texto, si es que en la práctica persisten mecanismos que la hacen inaplicable.

Esto ocurrió con la Ley N° 27446 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, norma que significó un cambio cualitativo en los criterios, contenidos, procedimientos de certificación, entre otros detalles, de los instrumentos de gestión ambiental que hasta ese momento habían sido establecidos en normas sectoriales. Sin embargo, la norma promulgada por el Congreso de la República en abril de 2001(ante la negativa del Poder Ejecutivo) contenía dos "disposiciones" que impedirían poner en práctica sus disposiciones.

La primera había sido establecida en su única disposición transitoria, la cual establecía que en tanto se expidiera el Reglamento de la norma, se aplicarían las normas sectoriales correspondientes, en lo que no se opusiera a la presente ley. La segunda fue redactada en la primera disposición final, la cual estableció que correspondía al Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros de los sectores involucrados con la norma, aprobar el reglamento de la Ley, en un plazo (ojo) que no excediera de 45 días hábiles contados a partir de la publicación de la norma.

Sin embargo, no sería hasta el 28 de junio de 2008 a través del Decreto Legislativo N° 1078 que modificó la Ley bajo comentario, que se derogaron las disposiciones mencionadas otorgando así – según la interpretación de algunos especialistas – vigencia plena a la norma; no importando si a la fecha se contaba con el Reglamento respectivo.

No obstante ello, sería finalmente, el 25 de setiembre de 2009, más de ochos años después de promulgada la norma, que luego de arduos debates entre actores de la sociedad civil, el sector empresarial y gobierno, el Ministerio del Ambiente promulgó el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, aprobando el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. El análisis de ambas normas y su relación con la presente investigación se expondrán a continuación.

***

La Evaluación de Impacto Ambiental - EIA es uno de los principales instrumentos de gestión ambiental de carácter preventivo, con el cual se busca incorporar el componente ambiental en el diseño e implementación de los proyectos de inversión y asegurar el cumplimiento de la política y normativa ambiental, con la finalidad de evitar o mitigar los impactos ambientales negativos de carácter significativo que puedan presentarse.

Hasta el año 1990, en el Perú no existían regulaciones que se refirieran al proceso de evaluación de impacto ambiental como tal. Si bien se habían dado normas sectoriales, estas solo daban cuenta de algunas etapas del procedimiento y no constituían un proceso completo.

Sería con el CMARN que se iniciaría una regulación más orgánica de este instrumento de gestión ambiental, estableciéndose la obligación de presentar un Estudio de Impacto Ambiental para todo proyecto de obra o actividad que pudiera provocar daños no tolerables al ambiente, estableciéndose en él un listado de actividades que necesariamente requerían realizarlo (artículo 8°). Sin embargo, con la dación del Decreto Legislativo N° 757 - Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, se

derogó el artículo correspondiente, delegando a nivel sectorial, la determinación de aquellas actividades que por su riesgo pudieran requerir la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental. Esto generó que los Ministerios fueran las autoridades sectoriales competentes y asumieran funciones asignadas por el Decreto Legislativo N° 757 (revisión y aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental) en casi todo los casos de manera excluyente, **sin establecer mecanismos de coordinación intersectorial**.

Sin embargo, sólo algunos Ministerios mediante normas reglamentarias cumplieron con establecer criterios y procedimientos sobre los EIAs de los proyectos de inversión, pero con denominaciones, condiciones, plazos y efectos diferentes entre sí. Esta situación generó la necesidad de crear el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA que unificará criterios y otorgará seguridad jurídica y predictibilidad respecto a los estudios que debían presentar las empresas al momento de solicitar la correspondiente viabilidad ambiental. Así mediante la Ley Nº 27446 se creó un este procedimiento homogéneo para permitir a los sectores competentes uniformizar la aplicación de este instrumento de gestión (respetando las características y condiciones de las autoridades sectoriales).

Entre los principales temas que desarrolla la Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental encontramos los siguientes:

- Crea el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), como sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresas por medio del proyecto de inversión.
- Define un procedimiento homogéneo para la aplicación del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, incluyendo disposiciones para todas las etapas del ciclo del proyecto, así como una categorización de los proyectos, de acuerdo a la magnitud de los impactos que origine y las medidas de mitigación que requieran, en distintos niveles de exigencia, tales como: 1) Declaración de Impacto Ambiental; 2) Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado; 3) Estudio de Impacto Ambiental Detallado; y, 4) Evaluación Ambiental Estratégica.
- Establece el contenido de los Estudios de Impacto Ambiental y el procedimiento para la participación ciudadana.
- Establece las autoridades competentes responsables de la aplicación de las normas sobre evaluación de impacto ambiental, desde la etapa de su presentación, seguimiento y finalización, incluyendo mecanismos para dirimir posibles vacíos o conflictos en la asignación de competencia, así como para el seguimiento y control del EIA.

Sin embargo, dado el carácter general de la Ley N° 27446, resultaba necesario su reglamentación; más aún, cuando la propia norma señalaba que en tanto no se dictará su reglamento se seguiría aplicando las normas sectoriales que no se opongan a lo establecido en la citada Ley[479].

Así, mediante Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM se aprobó el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, lo cual significó el comienzo de la implementación de un conjunto de cambios normativos que homogenizara el tratamiento de los instrumentos de evaluación ambiental en los

[479] Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1078.

distintos sectores, generando un marco más claro respecto de las actividades que forman parte del sistema, de las autoridades competentes y de los procedimientos que rigen el proceso de evaluación[480].

La regulación del reasentamiento poblacional involuntario por el marco legal ambiental

La primera mención sobre los procesos de reasentamiento, desplazamiento o reubicación de poblaciones en nuestro marco legal, lo encontramos en el artículo 38° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, mediante el cual se establece que: *"Los proyectos de inversión que impliquen reasentamiento, desplazamientos o reubicación de poblaciones, serán clasificados obligatoriamente como Categoría III"*.

Lo primero que resalta de lo señalado, constituye la homogenización realizada por el artículo a los términos reasentamiento, desplazamiento o reubicación para referirse al proceso mediante el cual se moviliza a una población de un lugar a otro. Este detalle permite concluir que nuestro marco legal no hace distingos entre las diferencias semánticas que pudiera existir entre los términos utilizados, lo cual resulta un acierto, dado que la literatura sobre el tema tampoco hace un distingo en la utilización de los mismos.

En tanto, la disposición que establece que estos procesos serán obligatoriamente clasificados dentro de la Categoría III, acarrea una serie de consecuencias jurídicas sumamente relevantes en lo que respecta a las obligaciones que ello implica. Conforme a la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, se encuentran dentro de su ámbito, las políticas, planes y programas de nivel nacional, regional y local que puedan originar implicaciones ambientales significativas, así como los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impactos ambientales negativos significativos. Para dar inicio a la ejecución de estos proyectos o actividades se deberá contar con la respectiva certificación ambiental otorgada por la autoridad nacional, sectorial, regional o local competente; habiéndose previamente clasificado alguna de estas acciones dentro de las categorías establecidas por la misma norma.

La Ley establece tres categorías: a) Categoría I, que incluye aquellos proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo; b) Categoría II, incluye los proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la

[480] Según Iván Lanegra, hasta antes de la fecha de su publicación, se habían elaborado diversas propuestas de reglamentación de la Ley del SEIA, siendo que el año 2003 el CONAM lanzo una propuesta de reglamento, posteriormente se conformaron algunos grupos de trabajo integrados por especialistas en la materia, y en los últimos 2 años el Ministerio del Ambiente, como ente rector del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, ha publicado las dos últimas versiones (2008 y 2009) poniéndolas a consideración de la ciudadanía. Señala además, que se dieron varios motivos del para que demorará la fecha de su aprobación. La primera razón se explica en el hecho que la norma constituyó un esfuerzo de regulación transectorial aplicable a todos los ministerios y organismos públicos descentralizados responsables de aprobar los estudios de impacto ambiental. A esto agrega que en el año 2003 se inició el proceso de regionalización, importante cuestión no considerada por la Ley del SEIA que fue dada en el año 2001. Aunque la Ley de Bases de la Descentralización no hace referencia expresa sobre competencias en relación a la evaluación de Impacto ambiental, si tendría implicancias en cuanto a la competencia de gobiernos regionales; por lo tanto, concluye que la demora fue política y no técnica.

adopción de medidas fácilmente aplicables; y c) Categoría III, incluye aquellos proyectos cuyas características, envergadura y/o localización, pueden producir impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa o cualitativamente, requiriendo un análisis profundo para revisar sus impactos y proponer la estrategia de manejo ambiental correspondiente.

Ahora bien, es importante señalar que conforme a la Ley (artículo 4°) como el Reglamento (artículo 11°) a cada categoría le corresponde su respectivo instrumento de gestión ambiental, estableciéndose la correlación siguiente: a) Para los proyectos clasificados dentro de la Categoría I, corresponde presentar para su aprobación una Declaración de Impacto Ambiental – DIA; b) en el caso de los proyectos clasificados dentro de la Categoría II, corresponde presentar para su aprobación un Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado – EIA-sd; y c) en los proyecto clasificados dentro de la Categoría III, corresponde un Estudio de Impacto Ambiental Detallado – EIA-d.

Volviendo al tema, el Reglamento reconoce los fuertes impactos ambientales negativos que podría ocasionar los procesos de reasentamiento, desplazamiento o reubicación de poblaciones; estableciendo por ello, la obligatoriedad de clasificarlo dentro de la Categoría III; correspondiendo, por lo tanto, para su aprobación la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental Detallado. Sin embargo, la norma no ha profundizado sobre el tema, así como tampoco se encuentran disposiciones específicas que regulen de alguna manera el desarrollo de estos procesos. En merito a ello, corresponde interpretar de manera sistemática los alcances del único artículo que nos brinda nuestro ordenamiento.

***

Aquellos proyectos de inversión minera cuyas características, envergadura y/o localización impliquen el reasentamiento involuntario suelen dar origen a graves problemas económicos, sociales y ambientales negativos significativos: los sistemas de producción se desbaratan; los afectados se empobrecen al perder sus fuentes de ingresos y sus activos productivos; las personas se trasladan a entornos en los que tal vez sus especialidades de producción resulten menos útiles y la competencia por los recursos sea mayor; las redes sociales y las instituciones de la comunidad se debilitan; los grupos de parientes se dispersan y la identidad cultural, la autoridad tradicional y las posibilidades de ayuda mutua se reducen o se pierden[481]. Por ello, estos proyectos requieren un análisis profundo para revisar sus impactos y proponer la estrategia de manejo socioambiental correspondiente.

Tomando en cuenta esta premisa, el Reglamento de la Ley del SEIA ha clasificado a los procesos de reasentamiento, desplazamiento o reubicación de poblaciones como proyectos que deberán ser clasificados obligatoriamente dentro de la Categoría III, correspondiendo para su evaluación un Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d), toda vez que se espera durante su ejecución la generación de impactos ambientales negativos significativos.

Por su parte, el Anexo I del Reglamento de la Ley del SEIA (D.S. N° 019-2009-MINAM), ha definido como "Impacto ambiental negativo significativo", a aquellos impactos o alteraciones ambientales que se producen en uno, varios o en la totalidad de los factores que componen el ambiente, como resultado de la ejecución de proyecto o

[481] BANCO MUNDIAL. *Política Operacional OP 4.12: Reasentamiento Involuntario.* Diciembre, 2001. Parafraseo realizado por el autor.

actividades con características, envergadura o localización con ciertas particularidades. Asimismo, señala que la identificación y valoración de estos impactos ambientales negativos requieren de un análisis cualitativo y cuantitativo profundo, así como de una Estrategia de Manejo Ambiental que incluya medidas preventivas, correctivas, de mitigación y compensatorias.

Por otra parte, al clasificar los procesos de reasentamiento poblacional dentro de la Categoría III, el MINAM entiende que estas actividades generan impactos negativos en uno o más de los criterios de protección ambiental establecidos en el artículo 5° de la Ley[482], por lo cual ya no se amerita por parte del proponente o la autoridad competente una evaluación para determinar, ratificar, modificar, revisar y aprobar la categoría del Proyecto[483].

Entre los criterios de protección ambiental más relevantes y aplicables a los procesos de reasentamiento poblacional involuntario, más identificados con la naturaleza del proyecto son:

a) **Criterio 6. La protección de los sistemas y estilos de las comunidades campesinas, nativas y pueblos indígenas.**
    a. La inducción a las comunidades que se encuentren en el área de influencia, a reasentarse o reubicarse, temporal o permanentemente.
    b. La afectación de los grupos protegidos por disposiciones especiales.
    c. La transformación de las actividades económicas, sociales, culturales con base ambiental del grupo o comunidad local,
    d. La obstrucción del acceso a recursos naturales que sirvan de base para alguna actividad económicas o de subsistencia de comunidades,

[482] **Artículo 5.- Criterios de protección ambiental**
Para los efectos de la clasificación de los proyectos de inversión que queden comprendidos dentro del SEIA, la autoridad competente deberá ceñirse a los siguientes criterios:
a) La protección de la salud de las personas;
b) La protección de la calidad ambiental, tanto del aire, del agua, del suelo, como la incidencia que puedan producir el ruido y los residuos sólidos, líquidos y emisiones gaseosas y radiactivas;
c) La protección de los recursos naturales, especialmente las aguas, el suelo, la flora y la fauna;
d) La protección de las áreas naturales protegidas;
e) Protección de la diversidad biológica y sus componentes: ecosistemas, especies y genes; así como los bienes y servicios ambientales y bellezas escénicas, áreas que son centros de origen y diversificación genética por su importancia para la vida natural.
f) La protección de los sistemas y estilos de vida de las comunidades;
g) La protección de los espacios urbanos;
h) La protección del patrimonio arqueológico, histórico, arquitectónicos y monumentos nacionales; e,
i) Los demás que surjan de la política nacional ambiental.

[483] Es importante señalar que conforme a la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, el procedimiento de certificación ambiental comienza con la presentación de la solicitud que debe contener una serie de información requerida por la misma norma en su artículo 7°, tales como las características de la acción que se proyecta ejecutar, antecedentes de los aspectos ambientales que conforman el área de influencia de la misma, posibles impactos ambientales, medidas de prevención , una propuesta de clasificación conforme a las categorías señalas en el artículo 4° (I, II o III), así como una propuesta de términos de referencia. Esta información será evaluada por la Autoridad Ambiental competente en merito a los criterios de protección ambiental señalados en el artículo 5° de la Ley, para luego ser ratificada o modificada. De ratificarse los términos de referencia, en el caso de la Categoría I se expedirá la correspondiente certificación ambiental; para las Categorías II y III, constituye la aprobación de los términos de los estudios ambientales. Ahora bien, en el caso que nos convoca no existe la necesidad de utilizar los mecanismos de clasificación toda vez que el Reglamento ha establecido la obligatoriedad incluir a los procesos de reubicación poblacional dentro de la Categoría III.

e. La generación de procesos de ruptura de redes o alianzas sociales y culturales,
f. Los cambios en la estructura demográfica local,
g. La alteración de los sistema de vida de grupos étnicos con alto valor cultural,
h. La generación de nuevas condiciones de vida para los grupo o comunidades,
i. La alteración o desaparición de sus estilos de vida coherentes con la conservación de la diversidad biológica y que involucren conocimientos tradiciones asociados a ellas.

b) Criterio 7. Protección de los espacios urbanos

b. La reubicación de ciudades;
e. El aislamiento de las ciudades por causas del proyecto
f. La localización del proyecto

De la lectura de los criterios señalados (especialmente el Criterio 6) resulta evidente la coherencia por parte de la autoridad ambiental nacional para clasificar los procesos de reasentamiento poblacional dentro de la Categoría III; sin embargo, ello trae como consecuencia una serie de detalles (léase vacíos normativos) que ameritan un desarrollo legislativo y reglamentario en nuestro aún incipiente marco legal.

Así, por ejemplo, conforme a lo establecido en el artículo 11° de la Ley, respecto a la revisión de los instrumentos de gestión ambiental donde se establece que en los casos de los Estudios de Impacto Ambiental Detallados (EIA-d) correspondientes a proyectos clasificados en la categoría III, la autoridad competente podrá establecer un mecanismo de revisión que incluya a las autoridades sectoriales, regionales o locales involucradas; lo cual no se realiza actualmente para estos casos, toda vez que los estudios ambientales sobre reasentamiento involuntarios se encuentran incluidos dentro un estudio ambiental más amplio que corresponde al EIA para la aprobación de la explotación y beneficio minero. Siendo las consultas con carácter vinculante algunas de las establecidas por ley, como las realizadas al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas – SERNANP, en caso de encontrarse el proyecto minero dentro del ámbito de influencia de una ANP de uso directo o indirecto[484].

De lo señalado se desprende que resulta necesario impulsar una serie de reformas legales que permitan mejorar la gestión ambiental de los proyectos de reasentamiento poblacional involuntario; más aún, cuando el marco legal vigente requiere adecuarse a normas como el Reglamento del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

En esa línea, encontraremos la correlación y semejanza entre los términos de referencia establecidos para los Estudios de Impacto Ambiental Detallado conforme al Anexo IV del D.S. N° 019-2009 y el Anexo 2 del Decreto Supremo Nº 016-93-EM que establece el contenido de los EIA para la explotación y beneficio minero. El primero está llamado a reemplazar al segundo y ordenar una serie de responsabilidades que las empresas mineras con mejores prácticas socioambientales ya vienen aplicando; lo que

[484] Esta posición se ha visto fortalecida con la dación del DECRETO SUPREMO Nº 004-2010-MINAM, mediante el cual se precisa la obligación de solicitar opinión técnica previa vinculante en defensa del patrimonio natural de las Áreas Naturales Protegidas. Estableciéndose incluso en su artículo 2°, la nulidad de los actos administrativos sin opinión técnica previa vinculante.

sin embargo, no justifica ciertos vacíos normativos producto de la desidia del Estado para regularlos.

9.4.4. Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica – Decreto Supremo N° 016-93-EM

Desde su entrada en vigencia en mayo de 1993, el Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería sobre medio ambiente, más conocido como Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica (RPAAMM) ha constituido una herramienta de gestión ambiental fundamental para la protección del medio ambiente en aquellas áreas donde se ha pasado a la etapa de explotación minera.

Sin embargo, tal como señala Daniel Valenzuela, abogado de la Gerencia de Fiscalización Minera de OSINERGMIN, la experiencia de 16 años de aplicación de esta norma ha puesto en evidencia desde hace varios años atrás, importantes vacíos que requieren la dación de un nuevo cuerpo normativo sustitutorio.

Según el funcionario entre las omisiones más significativas destacan[485]:

a) *Modificación de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) a requerimiento de la autoridad administrativa*. No existen normas sustantivas ni de procedimiento que faciliten a la autoridad administrativa requerir la modificación del EIA ante la existencia de obligaciones generales o imprecisas en su contenido, o más aún, cuando el EIA aprobado no establece compromisos de previsión y control para actividades específicas en la unidad minera. Cabe señalar que si bien el TUPA del MINEM, aprobado por D.S. N° 061-2006-EM, faculta la modificación del EIA, estos corresponde únicamente a procedimientos a iniciativa de parte, conforme establece el artículo 37° numeral 1 de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General –.

Este punto se resolvería adecuando el RPAAMM se adecue al Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, el cual establece en su artículo 18° literal b) que se sujetan al proceso de evaluación ambiental, las modificaciones, ampliaciones o diversificación de los proyectos siempre que supongan un cambio en el proyecto original que por su magnitud o alcance pudiera generar nuevos o mayores impactos ambientales negativos de acuerdo a los criterios establecidos por la autoridad competente.

Más aún, el fundamento legal de la facultad de la administración para solicitar la modificación del EIA se encuentra en el artículo 29° del Reglamento, el cual señala que todas la medidas, compromisos y obligaciones exigibles al titular deben ser incluidos en el plan correspondiente del estudio ambiental sujeto a certificación ambiental. Sin perjuicio de ello, son exigibles durante la fiscalización todas las demás obligaciones que se pudiesen derivar de otras partes de dicho estudio, las cuales deberán ser incorporadas en los planes indicados en la siguiente actualización del estudio ambiental. Es decir, identificada por la autoridad la necesidad de modificar el EIA, esto podrá ser exigido dentro del proceso de actualización del instrumento.

---

[485] VALENZUELA, Daniel. *"Hacia un nuevo reglamento: protección ambiental en la actividad minero-metalúrgica"*. En: Jurídica *Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*. N° 269, Setiembre 2009, p. 2

Respecto a ello, el artículo 30° señala que todo estudio ambiental aprobado debe ser actualizado por el titular en aquellos componentes que lo requieran, al quinto año de iniciada la ejecución del proyecto y por periodos consecutivos y similares, debiendo precisar sus contenidos así como las eventuales modificaciones de los planes señalados en el artículo 29°. La actualización será remitida a la autoridad para que la procese y utilice durante las acciones de vigilancia y control de los compromisos ambientales asumidos en los estudios aprobados.

b) *Definición de "ampliación de operaciones" que requieren de un nuevo EIA* (**como en el caso de Xstrata**, que prevé la ampliación de las actividades de extracción a la zona donde se encuentran dos comunidades campesinas para el año 7 y 12; para lo cual no se puede afirmar si se le requerirá en ese momento que el nuevo EIA establezca disposiciones sobre el reasentamiento)[486]. Se requiere establecer parámetros que determinen cuando estamos ante una "ampliación de operaciones" que de acuerdo con el artículo 7° numeral 3) del RPAAMM, requiere [la modificación del EIA aprobado para tal actividad][487]. Esta omisión viene otorgando un amplio margen de discrecionalidad al Ministerio de Energía y Minas y al OSINERGMIN (ahora OEFA), ya que estas instituciones definen criterios propios para determinar qué instalaciones implican "ampliación de operaciones".

Por su parte la nueva redacción del artículo 20° de la RPAAMM relativa a las ampliaciones de producción de las operaciones o el tamaño de la planta de beneficio superiores al 50%, supera la redacción errática de la anterior versión, la cual en opinión de Daniel Valenzuela: "[buscaba] establecer un parámetro por debajo del cual no se requiera un nuevo EIA en plantas de beneficio, sea que se impacten o no nuevas áreas; y de otro, que reconocía la existencia del parámetro por debajo del cual no se requería un EIA, siempre que no se impactarán nuevas áreas".

Así, la modificación del artículo 20° por el D.S. N° 078-2009-EM establece que se deberá presentar la modificación del EIA aprobado para tal actividad (conforme el inc. 3 del artículo 7°), salvo que se encuentre en alguno de los siguientes supuestos:

a) Ampliaciones de producción en sus operaciones sin afectar nuevas áreas o exceder los límites de las áreas que fueron determinadas y evaluadas en el EIA de la concesión de beneficio vigente.
b) En el caso de recrecimiento de relaveras, pads de lixiviación y desmontaderas, cuando el recrecimiento o ampliación de estos componentes no afecte nuevas áreas o no exceda los límites de las áreas que fueron determinadas y evaluadas para dichos componentes en el EIA que los consideró.
c) Cuando se trate de mejoras tecnológicas en la planta o sustitución de equipos, siempre que no implique un mayor consumo de agua o nuevas áreas no consideradas en el EIA.

[486] Conforme señala Xstrata Tintaya en su EIA, se requerirá la adquisición de tierras, necesaria para la explotación del tajo Chalcobamba en la comunidad campesina de Huancuire, planificado para el Año 7 de la etapa de operación del Proyecto; y adquisición de tierras, necesaria para la explotación del tajo Sulfobamba en las comunidades campesinas de Pamputa y Cconccacca, actualmente planificado para el Año 12 de la etapa de operación del proyecto.

[487] De acuerdo a la modificación del inciso 3 del artículo 7°, conforme a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 078-2009-EM.

Es decir, cada vez que se afecte nuevas áreas que no fueron determinadas y evaluadas en el EIA, cuando la construcción de la infraestructura minera afecte áreas que no fueron determinadas y evaluadas para dichos componentes en el EIA, cuando las mejorAs tecnológicas o sustitución de equipos implique nuevas áreas no consideradas en el EIA se requerirá la presentación de la modificación del EIA aprobado para la actividad.

Por ejemplo, en el caso de EIA del Proyecto Las Bambas, se ha proyectado el reasentamiento de dos comunidades campesinas con motivo de la ampliación de las actividades de extracción minera en dos tajos (Chalcobamba y Sulfobamba). No obstante ello, la empresa ha considerado, dada la cantidad de años que resta para el proceso de adquisición de tierras, que resulta prematuro realizar una evaluación detallada de las consecuencias potenciales de la adquisición.

No obstante ello, al ser las futuras extracciones parte de un mismo proyecto, no cabe duda que será necesario presentar la modificación del EIA que se apruebe en esta primera etapa. En ese medida, resulta positivo la modificación del artículo 20° de la RPAAMM, dado que la redacción anterior abría la posibilidad a contextos perjudiciales para quienes una "ampliación de operaciones" significaba la vulneración del derecho de propiedad sobre sus territorios y demás recursos naturales, dejando a las poblaciones afectadas a disposición de la voluntad y políticas socioambientales de la empresa minera.

***

Como se desprende de los Estudios de Impacto Ambiental revisados para elaborar la presente investigación; la evaluación del reasentamiento, sus consideraciones generales, la situación económico-social de las poblaciones a reasentar, las alternativas, el proceso de reubicación, los proyectos de desarrollo y en general cualquier tema relativo al desarrollo de la reubicación involuntaria constituyen una pequeña parte del Estudio Ambiental completo que resulta ser el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto.

Una interpretación restrictiva de las disposiciones del Reglamento de la Ley del SEIA, nos exigiría que solamente para el Proyecto de Reasentamiento de la Ciudad de Morococha y de las Comunidades Campesinas de Yauli y Fuerabamba, la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental Detallado, distinto en términos de referencia y criterios de protección ambiental al actual Estudio de Impacto Ambiental que se presenta para aprobar el inicio de las actividades de explotación minera.

En ese sentido, resulta necesario determinar si existe algún nivel de contradicción y la correspondiente adecuación de la norma sectorial (que ya afirmamos se encuentra desfasada) y la norma general que constituye el Reglamento del SEIA. Más aún cuando, tal como se puede interpretar de lo señalado en la sección correspondiente al «Reasentamiento» del EIA del Proyecto Minero Las Bambas, las únicas consideraciones del Ministerio de Energía y Minas respecto a este tema se encuentran señaladas en la "Guía de Relaciones Comunitarias", que no implica un requerimiento legislativo o regulatorio sobre cómo realizar un reasentamiento, es decir no es vinculante.

Señala Xstrata:

> *"Aunque este documento no tiene fuerza de ley, ha sido desarrollado como una herramienta para las compañías, de las cuales se espera que manejen los*

> *impactos económicos y sociales de los proyectos para el beneficio de las personas afectadas. La guía es también una referencia para el personal del Ministerio responsable de manejar el proceso de evaluación de impacto ambiental, y se utiliza para revisar los EIAs"*[488].

No obstante lo señalado por Xstrata, es importante mencionar que la Guía solamente presenta menciones referenciales – a modo de objetivos generales – respecto a lo que debe tenerse en cuenta todo proceso de reasentamiento, haciendo referencia la Directiva Operacional 4.30 del Banco Mundial sobre Reasentamiento Involuntario, la cual por lo demás está desfasada.

Como ya se ha señalado líneas arriba, no constituye finalidad de esta tesis evaluar los EIAs del Proyecto Minero Las Bambas o Toromocho en cuanto a la sección que desarrolla el Reasentamiento; el objetivo principal es poner en consideración una serie de vacíos legales y ausencia de competencias institucionales que permitan advertir las deficiencias en estos estudios si es que las hubiera; más aún cuando, lo que se encuentra en juego en la vulneración de los derechos de las comunidades campesinas sobre sus tierras a costa del aprovechamiento de concesiones mineras otorgadas por el Estado.

En ese sentido, considero que parte de la situación legal actual parte no solamente de un vacío en cuanto normas que definan la prioridad de los derechos en conflictos; sino además se sostiene en la debilidad institucional en que se han sumido algunas entidades sectoriales relevantes, lo cual es producto principalmente de falta de voluntad política; estos hechos constituyen la génesis de los vacíos que se señalarán con mayor detalle en la siguiente sección, que expone las conclusiones y propuesta final de la presente investigación.

9.4.5. Políticas Públicas en construcción: *Desarrollo del procedimiento de reasentamiento poblacional involuntario para actividades mineras*

Conforme a lo señalado en el punto anterior, queda comprobado que existe un vacío en la legislación peruana en términos de reasentamiento o desplazamiento como consecuencia de proyectos mineros. Más aún, se reconoce que el único marco de exigencias o responsabilidades respecto al mismo se encuentra en función a la dependencia que tenga la empresa minera respecto al cooperante internacional.

En ese medida, en los últimos meses se ha venido presentando una serie de propuestas legislativas que subsanen los vacíos de nuestro marco legal actual; estas propuestas no solamente constituyen opiniones legales de los hacedores de leyes respecto a la problemática que investiga la presente tesis, sino además constituye un aliciente al presente trabajo, dado que demuestran la importancia que viene adquiriendo el presente tema en los distintos poderes del Estado.

***

Chinalco, así como otras empresas mineras han identificado que en materia de mitigación de impactos sociales y económicos adversos derivados de la adquisición de tierras y los sistemas de compensación por la pérdida de activos, solo se cuenta con las

[488] XSTRATA TINTAYA S.A. *"Estudio de Impacto Ambiental Proyecto Minero Las Bambas"*. Volumen F: Evaluación de Impactos Socio-Económicos. Lima, 2010, p. 4-9

recomendaciones del Ministerio de Energía y Minas en su Guía de Relaciones Comunitarias, en tanto que no existe una ley de compensación para estos casos.

Para estas empresas resulta claro que restablecer los medios de subsistencia y mejorar los niveles de vida de las personas desplazadas forma parte de los objetivos de normas como las elaboradas por la CFI y están comprometidos en cumplirlas; sin embargo, también son claros al señalar que estos lineamientos no figuran como exigencias dentro de la normatividad peruana[489].

En ese sentido, resulta necesario emprender como política del Estado *"Mejorar algunos aspectos de la regulación social de los megaproyectos que requieran reasentamiento poblacional"*. El país necesita mejorar su marco institucional; es decir, redefinir las competencias entre los sectores responsables de certificar la viabilidad de la propuesta de la empresa respecto al deber de cautelar los derechos de los ciudadanos que verían afectados con el desarrollo del proyecto.

Ello en tanto que no solamente estamos ante la ausencia de un marco legal, sino que sus consecuencias en muchos casos tiene un correlato con la responsabilidad del Estado en cuanto a la promoción de los derechos de las Comunidades Campesinas o Nativas en el marco del Convenio 169 de la OIT.

Así, resulta necesario adecuar la experiencia comparada a modelos más adecuados para nuestra realidad social; esto permitirá que grupos sociales como las comunidades campesinas o cualquier otro grupo poblacional vea en el Estado un actor importante, y no solamente un facilitador de la actividad minera.

En la actualidad, tal como viene actuando el Estado frente a la minería, nos encontramos ante una autoexclusión de una situación jurídica que se entiende como una relación "entre privados", que es en lo que se convierte la negociación entre las empresas y las comunidades. Las comunidades ven en el Estado a un socio de los intereses de la empresa y por lo tanto sordo a cualquier de reclamo que puedan presentar. Esta situación ha provocado que las comunidades locales nunca esperen algo del Estado, o piensen que el Estado es una figura irrelevante en cuanto a la promoción de sus intereses pues su accionar se asocia con la empresa.

Lamentablemente, ello conlleva a que ante el desencadenamiento de conflictos sociales, la ausencia de un mediador o árbitro de interés – como correspondería ser al Estado – en estas negociaciones donde los partes presentan claras desigualdades, da paso a violencia ante la falta de un ente articulador que pueda concitar fácilmente el dialogo, negociar y soliviantar las asimetrías; las cuales se compensan del lado del actor más débil con el uso de la violencia.

Así tenemos que en determinados contextos, el ejercicio de la violencia se ha vuelto un recurso para que estas poblaciones que se encuentran en evidente desventaja entiendan que pueden negociar. Por ello, tal como señala Gerardo Damonte: *"Ante la falta de institucionalidad, la violencia se está convirtiendo en una manera de reclamar ciudadanía[490], la violencia tiene lógica en un país que no tiene otros mecanismos de resolución de conflictos"*[491].

Entonces la misma falta de institucionalidad peruana está empujando a que la violencia sea una respuesta viable a la solución de los conflictos sociales. En la caso de

---

[489] MINERA CHINALCO PERÚ S.A. *"Proyecto Toromocho Estudio de Impacto Ambiental"*. Volumen III. Lima, 2009, p. 10-17

[490] Entendiéndose por "ciudadanía" la posibilidad de reclamar por derechos que se entienden conculcados.

[491] GARCÍA CERRÓN, Erick Leddy. ***"****Legalidad, debilidad institucional y el Proyecto Minero Las Bambas"*. Entrevista a Gerardo Damonte realizada el 11 de junio de 2010.

los proyectos mineros se maneja una relación entre privados y ello parece bien mientras no existen conflictos; pero la realidad nos demuestra que esta ausencia de institucionalidad donde no se regulan aún algunos aspectos relevantes del proceso de reasentamiento permite que estalle la violencia, ante lo cual se recurre nuevamente al Estado, buscando en aplicación de su *ius imperium* obtenga salidas a los problemas, legitimando de esta manera la violencia social, que la misma resulta necesaria para poder negociar.

Por lo tanto, corresponde analizar los proyectos de leyes que desarrollan criterios relevantes sobre el presente tema, a fin de consignar en la presente investigación toda la información que a la fecha se ha trabajado y constituye insumos para la propuesta final de la presente investigación.

9.4.5.1. Un recorrido por las propuestas normativas relativas a los proyectos de marco legal sobre reasentamiento poblacional involuntario

Si bien, no hay un procedimiento legal ad-hoc para efectuar procesos de reasentamiento involuntario, nuestro ordenamiento jurídico cuenta algunos proyectos de leyes que nos servirán de guía y nos permitirá establecer el marco general de la presente propuesta. Es importante tener presente, que legisladores peruanos han trabajado en algunas visiones particulares de este vacío legal, lo cual aúna en fundamentos a la formulación normativa.

Empezare por señalar que los proyectos de ley que buscan trabajar el tema del reasentamiento poblacional, realizan evaluaciones especificas a un modelo de proyecto, sin alcanzar un nivel de transversalidad que englobe a todos los proyectos y actividades.

Proyecto de Ley N° 3180-2008-CR *"Ley de promoción y facilitación de reasentamiento de poblaciones ubicada en zonas de influencia de grandes proyectos mineros"*

En términos generales, el mencionado proyecto busca incidir en los aspectos relativos a la competencia del Ministerio de Energía y Minas en la aprobación de estudios ambientales que consignen la necesidad de reubicar poblaciones a raíz del desarrollo de la actividad minera.

El proyecto de ley tiene el merito de reconocer que *"si bien en los últimos años hemos sido testigos de la adjudicación de grandes proyectos mineros para su desarrollo, algunos de ellos se vieron frustrados al no haber llegado a un acuerdo las empresas inversoras con las poblaciones ubicadas en la zona de influencia directa de tales proyectos"* (léase por conflictos sociales). En ese sentido, la norma busca establecer un marco legal adecuado que beneficie a las poblaciones reasentadas con los servicios básicos (con los que muchas veces no cuentan), mientras que los proyectos mineros obtengan el espacio necesario para el desarrollo a plenitud de su actividad.

Así, conforme al artículo 1º, la norma tiene como objetivo: *"establecer el procedimiento a seguir para el reasentamiento de los centros poblados, distritos o cualquier otra forma de organización territorial, que se encuentre dentro de la zona de influencia de grandes proyectos mineros"*. Sobre este punto, sorprende el ámbito de aplicación que tendría esta norma, sin realizar la menor definición de los sujetos que se verían afectados por misma; más aún cuando, conforme se ha señalado en la presente investigación, las formas de organización social – en nuestro país – se superponen, caseríos, centro poblador mayor, distritos etc. Sin dejar de mencionar la presencia de

comunidades campesinas que pueden estar adscritas a una o varias de estas organizaciones territoriales.

El artículo 2º, señala que solamente será de aplicación de esta ley a los "grandes proyectos mineros" cuya ejecución es de "necesidad pública", la cual será declarada mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Energía y Minas; disposición que por demás resulta inconstitucional, toda vez que conforme a lo señalado por Jorge Avendaño:

> *"El artículo 70 de la Constitución vigente limita la expropiación a dos causas: seguridad nacional y necesidad pública. La utilidad pública y el interés social. Que estaban previstos en las constituciones anteriores, han sido descartados. La actividad minera, según el TUO, es de utilidad pública. La inversión en minería, de otro lado, es de interés nacional. Ambos son sin embargo conceptos distintos a la necesidad pública que menciona la Constitución. La necesidad pública es de todos. La construcción de una carretera o un hospital son de necesidad pública. La obra necesaria para todos. Todos se van servir de ella. No es el caso de la actividad minera, que si bien interesa a la Nación y representa un beneficio (utilidad) pública, no responde a la necesidad de todos"*[492].

Más aún, el presente artículo estaría pretendiendo modificar mediante ley la norma constitucional, cuya única excepción ha sido consignada en el mismo cuerpo constitucional a través del artículo 71º, para el caso de propiedad a extranjeros dentro de los 50 km de frontera y que ha sido recurrente durante los últimos años para otorgar derechos mineros en la zona norte del país.

No obstante ello, esta disposición guardaría relación con el artículo 15º de la propuesta legislativa, la cual desarrolla los aspectos referidos a la expropiación "en caso algún propietario se negase a vender su predio a favor de la empresa minera". Lo cual, conforme señalamos líneas arriba, resulta un imposible jurídico (quedando como opción viable la servidumbre minera).

Por otro lado, resulta interesante, la evaluación que hace la norma respecto al valor del precio de compra de las propiedades ubicadas dentro de la zona de influencia, el cual estima como unidad de medida el **autoavalúo**, el cual según ley, no podrá ser inferior a cinco veces el valor de dicha propiedad. En ese sentido, **resulta interesante recordar la metodología desarrollada por la Empresa Minera Antamina o la implementada por Chinalco y Xstrata, para determinar los distintos pagos que han recibido las comunidades que aceptaron reubicarse en el marco del proceso de reasentamiento de proyecto minero.** Ello demuestra que los estimados finales deberán ser resultado de una evaluación técnica cuya parámetros deberán ser regulados en el documento ambiental correspondiente, a fin de tener en cuenta no solamente elementos objetivos como el valor de mercado sino además variables subjetivas como el valor cultural o la capacidad para desarrollarse económicamente en otro medio, a fin que los mismos no sean necesariamente recompensados de forma económica, sino reproduciendo en la medida de lo posible las condiciones que generaron los vínculos con la tierra.

---

[492] Ibid. ESTUDIO JORGE AVENDAÑO V. ABOGADOS. Dirección General de Minería. Informe Legal: *"Establecimiento de servidumbres para el ejercicio de actividades mineras"*. Agosto, 1998. pp. 19–20

Un punto sumamente relevante es el referido a la acreditación del derecho de propiedad; en ese sentido, considero que debe desarrollarse a partir de la experiencia del PETT en su última campaña de titulación de tierras de comunidades y formalizar el procedimiento implementado. Ello a fin de superar los procesos implementados por los Decretos Legislativos 667 y 838, con lo cual se genera un incentivo perverso alrededor de las constancias y certificados de posesión, lo cual fue sin duda un elemento perjudicial en el pasado durante la primeras etapas de proceso de formalización de la propiedad rural.

Finalmente – a mi parecer – constituye un punto medular y novedoso de la propuesta legislativa, la regulación referida al "otorgamiento de viviendas" (artículo 11º) y "regulación ambiental de los proyecto de vivienda" (artículo 12º); en tanto estos elementos constituyen en gran medida parte del beneficio final que justifica el reasentamiento de las comunidades campesinas o cualquier grupo poblacional. En esa medida resulta importante que por Ley se establezca las condiciones mínimas de habitabilidad que deben tener las viviendas que serán construidas por la empresa minera, las cuales no solamente deben contar con los servicios públicos básicos sino además la habilitación urbana correspondiente. En esa medida, resulta necesario contar con una autoridad sectorial que tenga las competencias requeridas y los instrumentos de gestión ambiental que le permita evaluar la propuesta de la empresa minera, así como supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las mismas.

En ese sentido, es necesario resaltar lo establecido por la norma, la cual señala que:

> *"Los proyectos de vivienda que se desarrollen en el marco de la presente Ley, destinado a cumplir con la obligación prevista en el artículo anterior (otorgar viviendas) estarán sujetos a las regulaciones ambientales aplicables* ***a los proyectos de construcción de edificaciones con fines urbanísticos****, aún cuando quienes se encarguen de la ejecución de los proyectos de vivienda sean las propias empresas mineras o alguna otra persona jurídica vinculada a éstas directa o indirectamente".*

Conforme a lo señalado, sería necesario siempre que se desarrolle un proceso de reasentamiento contar con la opinión del sector vivienda y construcción; es decir, con la opinión legal del mismo, el cual aprueba la propuesta urbanística de la misma. En ese sentido caben las preguntas: ***¿Se encuentra capacitado el Ministerio de Energía y Minas para evaluar la propuesta de viviendas que deberá presentar la empresa a fin de cumplir con los compromisos del reasentamiento? ¿Será suficiente que la misma sea consignada en el EIA, es posible requerir opinión técnica fundamentada al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, si esa salvedad no ha sido consignada en el TUPA?***

En esa medida, estas observaciones guardan coherencia con lo señalado por el Reglamento del SEIA, el cual establece que el desarrollo de un proceso de reasentamiento poblacional requiere un Estudio de Impacto Ambiental propio.

Por lo tanto, dada la evidente necesidad de contar con la opinión técnica de los órganos de línea competentes del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (Oficina de Medio Ambiente y la Dirección Nacional de Urbanismo) para aprobar conforme a ley estos proyectos de vivienda y urbanismo, se encontraría plenamente justificado la dación de un procedimiento administrativo especial para la aprobación del instrumento de gestión ambiental que permita prevenir, supervisar, controlar y corregir los impactos ambientales negativos derivados del proceso de reasentamiento

poblacional de comunidades campesinas o cualquier grupo poblacional, todo ello en función a los criterios de protección ambiental señalados en la ley y desarrollados en el reglamento[493].

Proyecto de Ley Nº 3270-2008-CR *"Ley de Reasentamiento para poblaciones y comunidades desplazadas por actividades extractivas, productivas, de infraestructura, de transformación y/o servicios, en proyectos de desarrollo"*

La mencionada iniciativa legislativa se centra en desarrollar uno de los aspectos medulares de todo proceso de reasentamiento poblacional, el referido al "Plan de Reasentamiento". Si bien este documento no es trabajado bajo un esquema de estudio ambiental como lo sugieren las normas del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, resulta trascendente en la medida que constituye una primera iniciativa de adecuación de los instrumentos normativos de carácter internacional como son las propuestas del Banco Mundial o la Corporación Financiera Internacional a la realidad peruana.

En esa medida, compartimos con el proyecto de ley, que la autoridad competente para aprobar el Plan de Reasentamiento, sea el Ministerio cuya actividad económica requiere el desarrollo de dicho proyecto (Art. 3°). No obstante ello, también será imperativo contar con la opinión técnica vinculante de otras instituciones, que puedan brindar luces respecto a distintos aspectos propios de la propuesta, que por cuestión de competencia y especialidad no podrían ser correctamente evaluados por el sector competente.

Un punto importante de la propuesta es la exposición de una serie de definiciones (Art. 2°), entre las que resulta conveniente resaltar el contenido otorgado al "Reasentamiento Involuntario", el cual se denomina como *"aquel que se produce sin el consentimiento fundado de las personas desplazadas o cuando éstas otorgan su consentimiento sin tener la posibilidad de negarse al reasentamiento"*. Tener claro esta situación resulta en extremo fundamental, toda vez que conforme se ha venido desarrollando a lo largo de la presente investigación, si bien existe una serie de consideraciones para el tema de la propiedad de las tierras de las comunidades campesinas, en la práctica será el Estado quién finalmente estime la prioridad que deban tener las mismas, siendo necesario en todo caso, establecer excepciones por cuestiones de carácter cultural y ambiental.

Asimismo, la norma se ha preocupado por desarrollar una serie de principios entre los que destacan "Evitar el desplazamiento", "Respeto a la diversidad cultural" y "Diálogo continuo". Algunos de estos ya han sido integrados en las normas relativas a la participación ciudadana en el subsector minero, lo cual constituye un avance en este sector, que lamentablemente se vería restringido ante proyectos que no involucren la actividad minera o energética; toda vez que en otras actividad económicas no se ha regulado aún la participación ciudadana[494].

---

[493] Es importante tenerse presente que para efectos del cumplimiento del marco ambiental del sector vivienda, aún constituye una debilidad legislativa la no aprobación del marco ambiental de este sector.

[494] Sin embargo, es necesario señalar que mediante Decreto Supremo Nº 002-2009-MINAM, se aprobó el "Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales", que entre otros detalles reconoce mecanismos de consulta como Mecanismos de consulta como las: a) Audiencias públicas; b) Talleres participativos; c) Encuestas de Opinión; d) Buzones de Sugerencias; e) Comisiones Ambientales Regionales y Locales; f) Grupos Técnicos; g) Comités de Gestión; y, los mecanismos de consulta se llevarán a cabo en idioma español y

Sin señalar de manera expresa que será necesario la presentación de un estudio ambiental especifico, la norma establece que el promotor del proyecto deberá asumir la planificación, ejecución, gestión del reasentamiento y contar con los recursos para su cumplimiento. Asimismo, detalla que las investigaciones y estudios necesarios para el alojamiento e infraestructura debe evaluarse: a) La magnitud del desplazamiento; b) Las unidades familiares y la base estimada de la población afectada; c) El grado de pérdidas que sufrirán los pobladores; d) Las instituciones públicas afectadas; e) Las instituciones privadas formales e informales afectadas; f) La valoración de las afectaciones del INC, donde se determine que la zona no contiene bienes culturales o arqueológicos, y h) Otros que precise el reglamento de la presente Ley.

Ahora bien, en el artículo 9º de la propuesta legislativa se regula lo relativo al "Plan de Reasentamiento", el cual establece que deberá ser aprobado por la autoridad competente. En cuanto al contenido, se detalla que el mismo deberá consignar una breve descripción del Plan, nombre del ejecutor, ubicación geográfica (adjuntar plano de ubicación) y límites del área reasentada y de acogida, características del reasentamiento, condiciones sociales de línea de base, proceso y metodología, número estimado de beneficiarios, financiamiento y presupuesto asignado, cronograma de ejecución, vías de acceso, oficina permanente y/o comité de vigilancia de monitoreo de reasentamiento. Incluyéndose además la descripción de planes a desarrollar (Participación Ciudadana, Contingencias, Compensación, Seguimiento y Evaluación).

En cuanto a los procesos de participación ciudadana regulados en los artículos 11º, 12º y 13º, considero que se pueden subsumir a las normas de participación ciudadana en el subsector minero, reguladas por el Decreto Supremo Nº 028-2008-EM y sus normas complementarias. Y en caso se dieran nuevas normas, estás tendrían que resultar más beneficiosas que las que actualmente tiene el sector.

Asimismo, no comparto lo señalado por la propuesta en cuanto al seguimiento y evaluación del Proceso de Reasentamiento, en tanto se establece la competencia para dicha responsabilidad recae en la autoridad competente para la aprobación del estudio ambiental; ello en tanto que dicha postura legal que ya ha sido superada en nuestro ordenamiento jurídico al tener ahora un Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental que se encuentra a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, el cual además tiene bajo su competencia la Supervisión y Fiscalización de la gran y mediana actividad minera.

Finalmente, en tanto si bien el Reasentamiento Poblacional Involuntario es competencia del sector correspondiente conforme a ley, considero que será necesaria articular la evaluación en función a los sectores cuyas competencias brinden mayor capacidad al momento de la evaluación; en ese sentido, sería conveniente que la propuesta legislativa bajo comentario, asumiera la posibilidad de ser reglamentada por una comisión presidida por el sector ambiente, con la participación de otras autoridades directamente involucradas.

---

en el idioma o lengua predominante en la zona de influencia del respectivo proyecto o de realización de la audiencia o taller. Entre otras especificaciones como los lineamientos, el objeto de la concertación, mecanismos de participación en la fiscalización y vigilancia ciudadana ambiental.

Proyecto de Ley Nº 3817/2009-PE *"Ley que modifica el artículo 8º de la Ley Nº 28223, Ley sobre los desplazamientos internos"*[495]

Como bien señala en su exposición de motivos, el presente proyecto de ley elaborado por el Poder Ejecutivo busca cubrir un vacío legal en el marco normativo relativo a los procesos de reasentamiento poblacional vigente en lo que respecta a las atribuciones para autorizar el desplazamiento y el reasentamiento de personas en el caso de un proyecto de desarrollo a gran escala justificado por lo que la propuesta ha denominado interés público superior o primordial, el cual recaería sobre la competencia del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), detallándose la competencia de dos dependencias orgánicas especializadas de este sector, la Dirección General de Desplazados y Cultura de Paz y la Dirección de Apoyo y Protección a Desplazados.

Asimismo, se dispone que para efectos de posibilitar que el MIMDES autorice el desplazamiento y reasentamiento, se cuente con opinión previa del titular del sector afín a la actividad principal del proyecto de desarrollo en gran escala, el cual lo declarará justificado por un interés público superior o primordial.

Ahora bien, sin entrar en debate filosófico alguno, cabe señalar que existe un vacío respecto a qué podemos considerar como "interés público superior o primordial"; señalado esto se debe mencionar que lo trascendente de la norma resulta de la inclusión del MIMDES como una entidad con competencias en la evaluación de los procesos de reasentamiento poblacional involuntario, lo cual constituye una propuesta novedosa, dado el rol del Ministerio de la Mujer en una serie de políticas relativas a la reubicación de desplazados. En esa medida, al constituirse el MIMDES como el ente rector de los procesos de reubicación, se perfeccionaría dentro del aparato público las capacidades para evaluar estos proyectos en conjunto a otras autoridades sectoriales.

Por lo tanto, cabe señalar que en definitiva esta propuesta es buena, en tanto permite reconocer que existen y se pueden desarrollar especialidades dentro del propio aparato estatal que permitirían evaluar de mejor manera ciertos aspectos de un proyecto con importantes impactos sociales y ambientales.

No obstante ello, considero un despropósito otorgar al titular del sector (en nuestro caso sería Energía y Minas) la posibilidad de decidir sobre la calificación de interés público superior o primordial, lo cual constituiría un exceso en las competencias que se otorgan, toda vez que dicha posibilidad requiere el desarrollo de una base legal propia,

---

[495] ***Artículo 1º.- Modificación de la Ley Nº 28223, Ley sobre los Desplazamientos Internos***

Modificación la sumilla del artículo 8º de la Ley Nº 28223, Ley sobre los Desplazados Internos, e incorporase los inciso 8.4 y 8.5 al referido artículo 8º, los cuales quedarán redactados con los siguientes textos:

"Artículo 8º.- Del desplazamiento

8.4. Si el desplazamiento se produjese a causas de proyecto de desarrollo en gran escala justificados por un interés público superior o primordial, la autoridad competente para autorizar dicho desplazamiento será el Titular del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social – MIMDES.

Para tal efecto, tendrá en cuenta, además de lo preceptuado en los incisos anteriores del presente artículo, que el Titular del Sector del Estado afín a la actividad principal de dichos proyectos haya correspondiente adecuarán los procedimientos que fuesen necesarios, de manera que las solicitudes de solicitudes de calificación presentadas por los promotores o ejecutores de aquellos proyectos sean resueltas con la mayor celeridad posible.

En el caso de desplazamiento de pobladores de comunidades nativas y campesinas, se cumplirá lo dispuesto por las normas nacionales e internacionales sobre la materia.

además de no reconocer que actualmente se viene ejecutando procesos de reasentamiento involuntario que no cuentan con reconocimiento de intereses superior alguno, lo que constituye finalmente una exigencia innecesaria, dada la configuración normativa que en la práctica ha facilitado el desarrollo de procesos de reasentamiento poblacional en la actividad minera.

Finalmente, es importante resaltar que esta visión ha sido desarrollada en parte por la Ley N° 29293 *"Ley que declara de necesidad pública e interés nacional la implantación de medidas para lograr el desarrollo urbano sostenible concertado y la reubicación de la ciudad de Cerro de Pasco"* y su Reglamento D.S. N° 018-2010-PCM, que serán comentados posteriormente.

Proyecto de Ley N° 4243/2010-CR *"Ley de reasentamiento poblacional para zonas de muy alto riesgo"*

El proyecto de ley tiene como objetivo establecer un régimen jurídico y los mecanismos para el reasentamiento de poblaciones en zonas declaradas por el Gobierno Provincial como de muy alto riesgo no mitigable asociados a fenómenos naturales o causas humanas, y en zonas que debido a su ocupación generen peligros (art. 1°).

Si bien a lo largo de su texto, la norma no desarrolla una propuesta relativa a los casos de reasentamiento poblacional por actividades mineras, señalando incluso que no se aplica a los procesos de reasentamiento particular que son dirigidos por entidades del sector privado en coordinación con gobiernos locales (como actualmente se viene desarrollando los proyectos Toromocho y Las Bambas), si resulta particularmente importante la visión del legislador respecto al papel de los Gobierno Provinciales y Distritales así como del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

En ese caso, resulta relevante señalar que se reconoce la obligación del Estado respecto a la toma de medidas de protección para los casos de reasentamientos de pueblos indígenas andinos, nativos de etnias en la Amazonía, comunidades campesinas y otros grupos que tengan una dependencia especial con sus tierras o un apego particular a las mismas (art. 5°, h).

En cuanto a las competencias, el proyecto estima que en el ámbito local distrital, las municipalidades distritales son las entidades responsables del reasentamiento, mientras que en el ámbito provincial lo será la Municipalidad Provincial.

El reasentamiento se aprobará previa evaluación del estudio técnico presentado por la autoridad competente ante el Órgano Técnico, para cuya responsabilidad se ha designado al Programa de Gestión Territorial del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento[496]. Ahora bien, resulta interesante que este ente ejecutor, adscrito al Viceministerio de Vivienda y Urbanismo, cuyas responsabilidades giran alrededor de acciones de prevención ante fenómenos naturales que permitan realizar actividades para la reducción de riesgos en materia de vivienda, urbanismo y saneamiento; y promover el desarrollo de ciudades intermedias, en concordancia con los objetivos y políticas de defensa civil y del desarrollo nacional, también sea considerada la más adecuada para evaluar las propuesta de reasentamiento (que incluye saneamiento físico legal de los predios a desocupar, el uso inmediato de las zonas desocupadas, evaluación de la zona de acogida, los instrumentos disponibles para su ocupación segura y los programas de vivienda, entre otros) proyectada en esta ley.

[496] La solicitud de reasentamiento será aprobada mediante Resolución Ministerial emitida por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Su denegatoria es irrecurrible.

Por su parte, el proyecto de Ley encomienda a los Gobiernos Regionales y la Presidencia del Consejo de Ministros, las funciones de colaboración con asistencia técnica en la elaboración de los estudios técnicos y del Plan de Reasentamiento, así como asistir en la gestión de iniciativas para la incorporación de recursos al Fondo de Reasentamiento.

Finalmente, es importante reconocer que la presente norma, si bien no desarrolla criterios que tengan alguna relación con procesos de reasentamiento poblacional por actividades mineras, resulta relevante en tanto se reconocen competencias en actores como los gobiernos locales y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; es decir, se trabaja sobre la idea de reconocer competencias de entidades del sector público especializadas en aspectos que definitivamente forman parte de todo el proceso de reubicación poblacional relativos al acondicionamiento territorial y el desarrollo urbano. Estos detalles serán fundamentales en la medida que considero indispensable que la evaluación de los procesos de reasentamiento poblacional involuntario impliquen el trabajo en conjunto de una serie de entidades públicas distintas a la del sector cuya actividad económica promueve la reubicación.

Ley N° 29293 *"Ley que declara de necesidad pública e interés nacional la implantación de medidas para lograr el desarrollo urbano sostenible concertado y la reubicación de la ciudad de Cerro de Pasco"* y su Reglamento D.S. N° 018-2010-PCM

La presente norma se desarrolla a partir de la necesidad de reubicar la ciudad de Cerro de Pasco debido a los efectos negativos que han originado años de actividad minera sobre el medio ambiente y sus principales componentes, comprometiendo de tal manera no solamente la vida de las personas sino además cual es su posibilidad de desarrollarse sosteniblemente.

Se trata pues de la reubicación forzada de la capital del departamento de Pasco y sus distritos afectados, con implicancias en la integración y el desarrollo regional y nacional sostenible, cuyo tratamiento se espera sirva como referencia a casos similares de ciudades, centros poblados o comunidades al lado de proyectos de expansión minera o de nuevas inversiones mineras, que por su magnitud pueden implicar un impacto ambiental no sostenible para el entorno que las lleven a su reubicación.

Por lo tanto, la norma irroga responsabilidad tanto en el Gobierno Nacional, Regional y Local, así como en la población organizada y el sector privado, quienes deberán asumir de manera concertada el traslado de la ciudad de Cerro de Pasco. Estas decisiones según la Ley deberán ser tomadas a nivel de la Comisión Interinstitucional que involucra a los tres niveles de gobierno además de los representantes urbano y rural de la población afectada.

Entre los representantes de instituciones públicas más relevantes (para la presente investigación) incorporados por la Ley se encuentra el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y el Ministerio del Ambiente. Cada uno con competencias generales dentro de los equipos de trabajo que se han conformado para desarrollar los distintos componentes del Plan de Reasentamiento.

Se determino además que el Plan de Reubicación pasaría por distintas fases como son (artículo 3° y 14° del Reglamento):

a) *Estudio para establecer las condiciones políticas, económicas, ambientales y sociales para la reubicación, priorizando el traslado de personas o poblaciones más afectadas.*
b) *Actualización del catastro urbano para identificar a los propietarios, los posesionario e inquilinos de las viviendas*
c) *Estudio de prefactibilidad para evaluar alternativas de ubicación geográfica de la nueva ciudad*
d) *Consulta ciudadana para elegir la mejor opción de la nueva ciudad mediante un proceso de información, a través de medios de comunicaciones audiovisuales y escritas, sobre las alternativas de reubicación propuestos en el estudio de prefactibilidad.*
e) *Estudio de factibilidad, que comprende el análisis de impacto económico, ambiental y social del proyecto definitivo de reubicación de la ciudad en el lugar elegido, en este punto se incluye la propuesta de financiamiento de la reubicación.*
f) *Diseño y aprobación de la estrategia de financiamiento de la reubicación.*
g) *Construcción y ejecución progresiva del traslado.*
h) *Monitoreo y vigilancia, la cual estará a cargo de los sectores que integran la Comisión Interinstitucional en sus respectivas materias en coordinación con las entidades respectivas.*

Esta estructura nos brinda una idea respecto a qué entiende el Estado respecto al contenido que debe incluir todo Plan de Reasentamiento, ello es más importante aún cuando se ve complementado con un Plan de Control de fuentes contaminantes, un Plan de Atención de Salud y un Plan de Desarrollo Urbano y Sostenible (que sin bien tienen su razón en el contexto de la reubicación de Cerro de Pasco, no por ello dejan de ser menos relevantes).

Ahora bien, conforme señala el Reglamento, las acciones para reducir la contaminación ambiental, atender la salud de los pobladores afectados y llevar adelante la reubicación de la ciudad de Cerro de Pasco estarán enmarcadas en los principios del desarrollo urbano y rural sostenible que el reglamento establece, la Constitución Política del Perú, la Ley General de Salud, la Ley General del Ambiente, la Ley sobre desplazamientos internos y las normas internacionales aplicables a situaciones de esta naturaleza.

Si bien el ámbito de aplicación del marco normativo glosado es el espacio territorial del departamento de Pasco, la reubicación de la ciudad de Cerro de Pasco y sus distritos afectados; ello no limita la posibilidad de señalar los criterios y definiciones más relevantes para los fines de la presente investigación.

Así, en el artículo 3°, referido a los criterios, la norma expresa ciertas orientaciones referida al “Desarrollo Sostenible”, entendido como la satisfacción de necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades; “Ciudad Sostenible”, referido al diseño y el proceso de reubicación y construcción de la nueva ciudad, que debe cumplir con los requisitos de una ciudad saludable, segura, ordenada, con perspectiva de crecimiento y desarrollo; “Participación Ciudadana”, la personas afectadas por el desplazamiento tienen derecho a solicitar, acceder y a recibir información, de manera adecuada y oportuna, sobre el plan de reasentamiento, su cronograma y las medidas adoptadas para su cumplimiento; “Planificación Urbana y Desarrollo Urbanístico”, tomar en cuenta las condiciones medioambientales, las necesidades sociales y facilidades recreacionales, así como en el

diseño de la nueva ciudad, considerar los patrones socioculturales de la población objetivo de la reubicación; “Interculturalidad”, promover una visión común a partir de las interacción y respeto entre las diferentes culturas; “Sostenibilidad ambiental”, donde la gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la Ley General del Ambiente, se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones.

Por su parte, entre las definiciones más resaltantes encontramos la idea de “Desarrollo Urbano Sostenible” que se entiende como el proceso por el cual la población y sus autoridades impulsan un crecimiento urbano basado en construcciones sostenibles que sean seguras y acordes con los valores culturales, con suficiente áreas verdes y política de reciclaje y manejo de residuos, tratamiento y reutilización de aguas residuales, que garanticen un ambiente sano, la mejora de la calidad de vida, la protección de la salud y el reconocimiento a los valores histórico culturales en beneficio de las actuales y futuras generaciones; “Reubicación de la Población”, entendido como el reasentamiento o reubicación forzada de la población hacia otro lugar debido a la presencia y el impacto ambiental negativo de la actividad minera, a fin de garantizar las condiciones para el desarrollo urbano sostenible y “Plan de Reubicación”, que comprendía el instrumento metodológico mediante el cual se diseñarían los mecanismos y estrategias para que las poblaciones que necesariamente tengan que ser desplazadas y las autoridades competentes posibiliten ejecutar el proceso pertinente en condiciones legal y socialmente justas, a fin de liberar a las áreas impactadas, implementar las áreas destinadas a la reubicación, lograr la reposición física de las pérdidas y rehabilitar el cuadro de vida de la población objetivo.

Resulta relevante señalar, que conforme al reglamento, se estableció que la Comisión Interinstitucional podrá formar Grupos de Trabajo Especializado (GTE) para brindar apoyo en la elaboración, supervisión y/ evaluación de documentos de gestión, tales como: estudios, planes, programas, proyectos y otros, relacionados con el proceso de reubicación y desarrollo urbano sostenible de la ciudad de Cerro de Pasco. Estos GTE podrán además solicitar la participación de representantes de otras entidades estatales así como del sector privado y organizaciones sociales de la ciudad de Cerro de Pasco (artículo 11°).

Uno de estos GTE, es el conformado por los representantes de los Ministerios de Vivienda, Construcción y Saneamiento; de la Mujer y Desarrollo Social y del Ambiente; del Gobierno Regional y la Municipalidad Provincial, para apoyar en la elaboración de los lineamientos, las estrategias y el plan de reubicación, así como el plan de desarrollo urbano y rural sostenible, y del plan de acondicionamiento territorial provincial. Otro GTE importante es el conformado por Vivienda, Salud, Ambiente, Energía y Minas, de la Municipalidad Provincial de Pasco y las organizaciones sociales para elaborar el procedimiento de valorización de los predios afectados y el sistema de indemnización justipreciada que corresponda.

Finalmente, señalar que el reglamento no desarrolla propuesta alguna relativa a la supervisión y fiscalización posterior del proceso de reasentamiento poblacional de la ciudad de Cerro de Pasco; no obstante ello, resulta importante detallar, que de manera general la norma a resultado sumamente esclarecedora en tanto permite sostener que el Estado Peruano reconocer competencias a través de una norma ya aprobaba a más entidades públicas de las que actualmente intervienen los procesos de reasentamiento poblacional por actividades mineras que se vienen dando; ello sin duda, constituye una argumento de fuerza para las conclusiones finales de la presente tesis.

CONCLUSIONES

Ante la falta de un marco legal que regule los procesos de reasentamiento poblacional se presentan dos opciones; la primera, esperar de los operadores mineros un total compromiso social y ambiental para con los que se encuentran dentro del ambiento de influencia de sus actividades; la segunda, un rol más proactivo del Estado que en ejercicio de sus potestades soberanas desarrolle el marco legal que permita conducir el complejo proceso de reasentamiento poblacional involuntario.

La presente tesis, apuesta por la segunda opción, no desconoce bajo ningún concepto, las mejoras normativas y el correspondiente buen desempeño de numerosas empresas mineras en cuanto a sus responsabilidades; sin embargo, apuesta por criterios técnicos para resguardar los derechos de todos los involucrados en este proceso.

A. Todo Proceso de Reasentamiento Poblacional Involuntario requiere un Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d), lo cual exige la actualización de los estudios ambientales para el inicio de la etapa de explotación minera

- Propuesta enunciada en la legislación nacional a través del artículo 38º del Reglamento de la Ley del SNEIA, el cual señala que: *"Los proyectos de inversión que impliquen reasentamiento, desplazamiento o reubicación de poblaciones, serán clasificados obligatoriamente como categoría III"*. Por lo que, todo proyecto minero que requiera reubicar, desplazar o reasentar a una comunidad campesina o población cualquiera deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d); en tanto, estos proyectos por su envergadura y/o localización, pueden generar impactos ambientales negativos significativos, cuantitativamente o cualitativamente, requiriendo por lo tanto un estudio que realice un análisis profundo de sus impactos.
- Así, resulta indispensable actualizar el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica que data del año 1993, en ese sentido, será necesario que se articule los procesos de aprobación de actividades de explotación minera a los requisitos de un EIA-d, donde se fundamente las medidas a desarrollarse respecto al proceso de reubicación, superando el estado actual donde no hay lineamientos especiales más allá de lo regulado por las guías del MINEM y las normas del D.S. Nº 016-93-EM.

B. Incluir nuevas autoridades sectoriales competentes para evaluar distintos componentes del estudio ambiental que sostiene la viabilidad del proceso de reasentamiento

El rol del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social

- Autoridad responsable de los procesos de reasentamiento poblacional involuntario, independientemente del sector que requiera el desarrollo de este proyecto.
- Desarrollar los conceptos básicos para implementar la reubicación, trabajando en la estructura y evaluación del aspecto social y económico de los procesos de

reasentamiento, la metodología a aplicarse (levantamiento de mapas, registro de personas desplazadas, inventario de bienes afectados), el diagnóstico de los efectos en las poblaciones afectadas, desarrollo de un marco técnico para la indemnización, los programas para el restablecimiento de las actividades productivas y de servicio.
- Emitir opinión técnica vinculante durante la evaluación, supervisión y fiscalización, analizando los resultados, siguiendo los efectos y auditando el reasentamiento; lo cual, permitirá de ser el caso, hacer recomendaciones que mejoren el proceso de reasentamiento.

El rol del Órgano Técnico Especializado en materia indígena

- El Instituto Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano – INDEPA, el cual la correspondiente autonomía administrativa y presupuestaria será la entidad responsable de hacer cumplir las exigencias del Convenio 169 de la OIT.
- Responsable de actualizar las normas sobre materia indígena que se encuentran actualmente desfasadas.
- Iniciar el proceso de identificación, consolidando los estudios realizados y presentar una propuesta de clasificación.
- Emitir opinión técnica vinculante (en cuanto a exigible, la misma no determina la viabilidad o no del proceso) en los procesos de reasentamiento donde se vean afectados los intereses de Pueblos Indígenas. Los criterios y observaciones que se den como resultado de la opinión deberán ser levantados por la empresa y consignados dentro del documento final que aprueba el proceso de reasentamiento, donde se consignará – entre otras cosas – la estrategia planificada para cautelar los derechos de los pueblos indígenas y el proceso de consulta dentro del marco del Convenio 169 de la OIT.
- Dirigir los procesos de participación ciudadana donde intervengan pueblos indígenas.

El rol del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento

- Opinar respecto al proceso de ordenamiento territorial que se desarrollará como consecuencia del proceso de reasentamiento de la población y las actividades de su entorno, buscando el desarrollo integral de las ciudades que se constituyan. Ello en tanto que todo reasentamiento requiere desarrollar una infraestructura urbana, la cual – como todas las construcciones en este país – debe desarrollarse sobre la base del Reglamento Nacional de Edificaciones, cuya evaluación y supervisión se encuentra bajo la competencia de este sector.
- Evaluar con anticipación la propuesta de reasentamiento y las especificaciones técnicas respecto a las nuevas edificaciones y habilitaciones urbanas, ello en tanto que las constituyen un elemento central de todo proceso de reasentamiento mejorar la calidad de vivienda y servicios públicos de la población reasentada.

Del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

- Conforme a la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental – Ley N° 29325, la el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, asume las competencias de supervisión y fiscalización de la actividad minera.
- En ese sentido, la supervisión y fiscalización de los compromisos del Estudio Ambiental que aprueba el Plan de Reasentamiento Poblacional Involuntario es de competencia de OEFA, la cual deberá ser desarrollada en colaboración de otras entidades del sector público a las que se solicite, ello a fin de facilitar el ejercicio de la función fiscalizadora, conforme al artículo 16° de la Ley N° 29325.

C. Propiedad, posesión, concesión minera, la responsabilidad del Estatal

En cuanto a la preponderancia del derecho de propiedad, la presente tesis concluye que en la práctica tener un derecho de propiedad, o posesión efectiva sobre bienes inmuebles (entiéndase tierras, casas), no constituye una situación relevante que implique una prioridad de este derecho frente a una concesión minera, situación de la cual debemos concluir que:

- Los proyectos mineros desarrollados por grandes empresas mineras tienden (en su gran mayoría) a reconocer los derechos que sobre los bienes muebles o inmuebles se dan en la práctica, aunque estos no presenten las formalidades propias del derecho civil o registral; es decir, por ejemplo, un título que lo refrende. En estos casos, a expensas de los títulos de propiedad o formalidades registrales exigibles, cuando no se lo posee, las empresas mineras promueven campañas de "formalización" de los mismos.

  En ese sentido, la "servidumbre minera" ha sido dejada de lado por los titulares mineros, quienes reconocen la importancia de alcanzar acuerdos con quienes aprovechan directa e indirectamente los terrenos superficiales.

- Las empresas mineras con más altos estándares ambientales y sociales, no cuestionan ni observan la naturaleza jurídica de las Comunidades Campesinas que se encuentran dentro de su ámbito de influencia; estas empresas no cuestionan la legitimada de los derechos (propiedad, posesión, usufructo) de los posesionarios de las tierras comunales, ni los beneficios que obtienen a partir de la condición legal de comuneros que ostentan, que va más allá de lo regulado por el Derecho Civil.

- En ese sentido, no basta solamente con saber cuántos son y donde están, como acertadamente señala Hernando De Soto; sino además resulta fundamental dar un paso atrás para resolver esta complicada situación en la nos encontramos como país, y está es preguntarnos: *¿Quiénes son?* Pues será justamente este punto uno de los elementos centrales que permitirán desarrollar los elementos necesarios para identificar cuándo se deberán aplicar criterios normativos de mayor protección a las poblaciones indígenas de nuestro país, que independientemente de la condición legal en las que se encuentran, en su gran mayoría constituyen poblaciones en estado de riesgo ya sea por los altos niveles de pobreza y marginalidad social entre otras consideraciones.

- El Estado Peruano debe reconocer a través de una norma especial que aquellos proyectos de inversión minera cuyas características, envergadura y/o localización

impliquen el reasentamiento involuntario, suelen dar origen a graves problemas económicos, sociales y ambientales negativos significativos, generando muchas veces que los sistemas de producción se desbaraten; los afectados se empobrezcan al perder sus fuentes de ingresos y activos productivos; las personas se trasladen a entornos en los que tal vez sus especialidades de producción resulten menos útiles y la competencia por los recursos sea mayor; las redes sociales y las instituciones de la comunidad se debilitan; los grupos de parientes se dispersan y la identidad cultural, la autoridad tradicional y las posibilidades de ayuda mutua se reducen o se pierden.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO, Sandra
2010 *"OIT pide frenar inversiones que afecten a los indígenas"*. Diario Gestión, Jueves 18 de marzo

AVENDAÑO, Jorge
1991 "El Derecho de propiedad en la Constitución". En: Themis N° 30, p. 21

BANCO MUNDIAL
1996 "*Resettlement and Development: The Bankwide Review of Projects Involving Involuntary Resettlement (1986-1993)*". Washington

2001 *Política Operacional OP 4.12: Reasentamiento Involuntario.* Diciembre

2002 *"Libro guía para el análisis social: Para la incorporación de las dimensiones sociales en los proyectos apoyados por el Banco"*. 2002.

BALBI, Mariella.
2009 *Entrevista a Hugo Gonzales Sayán: "La grita callejera es la que gana acá"*. Diario El Comercio, Domingo 28 de junio, p. a2

BALLÓN, Eduardo.
2006 "Crecimiento económico, crisis de la democracia y conflictividad social". En: Democracia inconclusa: transición y crecimiento. *Serie Perú Hoy Nº 09*. Lima. DESCO.

BARRENTES, Rafael y PEÑA, Jesús.
2007 "Conflictos sociales y derechos humanos: el uso de la fuerza pública durante los disturbios interno en el Perú". En: IDEHPUCP. *Conflictos sociales y respuestas del Estado del orden interno a la protección de derechos.* Colección Documentos de Trabajo. Serie Política y Gobierno Nº 1. Lima

BAILETTI, Gabriel.
2005 "El derecho del concesionario minero". En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa - Industrias Extractivas: Minería. N° 59. Año XX. Lima

BEBBINGTON, Anthony (Ed.).
2007 "Minería, movimiento sociales y respuestas campesinas: una ecología política de transformaciones territoriales". Instituto de Estudios Peruanos, Centro Peruano de Estudios Sociales, Lima

CASTILLO, Pedro
2009 *El derecho a la tierra y los acuerdos internacionales: El caso de Perú.* CEPES – Centro Peruanos de Estudios Sociales / International Land Coalition. Lima

CASTILLO, Mario.
2007 *La Transferencia de Propiedad Inmueble en el Perú y la Seguridad Jurídica*. Palestra. Lima

CARPENTER, Dick M. & ROSS, John K.
2008 *Doomsday? No way. Economic Trends & Post-Kelo Eminent Domain Reform.* Institute for Justice. January <http://www.ij.org/imiages/pdf_folder/other_pubs/doomsday-no-way.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚPLICA DEL PERÚ
1987 *Ley Nº 24656. Ley General de Comunidades Campesinas. 14 de abril*

1987a *Ley Nº 24657. Declaran de necesidad nacional e interés social el deslinde y la titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas.*

1997 *Ley N° 26505. Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas*

1997a *Ley Nº 26821. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. 26 de junio*

Ley N° 26834. Ley de Áreas Naturales Protegidas

2001 *Ley N° 27015. Ley especial que regula el otorgamiento de concesiones mineras en áreas urbanas y de expansión urbana*

Ley Nº 27441. Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental

Ley Nº 27867. Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Ley N° 28296. Ley General del Patrimonio Cultural

Ley N° 28611. Ley General del Ambiente

2009 *Ley Nº 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental*

CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES).
2005 Informativo Legal Agrario: "Legislación de comunidades campesinas y nativas". Nº 21, Segunda época. Abril

2008 Informativo Legal Agrario: "El agro peruano y los decretos legislativos del 2008". Nº 24 Segunda época. Diciembre

CHIRINOS, Carlos y RUIZ, Manuel.
2002 *Concesiones sobre Recursos Naturales: Una oportunidad para la gestión privada*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA

COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN
2003 *Informe Final.* Tomo VIII: *Segunda Parte: Los factores que hicieron posible la violencia.* Lima

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ
1979

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ
1993

COSER, Lewis
1967 *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social.* Bueno Aires: Amorrortu.

DAMONTE, Gerardo
2008 "El esquivo desarrollo social en la localidades mineras". En: Análisis & Propuestas - GRADE. Junio, N° 14

DEFENSORÍA DEL PUEBLO
2003 *Informe Defensorial Nº 76: Restricción de derechos en Democracia. Supervisando el Estado de Emergencia*. Lima. Julio

2005 *Ante todo, el diálogo.* Noviembre

2005 Documento de Trabajo "Minería, desarrollo sostenible y derechos ciudadanos: Una aproximación inicial desde la Defensoría del Pueblo".

2006 *Informe N° 001-2006/ASPMA-MA.* Lima.

2007 *Informe extraordinario. Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú.* Lima.

2008-2010 *Reporte de Conflictos Sociales. Conflictos conocidos por la Defensoría del Pueblo.* Varios. Lima

2009 "Glosario". Lima. Consulta: 14 marzo 2009 <http://wwwdefensoria.gob.pe/conflictos_sociales/glosario.php>

2009a *Informe N° 141: Hacia una descentralización al servicio de las personas: recomendaciones en torno al proceso de transferencia de competencias a los gobiernos regionales.* Lima, Marzo

DEL CASTILLO, Laureano.
1997 "Propiedad rural, titulación de tierras y propiedad comunal". En: Debate Agrario Nº 26. Centro Peruano de Estudios Sociales – CEPES. Lima

DELGADO, Enrique
1995 "Propietarios de su destino" Análisis económico de los derechos de propiedad en la comunidades campesinas de la Sierra". En: DERECHO PUC Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 49

DE ECHAVE, José *et al*
2009 *Minería y Conflicto Social.* Lima: Centro Bartolomé de las Casas / Centro de Investigación y Promoción del Campesinado / Consorcio de Investigación Económica y Social / Instituto de Estudios Peruanos.

DE LA PUENTE, Juan Pablo.
2005 "Minería y Restos Arqueológicos". En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa - Industrias Extractivas: Minería. N° 59. Año XX. Lima,

DE SOTO, Hernando
2000 *El Misterio del Capital.* Editorial El Comercio. Lima

DIEZ, Alejandro
2003 "Interculturalidad y Comunidades: Propiedad Colectiva y Propiedad Individual". En: Debate Agrario Nº 36, Diciembre

DUQUE BOTERO, Juan David
2006 *"El reasentamiento poblacional: fenómeno social, político y de progreso"*. Revista de Estudios Socio – Jurídicos. Colombia, Bogotá. Enero – Junio 2006 p. 157

ECHARTE, Jorge y otros.
2003 *"Dimensión Social de la Minería en el Perú: roles del Estado en la promoción del diálogo y solución de los principales problemas percibidos por los actores"*. Consultoría para el CIES. Lima, Septiembre

EGUIGUREN, Francisco
2008 *"Análisis de la conformidad constitucional del uso de las facultades legislativas otorgadas por el Congreso al Poder Ejecutivo mediante la Ley N.° 29157"*. Elaborado a solicitud de Oxfam Internacional. Lima, agosto

ESTUDIO JORGE AVENDAÑO V. ABOGADOS.
1998 *"Establecimiento de servidumbres para el ejercicio de actividades mineras"*. Informe Legal para la Dirección General de Minería

FIGALLO, Guillermo.
2007 *Origen, exclusión y reafirmación de las Comunidades Campesinas del Perú.* Editorial San Marcos. Lima

FISCHEL, William A.
2004 *Expropiaciones y elección pública: La persuasión del precio"*. En: Themis Nº 48. Julio

FORT, Ricardo
2008 *"¿Tiene algún efecto la titulación de tierras en la inversión agrícola?"*. En: Análisis & Propuestas. GRADE. Junio, Nº 14. <http://www.grade.org.pe/boletin/14/boletin14.pdf>

KELLY, Daniel B.
2006 *"The public use requirement in eminent domain law. A rationale based on secret purchase and private influence"*. En: Cornel Law Review. Vol. 92: N° 1.
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract:id=760405>

GACETA JURÍDICA.
2003 *Código Civil Comentado.* Tomo V "Libro V: Derechos Reales".

2005 *La Constitución Comentada.* Tomo I. Lima

GAMARRA, Carolina.
2009 *La Concesión Minera.* Ediciones Caballero Bustamante. Lima.

GARCÍA, Alan
2007 *"El síndrome del Perro del Hortelano",* Diario El Comercio, Domingo 28 de octubre, p. a4

GARCÍA, Erick
2008 *Los conflictos socioambientales mineros.* Entrevista Miguel Levano, comisionado de la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobiernabilidad de la Defensoría del Pueblo.

2009a *Puntos de la cuestión jurídica sobre tierras comunales en los conflictos sociales mineros.* Entrevista a Silvana Baldovino, abogada de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA y ex funcionaria del Proyecto Especial Titulación de Tierras y Catastro Rural – PETT

2009b *Situación de las Comunidades Campesinas post reforma agraria.* Entrevista a Ingeniero Victoriano Cáceres, funcionario de COFOPRI RURAL

2010 *Legalidad, debilidad institucional y el Proyecto Minero Las Bambas.* Entrevista a Gerardo Damonte, investigador principal de GRADE

GARCIA, Guillermo
2006 *Derecho Minero.* Grafica Horizonte. Lima, 2da Edición

GOLTE, Jurgen.
2001 *Comunidades, empresas mineras y política social en la minería peruana".* Instituto de Estudios Peruanos (Consultoría para la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía). Noviembre

GRUPO DE ANÁLISIS PARA EL DESARROLLO – GRADE
2000 *"Evaluación del Proceso de Reubicación y del Programa de Post-Reubicación en Antamina".* Lima

2006 Política de Tierras y Reubicación Involuntaria. *Documento institucional no publicado.*

GURR, Ted
1970 *Why men Rebel?* United States of America. Princeton University Press

HERRERA, Aleksey
2003 "Limites constitucionales y legales al derecho de dominio en Colombia". En: Revista de Derecho, Universidad del Norte Nº 20,

HERRERA, Wilson.
2004 *El Constitucionalismo Colombiano: Parte dogmática, territorio y población.* Ediciones Uninorte. Colombia.

HOBBES, Thomas.
1996 *Leviatán.* Alianza Editorial. Barcelona, España

JIMENEZ, Roberto.
1999 *Compendio de Legislación Propiedad Estatal*. ARIAL Editores.

LANEGRA QUISPE, Iván K.
2008 "*El (ausente) Estado Ambiental"*. Lima

LASTRES, Enrique.
1998 *"Normatividad sobre el acceso a la tierras y el proceso de aprobación"*. En Revista de Derecho Minero y Petrolero. Año XLVIII, N° 56

2000 *"Comentarios sobre el régimen de concesiones en minería"*. En Revista de Derecho Minero y Petrolero. Año XLX, N° 58

LUQUE, Rolando.
2007 "Atisbos conceptúales sobre la realidad de los conflictos sociales en el Perú". En IDEHPUCP. *Conflictos sociales y respuestas del Estado del orden interno a la protección de derechos.* Colección Documentos de Trabajo. Serie Política y Gobierno Nº 1. Lima.

MAYER, Enrique
2010 *Cuentos feos de la Reforma Agraria Peruana.* Instituto de Estudios Peruanos y Centro Peruano de Estudios Sociales

MELÉNDEZ, Carlos
2007 "Los conflictos después del conflicto. Desestructuración del sistema político y conflictos sociales después de la violencia". En IDEHPUCP. *Conflictos sociales y respuestas del Estado del orden interno a la protección de derechos.* Colección Documentos de Trabajo. Serie Política y Gobierno Nº 1. Lima

2008 *¿Cómo entender los conflictos sociales en el Perú?* [material digital / diapositivas]. Material de enseñanza. Lima: Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2009 "Zald en el VRAE". *El Jorobado de Notre Dame.* Consulta: 21 abril de 2009. <http://jorobadonotredame.blogspot.com/2009/04/zald-en-el-vrae.html>

MINERA CHINALCO PERÚ.
2009 *"Estudio de Impacto Ambiental: Proyecto Minero Toromocho"*

MINISTERIO DE AGRICULTURA
1996 *Decreto Supremo Nº 017-96-AG. Reglamento del Artículo 7 de la Ley Nº 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos*

2001 *Decreto Supremo N° 038-2001-AG. Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas*

2002 *Resolución Directoral N° 085-2002-AG-PETT. Dispone que el Proyecto Especial de Titulación y Catastro Rural – PETT asuma competencia en procedimiento de deslinde y titulación de comunidades campesinas en los departamentos de Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cusco, La Libertad, Huancavelica, Huánuco y Puno.*

MINISTERIO DEL AMBIENTE
2009 *Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM. Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental*

2010 *Resolución Ministerial N° 118-2010-MINAM. Reconocimiento de la Área de Conservación Privada "Tilacancha" en predios de propiedad de las Comunidades Campesinas de Levanto y San Isidro de Mayno ubicados en la provincia de Chachapoyas*

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

1992 *Decreto Supremo N° 042-92-EM. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*

1992 *Decreto Supremo N° 018-92-EM. Reglamento de Procedimientos Mineros*

1993 *Decreto Supremo N° 016-93-EM. Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente*

1998 *Decreto Supremo N° 038-98-EM. Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera (derogado)*

2002 *Decreto Supremo N° 025-2002-EM. Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas (derogado)*

2003 *Decreto Supremo N° 042-2003-EM. Establecen compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias*

2006 *Decreto Supremo Nº 061-2006-EM. Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas*

2008 *Decreto Supremo N° 020-2008-EM. Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera*

2008a *Decreto Supremo N° 028-2008-EM. Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero*

2008b *Resolución Ministerial Nº 304-2008-MEM-DM. Aprueban Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero*

2008c *Decreto Supremo N° 059-2008-EM. Modifican el Reglamento de Procedimientos Mineros de la Ley General de Minería*

2009 *Resolución Suprema N° 080-2009-EM. Imponen derecho de servidumbre minera de uso para la construcción del Complejo Industrial Minero del Proyecto Tantahuatay, a favor de Compañía Minera Coimolache S.A.*

MORINEAU, Oscar.
1948 *Los Derecho Reales y el Subsuelo en México.* Fondo de Cultura Económica. México

ORGANISMO DE FORMALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD INFORMAL – COFOPRI
2006 *"Directorio de Comunidades Campesinas del Perú". (No publicado)*

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN
2009 *Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 211-2009-OS-CD. Aprueban tipificación de infraestructura y escala de multas y sanciones para las actividades de exploración minera y para las actividades de explotación minero por no contar con estudio de impacto ambiental y autorizaciones*

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT.
2003 *Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual.*

2010 "Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT: Observación individual sobre el convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú. 2010". Revisado el 19 de marzo. http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2010.htm.

PASCÓ-FONT, Alberto, DAMONTE, Gerardo, DIEZ, Alejandro, FORT, Ricardo.
2000 *El Caso Peruano,* en Grandes Minas y la Comunidad. Disponible en: http://www.idrc.ca/openebooks/024-1/ Revisado el 01 de marzo 2010.

PIZARRO, Rosa, Laura TRELLES, Eduardo TOCHE
2004 "La protesta social durante el Toledismo". En *Los mil días de Toledo. Serie Perú Hoy Nº 05*. Lima: DESCO.

PODER EJECUTIVO
1991 *Decreto Legislativo Nº 757. Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada*

1991a *Decreto Legislativo N° 708. Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero*

2008 *Decreto Legislativo N° 1064. Aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario*

PONS, Ferran.
2004 *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad: Perspectivas actuales*. Editorial Marcial Pons, Madrid

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS
2009 *Oficio N° 1040-2009-PCM/DM-SC*

2010 *Oficio Nº 142-2010-DP/SCM*

PROYECTOS Y ESTUDIOS MINEROS S.A.C.
2010 *"Manual de Minería"*. [PDF] Revisado el 15 de enero. <http://estudiosmineros.com/ManualMineria/Manual_Mineria.pdf >

REVESZ, Bruno y Alejandro DIEZ
2006 "El triángulo sin cúpula (o los actores desregulados en los conflictos mineros)". En Eduardo Toche (comp.), *Nuevos rostros en la escena nacional. Serie Perú Hoy Nº 10.* Lima: DESCO.

SCHULDT Jürgen.
2005 *Bonanza macroeconómica y malestar microeconómico. Apuntes el estudio del caso peruano, 1988 – 2004.* Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima. Febrero.

SNOW, David y E. BURKE
1986 "Frame Alignment processes, micromobilization, and movement participation". *American Sociological Review*. 1986, volumen 51

SOCIEDAD NACIONAL DE MINERÍA, PETRÓLEO Y ENERGÍA – SNMPE
2009 *"Informe Quincenal N° 86: El CIRA"*. Marzo, 2009. Revisado el 04 de enero 2010 <www.snmpe.org.pe>

TANAKA, Martín
2009 "Mayer Zald en Notre Dame". *Virtù e Fortuna.* Consulta: 22 abril de 2009. <http://martintanaka.blogspot.com/2009/04/mayer-zald-en-notre-dame.html>

TORRES, Aníbal.
2002 *Código Civil.* Editorial Themis. Bogotá

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
2005 Sentencia del Pleno Nº 0048-2004-PI/TC

VALENZUELA, Daniel
2009 *"Hacia un nuevo reglamento: protección ambiental en la actividad minero-metalúrgica"*. En: Jurídica *Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*. N° 269, Setiembre

XSTRATA TINTAYA S.A.
2010 "Estudio de Impacto Ambiental Proyecto Minero Las Bambas"

ZAMBRANO, Gustavo.
2006 *"Conceptos transversales a tener en cuenta como parte del análisis de los conflictos socioambientales en minería"*. En: Ius Et Veritas. Nº 32. Lima

ZEGARRA, Diego.
1999 *"Concesión Administrativa e iniciativa privada"*. En THEMIS N° 39

APENDICES

I. MARCO LEGAL ANALIZADO EN LA PRESENTE INVESTIGACIÓN (CLASIFICACIÓN POR TEMA)

Normatividad en general, Gestión Ambiental y Participación Ciudadana

Tipo	N°	Fecha	Vigencia	Contenido
Constitución Política de 1979			Derogada	
Constitución Política de 1993			Vigente	**Artículo 43.- Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno** La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes. **Artículo 66.- Recursos Naturales** Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. **Artículo 70.- Inviolabilidad del derecho de propiedad** El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio. **Artículo 89.- Comunidades Campesinas y Nativas** Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.
Código Civil	Decreto Legislativo Nº 295	14/11/84	Vigente	**Artículo 134.- Noción y fines de las Comunidades Campesinas y Nativas** Las comunidades campesinas y nativas son

				organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral. Están reguladas por legislación especial. **Artículo 135.- Existencia jurídica de las comunidades** Para la existencia legal de las comunidades se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial. **Artículo 136.- Carácter de las tierras de las comunidades** Las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú. Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad. **Artículo 137.- Estatuto de las comunidades** El Poder Ejecutivo regula el estatuto de las comunidades, el cual consagra su autonomía económica y administrativa, así como los derechos y obligaciones de sus miembros y las demás normas para su reconocimiento, inscripción, organización y funcionamiento. **Artículo 138.- Asamblea General** La asamblea general es el órgano supremo de las comunidades. Los directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente, mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio. **Artículo 139.- Padrón y catastro de las comunidades** Las comunidades tienen un padrón general actualizado con el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos directivos o representación. Las comunidades tienen, asimismo, un catastro en el que constan los bienes que integran su patrimonio. En el padrón general y en el catastro constan también los demás datos que señale la legislación especial. **Artículo 954.- Extensión del derecho de propiedad** La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales. **Artículo 955.- Propiedad del suelo, subsuelo y sobresuelo**

				El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.
Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales	Decreto Legislativo Nº 613	08/09/90	Derogado	
Ley General del Ambiente	Ley Nº 28611	16/10/05	Vigente	
Ley del Procedimiento Administrativo General	Ley Nº 27444	11/04/01	Vigente	
Ley del Silencio Administrativo	Ley Nº 29060	07/07/07	Vigente	**Disposiciones Transitorias, Complementarias y finales** **Primera.- Silencio administrativo negativo** Excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.
Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental	Ley Nº 27446	23/04/01	Vigente	**Artículo 2.- Ámbito de la ley** Quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, las políticas, planes y programas de nivel nacional, regional y local que puedan originar implicaciones ambientales significativas; así como los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras, y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impacto ambientales negativos significativos. **Artículo 3.- Obligatoriedad de la certificación ambiental** No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2 y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitirlas, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.
Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental	Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM	25/09/09	Vigente	
Ley de Fiscalización de las actividades	Ley Nº 27474	06/06/01	Derogado	

Mineras				
Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg	Ley Nº 28964	24/01/07	Vigente	***Artículo 1.- Sustituye artículos de la Ley Nº 26734*** ***Sustitúyanse los artículos 1, 2 e incisos c) y d) del artículo 5 de la Ley Nº 26734, cuyos textos serán los siguientes:*** ***"Artículo 1.- Creación y Naturaleza*** *Créase el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), como organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, siendo integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera.* ***Artículo 2.- Misión*** *La misión del OSINERGMIN es regular, supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades.* ***Artículo 5.- Funciones*** *(...)* *c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.* *d) Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería.* *(...)"* ***Artículo 2.- De la transferencia de funciones al organismo competente*** *Transfiérase las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley Nº 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.*
Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN aplicable a la	Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión	07/03/08	Vigente	

actividad minera	en Energía y Minería OSINERGMIN Nº 185-2008-OS-CD			
Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN	Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN Nº 205-2009-OS	04/11/09	Vigente	
Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones para las actividades de exploración minera y para las actividades de explotación minera por no contar con estudio de impacto ambiental y autorizaciones	Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN Nº 211-2009-OS-CD	30/11/09	Vigente	*CONSIDERANDO:* *Que, según lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley Nº 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, el Consejo Directivo está facultado para tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como aprobar la Escala de Multas y Sanciones;* *Que, conforme a la Ley Nº 28964, OSINERGMIN asumió la competencia para referida (*)NOTA SPIJ a las actividades de supervisión y fiscalización de Seguridad e Higiene Minera y de conservación y protección del Ambiente en las actividades mineras.* *Que, conforme al artículo 13 de la Ley Nº 28964, para el ejercicio de las funciones de fiscalización y supervisión de las actividades mineras, el Consejo Directivo de OSINERGMIN está facultado para tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como para graduar las sanciones.* *Que, conforme al artículo 22 del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM, la función normativa de carácter general es ejercida de manera exclusiva por el Consejo Directivo del OSINERGMIN a través de resoluciones.* *Que, la Gerencia de Fiscalización Minera ha presentado un proyecto de resolución que aprueba la Tipificación de Infracciones y la Escala de Multas y Sanciones para las actividades de exploración minera y para las actividades de explotación minera por no contar con estudio de impacto ambiental y autorizaciones, con la finalidad de facilitar la labor de supervisión y fiscalización de las actividades mineras.*

Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN	Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN Nº 233-2009-OS-CD	11/12/09	Vigente	
Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental	Ley Nº 29325	05/03/09	Vigente	
Reglamento de Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales presentados al Ministerio	*Resolución Ministerial N°* 728-99-EM-VMM	09/01/00	Derogado	
Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas	Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM-DM	21/12/02	Derogado	***Artículo 11.- Participación ciudadana para otros estudios ambientales*** *Para los siguientes tipos de Estudios Ambientales, no se requiere de la realización de Audiencia Pública, sino solamente poner a disposición del público interesado el contenido del mismo:* *a. Exploración minera: EA.* *b. Hidrocarburos: EIAP, EIA de grifos con capacidad menor a 4500 gl.* *c. Electricidad: EIA para distribución menor a 30 MW* *d. PAMA para pequeños mineros y mineros artesanales.* *Para tal efecto, el Titular del proyecto presentará un ejemplar del mismo a la Municipalidad Distrital, a la DREM de la zona en la que se desarrolle el proyecto y dos (2) ejemplares a la DGAA del Ministerio de Energía y Minas.* *La disposición de dichos Estudios se harán de conocimiento público a través de:* *a. Un aviso en el Diario Oficial El Peruano; y,* *b. Un aviso en un diario de la región de mayor circulación donde se desarrollará el proyecto,* *Dichos avisos serán publicados dentro de los diez (10) días calendario siguientes al ingreso del Estudio en el Ministerio de Energía y Minas. Las copias de las páginas completas de dichas*

				publicaciones, en las que pueda apreciarse claramente la fecha y diario utilizado, serán remitidas por el Titular a la DGAA dentro de un plazo máximo de diez (10) días calendario siguientes a la publicación del aviso, bajo apercibimiento de ser considerado como no presentado el Estudio Ambiental. Dichas publicaciones correrán por cuenta del Titular solicitante.
Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero	Decreto Supremo Nº 028-2008-EM	27/05/08	Vigente	
Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero	Resolución Ministerial Nº 304-2008-MEM-DM	27/05/08	Vigente	
Reglamento de Investigaciones Arqueológicas	Resolución Suprema Nº 004-2000-ED	25/01/00	Vigente	**De los Certificados de Inexistencia de Restos Arqueológicos** **Artículo 65.-** Sólo se expedirán Certificados de Inexistencia de Restos Arqueológicos después de ejecutado el Proyecto de Evaluación Arqueológica de Reconocimiento con o sin excavaciones, según sea el caso. 1. En el caso que el área sea menor de cinco hectáreas, la supervisión podrá hacerla directamente la Dirección General de Patrimonio Arqueológico del Instituto Nacional de Cultura. 2. En el caso que se superen los límites establecidos en el numeral 1. como son las líneas de transmisión eléctrica, tuberías, carreteras y otras obras semejantes, se requerirá de un proyecto presentado por un arqueólogo de acuerdo a las disposiciones contempladas en el Artículo 8 del presente Reglamento. **Artículo 66.-** La solicitud deberá dirigirse a la Dirección Ejecutiva del Instituto Nacional de Cultura, adjuntando dos (2) copias de los planos de ubicación y perimétricos, firmados por el ingeniero a cargo de las obras y el arqueólogo a cargo del Proyecto, tres reducciones de los planos indicados en formato A3, dos copias de la memoria descriptiva visadas por los profesionales antes mencionados y el comprobante de pago correspondiente según lo dispuesto por el Texto Unico de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Instituto Nacional de Cultura. **Artículo 67.-** Los Certificados de Inexistencia de Restos Arqueológicos serán aprobados por la Comisión Nacional Técnica de Arqueología, y serán expedidos por la Dirección Ejecutiva del Instituto Nacional de Cultura.

Aprovechamiento de Recursos Naturales

Tipo	N°	Fecha	Vigencia	Contenido
Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales	Ley 26821	26/06/97	Vigente	Respecto al dominio de los recursos naturales que tiene el Estado se establece que: *"(...) mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos mediante concesión, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos"* (Art. 4°).
Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería	Decreto Supremo Nº 014-92-EM	03/06/92	Vigente	**T.P. II.** Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. El Estado evalúa y preserva los recursos naturales, debiendo para ello desarrollar un sistema de información básica para el fomento de la inversión; norma la actividad minera a nivel nacional y la fiscaliza de acuerdo con el principio básico de simplificación administrativa. El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones. **Artículo 9.-** La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM). La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.
Reglamento de Procedimientos Mineros	Decreto Supremo N° 018-92-EM	08/09/92	Vigente	El artículo 23°, modificado mediante el Decreto Supremo N° 059-2008-EM, dispone la precisión que – a despecho de lo señalado por el artículo 9° del T.U.O. de la Ley General de Minería – el otorgamiento del título de una concesión minera no autorizaba por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración y explotación, si previamente no se contaba – entre otros requisitos – con el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del predio superficial o la culminación del procedimiento de servidumbre minera. Debiéndose incluir esta precisión en el título que otorga la concesión minera; la cual, lamentablemente no se hizo con anterioridad, a pesar que la obligación existía legalmente desde la publicación de la Ley N° 26505 en julio de 1995.
Modifican el Reglamento de Procedimientos Mineros de la Ley General de Minería	Decreto Supremo Nº 059-2008-EM	20/11/08	Vigente	**Artículo 1.- Modifíquese el artículo 23 del Reglamento de Procedimientos Mineros de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo Nº 018-92-EM, con el siguiente texto:** "**Artículo 23.-** El título de la concesión minera deberá contener la misma información exigida por

				el numeral 1) del artículo 17 del presente Reglamento y, en su caso, la identificación de las áreas de los petitorios o concesiones mineras anteriores con coordenadas UTM, que deberán ser respetadas por el nuevo concesionario. El título de concesión no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, sino que previamente el concesionario deberá: a) Gestionar la aprobación del Instituto Nacional de Cultura de las declaraciones, autorizaciones o certificados que son necesarios para el ejercicio de las actividades mineras. b) Contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad ambiental competente, con sujeción a las normas de participación ciudadana. c) Obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o la culminación del procedimiento de servidumbre administrativa, conforme a la reglamentación sobre la materia. d) Obtener las demás licencias, permisos y autorizaciones que son requeridos en la legislación vigente, de acuerdo con la naturaleza y localización de las actividades que va a desarrollar. Esta precisión deberá constar en el título de la concesión minera."
Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente	Decreto Supremo Nº 016-93-EM	01/05/93	Vigente	**Artículo 20.-** El concesionario minero y/o de beneficio que proyecte realizar ampliaciones de producción en sus operaciones o de tamaño de planta de beneficio superiores al 50%, se sujeta a lo dispuesto en la parte final del inciso 3. del artículo 7 del presente reglamento, debiendo presentar un nuevo Estudio de Impacto Ambiental, salvo que se encuentre en alguno de los supuestos indicados a continuación: a) Ampliaciones de producción en sus operaciones sin afectar nuevas áreas o exceder los límites de las áreas que fueron determinadas y evaluadas en el EIA o PAMA de la concesión de beneficio vigente. b) En el caso de recrecimiento de relaveras, pads de lixiviación y desmonteras, cuando el recrecimiento o ampliación de estos componentes no afecte nuevas áreas o no exceda los límites de las áreas que fueron determinadas y evaluadas para dichos componentes en el EIA o PAMA que los consideró. c) Cuando se trate de mejoras tecnológicas en la planta o sustitución de equipos, siempre que no implique un mayor consumo de agua o nuevas áreas no consideradas en el EIA o PAMA. Para los efectos de este artículo el porcentaje de ampliación de la producción en las operaciones o del tamaño de la planta de beneficio se medirá sobre la capacidad de producción aprobada en su

				último Estudio de Impacto Ambiental o Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, según corresponda.
Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera	Decreto Supremo Nº 038-98-EM	30/11/98	Derogado	
Modifican Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera	Decreto Supremo Nº 014-2007-EM	10/03/07	Derogado	**Artículo 1.- Modificación del Reglamento** Modifíquense los artículos 3, 4, 5, 6 y 9 del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera (el Reglamento) aprobado mediante Decreto Supremo Nº 038-98-EM
Establecen Disposiciones Generales para la aplicación del Silencio Administrativo Negativo en procedimientos tramitados ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros	Decreto Supremo Nº 036-2006-EM	05/07/05	Vigente	De conformidad con el Artículo 7 del Decreto Supremo N° 014-2007-EM, publicado el 10 marzo 2007, se excluye del ámbito de aplicación del presente Decreto a las actividades de exploración minera.
Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera	Decreto Supremo Nº 020-2008-EM	02/04/08	Vigente	**Artículo 5.-** Sobre los estudios ambientales comprendidos en este Reglamento El presente Reglamento norma los requisitos y el procedimiento a considerar para la formulación y evaluación de los estudios ambientales, así como las atribuciones de la DGAAM del Ministerio de Energía y Minas, en lo concerniente a la determinación de la viabilidad ambiental de un proyecto de exploración minera. Antes de iniciar actividades de exploración minera, el titular debe contar con el correspondiente estudio ambiental aprobado, con excepción de las actividades de cateo y prospección que son libres en todo el territorio nacional, aún cuando no podrán efectuarse por terceros en áreas donde existan concesiones mineras, áreas de no admisión de denuncios y terrenos cercados o cultivados, salvo previo permiso escrito de su titular o propietario. Es prohibido el cateo y la prospección en zonas urbanas o de expansión urbana, en zonas reservadas para la defensa nacional, en zonas arqueológicas y sobre bienes de uso público, salvo autorización previa de la entidad competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del TUO de la Ley General de Minería aprobado mediante Decreto Supremo Nº 014-92-EM.
Términos de referencia comunes para la	Resolución Ministerial Nº 167-	10/04/08	Vigente	

Declaración de Impacto Ambiental - Categoría I y Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado - Categoría II	2008-MEM/DM			
Establecen compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias	Decreto Supremo Nº 042-2003-EM	13/12/03	Vigente	**Artículo modificado por Decreto Supremo N° 052-2010-EM,** "Artículo 1.- Del requisito para la presentación de la solicitud de petitorio minero. Agréguese como literal i) del numeral 1) del artículo 17 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo Nº 018-92-EM, con el siguiente texto: **i) Compromiso Previo en forma de Declaración Jurada del peticionario, mediante el cual se compromete a: a)** Enfoque de Desarrollo Sostenible**; b)** Excelencia Ambiental y Social**; c)** Cumplimiento de Acuerdos**; d)** Relacionamiento Responsable**; e)** Empleo Local**; f)** Desarrollo Económico**; g)** Diálogo Continuo"
Aprueban Formato de Declaración Jurada Anual de Actividades de Desarrollo Sostenible a que se refiere el D.S. N° 042-2003-EM	Resolución Ministerial Nº 192-2008-MEM/DM -	25/04/08	Vigente	
Ley Especial que Regula el Otorgamiento de Concesiones Mineras en Áreas Urbanas y de Expansión Urbana	Ley Nº 27015	19/12/98	Vigente	
Ley de Áreas Naturales Protegidas	Ley N° 26834	04/07/97	Vigente	
Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas	Decreto Supremo Nº 038-2001-AG	26/06/01	Vigente	***Artículo 116.- Procedimientos para operaciones de hidrocarburos o de minería*** *En caso de las actividades de hidrocarburos o de minería que se superpongan en todo o en parte con un Area Natural Protegida o su Zona de Amortiguamiento, se observa el siguiente procedimiento:* *a) La autoridad sectorial competente debe coordinar previamente con el INRENA, para definir la compatibilidad de la actividad con la naturaleza jurídica y condiciones naturales del área involucrada.* *b) De existir la compatibilidad, la Dirección General emite una Directiva que establezca los condicionantes legales y técnicos que supone*

				operar en el área involucrada, siempre buscando las mejores prácticas posibles; *c) Para el caso de tramitación de petitorios mineros ubicados en estas zonas, la concesión respectiva sólo puede otorgarse previo informe técnico favorable del INRENA;* *d) La autoridad sectorial competente solicita al INRENA aportes a ser incorporados a los Términos de Referencia para la elaboración del EIA;* *e) El EIA, debe incluir procedimientos de consulta pública, la cual se realiza en coordinación entre el sector correspondiente y el INRENA;* *f) El EIA debe tener como mínimo el contenido establecido en el Artículo 95 del Reglamento y debe recibir la opinión técnica previa favorable del INRENA;* *g) Se promueve el monitoreo independiente para la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales derivadas del EIA;* *h) La Autoridad Sectorial Competente debe coordinar con el INRENA sus actividades en el área involucrada;* *i) Las actividades propias de la operación como ingreso de personal, traslado de materiales, entre otros, deben estar contempladas en los Planes aprobados por la autoridad competente y ratificados por la Dirección General; sin perjuicio de ello, la empresa operadora debe solicitar en cada caso, las autorizaciones correspondientes al INRENA.*(*) **(*) Artículo modificado por el <u>Artículo 1 del Decreto Supremo Nº 003-2011-MINAM</u>**
Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas	Ley N° 26505 (Ley de Tierras)	18/07/95	Vigente	**Artículo 7.-** La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley. En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburos, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas. **Artículo 11.-** Para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá del Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad.
Reglamento del Articulo 7º de la Ley Nº 26505, (Referido a las servidumbres	Decreto Supremo Nº 017-96-AG	19/10/96	Vigente	

sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de Hidrocarburos)				
Decreto Legislativo que aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario	Decreto Legislativo N° 1064	28/06/08	Derogado	***Artículo 6.- De la propiedad territorial de las Comunidades Campesinas*** *6.1. La propiedad territorial de las Comunidades Campesinas está integrada por las tierras originarias de la Comunidad Campesina, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas dentro del proceso de Reforma Agraria.* *6.2. Las tierras originarias comprenden las tierras que la Comunidad Campesina viene poseyendo así como aquéllas respecto de las cuales cuenten con títulos.* *6.3. Las Comunidades Campesinas que carezcan de tierras o las tengan en cantidad insuficiente tienen prioridad para la adjudicación de las tierras colindantes que hayan revertido al dominio del Estado por abandono.* ***Artículo 8.- De las servidumbres*** *8.1. Las tierras de uso agrario quedan sujetas a las siguientes servidumbres: (i) Servidumbres ordinarias; (ii) Servidumbres de libre tránsito por los puentes, oroyas y caminos existentes y aquellos que se construyan en el futuro; y, (iii) Servidumbres de libre paso de oleoductos, gaseoductos, mineroductos, instalaciones para la exploración y explotación minera y petrolera, instalaciones para el servicio público de telecomunicaciones, líneas de transmisión de energía, vías de comunicación de toda especie, obras para irrigación y drenaje establecidas o que sea necesario establecer, así como las que demande su operación y mantenimiento.*
Decreto Legislativo que unifica los procedimientos de la comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la selva con las de la costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria	Decreto Legislativo Nº 1015	20/05/08	Derogado	***Artículo Único.-*** *Modificación del artículo 10 de la Ley Nº 26505,* *"Artículo 10.- Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas deberán regularizar su organización comunal de acuerdo con los preceptos Constitucionales y la presente Ley.* *Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas y Nativas, la regularización del derecho de propiedad se regirá por las siguientes normas:* *a) Para la adquisición en propiedad por parte de posesionarios comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, el acuerdo de Asamblea General de la Comunidad requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros posesionarios con más de un año. Para los efectos de la adquisición por el actual posesionario, la entrega de las parcelas se acredita con el documento extendido por la Comunidad a su favor.* *b) Para la adquisición en propiedad por parte*

				de miembros de la comunidad no posesionarios o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales, se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente". ***DCD Única.-*** *Deróguese el artículo 11 de la Ley Nº 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas; así como toda otra disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente norma.*

Comunidades Campesinas

Tipo	N°	Fecha	Vigencia	Contenido
Ley General de Comunidades Campesinas	Ley Nº 24656	14/04/87	Vigente	**Artículo 2.-** Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país. Constituyen Anexos de la Comunidad, los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorio comunal y reconocidos por la Asamblea General de la Comunidad. **Artículo 3.-** Las Comunidades Campesinas en el desarrollo de su vida institucional se rigen por los principios siguientes: a) Igualdad de derechos y obligaciones de los comuneros; b) Defensa de los intereses comunes; c) Participación plena en la vida comunal; d) Solidaridad, reciprocidad y ayuda mutua entre todos sus miembros; y, e) La defensa del equilibrio ecológico, la preservación y el uso racional de los recursos naturales.
Declaran de necesidad nacional e interés social el deslinde y la titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas	Ley N° 24657	14/04/87	Vigente	**Artículo 1.-** Declárense de necesidad nacional e interés social, el deslinde y la titulación del territorio de las Comunidades Campesinas. **Artículo 2.-** El territorio comunal está integrado por las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden: las que la Comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos. En caso de controversia sobre esos títulos, el Juez

				competente calificará dichos de instrumentos.
Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa	Ley Nº 26845	26/07/97	Vigente	
Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario	Decreto Legislativo Nº 653	01/08/91	Vigente	
Ley del Registro de Predios Rurales	Decreto Legislativo Nº 667	13/09/91	Vigente	
Disponen que el PETT asuma competencia en procedimiento de deslinde y titulación de comunidades campesinas en los departamentos de Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho y otros	Resolución Directoral Ejecutiva Nº 085-2002-AG-PETT	17/07/02	Derogada	**Artículo 1.-** Asumir competencia en el procedimiento de Deslinde y Titulación de las Comunidades Campesinas en los departamentos de Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cusco, La Libertad, Huancavelica, Huánuco y Puno. **Artículo 2.-** Notificar la presente resolución a las Direcciones Regionales Agrarias de Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cusco, La Libertad, Huancavelica, Huánuco, y Puno.
Dan por concluido proceso de fusión entre el Proyecto Especial Titulación de Tierras y Catastro Rural - PETT y el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI en calidad de entidad incorporante	Resolución Ministerial Nº 183-2007-VIVIENDA	12/06/07	Vigente	

II. COMENTARIO AL REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO ENERGÉTICAS – DECRETO SUPREMO Nº 023-2011

El presente Reglamento tiene su génesis en la obligación impuesta por el Tribunal Constitucional (TC) al Ministerio de Energía y Minas (MINEM) como resultado de la sentencia dictada en el proceso Nº 05427-2009-PC/TC de fecha 30 de junio de 2010, en la cual se dispuso que dicho Ministerio, dentro de su marco de competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, respecto de las actividades mineras y energéticas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1, 2 del artículo 6º y el numeral 2 del artículo 15º del Convenio 169 de la OIT.

En ese sentido, la norma dispone que el MINEM, PERUPETRO S.A., INGEMMET, IPEN, OSINERGMIN y los Gobiernos Regionales a través sus Direcciones Regionales de Energía y Minas o las que hagan de sus veces en el ámbito de las competencias transferidas son las entidades responsables de llevar a cabo los procesos de consulta.

Consideraciones iniciales[1]

Es preciso iniciar el presente comentario señalando un vació que considero clave para la eficacia de lo dispuesto en el presente reglamento. La misma gira en torno a aplicación del derecho de consulta a los pueblos indígenas que reconoce el Decreto Supremo, que sin embargo, no plantea una salida a la pregunta: ¿Quiénes conforman los "Pueblos Indígenas" en el Perú? Es decir, quienes son los beneficiarios o interlocutores a quienes debe legítimamente favorecerse con el procedimiento establecido en la ley.

En ese sentido, ya se ha afirmado en la presente tesis que la solución al problema de los Pueblos Indígenas y los conflictos sociales en el Estado y ello, pasa por redefinir las normas que establecen su reconocimiento; es decir, pasa por la responsabilidad del Estado quien asume la responsabilidad de identificarlas a través de mecanismos de análisis social, antropológico, cultural y económico, que sirva para actualizar además el marco legal (obsoleto) de Comunidades Campesinas y Nativas por uno más adecuado al concepto de Pueblos Indígenas, más acorde a las tendencias de reconocimiento de derechos establecidas a nivel internacional y que permita que estos grupos de ciudadanos recibir una protección especial a sus territorios y sean favorecidos con procedimientos administrativos como el bajo comentario.

Para ello es necesario, tal como se ha indicado en la presente investigación, la constitución de una Autoridad Nacional en temas Indígenas; en otras palabras, que el actual INDEPA se constituya en la base de un Órgano Técnico Especializado con la suficiente autonomía administrativa y presupuestal para iniciar dicha tarea.

Si bien encargar al Ministerio de Cultura la inscripción de las organizaciones representativas indígenas de carácter nacional y las instituciones representativas de cada pueblo indígena, como señala la norma, en la práctica ello no soluciona el problema de

[1] El presente comentario se centrará en la aplicación del procedimiento de consulta a la medidas administrativas del sector minero, por ser este tema el aspecto más relevante en cuanto a lo desarrollado en la presente investigación; no obstante ello, debe indicarse que la consulta – tal como se ha establecido en el Reglamento – presenta un parte general a los tres sectores minería, energía (electricidad y geotermia) e hidrocarburos, desarrollando posteriormente consideraciones especificas para cada sector.

identificación de los destinarios legítimos de los procesos de consulta y otros beneficios que puedan aprobarse posteriormente.

Qué se consulta y los destinatarios o receptores del proceso

La norma reconoce en su artículo 2º que la finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas sobre las medidas del sector susceptibles de afectarlos directamente. Para lo cual, el Estado asume el deber de determinar si sus intereses serían perjudicados directamente y en qué medida.

En ese sentido, se ha clasificado en dos categorías las medidas objeto de consulta:

1. **Medida normativa**, referida a determinados temas que involucren legislación de carácter general, donde se requiera establecer en algunos puntos, referencias específicas a los pueblos indígenas; en cuyo caso se consultarán únicamente los puntos específicos si tales modifican directamente su situación jurídica. Los responsables de su aplicación son las diferentes Direcciones Generales del MINEM, según corresponda.

2. **Medida Administrativa,** referido a los actos administrativos que contiene declaraciones destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones y/o derechos de administrados y que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas dentro de una situación concreta. En estos casos, los responsables de la ejecución del proceso de consulta son el MINEM, sus organismos adscritos, PERÚPETRO S.A. y OSINERGMIN.

Ahora bien, conforme al artículo 4º, el procedimiento de consulta se rige por los siguientes Principios: a) Buena Fe, b) Flexibilidad, c) Transparencia; d) Oportunidad; e) Interculturalidad, y f) Representatividad.

De los mismos, se puede señalar que buscan sentar las bases necesarias para generar la confianza de la cual ha carecido sistemáticamente el Ministerio de Energía y Minas durante los distintos procesos de participación ciudadana en cada uno de sus sub sectores. En la norma destaca una vocación por alcanzar consensos y no caer en la displicencia que ha caracterizado el cumplimiento de muchos de los acuerdos y compromisos firmados en las mesas de negociación que se constituyen para resolver cada uno de conflictos sociales.

Asimismo, el artículo 5º ha dispuesto que en el caso de las medidas normativas, el proceso de consulta se realice a las organizaciones representativas indígenas de carácter nacional, debidamente acreditadas ante el Ministerio de Cultura. Para el caso de las medidas administrativas, la consulta será realizada a las instituciones representativas de cada pueblo indígena susceptible de ser afectado directamente, elegidas de acuerdo a los usos y costumbres, debidamente acreditadas ante el Ministerio de Cultura.

Del Proceso de Consulta

Señala el artículo 8º: *"La entidad que instruye el procedimiento, evaluará si la medida a adoptar es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. De concluir que lo es, dicha entidad será responsable de ejecutar el proceso de consulta (...)".*

En principio esta afirmación reconoce cierta discrecionalidad a la entidad responsable de ejecutar la consulta. En esa medida, es necesario establecer de manera

explícita cuales serán aquellas "consideraciones" que serán evaluadas, dado que sin estas precisiones, cualquier mecanismo que busque mejorar la relación entre los Pueblos Indígenas y las actividades minero-energéticas será impracticable.

No obstante ello, es importante indicar que en el último párrafo del artículo 7° ya encontramos algunos alcances: *"Se considera que la medida administrativa o normativa, afecta directamente a los pueblos indígenas cuando produce entre otros, cambios sobre su identidad, cultura o derechos sobre las tierras que habitan"*.

Ahora bien, la estructura del procedimiento considerado en la norma es el siguiente:

a. Establecido concretamente el tema a consultar y en qué medida el mismo afectaría directamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas, la entidad responsable remitirá información oportuna y accesible, en forma transparente (…) empleando métodos y procedimientos culturalmente adecuados para los pueblos indígenas. La institución indígena tendrá veinte (20) días hábiles para evaluar los impactos de la misma.

b. Vencido el plazo anterior, la entidad responsable de la consulta convocará a los representantes para iniciar el proceso de diálogo, el cual tendrá un plazo de duración de veinte (20) días hábiles.

c. Como resultado del diálogo se levantará un Acta la cual será suscrita por los participantes, dándose por concluido la consulta.

d. En caso no se llegue a un acuerdo, se dará por concluida la primera fase del diálogo, para ello se levantará un Acta donde se dejará constancia de los puntos donde existe acuerdo y desacuerdo, las misma que deberá ser suscrita por los participantes del diálogo.

e. En un plazo no mayor a seis (06) días de culminada la primera fase se deberá convocar a la segunda fase del diálogo, para lo cual se aplicará los mismo procedimiento de la primera. El resultado de esta segunda etapa será suscrita en una nueva Acta, la cual deberá ser firmada por los participantes.

f. Si a pesar de los esfuerzos realizados por la partes, no se alcanza acuerdo alguna, la entidad que propone la medida, **podrá dictarla o desistirse de ella.** En caso se dictará, dicho acto deberá ser motivado incluyendo en su parte considerativa o en la exposición de motivos, el análisis del resultado del proceso de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT y la Constitución del Perú, atendiendo, en lo que sea pertinente, a las peticiones y observaciones expresadas por los representantes de las instituciones representativas de los pueblos indígenas durante el proceso de consulta.

Del procedimiento descrito, sin duda, lo más relevante se encuentra en lo señalado en el literal f). Dicha disposición deja en claro que la consulta y la oposición de los pueblos indígenas no constituyen un derecho de veto a las medidas administrativas o normativas que busque implementar el Sector Energía y Minas; manteniendo incólume con ello, el principio de soberanía que tiene el Estado Peruano respecto al aprovechamiento de sus recursos naturales.

No obstante ello, la norma dispone como aspecto resaltante que se deberá "fundamentar su decisión en un acto motivado que incluya en su parte considerativa o

en la exposición de motivos, el análisis del resultado del proceso de consulta, el contenido del acta de consulta, en el marco del Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política del Perú". Este aspecto debe ser tomado como un requisito formal de la Resolución, que en caso no sea observada por el funcionario competente haría incurrir su decisión en acto administrativo nulo.
Por otra parte, considero que esta disposición permite verificar si el proceso de consulta fue en la práctica una mero trámite donde no se materializo un voluntad real de alcanzar un acuerdo o si por el contrario, la decisión de la administración pública ha sido tomada teniendo en cuenta las observaciones de los pueblos indígenas, buscando incorporar al máximo posible sus pero sin desconocer la soberanía de la Nación sobre los recursos naturales.

Asimismo, resulta relevante detallar que la norma ha considerado que en los casos donde no existan la garantías para la realización del diálogo, ni se cuente con la seguridad adecuada, la entidad responsable puede suspender el proceso de consulta, dándose por concluida la primera fase diálogo; para ello, se deberá emitir un informe debidamente motivado sobre los hechos o circunstancias que originan la suspensión del proceso; aunque la misma, no existe la obligación de la entidad responsables de ejecutar la segunda fase del proceso de consulta.

Finalmente si se presentarán condiciones que imposibilitaran la realización del proceso de consulta, luego de diez (10) días hábiles de suspendido el proceso, se convocará nuevamente a los interlocutores de los pueblos indígenas a reiniciar el diálogo; en caso persista la negativa, se dará por concluido el proceso de consulta. Acto seguido, la entidad evaluará la pertinencia de adoptar o no la medida; en caso la apruebe deberá informar a los representantes de los pueblos indígenas o a las instituciones representativas de la medida adoptada.

La aplicación del proceso de consulta en el sector minero

Se ha considerado como medidas administrativas materia de consulta en el sector minero: 1) El otorgamiento de concesiones mineras, y 2) El otorgamiento de concesiones de beneficio, labor general y de transporte minero; siempre y cuando estás sean susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.

En cuanto al primer supuesto, detalla la norma que cuando se solicite el otorgamiento de una o más concesiones mineras en cuya área existiera uno o más pueblos indígenas deberá presentar adicionalmente a su solicitud de petitorio ante el INGEMMET o al Gobierno Regional correspondiente, la **"Información básica del Proyecto"** cuyo contenido será aprobado por Resolución Ministerial del Sector Energía. De manera excepcional, cabe la acumulación del proceso de consulta respecto de varios petitorios mineros de uno o varios peticionarios, siempre que el pueblo indígena susceptible de ser afectado sea el mismo.

Señalado esto, es necesario citar textualmente el artículo correspondiente:

> ***Artículo 16º.- De la "Información básica del Proyecto" y el otorgamiento de la Concesión Minera***
>
> *16.1 El peticionario tendrá hasta un (01) año, contando desde la fecha en que se solicitó el petitorio, para la presentación de la "Información básica del Proyecto". Una vez recibido dicho documento, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente luego de verificar el cumplimiento de los requisitos que debe contener la Información*

básica del Proyecto, iniciará el proceso de Consulta en aplicación de lo establecido en los Títulos I y II del presente Reglamento.
16.2 Una vez concluido el proceso de consulta, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente, emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la(s) concesión(es) solicitada(s). Dicho acto deberá ser motivado, incluyendo en su parte considerativa o en su exposición de motivos, el análisis del resultado del proceso de Consulta y del contenido del Acta de Consulta, en el marco del Convenio N° 169 de la OIT y de la Constitución Política del Perú.
16.3 En caso el peticionario no cumpliera con presentar la "Información básica del Proyecto" en el plazo establecido en el numeral 16.1 del presente artículo, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente, declarará el abandono del procedimiento y el área peticionada como de libre denunciabilidad.

Lo más resaltante de este artículo es la ampliación del trámite para la obtención de una concesión minera, haciéndolo más extenso. No obstante ello, es importante resaltar que la norma enfrenta un hecho evidente y que ha constituido tema central de la presente tesis, que los conflictos sociales entre comunidades campesinas y empresas mineras se generan en muchos casos a partir de la superposición concesiones mineras sobre sus territorios comunales.

Resulta claro entonces que el otorgamiento de concesiones mineras sobre tierras de comunidades campesinas constituyo una vulneración a los derechos sobre su territorio. En esa medida, es trascendental que el Gobierno haya reconocido que – a pesar de retrasar la ejecución de las inversiones en el sector – era necesario que el derecho a la consulta se debía dar antes del otorgamiento de una concesión minera, pues si bien se reconoce ampliamente que este derecho no implica autorización para el inicio de actividades (dejando de lado la interpretación "inadecuada" que se realizaba en el pasado del artículo 9° del T.U.O. de la Ley General de Minería), su otorgamiento sin consulta enviaba un mensaje de desconcierto para las comunidades campesinas, expresando un favoritismo para el sector minero en contra de las poblaciones dentro del ámbito de influencia del proyecto, lo cual hacia más difícil el inicio cualquier diálogo entre los actores en conflicto.

Finalmente, debemos concluir el presente comentario, señalando que la aplicación de las disposiciones del presente Decreto Supremo se encuentran sujetos a la publicación de normas complementarias que otorguen la precisión necesaria para la eficacia de dicha norma; por lo tanto, hasta la publicación de los mencionados textos legales, el Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas será un feliz e intrascendente saludo a la bandera.

Artículo 3º.- Suscripción de documentos
Autorízase al Viceministro de Energía del Ministerio de Energía y Minas a suscribir, en representación del Estado de la República del Perú, el contrato a que se refiere el artículo 1º del presente decreto supremo.

Artículo 4º.- Refrendo
El presente decreto supremo será refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, y por el Ministro de Energía y Minas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los once días del mes de mayo del año dos mil once.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

ISMAEL BENAVIDES FERREYROS
Ministro de Economía y Finanzas

PEDRO SÁNCHEZ GAMARRA
Ministro de Energía y Minas

639212-3

EDUCACION

Designan integrantes de la Comisión que elabora el Proyecto de Desarrollo Institucional (PDI) de la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba

RESOLUCIÓN MINISTERIAL
Nº 0180-2011-ED

Lima, 11 de mayo de 2011

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Ley Nº 29620, se crea la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba, como persona jurídica de derecho público interno con sede en la ciudad de Quillabamba, provincia de La Convención, departamento de Cusco, sobre la base de las carreras profesionales de Agronomía Tropical, Ingeniería de Industria Alimentaria y Ecoturismo de la Universidad Nacional de San Antonio de Abad del Cusco con sede en la ciudad de Quillabamba;

Que, de acuerdo a la Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la referida Ley Nº 29620, en un plazo de quince (15) días a partir de la vigencia de dicha Ley, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Educación, designa a la Comisión que debe elaborar el Proyecto de Desarrollo Institucional (PDI) de la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba;

Que, en tal sentido, resulta necesario designar a la Comisión que elabora el Proyecto de Desarrollo Institucional (PDI) de la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba;

De conformidad, con lo dispuesto en la Ley Nº 29620, Ley que crea la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba y la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Designar a la Comisión que elabora el Proyecto de Desarrollo Institucional (PDI) de la Universidad Nacional Intercultural de Quillabamba, la cual estará integrada por las siguientes personas:

- Mario Efraín Góngora Santa Cruz, quien la preside;
- Baltazar Nicolás Cáceres Huambo;
- Adler Antero Canduelas Sabrera.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VÍCTOR RAÚL DÍAZ CHÁVEZ
Ministro de Educación

638733-1

ENERGIA Y MINAS

Aprueban Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas

DECRETO SUPREMO
Nº 023-2011-EM

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el 27 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión, la Organización Internacional del Trabajo - OIT, adoptó el Convenio Internacional Nº 169 OIT, denominado como el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes;

Que, el Convenio Nº 169 fue aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa Nº 26253, de fecha 2 de diciembre de 1993, y fue ratificado por el Perú, el 2 de febrero de 1994;

Que, mediante la Sentencia Nº 05427-2009-PC/TC del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de junio de 2010, se ordenó al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la Consulta de los pueblos indígenas, respecto de las actividades mineras y energéticas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1, 2 del artículo 6º y el numeral 2 del artículo 15º del Convenio Nº 169 de la OIT;

Que, el numeral 1 del artículo 6º del Convenio Nº 169 establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para dicho fin;

Que, el numeral 2 del artículo 6º del referido Convenio señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas;

Que, el numeral 2 del artículo 15º del Convenio Nº 169 señala que el Estado que tenga la propiedad de los recursos del subsuelo o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida;

Que, en ese sentido, resulta necesario reglamentar el proceso de Consulta recogida en el Convenio Nº 169 de la OIT, respecto de las medidas administrativas y normativas correspondientes al Sector Minero Energético;

En cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 05427-2009-PC/TC y de la Resolución Nº 15 de fecha 16 de noviembre de 2010, emitida por el Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales;

DECRETA:

Artículo 1º.- Aprobación del Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas.
Apruébese el Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas, el cual consta de tres (03) Títulos, dos (02) Capítulos, tres (03) Sub Capítulos,

veintisiete (27) Artículos, cuatro (04) Disposiciones Complementarias y dos (02) Disposiciones Transitorias.

Artículo 2º.- Derogación
Deróguese o déjense sin efecto las medidas que se opongan a lo dispuesto en el presente Reglamento.

Artículo 3º.- Refrendo
El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro de Energía y Minas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los once días del mes de mayo del año dos mil once.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

PEDRO SÁNCHEZ GAMARRA
Ministro de Energía y Minas

REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO ENERGÉTICAS

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Objeto del Reglamento.

1.1 El presente Reglamento tiene por objeto regular el procedimiento para la aplicación del derecho a la Consulta de los pueblos indígenas para las actividades minero energéticas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 6º y el numeral 2 del artículo 15º de Convenio Nº 169 de la OIT.

1.2 El Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO S.A., INGEMMET, IPEN, OSINERGMIN y los Gobiernos Regionales a través de las Direcciones Regionales de Energía y Minas o las que hagan sus veces en el ámbito de las competencias transferidas por el Sector Energía y Minas en el marco del proceso de descentralización, son las entidades del Sector Energía y Minas responsables de llevar a cabo y supervisar los procesos de Consulta.

Artículo 2º.- Finalidad de la Consulta.
La Consulta tiene por finalidad llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas sobre las medidas del Sector Minero Energético señaladas en el presente Reglamento, susceptibles de afectarlos directamente. Para tal efecto, el Estado deberá determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados directamente y en qué medida.

Artículo 3º.- Medidas objeto de la Consulta.
Son medidas administrativas y normativas del sector Energía y Minas materia de Consulta, en el ámbito de las actividades minero energéticas las siguientes:

a. Medida normativa.
Aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de carácter general, requiera establecer en algunos puntos, referencias específicas a los pueblos indígenas; en cuyo caso, se consultarán únicamente estos puntos específicos si tales modifican directamente la situación jurídica de los pueblos indígenas.

b. Medida Administrativa.
Acto administrativo que contiene declaraciones destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones y/o derechos de los administrados y que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas dentro de una situación concreta.

Las medidas administrativas aplicables que serán sometidas a Consulta se establecen en cada sub-sector en el presente Reglamento.

Artículo 4º.- Principios.

a. Buena Fe.
Tanto las entidades responsables de ejecutar el proceso de Consulta como los representantes y las instituciones representativas de los pueblos indígenas consultados deben facilitar el diálogo para el desarrollo del proceso de Consulta. Asimismo, ambas partes deben evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo o implementación de los acuerdos respecto de la medida materia de Consulta, evitando a su vez la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Se debe excluir prácticas sutiles, implícitas o expresas que atenten contra el proceso de Consulta, tanto por parte de las entidades que ejecutan el proceso de Consulta como por los representantes y las instituciones representativas de los pueblos indígenas, o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de Consulta. El uso de la violencia va en contra de este principio.

b. Flexibilidad.
El proceso de Consulta debe ser llevado a cabo de una manera apropiada a las circunstancias, teniendo en consideración la diversidad de pueblos indígenas existentes, la diversidad de sus costumbres y la posible afectación a sus intereses.

c. Transparencia.
Todos los involucrados en el proceso de Consulta participarán responsablemente, proporcionando la información necesaria, de forma oportuna, continua y accesible, empleando el idioma de los pueblos indígenas con un lenguaje sencillo, claro y culturalmente apropiado, así como los medios de comunicación adecuados de modo que se garantice un proceso de diálogo real. Este principio es de aplicación a las relaciones entre los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas y entidades responsables de ejecutar el proceso de Consulta.

d. Oportunidad.
El proceso de Consulta se debe llevar a cabo en forma previa a la toma de la decisión respecto de la medida administrativa o normativa.

e. Interculturalidad.
Toda relación desarrollada entre los pueblos indígenas, sus representantes e instituciones representativas y las autoridades de la administración pública debe llevarse a cabo en el marco de la interacción entre culturas distintas basada en la igualdad, la diversidad cultural, privilegiando el respeto, el diálogo y la concertación.

f. Representatividad.
Los pueblos indígenas que puedan resultar afectados directamente con la implementación de determinada medida, participan en el proceso de Consulta, a través de sus representantes elegidos acorde con sus procedimientos internos.

Artículo 5º.- Destinatarios o receptores del proceso de Consulta.

5.1 En el caso de medidas normativas, el proceso de Consulta se realizará a las organizaciones representativas indígenas de carácter nacional, debidamente acreditados ante el Ministerio de Cultura.

5.2 En el caso de las medidas administrativas, el proceso de Consulta se realizará a las instituciones representativas de cada pueblo indígena susceptible de ser afectado directamente, elegidas de acuerdo a los usos y costumbres, debidamente acreditadas ante el Ministerio de Cultura.

Artículo 6º.- Responsables de la ejecución del proceso de Consulta.
Para el caso de medidas administrativas susceptible de afectar a pueblos indígenas, el Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO, INGEMMET, IPEN, OSINERGMIN o los Gobiernos Regionales, a través de las Direcciones Regionales de Energía y Minas o las que hagan sus veces en el ámbito de las competencias transferidas por el Sector Energía y Minas en el marco del proceso de descentralización, según corresponda, serán responsables de efectuar el procedimiento de Consulta correspondiente. Para el caso de las medidas normativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas, las diferentes Direcciones Generales del Ministerio de Energía y Minas, según corresponda, serán responsables de efectuar el procedimiento de Consulta correspondiente.

Artículo 7º.- Evaluación de las medidas administrativas o normativas.
Las entidades responsables de llevar a cabo el procedimiento de Consulta, deberán evaluar si las medidas administrativas o normativas a ser adoptadas son susceptibles de afectar directamente a los pueblos

indígenas, calificando si procede o no realizar un proceso de Consulta respecto a las medidas que se prevean realizar.

Se considera que la medida administrativa o normativa, afecta directamente a los pueblos indígenas cuando produce, entre otros, cambios sobre su identidad, cultura o derechos sobre las tierras que habitan.

TÍTULO II

DEL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 8º.- Planificación del proceso de Consulta.

La planificación del Proceso de Consulta es aplicable a las medidas a que se refiere el Artículo 3º del presente Reglamento. La entidad que instruye el procedimiento, evaluará si la medida a adoptar es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. De concluir que lo es, dicha entidad será responsable de ejecutar el proceso de Consulta, para lo cual deberá cumplir lo siguiente:

Señalar a los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente. En el caso de medidas normativas deberá dirigirse a sus organizaciones indígenas representativas de carácter nacional. En el caso de medidas administrativas deberá dirigirse a las instituciones representativas de cada pueblo indígena susceptible de ser afectado directamente, debidamente elegidas de acuerdo a los usos y costumbres. En ambos casos, dicha representación deberá estar acreditada ante el Ministerio de Cultura.

Planificar el proceso de Consulta, considerando el idioma, usos y costumbres de los pueblos indígenas a ser consultados, definiendo de manera concreta la medida materia de Consulta y cómo esta afectaría directamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas.

Artículo 9º.- Del proceso de Consulta propiamente dicho.

El proceso aplicable a las medidas a que se refiere el Artículo 3º del presente Reglamento es el siguiente:

a. La entidad responsable, luego de cumplido lo expuesto en el artículo anterior, remitirá información oportuna y accesible, en forma transparente, empleando métodos y procedimientos culturalmente adecuados sobre la medida a los representantes de los pueblos indígenas. Dichas instituciones tendrán un plazo de veinte (20) días hábiles para evaluar las implicancias de la medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.

b. Culminado el plazo anterior, la entidad responsable del proceso de Consulta convocará a representantes de los pueblos indígenas a iniciar el proceso de diálogo sobre la medida materia de Consulta; dicho proceso tendrá un plazo máximo de duración de veinte (20) días hábiles.

c. Como resultado del proceso de diálogo se levantará un Acta la cual será suscrita por el representante de la entidad responsable del proceso de Consulta y los representantes de los pueblos indígenas, dándose por concluido el proceso de Consulta.

d. En caso no se llegue a un acuerdo, la entidad responsable de llevar a cabo el proceso de Consulta dará por concluida una primera fase de diálogo. Para tal efecto, se dejará constancia en un Acta de los asuntos sobre los cuales existe acuerdo y desacuerdo. Dicha Acta deberá ser suscrita por los representantes de la entidad responsable del proceso y por los representantes de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

e. La entidad responsable de ejecutar el proceso de Consulta convocará, en un plazo no mayor a seis (06) días hábiles contados desde la fecha de culminación de la primera fase, a una segunda fase de diálogo, para lo cual se aplicarán los mismos procedimientos y plazos establecidos para la primera fase antes referida. De igual manera, los acuerdos a los que se arribe constarán en una segunda Acta, la cual será suscrita por el representante de la entidad responsable del proceso de Consulta y los representantes de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, dándose por concluido el proceso.

f. Si a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza acuerdo alguno, la entidad que propone la medida, podrá dictarla o desistirse de ella. En caso se dictara la medida, dicho acto deberá ser motivado incluyendo en su parte considerativa o en la exposición de motivos, el análisis del resultado del proceso de Consulta en el marco del Convenio Nº 169 de la OIT y la Constitución Política del Perú, atendiendo, en lo que sea pertinente, las peticiones y observaciones expresadas por los representantes de las instituciones representativas de los pueblos indígenas durante el proceso de Consulta.

Artículo 10º- Decisión.

La entidad responsable de ejecutar el proceso de Consulta, dependiendo del nivel del perjuicio que podría ocasionar la medida, procederá a evaluar su decisión de adoptarla, adecuarla o desistirse de ella, considerando la importancia de ésta para el interés nacional y el desarrollo sostenible. Asimismo, debe fundamentar su decisión en un acto motivado que incluirá en su parte considerativa o en la exposición de motivos, el análisis del resultado del proceso de Consulta, el contenido del Acta de Consulta, en el marco del Convenio Nº 169 de la OIT y la Constitución Política del Perú.

La Entidad responsable de ejecutar el proceso de Consulta debe comunicar a los representantes de los pueblos indígenas la decisión adoptada.

Artículo 11º.- Suspensión del proceso de Consulta.

En caso que durante el proceso de Consulta no se cuente con las garantías para la realización del diálogo entre las partes involucradas ni tampoco se cuente con la seguridad adecuada, la entidad responsable de ejecutar el proceso de Consulta puede suspender la ejecución de los actos contenidos en el Artículo 9º, dándose por concluida la primera fase de diálogo. Para ello, la entidad responsable emitirá un informe debidamente motivado sobre los hechos o circunstancias que originan la suspensión del proceso.

La suspensión del proceso a que se refiere el párrafo anterior no exime la obligación de la entidad responsable de ejecutar la segunda fase del proceso de Consulta.

Artículo 12º.- Imposibilidad de realizar el proceso de Consulta.

12.1 En caso no exista disposición por parte de los representantes de los pueblos indígenas y/o de las instituciones representativas de los pueblos indígenas para que se lleve a cabo el proceso de Consulta, la entidad responsable de ejecutar dicho proceso, luego de un plazo de diez (10) días hábiles de suspendido el proceso, convocará nuevamente a dichos representantes o instituciones a reiniciar el proceso de diálogo sobre la medida administrativa o normativa materia de Consulta.

12.2 En caso persista la negativa por parte de los representantes de los pueblos indígenas y/o de las instituciones representativas de los pueblos indígenas para la consecución del diálogo, la entidad proponente de la medida administrativa o normativa dará por concluido el proceso de Consulta.

12.3 Acto seguido, la entidad que propone la medida administrativa o normativa evaluará la pertinencia de la adopción de dicha medida, pudiendo adoptarla o desistirse de ella.

12.4 En caso la entidad que propone la medida administrativa o normativa adoptada o aprueba dicha medida, deberá informar a los representantes de los pueblos indígenas o a las instituciones representativas de los pueblos indígenas de la medida administrativa o normativa adoptada.

Artículo 13º.- De la participación de facilitadores, intérpretes y asesores en el proceso de Consulta.

La entidad responsable de ejecutar el proceso de Consulta puede convocar a facilitadores e intérpretes debidamente capacitados, previo acuerdo con los representantes de los pueblos indígenas o de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

Las instituciones representativas de los pueblos indígenas pueden contar con asesores durante el proceso de Consulta. En ningún caso, dichos asesores tendrán facultades de representación.

TÍTULO III

APLICACIÓN SECTORIAL DEL PROCESO DE CONSULTA

CAPÍTULO 1

SECTOR MINERÍA

Artículo 14º.- Medidas administrativas materia de Consulta en el Sub-Sector Minero.

Las medidas administrativas materia de Consulta son: el otorgamiento de concesiones mineras, concesiones

de beneficio, de labor general y de transporte minero, susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.

El proceso de Consulta se efectuará de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en los Títulos I y II del presente Reglamento.

Artículo 15º.- Del Otorgamiento de Concesión Minera.

La persona natural y/o jurídica que, según lo establecido por el Artículo 118º del Decreto Supremo Nº 014-92-MEM, TUO de la Ley General de Minería, solicite el otorgamiento de una o más concesiones mineras en cuya área existiera uno o más pueblos indígenas, deberá presentar adicionalmente a su solicitud de petitorio ante el INGEMMET o al Gobierno Regional correspondiente, la "Información básica del Proyecto" cuyo contenido será aprobado por Resolución Ministerial del Sector Energía y Minas.

De manera excepcional, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente podrá determinar la acumulación del proceso de Consulta respecto de varios petitorios mineros de uno o varios peticionarios, siempre que el pueblo indígena susceptible de ser afectado sea el mismo.

Artículo 16º.- De la "Información básica del Proyecto" y el otorgamiento de la Concesión Minera.

16.1 El peticionario tendrá hasta un (01) año, contado desde la fecha en que solicitó el petitorio, para la presentación de la "Información básica del Proyecto". Una vez recibido dicho documento, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente luego de verificar el cumplimiento de los requisitos que debe contener la Información básica del Proyecto, iniciará el proceso de Consulta en aplicación de lo establecido en los Títulos I y II del presente Reglamento.

16.2 Una vez concluido el proceso de Consulta, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente, emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la(s) concesión(es) solicitada(s). Dicho acto deberá ser motivado, incluyendo en su parte considerativa o en su exposición de motivos, el análisis del resultado del proceso de Consulta y del contenido del Acta de Consulta, en el marco del Convenio Nº 169 de la OIT y de la Constitución Política del Perú.

16.3 En caso el peticionario no cumpliera con presentar la "Información básica del Proyecto" en el plazo establecido en el numeral 16.1 del presente artículo, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente, declarará el abandono del procedimiento y el área peticionada como de libre denunciabilidad.

Artículo 17º.- De la Concesión de Beneficio, de Labor General y de Transporte Minero.

Se llevará a cabo un proceso de Consulta previo al otorgamiento de concesiones de beneficio, de labor general y de transporte minero sí:

a. Existiera en el área en la que se solicita cualquiera de las concesiones antes referidas uno o más pueblos indígenas; y,

b. La ubicación de cualquiera de la concesiones antes referidas estuviera dentro de una concesión minera que no hubiera sido aprobada previo proceso de Consulta; y/o,

c. Las concesiones antes referidas se vayan a desarrollar en áreas que no hayan sido materia de proceso previo de Consulta.

Una vez concluido el proceso de Consulta, la Dirección General de Minería emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la concesión solicitada. Dicho acto deberá ser motivado incluyendo en su parte considerativa o en su exposición de motivos, el análisis del resultado del proceso de Consulta y del contenido del Acta de Consulta, en el marco del Convenio Nº 169 de la OIT y de la Constitución Política del Perú.

CAPÍTULO 2

SECTOR ENERGÍA

SUBCAPÍTULO 1: ELECTRICIDAD

Artículo 18º.- Medidas administrativas materia de Consulta en el Subsector Eléctrico.

Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y, por tanto, materia de Consulta: el otorgamiento de concesiones temporales y definitivas de generación y transmisión eléctrica así como el otorgamiento de autorización de centrales de generación termoeléctrica.

El proceso de Consulta se efectuará de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en los Títulos I y II del presente Reglamento.

Artículo 19º.- Oportunidad del proceso de Consulta respecto del otorgamiento de Concesiones y Autorizaciones Eléctricas.

19.1 Si en el área de un proyecto de generación eléctrica, se ubicaran uno o más pueblos indígenas, la persona natural y/o jurídica deberá solicitar una concesión temporal de manera previa a la concesión definitiva. El otorgamiento de dicha concesión temporal estará sujeto al proceso de Consulta que será llevado a cabo por la Dirección General de Electricidad.

En caso la concesión temporal hubiese sido materia de Consulta e incluya las mismas áreas que la concesión definitiva, el otorgamiento de esta última no requerirá proceso de Consulta.

19.2 Si en el área de un proyecto de transmisión eléctrica, se ubicaran uno o más pueblos indígenas, el otorgamiento de la concesión de transmisión eléctrica estará sujeto al proceso de Consulta que será llevado a cabo por la Dirección General de Electricidad.

En caso la concesión temporal de transmisión eléctrica hubiese sido materia de Consulta e incluya las mismas áreas que la concesión de transmisión definitiva, el otorgamiento de esta última no requerirá proceso de Consulta.

19.3 Si en el área de un proyecto de generación termoeléctrica, se ubicaran uno o más pueblos indígenas, el otorgamiento de la autorización de generación termoeléctrica estará sujeto al proceso de Consulta que será llevado a cabo por la Dirección General de Electricidad.

19.4 En el caso de proyectos eléctricos que el Ministerio de Energía y Minas encargue a PROINVERSIÓN, la Dirección General de Electricidad deberá realizar el proceso de Consulta antes del otorgamiento del derecho eléctrico, para lo cual contará con la información técnica del proyecto necesaria para el proceso de Consulta.

19.5 Una vez concluido el proceso de Consulta, el Ministerio de Energía y Minas emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la concesión solicitada. Dicho acto deberá ser motivado tomando en cuenta el resultado del proceso de Consulta.

SUBCAPÍTULO 2: GEOTERMIA

Artículo 20º.- Medidas administrativas materia de Consulta para el otorgamiento de Autorizaciones Geotérmicas.

Son medidas administrativas materia de Consulta, el otorgamiento de autorización para exploración geotérmica y concesión de explotación geotérmica, susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.

El proceso de Consulta se efectuará de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en los Títulos I y II del presente Reglamento.

Artículo 21º.- Del proceso de Consulta para la Autorización de Exploración Geotérmica.

Si en el área solicitada para exploración geotérmica, se ubicaran uno o más pueblos indígenas, el otorgamiento de la autorización de exploración estará sujeto al proceso de Consulta efectuado por la Dirección General de Electricidad.

Artículo 22º.- Del proceso de Consulta para la autorización de Explotación Geotérmica.

22.1 Se llevará a cabo el proceso de Consulta previo al otorgamiento de concesiones de explotación geotérmica si existiera en el área solicitada uno o más pueblos indígenas.

22.2 Una vez concluido el proceso de Consulta, la Dirección General de Electricidad emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la concesión solicitada. Dicho acto deberá ser motivado tomando en cuenta el resultado del proceso de Consulta.

22.3 En caso el área solicitada hubiese pasado por un proceso de Consulta para la exploración geotérmica e incluya las mismas áreas que la concesión de explotación geotérmica, el requerimiento de esta última no requerirá proceso de Consulta.

SUBCAPÍTULO 3: HIDROCARBUROS

Artículo 23º.- Medidas administrativas materia de Consulta en el Subsector Hidrocarburos

Son medidas administrativas materia de Consulta el proceso previo a la suscripción de los Contratos a que se refiere Artículo 10º del Decreto Supremo Nº 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el otorgamiento de concesiones para el transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos; y, las autorizaciones para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos, susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.

El proceso de Consulta se efectuará de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en los Títulos I y II del presente Reglamento.

Artículo 24º.- Oportunidad del proceso de Consulta para el proceso previo a la suscripción de los Contratos a que se refiere Artículo 10º del Decreto Supremo Nº 042-2005-EM.

Con antelación a la suscripción del Contrato de Exploración y Explotación o de Explotación que corresponda, según lo establecido por el Decreto Supremo Nº 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, PERUPETRO, deberá llevar a cabo el proceso de Consulta de conformidad con lo señalado en los Títulos I y II del presente Reglamento, si el área materia del contrato a ser suscrito afecte directamente a uno o más pueblos indígenas.

El resultado del proceso de Consulta debe ser enviado al Ministerio de Energía y Minas previo a la expedición del decreto supremo que autorice la suscripción del respectivo contrato.

Artículo 25º.- De las Concesiones para el Transporte y Distribución de Hidrocarburos por Red de Ductos.

Para efectos de lo establecido en el Artículo 76º y siguientes del Decreto Supremo Nº 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la Dirección General de Hidrocarburos, previo al otorgamiento de concesiones para el transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos, deberá llevar a cabo el proceso de Consulta de conformidad con lo señalado en los Títulos I y II del presente Reglamento, siempre que la medida administrativa sea susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas.

En caso que el área materia de solicitud de concesión de transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos, hubiese sido materia de un proceso de Consulta con antelación a dicha solicitud, el otorgamiento de concesión no requerirá proceso de Consulta.

Artículo 26º.- De las Autorizaciones para la instalación de Plantas de Refinación y Procesamiento de Hidrocarburos.

Para efectos de lo establecido en el Artículo 74º del Decreto Supremo Nº 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el OSINERGMIN previo a la emisión del Informe Técnico Favorable para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos, deberá llevar a cabo el proceso de Consulta de conformidad con lo señalado en los Títulos I y II del presente Reglamento, siempre que sea susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas.

En caso que el área materia de solicitud de autorización para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos, hubiese sido materia de un proceso de Consulta con antelación a dicha solicitud, esta última no requerirá proceso de Consulta.

Artículo 27º.- Del Transporte y Distribución de Hidrocarburos por Red de Ductos encargados a PROINVERSIÓN.

En el caso de proyectos de transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos cuyo proceso de promoción a la inversión encargue el Ministerio de Energía y Minas a PROINVERSIÓN, la Dirección General de Hidrocarburos deberá realizar el proceso de Consulta antes del otorgamiento de la concesión o autorización correspondiente, para lo cual contará con la información técnica del proyecto necesaria para el proceso de Consulta, siempre que sea susceptible de afectar directamente pueblos indígenas.

En caso que el área materia de concesión de transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos, hubiese sido materia de un proceso de Consulta con antelación a dicha solicitud, el otorgamiento de concesión no requerirá proceso de Consulta.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- La Oficina General de Gestión Social del Ministerio de Energía y Minas podrá ser convocada por la entidad encargada de llevar a cabo el proceso de Consulta como órgano técnico de asesoramiento en dicho proceso.

Segunda.- El Ministerio de Energía y Minas podrá informar de los resultados de los procesos de Consulta a las entidades del Estado vinculadas con las actividades minero energéticas.

Tercera.- En caso de ausencia o vacío procedimental, se aplicarán de manera supletoria las normas de participación ciudadana para cada subsector.

Cuarta.- Las disposiciones modificatorias y complementarias del presente Reglamento serán sometidas al proceso de Consulta de conformidad con lo establecido en los Títulos I y II del presente Reglamento.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Los procedimientos administrativos iniciados antes de la vigencia de la presente norma se regirán por las normas de participación ciudadana vigentes en dicha oportunidad.

Segunda.- Por Resolución Ministerial se establecerán las medidas complementarias correspondientes a las disposiciones del presente Reglamento.

639212-4

Aprueban modificación de concesión definitiva de distribución de energía eléctrica solicitada por la concesionaria del Proyecto Especial Chavimochic y adenda al contrato de concesión

RESOLUCIÓN SUPREMA
Nº 040-2011-EM

Lima, 11 de mayo de 2011

VISTO: El Expediente con código Nº 15069296, sobre modificación de concesión definitiva de distribución de energía eléctrica, organizado por la concesionaria Proyecto Especial Chavimochic, Organismo desconcentrado del Gobierno Regional La Libertad, creado por Decreto Supremo Nº 072-85-PCM, y transferido a la Región La Libertad por mandato del Decreto Supremo Nº 017-2003-VIVIENDA en atención a lo dispuesto por el Decreto Supremo Nº 036-2003-PCM;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Suprema Nº 147-1999-EM, publicada el 21 de noviembre de 1999, Albaco Electromecánica Ings. S.R.L. transfirió a favor del Proyecto Especial Chavimochic la concesión definitiva de distribución de las zonas Chao y Tanguche, originalmente otorgada mediante Resolución Suprema Nº 145-97-EM, publicada el 03 de diciembre de 1997, adquiriendo los derechos y obligaciones estipulados en el Contrato de Concesión Nº 105-97, elevado a Escritura Pública el 14 de enero de 1998;

Que, mediante documento presentado el 17 de diciembre de 2010 bajo el Registro Nº 2052020, el concesionario solicitó la modificación de la concesión que se ubica en el distrito de Chao, con la finalidad de reducir su área de concesión, y que las áreas excluidas de su concesión se sujeten a lo previsto en el último párrafo del artículo 30º del Decreto Ley Nº 25844, Ley de Concesiones Eléctricas;

Que, el concesionario ha cumplido con los requisitos establecidos en la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, y la solicitud cuenta con la opinión favorable a que se refiere el Informe Nº 112 -2011-DGE-DCE, siendo procedente aprobar la Adenda Nº 01 al Contrato de Concesión Nº 105-97, el mismo que deberá ser elevado a Escritura Pública, incorporando en éste el texto de la presente Resolución, e inscribirla en el Registro de Concesiones para la Explotación de Servicios Públicos del Registro de Propiedad Inmueble, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7º y 56º del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas;

Estando a lo dispuesto en el artículo 30º del Decreto Ley Nº 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, y el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado mediante Decreto Supremo Nº 009-93-EM;

Con la opinión favorable del Director General de Electricidad y del Vice Ministro de Energía;