

Los “Principios de Ecuador” y algunas apreciaciones sobre la implementación del concepto de “desarrollo sostenible” en la actividad minera en el Perú



LUIS ANTONIO LA ROSA AIRALDI

Abogado por la Universidad de Lima.
Máster en Derecho (LL.M.) en Recursos Naturales y
Política Ambiental por la Universidad de Denver.
Miembro asociado de **ADVOCATUS**

SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **Consideraciones generales en torno a los PE: su verdadero propósito y alcance:**
 1. **Características principales de los PE;**
 2. **Un marco de sostenibilidad de carácter voluntario;**
 3. **¿Cómo operan los conceptos de “Responsabilidad Social Corporativa” y “Sostenibilidad” en la minería?**
- III. **El Rol de las instituciones financieras y “project finance” en minería:**
 1. **La adopción de los PE por las empresas mineras;**
 2. **El Estudio de Impacto Ambiental y Social.**
- IV. **El Impacto de los PE en la actividad minera:**
 1. **Implementación y monitoreo de los PE.**
- V. **El denominado “Riesgo de Reputación” vs. Mayores Costos Operativos.**
- VI. **¿Qué entendemos o deberíamos entender por DS?**
- VII. **Reciente normativa aprobada en el Perú y su relación con el DS de la actividad minera:**
 1. **La Ley 29785, Ley del Derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (“LCP”) y su Reglamento (“RLCP”);**
 2. **Normas para combatir la minería ilegal en el Perú.**
- VIII. **Conclusiones y Consideraciones Finales.**



I. INTRODUCCIÓN

Más que un artículo orientado a un tema específico vinculado con la industria minera en el Perú, este trabajo pretende desarrollar diversas consideraciones entorno a la implementación del concepto de “desarrollo sostenible” (“DS”) detrás de dicha actividad. El Estado y los inversionistas, en tanto agentes económicos que afectan y, a la vez, son afectados por los resultados de la industria, juegan un rol fundamental al momento de crear, fiscalizar, aplicar, implementar e incentivar, según corresponda, políticas de DS. De hecho, podríamos decir que este concepto, en gran medida, es el verdadero fin que se encuentra detrás de toda la normativa ambiental, de participación ciudadana, regulaciones de carácter técnico (por ejemplo, estándares de calidad ambiental y límites máximos permisibles), y otras normas aplicables al sector minero. En esta misma línea, este concepto es el que, en buena cuenta, ha justificado y promovido la reciente aprobación de normas con un clarísimo impacto en la industria, como son: (i) las acciones de interdicción en materia de minería ilegal y otros aspectos regulados para combatirla; y, (ii) la ley de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios y su respectivo reglamento.

En este contexto, sobre la base de la creciente influencia y presión de los diversos agentes

o grupos de interés involucrados (directa e indirectamente) con la industria minera, la comunidad internacional, a través de diversas instituciones, ha creado y continúa creando una serie de estándares y normas que afectan esta industria y que se enmarcan detrás de los conceptos de “minería responsable” y DS. En realidad, hay muchos ejemplos de instrumentos que configuran un influyente “derecho internacional no vinculante”¹ (conocido en inglés como “*soft international law*”) específicamente aplicado al sector minero, tales como las Guías del Banco Mundial (“BM”) y su Revisión de Industrias Extractivas aprobada en el 2003, los Estándares de Cumplimiento o Normas de Desempeño de la Corporación Financiera Internacional del BM (“CFI”)², las Guías en Desarrollo Sostenible y Minería creadas en el 2002 por el Proyecto Minería, Minerales y Desarrollo Sostenible, los Estándares ISO 14000³ que tratan diversos aspectos asociados con el manejo ambiental, entre otros.⁴

Sin duda, entre las guías referidas anteriormente, los “Principios de Ecuador” (o “*Equator Principles*” por su denominación en inglés) (“PE”) tienen una particular relevancia dentro de la ecuación que conforman la actividad minera, el DS y las buenas prácticas internacionales. Teniendo en cuenta la estrecha relación que existe entre la industria minera y el financiamiento para su desarrollo otorgado por instituciones

1. Muchos autores se refieren a estos estándares como ejemplos de “derecho internacional no vinculante,” debido a que no tienen fuerza de ley. En su lugar, estos estándares constituyen recomendaciones creadas en el contexto de intereses, interpretaciones y compromisos de carácter privado que inciden respecto de determinados grupos de interés, influyendo en el comportamiento de la industria minera y de instituciones u organizaciones privadas y públicas, bilaterales y multilaterales, en el ámbito internacional. Si bien estos estándares no están creando derecho propiamente dicho, representan una moderna e importante fuente de derecho internacional.
2. La CFI es una institución de carácter financiero y comercial afiliada al Grupo del BM que se ocupa de fomentar la inversión del sector privado en los países en desarrollo. Ver Los Estándares de Cumplimiento o Normas de Desempeño en Sostenibilidad Social y Ambiental de la CFI en <<http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/Content/EnvSocStandards>> (revisada el 3 de abril del 2012). El contenido de esta página web está en inglés.
3. Para más información sobre los Estándares ISO 14000, ver <http://www.iso.org/iso/iso_14000_essentials> (revisada el 3 de abril del 2012).
4. Es importante mencionar algunos de estos estándares a fin de mostrar que este marco normativo internacional en el sector minero -aun cuando obedece a un sistema de voluntario cumplimiento- constituye un sistema bastante completo y desarrollado. Además de los ejemplos mencionados a lo largo de este artículo, hay una serie de reglas voluntarias, tales como: (a) el Código Internacional para el Manejo del Cianuro, establecido en el 2002 por el Instituto Internacional para el Manejo del Cianuro; (b) las políticas y prácticas en desarrollo sostenible creadas por el Consejo Internacional de Minería y Metales; y, (c) las Guías para la Minería Responsable creadas en el 2001 por el Centro de Política Minera.

financieras, ya sean locales, extranjeras o supranacionales, los PE, probablemente, destacan del resto de guías y principios internacionales, debido a su origen, alcance y finalidad. De hecho, el financiamiento representa un aspecto esencial en la ejecución de proyectos mineros. En este sentido, los PE constituyen un conjunto de estándares aplicados a diversas industrias para la determinación, evaluación y manejo de riesgos e impactos sociales y ambientales en el marco del financiamiento de proyectos.⁵ Por esta razón, los PE son herramientas claves dentro de la industria minera en la medida de que las instituciones financieras que los suscriben entren en juego.

De todo este conjunto de reglas internacionales, independientemente de que cada país haya recogido o no parte de su contenido en su legislación nacional, este artículo, inicialmente, se enfocará en los PE y, luego, planteará algunas consideraciones que nos ayuden a determinar hasta qué punto nuestro país está en línea con este tipo de políticas y cuál es la tendencia de cara al futuro. Si bien la aplicación de los PE no se limita al sector minero, ciertamente, constituyen uno de los conjuntos de reglas voluntarias más importantes en dicho sector, al aplicarse a las transacciones implícitas en su financiamiento y, en general, en los diversos servicios de asesoría financiera vinculados con la actividad minera. Muchas veces, se tiende a preponderar el análisis, significado y alcance de los PE con relación a otros aspectos que, sin duda, también importan dentro de la implementación de cada particular proyecto minero. Esto se debe, quizás, a que los componentes sociales y ambientales de esta actividad suelen encabezar la lista de temas sensibles, preocupaciones y prioridades de los agentes involucrados en ella, incluyendo pero sin limitarse a las propias empresas mineras. Esto ocurre, con mayor razón, cuando un

proyecto deja de ser tal para convertirse en una operación minera propiamente dicha.

Usualmente, muchos trabajos de investigación sobre este tema han resaltado la importancia de los PE únicamente a partir de la planificación de la fase de construcción de la mina, es decir, antes de la fase de explotación. Sin embargo, sin perjuicio de las particularidades de cada proyecto, lo cierto es que ello constituiría una equivocada interpretación de su contenido y alcances. Claramente, la actividad minera involucra diferentes etapas, y la magnitud de los impactos sociales y ambientales en cada una de ellas es, sin duda, distinta. Pero esta distinción o nivel de impacto, en principio, no predetermina la aplicación o no de los PE. En este artículo, demostraremos que, por ejemplo, incluso las empresas mineras “junior”⁶ podrían encontrarse, en determinados casos, dentro de su ámbito, en la medida de que estas busquen financiamiento de instituciones financieras que acogen estos PE.

Teniendo este antecedente general, analizaremos en qué medida nuestro país se encuentra implementando, de manera directa o indirecta, parte del contenido de los PE en su legislación nacional. Asimismo, desarrollaremos algunas consideraciones a propósito de la reciente aprobación de importantes normas con clara incidencia en esta actividad, así como algunas ideas que no hacen más que corroborar lo difícil que es conciliar los intereses de las partes involucradas en ella. Para nadie es novedad que la minería le representa al Estado gran parte de los ingresos que dispone para el financiamiento del gasto público. En su afán de cautelar el bienestar general y los derechos constitucionales de los ciudadanos (por ejemplo, a vivir en un ambiente sano y donde se respeten adecuados estándares ambientales, al margen del parafraseo que cada Constitución disponga), el Estado debería ser lo

5. El contenido y regulación de los PE y demás información vinculada con ellos puede encontrarse en <<http://www.equator-principles.com/principles.shtml>> (revisada el 28 de marzo del 2012).
6. Se les denomina empresas “junior” a aquellas empresas creadas principalmente para realizar actividades de exploración minera o que se encuentran en esta etapa. Usualmente, estas empresas cuentan con menor capital y se enfocan en la obtención de resultados que les permitan vender su participación en proyectos de exploración a empresas mineras con una mejor capacidad para realizar la explotación, asociarse de alguna forma con otras empresas para ejecutar una eventual operación minera, entre otras alternativas.

suficientemente capaz para, por un lado, incentivar la inversión privada imponiendo exigencias legales que se enmarquen en este conjunto de estándares internacionales y, por otro lado, tener más presencia y capacidad de respuesta ahí donde potencialmente hay más posibilidades de que se genere un conflicto social. Y una parte de este último aspecto está directamente relacionada con la capacidad del Estado de canalizar el gasto público de manera eficiente a través de sus distintos niveles de gobierno, dejando de lado nuestra opinión con relación a los criterios para la redistribución de la riqueza y la conveniencia o no de que sean los gobiernos regionales los que capten y administren gran parte de los recursos provenientes de la minería.

Por el lado de los inversionistas, si bien podríamos decir que actualmente existen elementos que tienden a demostrar una creciente responsabilidad de su parte por cumplir con las exigencias del Estado en esta materia, lo cierto es que ello no debería confundirnos respecto de cuál es su verdadero fin: la generación de un negocio para la maximización de utilidades. Así, a través de este artículo, examinaremos si los beneficios y la reputación calificada con motivo del comportamiento empresarial justifican de manera suficiente una mayor carga y flujo de costos operativos respecto de cada período de ejecución del proyecto, asociados estos últimos (en parte) al cumplimiento de exigentes estándares de DS.

Para poder analizar si en nuestro país existe una tendencia hacia la exigencia de normas y

prácticas que, de manera eficiente, implementen el concepto de DS en minería, es necesario entender qué implica este concepto luego de referirnos a la finalidad, alcances y características más importantes de los PE. También trataremos su implementación desde la perspectiva de las instituciones financieras y de las empresas mineras. Este artículo no pretende evaluar los mecanismos de financiamiento de proyectos mineros ni tampoco recomendar una estructura adecuada para operar proyectos mineros en países en desarrollo como el Perú, o para lograr una minería responsable. Si bien se identificarán algunos puntos importantes en el marco de la aplicación de los PE, el propósito de este artículo es evaluar la eficacia de las políticas de DS en minería que viene dictando el Estado y en qué medida estas podrían contribuir a minimizar los riesgos de conflictos sociales asociados con esta actividad, los cuales, últimamente, vienen acaaparando las principales noticias de nuestro país.

II. CONSIDERACIONES GENERALES CON RELACIÓN A LOS PE: SU VERDADERO PROPÓSITO Y ALCANCE

Este conjunto de guías se resumen en 10 Principios⁷ que han sido desarrollados por instituciones financieras privadas para el manejo de aspectos, políticas y procedimientos de carácter social y ambiental, que se canalizan a los inversionistas a través del proceso de financiamiento de proyectos en diferentes sectores productivos. Precisamente, la relación contractual entre las empresas que desarrollan proyectos de inversión (clientes o prestatarios) y las instituciones

7. Si bien este artículo no analizará en detalle cada uno de los PE, a fin de entender de manera general su alcance y las distintas categorías que cubre, principalmente, en el contexto de las industrias extractivas, los 10 PE son: (1) *Revisión y Categorización*, los proyectos se clasifican en 3 categorías sobre la base de la magnitud de sus potenciales riesgos e impactos de carácter social y ambiental (Categoría A para proyectos con impactos negativos significativos; Categoría B para proyectos con impactos negativos moderados; y, Categoría C para proyectos con impactos negativos leves); (2) *Estudio de Impacto Ambiental y Social*, los cuales incluyen materias como la protección de los derechos humanos, salud y seguridad de las comunidades afectadas, patrimonio y/o herencia cultural, condiciones de trabajo, adquisición de tierras y reasentamiento, diversos impactos sobre las comunidades afectadas, prevención de contaminación, entre otros; (3) *Estándares Sociales y Ambientales aplicables*, considerando los estándares de la CFI y las guías en materia ambiental, salud y seguridad adecuadas a cada industria específica; (4) *Plan de Acción y Manejo del Sistema*; (5) *Consulta y revelación de información*; (6) *Mecanismos internos de reclamo*; (7) *Revisión independiente*; (8) *Compromisos particulares*; (9) *Monitoreo y reporte independiente*; y, (10) *Monitoreo del cumplimiento por parte de las instituciones financieras que suscriben los PE*. Ver Los Principios de Ecuador en <http://www.equator-principles.com/documents/Ecuador_Principles.pdf> (revisada el 28 de marzo del 2012).

financieras (prestamistas) es la que origina la aplicación de los PE. Así, estos comprometen a ambas partes al proporcionar reglas y pautas a las instituciones financieras para que estén en capacidad de evaluar los riesgos sociales y ambientales de los proyectos que van a ser financiados, por un lado,⁸ y establecer requisitos para posibles prestatarios que incluye la preparación de un completo Estudio de Impacto Ambiental y Social para sus proyectos, por otro lado. Por ejemplo, bajo los alcances del Principio 10, cada institución financiera que adopta los PE ("IFPE") debe reportar de manera pública, por lo menos con una periodicidad anual, información sobre sus procesos de implementación de los PE y su experiencia en este sentido.

El verdadero antecedente de los PE está relacionado con el liderazgo e influencia de la CFI, sus políticas y habilidad para promover la inversión sostenible del sector privado en proyectos de desarrollo, principalmente vinculados con las industrias extractivas. Parte importante del marco de sostenibilidad de la CFI es trabajar con indicadores de riesgos sociales y ambientales vinculados con los proyectos que financia. Ello en línea con la creciente conciencia que existe respecto de los asuntos sociales, ambientales y de gobierno corporativo. Estos, claramente, están generando cambios en la actitud de los consumidores de productos y en la forma cómo las empresas planifican y ejecutan sus negocios y cómo se adoptan decisiones de inversión. El financiamiento que coloca la CFI en el mercado, en tanto un producto, no escapa de estos lineamientos.

Así, los PE fueron creados sobre la base de las normas de desempeño o estándares de la CFI y los lineamientos y guías emitidos por el BM.

En definitiva, los PE no crearon nuevos estándares. En su lugar, reflejaron una aceptación y, a la vez, un compromiso para adherirse a mejores prácticas internacionales respecto de la protección del ambiente natural y social como una condición para el financiamiento de proyectos.⁹ Este marco común para prestamistas comerciales y clientes fue establecido cuando la CFI organizó una reunión de bancos en octubre del 2002 para discutir temas ambientales y sociales en la financiación de proyectos. Ciertamente, los PE respondieron al desarrollo general de la responsabilidad social corporativa, a la creciente atención por el riesgo de reputación (que representa una preocupación muy importante para las empresas), y a los riesgos financieros asociados con determinados proyectos social y ambientalmente irresponsables.¹⁰

Antes de analizar su verdadero alcance, veamos algunas cifras. Este conjunto de principios fue inicialmente adoptado por 10 bancos líderes en junio del 2003.¹¹ En diciembre del 2006, alrededor de 45 instituciones financieras involucradas en el financiamiento de proyectos suscribieron este marco concreto del sector bancario.¹² Para mediados del 2007, 51 instituciones financieras adoptaron los PE, incluyendo bancos, agencias de exportación y empresas de seguros. A la fecha, son más de 70 las instituciones financieras

8. Dicho de otro modo, los PE son términos y condiciones contractuales, ya que las instituciones financieras que los adoptan han acordado en bloque que ellas no proporcionarán financiamiento en la forma de préstamos u otros mecanismos respecto de proyectos en los cuales el prestatario no cumplirá o, a su criterio, demuestra incapacidad para cumplir, con estándares sociales y ambientales, así como con los procesos que se requieren para implementarlos.
9. WILLIAMS, John P. "International Best Practice in Mining" *Who Decides and How - And How Does It Impact Law Development?*, Georgetown Journal of International Law. Vol. 39, Issue 4 (2008). p. 698
10. BASTMEIJER, Kees y KOIVUROVA, Timo. *Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment*. (Martinus Nijhoff Publishers, 2008). p. 330
11. Entre las primeras instituciones financieras líderes que suscribieron los PE están: ABN AMRO Bank, Citigroup, Inc., Barclays PLC, WestLB AG, Credit Suisse First Boston y HVB Group.
12. Otras instituciones financieras decidieron adoptar luego los PE: BBVA, Calyon, Caja Navarra, CIBC, HBOS, HSBC Group, ING Group, JPMorgan Chase, Banca Intesa, Bank of America, Royal Bank of Canada, Banco Bradesco, Banco do Brasil, ANZ, Scotiabank, Standard Chartered, Wells Fargo, entre otros.

que han suscrito los PE.¹³ Estas cifras no hacen más que reflejar la creciente adopción y aceptación de los PE en el sector del financiamiento de proyectos.

Al margen del sector, tipo de inversión y/o proyecto, las instituciones financieras son conscientes del tremendo poder que ellas ejercen sobre los inversionistas al momento de cumplir con estándares sociales y ambientales idóneos. Debido a que el financiamiento (en sus diversas modalidades) es esencial para el desarrollo de la industria minera, las instituciones financieras tienen una posición estratégica y son especialmente capaces de exigir el cumplimiento de estos estándares. Así, su rol legítima en el ámbito privado el rendimiento de cuentas respecto de su implementación, en cada caso, por parte de las empresas que solicitan y obtienen financiamiento.

2.1. Características principales de los PE

Los PE son herramientas que permiten asegurar que los proyectos financiados por las IFPEs son desarrollados de una manera socialmente responsable mediante la aplicación satisfactoria de prácticas de manejo ambiental. Precisamente, su objetivo es promover el cuidado del ambiente y el desarrollo responsable en el contexto del financiamiento de proyectos, incluyendo, entre ellos, a los proyectos mineros. En esta línea, los PE constituyen el reconocimiento de que los prestamistas son especialmente capaces de influir sobre el manejo e implementación de los aspectos sociales y ambientales de un proyecto. Del mismo modo, ellos están destinados a servir como una base común y crear un estándar para la industria para la implementación por cada IFPE de sus propias políticas internas en materia social y ambiental, así como de los pro-

cedimientos y estándares relacionados con sus actividades de financiamiento.¹⁴ El compromiso detrás de los PE es un mensaje simple y general de los prestamistas a los prestatarios diciendo: "si ustedes no cumplen con estos principios, nosotros no vamos a financiar su actividad."

Al considerar si el alcance de los PE se extiende a todas las etapas de un proyecto de inversión, es importante preguntarnos si ellos pueden aplicarse a empresas en búsqueda de fondos para financiar proyectos de bajo capital pero que generan impactos sociales y ambientales significativos. Los PE se aplican a todos los financiamientos de nuevos proyectos que involucren, de manera global, costos totales de capital de aproximadamente US\$ 10 millones o más, y se extienden también a servicios de asesoría financiera.¹⁵ Ellos no se limitan a determinadas actividades. Más bien, se aplican a través de todos los sectores de la industria. Si bien los PE no pretenden que se les aplique de manera retroactiva, están enfocados en todos los financiamientos, incluyendo aquellos relacionados con el proceso de expansión o mejora de un proyecto existente donde se verifiquen modificaciones en términos de escala o alcance que pueden crear impactos sociales y/o ambientales significativos o cambiar drásticamente su grado o naturaleza.¹⁶

Aunque tratándose de casos excepcionales, incluso la fase preliminar de exploración minera podría justificar plenamente la observación de los PE. Por ejemplo, podríamos tener un proyecto chico en términos de presupuesto de capital en línea con la proyección de recursos y reservas estimadas del yacimiento en cuestión y el método para explotarlo, pero que, a la vez, representa impactos sociales y ambientales significativos. En estos casos, el requisito del monto de los

13. Ver Los Principios de Ecuador en: <<http://www.equator-principles.com/abouttheeps.shtml>> (revisada el 28 de marzo del 2012).
14. LANGDON, Christopher. *Financing Global Mining: The Complete Picture, Project Finance International Market. Intelligence Report*. (Thompson Financial, 2007). p. 3
15. *Id.*
16. Ver Los Principios de Ecuador en: <http://www.equator-principles.com/documents/Equator_Principles.pdf> (revisada el 28 de marzo del 2012).

costos de capital en juego resultaría irrelevante frente a los impactos que justificarían el cumplimiento de estos principios. Así, aun cuando, muchas veces, no es posible determinar con certeza la magnitud de los impactos derivados de un particular proyecto, la mineralización de un yacimiento, o la rentabilidad asociada con su eventual explotación, los PE enfatizan estos hechos relevantes en cuanto a la generación de impactos, frente al tipo de proyecto, método de explotación, tamaño, escala y costos de capital involucrados. Este sería el acercamiento idóneo sobre la base del objetivo de los PE. Del mismo modo, y como regla general, si bien estos están básicamente enfocados en proyectos ubicados en mercados emergentes y en países en vías de desarrollo, su alcance de ninguna manera se limita a ellos.

2.2. Un marco de sostenibilidad de carácter voluntario

Independientemente del sector productivo, existe un consenso común en el sentido de que el capital es un elemento indispensable para poner en marcha estos proyectos. Esta necesidad de captación de capital es, quizás, la idea principal que subyace detrás del carácter voluntario de los PE y que, precisamente, reside en la influyente posición que ejercen las instituciones financieras sobre los clientes o inversionistas. Esta situación fáctica ha sido utilizada por bancos privados para crear y adherirse a los PE, promoviendo a nivel mundial políticas y estándares para aplicar y canalizar el concepto de DS en todos los sectores productivos. Así, resulta comprensible que los bancos, aprovechando su fuerte posición de influencia, hayan representado la iniciativa privada con el fin de proponer, implementar y exigir el cumplimiento de los PE a aquellas empresas que recurran a ellos para obtener financiamiento.

Las empresas titulares de un proyecto que, eventualmente, podría convertirse en una

operación minera, acceden a diversos mecanismos de financiamiento que pueden coexistir y variar en el tiempo. Dos de los más utilizados en este rubro podría decirse que son el “*project finance*” y la captación de capital mediante la cotización de las acciones de la empresa en la bolsa de valores, ya sea a nivel local, internacional o ambos (las grandes empresas mineras suelen cotizar sus valores en más de una plaza bursátil). El primero está vinculado con proyectos de inversión de gran magnitud donde la especialización del sistema de financiación a ser utilizado es muy importante. Su característica particular es que está ligado al propio proyecto sobre la base de la capacidad de este último (suficientemente acreditada a satisfacción de la respectiva entidad financiera) para generar los propios recursos y/o flujos financieros necesarios para cubrir la financiación.

De hecho, las instituciones financieras que intervienen en este sistema de financiación están dispuestas a confiar en la solidez del respectivo proyecto en sí desde el punto de vista económico, técnico, comercial y financiero. Muchas de estas instituciones son internacionales y constituyen fuentes de financiamiento multilateral (por ejemplo, la CFI del BM, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, entre otras). Cabe señalar que estas instituciones pueden intervenir en el proyecto como prestamistas acreedoras, o a partir de la posición que se derive del mecanismo de financiamiento que se utilice o, inclusive, tener la condición de accionista mediante su participación en el capital de la empresa reflejando su titularidad respecto de un determinado porcentaje accionario.¹⁷ No vamos a tratar el segundo mecanismo citado, pues consideramos innecesario ahondar en él para, simplemente, recalcar la idea de que, al margen de los mecanismos de financiamiento utilizados, los PE deben ser cumplidos en la medida de que sean las IFPEs las que intervengan en ellos.

17. No tenemos información para determinar si, a la fecha, continúa siendo así, pero en un momento, por ejemplo, el BM -a través de la CFI- tuvo una participación accionaria de aproximadamente 5% en el capital social de Minera Yanacocha S.R.L. que es la sociedad que, al menos en ese momento, explotaba la mina “Cerro Yanacocha” en Cajamarca, Perú.

Así, la combinación entre la necesidad de capital y el rol que juega, por ejemplo, el “*project finance*” para el desarrollo de proyectos mineros, fue la razón por la que instituciones financieras privadas (a diferencia de instituciones públicas a través de las cuales emana la voluntad estatal) se adhirieron originalmente a los PE. Al emitirse y difundirse estos últimos, los bancos privados comenzaron a ejercer un papel cada vez más proactivo y se autorregularon en este sentido. Estos principios, ciertamente, representaron y siguen representando esta postura proactiva en el ámbito de la regulación en materia social y ambiental.¹⁸ Las razones antes expuestas explican por qué la iniciativa privada detrás de los PE les otorga un carácter voluntario en lugar de obligatorio, y por qué tienen una enorme influencia. Este carácter voluntario no radica en que las empresas que buscan financiamiento de una IFPE tienen la alternativa de adoptar o no los PE, sino en el hecho de que no derivan del denominado “*Ius Imperium*” del Estado.

En efecto, al entablarse la relación jurídica contractual con la IFPE que se derive del respectivo mecanismo de financiamiento que se aplique (generalmente, “*project finance*”), el cumplimiento de los PE es obligatorio entre las partes, independientemente de si la normativa del país donde se materializará la inversión tiene estándares más o menos exigentes. En esta medida, siempre que el prestatario busque financiamiento de una IFPE, los estándares pasan a ser automáticamente parte de las obligaciones y/o condiciones contractuales (de manera similar a lo que ocurre con los contratos por adhesión) y, en consecuencia, son obligatorios y plenamente

exigibles. Además, al menos en concepto, los PE solidifican esta especie de fuente de “derecho internacional no vinculante” en el ámbito de las buenas prácticas internacionales respecto de la protección social y ambiental en el desarrollo de proyectos de inversión, convirtiéndola en una fuente vinculante y concreta en la medida de que sean adaptados en las leyes y reglamentos y, en general, en las normas internas de los países en vías de desarrollo.¹⁹

El carácter voluntario tiene distintos enfoques. En primer lugar, significa que no hay sistema de sanciones para quienes adoptan los PE y no operan dentro de los principios acordados. La razón es que los bancos se animan a aplicar los PE como un mecanismo de autorregulación que impide que estos se conviertan en principios sin sentido y sean aplicados de manera inconsistente.²⁰ En segundo lugar, porque constituyen políticas internas. De hecho, los PE no crean derechos, obligaciones ni responsabilidades para ninguna persona, sea pública o privada.²¹ Las IFPEs están adoptando e implementando los PE de manera voluntaria e independiente, sin necesidad de depender de la CFI del BM. Sin duda, la decisión de adherirse o no a los PE es totalmente voluntaria y las IFPEs no suscriben un contrato formal donde se obliguen a aplicarlos.²²

Existe, además, otro factor que explica la enorme influencia de los PE. En el 2004, las IFPEs cubrían alrededor del 80% del mercado global en cuanto a “*project finance*” (aproximadamente, US\$ 97.5 billones).²³ Sin embargo, no hay consenso respecto de estos datos. Si bien muchas estadísticas indican que las IFPEs controlan alrededor

18. HARDENBROOK, Andrew. *The Equator Principles: The Private Financial Sector's Attempt at Environmental Responsibility*. Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 40, Issue 1 (January 2007). p. 203.

19. WILLIAMS, John P. *Op. Cit.*, p. 699.

20. BASTMEIJER, Kees y KOIVUROVA, Timo. *Op. Cit.*, p. 335.

21. Ver: Los Principios de Ecuador, *Op. Cit.*, p. 5.

22. HARDENBROOK, Andrew. *Op. Cit.*, p. 203.

23. Putting Principles into Practice, Environmental Finance, Junio 2004, disponible en <www.environmental-finance.com/2004/0406jun/features.htm> (revisada el 3 de abril del 2012). Ver también Moneywatch.com, Eco-friendly Westpac: Westpac Banking Corporation leads the Australian financial services industry in its commitment to managing its impact on the environment and to supporting initiatives with high environmental benefit, June 2007, disponible en <http://findarticles.com/p/articles/mi_hb4849/is_8_16/ai_n29358143/> (revisada el 2 de abril del 2012).

del 80% de los préstamos para proyectos a nivel mundial,²⁴ de acuerdo a un estudio realizado por IJ Research & Analysis,²⁵ las IFPEs han suscrito US\$ 10 billones en términos de deuda vinculada con “*project finance*” en países de bajos ingresos fiscales de acuerdo a la calificación otorgada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (para mercados emergentes). Dicho estudio concluyó que esta información representa el 34% de la cuota en el mercado en lo que a deuda originada de “*project finance*” se refiere, en comparación con la cifra del 80% ampliamente citada. En cualquier caso, estos porcentajes demuestran que existe un elemento de riesgo de reputación internacional que es considerando por muchas instituciones financieras que están tratando de mantener o lograr una buena reputación mediante la aplicación de los PE.

2.3. ¿Cómo operan los conceptos de “Responsabilidad Social Corporativa” y “Sostenibilidad” en la minería?

Es común que algunos autores relacionen los PE con proyectos de desarrollo de gran escala y, principalmente, en países en vías de desarrollo, evaluando los indicadores de degradación social y ambiental únicamente desde esta perspectiva. Sin embargo, en el contexto de la actividad minera, su aplicación puede estar justificada incluso en proyectos de pequeña escala o poca envergadura. Pero, ¿cómo medimos este factor? No existe necesariamente una relación directa entre los impactos sociales y ambientales derivados de un determinado proyecto y el tipo de mina (subterránea o socavón, o de tajo o cielo abierto) que se opere. Esta relación se determinará en los respectivos instrumentos de gestión ambiental (por ejemplo, en el estudio de impacto ambiental que corresponda, de ser el caso) y que, en buena cuenta, recogen aspectos técnicos, sociales, legales, ambientales y otros. La idea es plantear que, incluso en una

operación de pequeña escala, al margen de la rentabilidad proyectada, de las reservas minerales que determinan la viabilidad económica y de los márgenes de utilidad asociados, aquella podría involucrar significativos impactos (aun desde etapas previas a la explotación).

Por ejemplo, la fase de exploración no garantiza de antemano qué tipo de proyecto va a ser desarrollado, ello si es que se llega a determinar un yacimiento, pero esta falta de certeza no debe ocultar sus potenciales impactos. Ahí es donde se justifica plenamente un análisis caso por caso. Entonces, si una empresa minera junior que explora va generando en el camino ciertos impactos producto de sus labores de perforación, construcción de plataformas y pozos, terrazas, y ciertas voladuras, evidentemente, tendría que alinearse con la normativa aplicable y cumplir dentro de estos márgenes con estándares de DS. Los conceptos de “Responsabilidad Social Corporativa” (“RSC”) y “Sostenibilidad” que subyacen a los PE juegan un rol crucial con relación a las fases previas a la explotación. Hoy en día vemos que las mismas empresas mineras junior (muchas de ellas de capitales extranjeros) se adecúan a estos estándares desde etapas muy preliminares, por no decir desde que son creadas. Ello debido a que el valor del factor de reputación local e internacional es tan alto que constituye, conceptualmente, un importantísimo activo intangible de estas empresas.

Al menos en el ámbito de las industrias extractivas, podríamos decir que las políticas de DS siguen este curso. Primero, emanan, principalmente, de la voluntad estatal y se canalizan a través de las normas que emite el Estado (respecto de una determinada materia). Puede ser que estas normas sean creadas internamente en el país o respondan a la internalización de normas originadas en convenios o tratados internacionales sobre la materia. Luego, se exige a las empresas su cumplimiento y, finalmente,

24. BAILEY, Rachel, RYAN, Tracey y HODGES, Nick. *Building on Sustainability into Syndication*, 28, ENVT'L. FIN., Julio – Ag. 2006.

25. Ver: *Equator Principles Financing: The International Fallout*, disponible en <http://www.ijonline.com/pdf/IJ40/73-76_Equator_Principles_Financing.pdf> (revisada el 2 de abril del 2012).

estas normas se materializan según la implementación particular que cada empresa ejecute. Todo ello, bajo la fiscalización del Estado. En realidad, la implementación se adecúa a las particularidades de cada proyecto minero y, sin duda, estas varían cuando un proyecto deja de ser tal para convertirse en una operación minera. Este proceso se complementa con aquellas políticas de DS que son creadas, precisamente, por la iniciativa privada de las empresas y que no necesariamente se derivan de exigencias normativas. Es decir, muchas veces, las empresas, voluntariamente, deciden ejecutar obras de infraestructura social y productiva en términos de bienes y servicios, y trabajan directamente con las poblaciones afectadas para conducir aspectos que redunden en su propio beneficio social y económico. En este último caso es donde vemos la presencia de la RSC y aquí el Estado, en cierta forma, podría considerarse un mero espectador.

Uno de los factores en los que reside la importancia de la RSC es que el DS no solo está referido a aspectos sociales y ambientales, sino a algo más personal, más humano, es decir, más subjetivo: al desarrollo individual de las capacidades de los miembros de las poblaciones afectadas para autogenerar sus propios recursos, asignarles valor en el mercado y crear un comportamiento de negocio y un esquema de propiedad privada dentro de su respectivo ámbito geográfico. Así, más allá de temas de condiciones ambientales, de seguridad y salud, u otras, el DS quiere abordar capacidades y condiciones humanas, así como las mejores formas de aprovecharlas y maximizarlas. Sin duda, es un proceso complicado y a muy largo plazo, pero en este aspecto, precisamente, reside en parte el verdadero fin del DS. La idea es que los resultados de las políticas de DS se manifiesten en el tiempo y allí cuando ya no haya presencia física de las empresas, cuando ya no haya asesorías técnicas para el manejo agropecuario o para el riego de sus cultivos, ni un comprador

seguro de sus bienes o usuario de sus servicios, se materialicen resultados sostenibles, es decir, consistentes y con bases propias.

¿Cómo es el panorama del espacio físico donde operó esa mina por 10, 20 o 30 años? ¿Cómo vemos esas tierras y cómo se ve esa población después del cierre de la mina? En otras palabras, en el momento en que los beneficios de la RSC ya no sean trabajados de la mano con los representantes de la empresa que físicamente dialogan e interactúan con la comunidad afectada durante la ejecución de la operación, podremos realmente evaluar qué tan efectiva fue la implementación de las políticas de DS en esa particular zona geográfica. Antes, podríamos decir que todo responde a satisfacciones a muy corto plazo y, en buena cuenta, a obtener consentimientos que van de la mano o casi a la par con la propia mecánica diaria de la operación minera.

Bajo este escenario, el financiamiento durante etapas previas a la explotación puede verse como un pretexto estratégico para aplicar los PE aun cuando, aparentemente, su alcance aplica a relativamente pocos proyectos de gran envergadura en términos de escala y tamaño que no están respaldados por un prestamista particular o que no recurren a este último.²⁶

A diferencia de lo que comúnmente se piensa, los PE también pueden ser aplicados durante la fase de exploración y no solo a aquellos proyectos de alcance limitado que involucran a los más visibles y significativos que están expuestos al escrutinio público.²⁷ Los conceptos de RSC y Sostenibilidad están directamente vinculados con el DS y encajan perfectamente en etapas previas a la explotación. Como resultado de la globalización, la tecnología vinculada con el manejo y acceso a la información y la crítica pública por la sociedad civil, la RSC y la Sostenibilidad son conceptos que, a manera de activos, operan durante todo el proceso de inversión y la forma en que esta se canaliza.

26. LAWRENCE, Robert F. y THOMAS, William L. *The Equator Principles and Project Finance: Sustainability in Practice?* Natural Resources & Environment, Vol. 19, Issue 2 (Fall, 2004). p. 24

27. *Id.*

La posibilidad de tener impactos sociales y ambientales leves o mínimos durante la exploración y el típico nivel de incertidumbre que existe en ella, no debe exceptuar a las empresas mineras y a las entidades financieras de la aplicación de estándares sociales y ambientales eficientes desde el punto de vista de mejores prácticas internacionales. Ambas constituyen empresas que representan negocios enfocados en otros grupos o agentes de interés, es decir, en el valor y desarrollo de las personas, en un nivel sostenible de utilización de los recursos minerales y carga en materia ambiental, ahora y para las generaciones futuras, y consideran un nivel de rentabilidad necesario para garantizar la continuidad de la organización en la provisión de productos y servicios en el largo plazo.²⁸ Estos son los campos sobre los cuales ambas partes deben rendir cuentas sobre la base de un comportamiento de sostenibilidad.

Los principales agentes involucrados con la implementación de los PE están poniendo en práctica diversas formas de rendir cuentas de sus desempeños en materia social y ambiental a un público cada vez más amplio.²⁹ Aquellos están representados por grupos de interés como la sociedad civil, el propio Estado a través de sus diversas entidades competentes, comunidades locales afectadas, poseionarios o titulares de terrenos superficiales, los propios accionistas, trabajadores, organizaciones no gubernamentales (“ONGs”) y otras asociaciones u organizaciones ambientales sin fines de lucro, organizaciones locales públicas de desarrollo, organizaciones internacionales, entre otros. La idea de implementar los conceptos de RSC y Sostenibilidad desde etapas muy tempranas responde a la importancia de cambiar el contexto social en el que operan las empresas en determinados mercados de consumo, cambiando su forma de pensar respecto de sus desafíos estratégicos, el

contexto propio del inversionista institucional en algunos mercados importantes y cambiando, finalmente, las normas aplicadas a una adecuada acción de la industria minera con relación a la protección ambiental, seguridad, salud y acuerdos o planes de orden financiero.³⁰

De esta manera, las instituciones financieras y las empresas mineras, en tanto agentes involucrados en la industria, son cada vez más conscientes de la necesidad de ser percibidas como compañías social y ambientalmente responsables³¹ desde el inicio de sus actividades, y sin perjuicio de que se llegue a determinar o no un yacimiento económicamente explotable. Debido a que la RSC y la Sostenibilidad implican políticas que son medios para lograr la credibilidad internacional y abordar los factores de reputación, ambas son conscientes de los beneficios de la aplicación e implementación de tales conceptos. En este punto es donde confluyen aquellas políticas impuestas en la forma de exigencias legales y aquellas que obedecen al propio margen de acción libre y voluntario de las empresas mineras.

Por ejemplo, existen evidencias de que una serie de IFPEs han ido más allá y han adoptado pasos muy creíbles para integrar la gestión y manejo de los riesgos ambientales y principios de RSC en sus esquemas de negocios, sin limitarse únicamente a su aplicación en materia de “*project finance*”.³² Trasladando estos criterios a la fase de exploración, debemos tener en cuenta que la principal finalidad de las empresas mineras junior es llegar a desarrollar un estudio de factibilidad económica bancable (es decir, con la calificación de una institución financiera) derivado de los resultados de la exploración para luego ofrecer el proyecto en el mercado a las grandes empresas o asociarse con ellas de alguna forma. Por ello, muchas empresas junior

28. BASTMEIJER, Kees y KOIVUROVA. Timo. *Op. Cit.*, p. 328.

29. *Id.*

30. AFFOLDER, Natasha. *Cachet Not Cash: Another Sort of World Bank Group Borrowing*, Michigan State Journal of International Law, Vol. 14, Issue 2 (2006). p. 144.

31. *Id.*

32. LANGDON, Christopher. *Op. Cit.*, p. 9.

son especialmente cautelosas y reconocen que la RSC y Sostenibilidad en sus proyectos son herramientas claves no solo para fomentar el DS, sino también para mitigar los riesgos sociales y ambientales que podrían tener un profundo impacto al momento de determinar si sus proyectos son bancables o no, es decir, para aceptar o no su financiamiento.³³ Ello sin perjuicio de que las acciones de la empresa junior se encuentren o no listadas en algún segmento de capital de riesgo de la plaza bursátil local o alguna(s) del extranjero, ya que esta situación implicaría también el cumplimiento de exigencias de carácter administrativo y regulatorio que son propias de este segmento especial del mercado bursátil, según cada jurisdicción.

III. EL ROL DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS Y “PROJECT FINANCE” EN LA MINERÍA

En el contexto de la industria minera, el financiamiento de deuda prevalece entre los diferentes métodos alternativos de financiamiento y, ciertamente, “*project finance*” es una de las formas más utilizadas de financiamiento de deuda por las empresas mineras que no cuentan con sólidos balances para garantizarla.³⁴ La actividad minera, generalmente, involucra altísimos costos y también riesgos. Muchos especialistas afirman que, en comparación con el sector hidrocarburos, la minería representa mayores costos de inversión con menores márgenes de utilidad. Si bien luego de la inversión en exploración las empresas podrían encontrarse con nada más que gastos y sin verificar alternativas para el retorno de su inversión, el factor capital es crucial en todas las etapas de la minería. Como mencionamos antes, las operaciones de pequeña escala podrían haber implicado fases que representaron impactos sociales y ambientales considerables. Por tanto, estas etapas previas no excluyen la aplicación de los PE por parte de las empresas mineras y las instituciones finan-

cieras. Todas estas razones no hacen más que corroborar el poderoso rol que juega el sector financiero a través de sus políticas implícitas en el financiamiento y la importancia de aplicar los PE, en tanto estos constituyen estándares adheridos al “*project finance*” como mecanismo de financiamiento.

3.1. La adopción de los PE por las empresas mineras

Debido a que las empresas mineras recurren fuertemente al sector financiero para buscar capital, ellas deben cumplir con los PE en la medida de que una IFPE participe en su financiamiento. Existe una amplia variedad de técnicas, trabajos y métodos de explotación en minería que pueden representar inversión a gran escala, inclusive, aquellos aplicados a la fase de exploración: estudios geoquímicos y geofísicos terrestres, aéreos o satelitales, aplicación de datos magnéticos y de espectrometría de rayos gamma, estudios geológico-estructurales, pozos de perforación y otras herramientas para evaluar posibles índices de mineralización. Las empresas junior suelen diseñar programas de exploración para encontrar un depósito de mineral aceptable al mínimo costo posible para luego vender un proyecto atractivo a aquellas empresas que invierten en explotación. Si bien hay mucha especulación durante esta fase (la cual, sin duda, repercute en la cotización de las acciones de la empresa junior y en la posibilidad de que los inversionistas perciban un diferencial en el precio producto de su colocación), esta situación tampoco debería exceptuarlas de adecuarse a los PE y, en general, a políticas y estándares de DS. Principalmente, las junior acceden al financiamiento a través de la captación de capital del propio mercado, ya sea de otros inversionistas, de instituciones financieras o a través de la difusión de su capital producto de la colocación de sus acciones en el mercado bursátil. Cabe señalar que estas empresas pueden

33. NWETE, Bede. *Corporate Social Responsibility and Transparency in the Development of Energy and Mining Projects in Emerging Markets; Is Soft Law the Answer?* German Law Journal, Vol. 8, Issue 4 (April 1, 2007). p. 311

34. ELIAS, John M. *Raising Mining Debt Capital: Prepared for the Canadian Executive Forums*. Conference “Canadian Mining Law & Finance 2008,” p. 3 (Toronto, Ontario, April 7-8, 2008).

utilizar, simultáneamente, más de uno de estos y otros mecanismos de financiamiento, ya que ellos no son excluyentes entre sí.

Curiosamente, si bien muchas empresas mineras reconocen la importancia de adoptar los PE, incluso durante la fase de exploración, conjuntamente con el beneficio de ganar un “buen nombre,”³⁵ ellas, a veces, no lo hacen de manera voluntaria. En su lugar, este marco que involucra prácticas responsables en el manejo social y ambiental en el sector de “*project finance*” compromete a las empresas de manera indirecta a través de la búsqueda de capital y la figura de las instituciones financieras. Es cierto que, dentro del margen de acción de las empresas para desarrollar sus propias políticas de DS, no hay necesidad de que elijan aquellas que implican los más altos costos o que se adhieran a los estándares más exigentes de la industria, según la tendencia de las prácticas internacionales de primer nivel. Ello sería lo óptimo. De hecho, hay casos en los que las empresas deciden adoptar estándares más exigentes que los previstos en el marco normativo del país donde se realizará la inversión, en línea con normas más exigentes y avanzadas sobre la materia bajo la jurisdicción de sus empresas matrices, por ejemplo.

Además, es interesante cómo las empresas mineras sugieren que se encuentran bajo una creciente presión de otras empresas mineras “río abajo,” aquellas que, de alguna manera, inciden en sus operaciones debido a factores de colindancia o interposición, aquellas con las que comparten la misma cabecera de cuenca, o la presión por parte de organismos reguladores, entidades financieras, y de la sociedad civil para que consideren el cumplimiento de esos estándares y, de hecho, esta consideración no siempre se hace “de buena gana” o por “volun-

tad propia.”³⁶ Sin embargo, las empresas han aprendido que dejando de actuar bajo estos estándares de manera consistente y responsable, podrían poner su reputación y resultado final en clara situación de riesgo.³⁷

3.2. El Estudio de Impacto Ambiental y Social

Siempre que una empresa busque financiamiento de una IFPE para realizar actividad minera, debe realizar un Estudio de Impacto Ambiental y Social (“EIAS”) a fin de considerar de manera integrada los potenciales impactos y riesgos sociales y ambientales de un determinado proyecto minero. Dependiendo de la naturaleza de esos impactos y de la escala del proyecto, hay muchos aspectos que deben ser abordados por toda la documentación del EIAS, tales como: protección de los derechos humanos, condiciones de trabajo, seguridad y salud de las comunidades afectadas, protección y conservación de la biodiversidad, manejo sostenible de los recursos naturales, uso y manejo de sustancias peligrosas o dañinas, impactos en las comunidades afectadas y pueblos indígenas, prevención y controles de contaminación, minimización de residuos sólidos, entre otros.³⁸

Es común que las legislaciones ambientales que exigen la preparación, presentación y aprobación de estudios de impacto ambiental en proyectos mineros (al margen de la denominación que se le dé al respectivo instrumento de gestión ambiental), clasifiquen su contenido según se trate de: (i) proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo (o, dicho de otro modo, que generan impactos leves); (ii) proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la

-
35. MAASSARANI, Tarek F., TATGENHORST DRAKOS, Margo y PAJKOWSKA, Joanna. *Extracting Corporate Responsibility: Towards a Human Rights Impact Assessment*. Cornell International Law Journal, Vol. 40, Issue 1 (Winter 2007). p.159.
36. AFFOLDER, Natasha. *Op. Cit.*, p. 145.
37. MAASSARANI, Tarek F., TATGENHORST DRAKOS, Margo y PAJKOWSKA, Joanna. *Op. Cit.*, p. 142.
38. Para más información sobre el contenido que debe ser abordado en el EIAS, ver Los Principios de Ecuador, *Op. Cit.*, Exhibit II.

adopción de medidas fácilmente aplicables; y, (iii) proyectos cuyas características, envergadura y/o localización, pueden producir impactos ambientales negativos significativos en términos cuantitativos o cualitativos y que, en este sentido, requieren un profundo y detallado análisis.

Dicha clasificación, que se traduce en un modelo creado sobre la base de un criterio de proporcionalidad, es la que recoge la legislación peruana vigente y que, ciertamente, sigue los criterios de revisión y categorización para proyectos de inversión privada utilizados por los PE (ver nota 7). Independientemente de la categoría en la cual encaje cada proyecto, en términos generales, un estudio de impacto ambiental para la ejecución de proyectos mineros en el Perú, debe evaluar y describir los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza, magnitud, así como prever las consecuencias de la realización del proyecto.

En el caso del EIAS previsto por los PE, las IFPEs no financiarían aquellos proyectos que involucren riesgos especialmente altos o medianos si no se realiza previamente un detallado EIAS, ya sea por la propia empresa o por un consultor independiente. Las instituciones financieras verifican y monitorean el contenido del EIAS, pero los costos asociados con las auditorías y procesos de fiscalización que llevan a cabo son trasladados finalmente a los clientes. En línea con los estándares sociales y ambientales de la CFI, junto con la preparación del EIAS, las empresas mineras también deben desarrollar un plan o sistema de acción y manejo ambiental. En general, los modelos de los procesos para la aprobación de los EIAS cubren aspectos de evaluación y predicción, mitigación y monitoreo, así como auditoría y análisis.³⁹ Si bien toda la actividad minera en sus distintas etapas involucra, directa e indirectamente, muchos grupos de interés y agentes económicos, las comunidades

locales afectadas que se ubican dentro del área de influencia del proyecto merecen particular atención.

Así, antes de comenzar cualquier tipo de acciones o gestiones que, de alguna manera, afecten estas comunidades y modifiquen su "*statu quo*," el EIAS debe determinar los impactos relevantes y no relevantes, ya sea concretos o potenciales, mediante el uso de un enfoque proactivo y participativo con todos los grupos interesados y/o afectados. Específicamente, el proceso de consulta previa e informada con las comunidades locales afectadas por la actividad minera se convierte en crucial para asegurar la minimización de impactos adversos.⁴⁰ Más adelante, trataremos algunos aspectos de este proceso de consulta previa en el caso peruano a propósito de su reciente reglamentación.

El EIAS, decididamente, representa un componente esencial y, a la vez, mínimo del DS. Aquellas jurisdicciones que incluyen dentro de su legislación nacional políticas de DS, ya sea por propia convicción o por la presión que ejercen organismos internacionales para la aplicación de estas reglas, disponen, al igual que los PE, la necesidad de contar básicamente con dos tipos de instrumentos: (i) uno que identifique los impactos y componentes asociados con el proyecto indicando las medidas de previsión y control; y, (ii) otro que refleje las acciones y medidas específicas de mitigación y aquellos mecanismos de implementación y concretización de esas medidas que se van a ejecutar para lograr los resultados planificados. Evidentemente, todo ello bajo la lupa de fiscalización de la entidad competente del país donde se ejecute el proyecto. Con relación a este punto, nuestra legislación no escapa de este modelo, pues el equivalente de este segundo instrumento sería el denominado "Programa de Adecuación y Manejo Ambiental" (PAMA) que, precisamente, contiene las acciones e inversiones necesarias para incorporar a las operaciones minero-metalúrgicas los adelantos tecnológicos y/o medidas

39. MAASSARANI, Tarek F., TATGENHORST DRAKOS, Margo y PAJKOWSKA, Joanna. *Op. Cit.*, p. 148.

40. BASTMEIJER, Kees y KOIVUROVA, Timo. *Op. Cit.*, p. 335.

alternativas que tengan como fin reducir o eliminar las emisiones y/o vertimientos derivados de la operación.

Considerando que el EIAS es un requisito clave para poder captar capital o recurrir al financiamiento de las instituciones financieras signatarias de los PE, las empresas mineras necesitan llevar adelante algunas medidas de mitigación de riesgos sociales y ambientales. Esto se lleva a cabo como una forma de equilibrar la necesidad de tener una industria regulada y de mitigar los impactos negativos de los riesgos sociales y ambientales, con el índice de retorno de la inversión de las empresas y su capacidad para cumplir con determinados planes de amortización derivados del mecanismo de financiamiento o crédito que se emplee.⁴¹ Además, la sostenibilidad se integra en la evaluación y gestión mediante el diseño de aspectos que son importantes tanto para los bancos como para las compañías mineras. Estas últimas, mediante la mejora de la práctica de la evaluación ambiental, pueden alcanzar factores importantes como la credibilidad, legitimidad, así como beneficiarse de una serie de atributos que se desprenden del propio EIAS y juegan un rol importante para determinar si la evaluación es realmente efectiva.⁴² En este sentido, la participación de las instituciones financieras y las empresas mineras sirve para varias funciones en el proceso de evaluación y estas llegan a reconocer que una intensa participación que involucre de manera efectiva a otros grupos, intereses y diferentes campos de especialización y conocimiento⁴³ las ayuda a mejorar la reputación de sus organizaciones a nivel local e internacional.

IV. EL IMPACTO DE LOS PE EN LA ACTIVIDAD MINERA

De acuerdo a lo expuesto en las secciones anteriores, el impacto de los PE puede manifestarse,

incluso, en las propias empresas junior. Estas, generalmente, están interesadas en ofrecer sus proyectos en el mercado conforme se vayan obteniendo avances positivos en la exploración y, principalmente, cuando concluyen esta fase con buenos resultados. También están dispuestas a formar alianzas estratégicas y crear algún tipo de estructura de negocio para su participación en la futura operación. Este afán de asociarse y, por ejemplo, formar "joint ventures" con grandes empresas que cuentan con capital para financiar la operación, está justificado siempre que se haya encontrado un yacimiento cuya explotación sea rentable. Estas empresas, típicamente, tienen el objetivo de concluir la fase de exploración mediante la preparación de un estudio de factibilidad bancable que incrementa el valor del proyecto. Todo este proceso, usualmente, involucra un mecanismo de financiamiento en el medio y prestamistas que valoran la necesidad de aplicar estrictos estándares en materia social y ambiental. Como hemos visto, la credibilidad y el riesgo de reputación representan intereses detrás de este proceso, motivando a los actores involucrados (en este caso, IFPEs y empresas mineras) a adoptar los PE sobre la base de la lógica económica implícita en la fase de exploración.

A pesar de sus críticas y puntos débiles, los PE representan una de las maneras de implementar en toda la mecánica de la empresa minera las políticas de DS.⁴⁴ Por otro lado, en los últimos 10 años, se ha intensificado la sensibilidad de los agentes involucrados en esta industria con relación a este tema. De hecho, las instituciones financieras y las empresas están sintiendo el impacto de una cultura internacional que se preocupa cada vez más por los asuntos sociales y ambientales, y responden a este movimiento que se traduce en las mayores expectativas del

41. NWETE, Bede. *Op. Cit.*, p. 327.

42. FARRELL, Alexander E. y JAGER, Jill. *Assessments of Regional and Global Environmental Risks: Designing Processes for the Effective Use of Science in Decisionmaking*. (Resources for the Future, 2006). pp. 279- 281

43. *Id.*, p. 284.

44. BRIDGEMAN, Natalie L. y HUNTER, David B. *Narrowing the Accountability Gap: Toward a New Foreign Investor Accountability Mechanism*. *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 20, Issue 2 (2008). p. 224.

público respecto del comportamiento y prácticas empresariales en el ámbito del DS.⁴⁵

Definitivamente, los PE están jugando un papel fundamental al generar una mayor conciencia sobre cuestiones sociales y ambientales, y contribuyen al proceso de identificación de las prácticas y políticas corporativas en el ámbito del desarrollo económico sostenible.⁴⁶ Por otra parte, el contexto en el que las empresas e instituciones financieras buscan alinearse con fuentes de credibilidad internacional cuando se trata de impactos sociales y ambientales⁴⁷ es un asunto importante a ser considerado desde etapas previas a la explotación de los recursos minerales.

4.1. Implementación y monitoreo de los PE

Durante todas y cada una de las etapas de esta actividad, aspectos como la fluctuación de los precios de los “*commodities*” en el mercado internacional, los riesgos políticos y otros, ya no podrían ser alegados -si es que alguna vez y bajo determinadas circunstancias lo fueron- como desincentivos o justificaciones para dejar de aplicar estos estándares. En términos generales, cualquier aspecto que pudiese afectar la producción de la mina o los márgenes de utilidad asociados con ella, por ejemplo, no podría traducirse de plano en el incumplimiento legalmente justificado de los PE.

Si bien cada legislación podría regular supuestos de excepción o criterios para flexibilizar su aplicación e implementación, lo cierto es que las normas sociales y ambientales deben constituir parte esencial de la planificación del negocio mismo a cargo de las empresas. En este particular punto, aspectos como la innovación,

el ingenio, la tecnología y, por qué no, la creatividad, deberían tener un rol muy importante dentro de dicha planificación.

Esa implementación y el monitoreo a cargo del Estado y de los propios agentes (como las instituciones financieras) se realizan en dos niveles distintos, ya que, por ejemplo, los bancos y las empresas mineras, a pesar de sus diferencias organizacionales, deben internalizar los PE en sus propios negocios, en la gestión de los riesgos y en sus procesos legales.⁴⁸ Además, las condiciones del financiamiento deben incluir un plan de manejo y monitoreo social y ambiental, así como niveles independientes de monitoreo por parte de empresas consultoras neutrales que podrían ser elegidas por las instituciones financieras y por la entidad competente por el lado del Estado. De hecho, un plan de manejo y las obligaciones de informar y reportar resultados y gestiones por parte de las empresas mineras frente a los prestamistas son un elemento crucial de la eficacia del sistema.⁴⁹

El proceso de implementación implica preguntarnos si la empresa minera está realizando acciones y medidas concretas, específicas y tangibles para mitigar aquellos impactos identificados en el EIAS. Desde la perspectiva de los bancos, este marco de sostenibilidad, en sí mismo, no exige el cumplimiento de estándares ni proporciona formas de implementar estos principios en su organización individual.⁵⁰ ¿Cómo una IFPE podría monitorear y evaluar en qué medida esas acciones están generando resultados positivos? Otra vez, los procesos de consulta, participación y diálogo continuo con los grupos de interés -principalmente, las comunidades afectadas, las ONGs y otros grupos vulnerables dentro e, inclusive, fuera del área

45. MILES, Kate. *Transforming Foreign Investment: Globalization, the Environment, and a Climate of Controversy*. *Mcquarie Law Journal*, Vol. 7 (2007). p. 102.

46. MAASSARANI, Tarek F., TATGENHORST DRAKOS, Margo y PAJKOWSKA, Joanna. *Op. Cit.*, p. 152.

47. AFFOLDER, Natasha. *Op. Cit.*, p. 147.

48. BASTMEIJER, Kees y KOIVUROVA, Timo. *Op. Cit.*, p. 333.

49. *Id.*, p. 339.

50. *Id.*, p. 333.

de influencia- son esenciales para determinar su nivel de aceptación y satisfacción. En cuanto a la pregunta de si los PE están ayudando a alcanzar niveles de sostenibilidad, muchos autores sostienen que, si bien los bancos que patrocinan los proyectos y las empresas prestatarias del sector minero, en general, les dan la bienvenida a los PE,⁵¹ estos no necesariamente aseguran una actividad sostenible.

Todo el proceso de implementación nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta: ¿los PE proporcionan un mayor grado de consistencia en la aplicación de exigencias sociales y ambientales y de más altos estándares en los proyectos mineros? De hecho, los PE han influido positivamente en los procedimientos de evaluación de riesgos, pero ellos, en sí mismos, no pueden garantizar una actividad sostenible mientras que cada empresa minera no sea capaz de demostrar las acciones concretas y resultados positivos logrados en el ámbito social y ambiental. No obstante, en este punto recalamos que la verdadera materialización del concepto de DS no se refleja en dichas aprobaciones o niveles de satisfacción de las poblaciones afectadas, sino en el largo plazo. De hecho, no habría siquiera una respuesta a la pregunta de cuánto tiempo después del cierre de la mina la empresa debe permanecer en contacto con las poblaciones afectadas para orientarlas en la gestión de sus economías locales, provisión de infraestructura de servicios básicos, etc.

Hay quienes sostienen (sobre la base de su experiencia en el manejo de las relaciones comunitarias en el contexto de las industrias extractivas) que esta relación no obedece siquiera a un plazo legal o contractual, sino que depende de las políticas de cada empresa. Y algunos, quizás desde una óptica más drástica, indican que, sin perjuicio de que se haya previsto plazos, términos y condiciones contractuales con esas comunidades afectadas e, inclusive, con el propio Estado, se trataría de una relación perpetua que nunca termina. Esto último es discutible.

Lo que nosotros hemos planteado aquí es que los resultados en materia de DS se deben verificar y materializar en el largo plazo y cuando la empresa ya no tenga ningún tipo de presencia ni injerencia respecto de los terrenos superficiales donde recayó toda el área de influencia del proyecto, ni sobre las poblaciones que la habitan y que fueron afectadas por él, ya sea directa o indirectamente. Es a partir de este momento que se podrá evaluar concretamente si la planificación del DS ha generado buenos resultados, al ver cómo vive, produce y se comporta esa población en su día a día, cómo maneja su economía y cómo ella misma es capaz de desenvolverse social y económicamente en comparación con otras poblaciones o comunidades que no han sido afectadas, por ejemplo, por una actividad extractiva, cómo es capaz o no de introducirse en la economía local, regional y nacional, entre otros aspectos.

Para ello, las empresas deben proyectar qué tipos de usos se les puede dar y/o asignar a esas tierras luego de la conclusión definitiva de la operación, qué tipo de infraestructuras, negocios y valores agregados podrían asociarse con dichas tierras en el futuro. Inclusive, podría analizarse la posibilidad de utilizar como base los diseños e infraestructuras según el tipo de mina explotada como sucede, por ejemplo, con algunas minas de tajo abierto y socavón en Europa, las cuales terminan aprovechándose para rubros completamente distintos a la minería. Todo ello, sin perjuicio del cumplimiento de la legislación nacional del país donde se realice la operación aplicable a las fases de cierre y post-cierre. Sobre el particular, hay autores que opinan que esta planificación debe trabajarse conjuntamente con el Estado, puesto que toda la responsabilidad e inversión vinculadas con el post-cierre no deberían ser asumidas únicamente por la empresa. Más que una inversión y, salvo reglas particulares de cada jurisdicción que permitan un planeamiento distinto, las actividades de post-cierre de una operación representarían gastos para la empresa, ya que esos egresos no estarían vinculados con la expectativa de un

51. LANGDON, Christopher. *Op. Cit.*, p. 8.

ingreso futuro, al menos no derivado de dicha operación minera, puesto que esta última habría concluido.

Así, las empresas deben planificar, desde el inicio, qué es lo que va a ocurrir en esa zona una vez concluida la operación. No se trata solo de dejarles un sistema de interconexión para el acceso al suministro de energía eléctrica, agua potable e infraestructura y servicios básicos como centros educativos y de salud. De hecho, creemos que lo que se espera del concepto de DS va más allá de la provisión material de bienes y servicios a favor de las comunidades afectadas. La capacitación, la inversión en capital humano, la educación integral de sus miembros y aquella necesaria para la gestión y manejo de sus economías locales, sin depender de la inyección de capital de la empresa ni de su posición (a veces previamente garantizada) como consumidora de los bienes y servicios locales que dichas comunidades producen, son algunos de los factores a tener en cuenta dentro de dicha planificación. Se trata de un conglomerado de componentes que deben preverse y ahí es, precisamente, donde reside el significado complejo del DS para que redunde, en primer lugar, en el bienestar individual de los miembros de esas poblaciones y se refleje, luego, en el bienestar a nivel comunal, regional y, por qué no, en el bienestar general, si esto fuese posible. Nadie ha dicho ni podrá decir que se trata de un proceso sencillo, todo lo contrario. Hay muchos intereses en juego y, lamentablemente, hemos visto que las negociaciones implícitas en este largo proceso, por el lado de las comunidades afectadas, usualmente, son enfocadas sobre la base de posiciones y no en función de sus intereses. A veces, esas posiciones son tan herméticas y desprovistas de verdadera proyección, que no hacen más que dificultar el proceso en cuestión.

Otra cara de la implementación de los PE analizados reafirma que hay empresas que no tienen acceso a recursos financieros ilimitados y son más sensibles ante la generación de costos adicionales vinculados con el proyecto. Como inversionistas, estas empresas son, quizás, las más preocupadas con relación al tiempo, esfuerzo y costos financieros que se requieren para cumplir con los PE.⁵² Sin embargo, muchas de ellas están actualmente viendo más allá de las responsabilidades sociales y ambientales con objetivos más amplios en cuanto a las políticas corporativas y dirección empresarial, así como cambios estructurales en su manejo para recibir los PE como un componente de sus estrategias generales de gestión de riesgos asociados con sus proyectos.⁵³

V. EL DENOMINADO “RIESGO DE REPUTACIÓN” VERSUS MAYORES COSTOS OPERATIVOS

Esta sección examina brevemente los costos y beneficios de aplicar los PE desde la perspectiva de las empresas mineras. Si bien algunos países en desarrollo han creado una regulación ambiental muy limitada con relación a la actividad minera, hay otros que han adoptado regulación social y ambiental aplicable, incluso, a actividades de exploración.⁵⁴ Ya sea sobre la base de un estricto marco normativo local o a través de los PE, las empresas mineras tienen que incluir los costos de cumplir con estándares sociales y ambientales, y con todos aquellos aspectos derivados del paquete de leyes nacionales que les sean aplicables, en sus respectivos presupuestos.

Por ejemplo, podría haber casos donde la configuración y existencia de un yacimiento minero están garantizadas y la figura del reasentamiento

52. *Id.*

53. *Id.*

54. Por ejemplo, el Perú tiene regulación normativa específica en materia ambiental, inclusive, para actividades de exploración minera. De hecho, las leyes peruanas han ido más allá de normas meramente ambientales para incorporar reglas y mecanismos de participación ciudadana aplicables a las distintas etapas de la actividad minera, así como disposiciones en cuanto a la necesidad de contar con instrumentos de gestión ambiental relacionados con proyectos de exploración.

to (que implica la reubicación física de una determinada población en un lugar distinto al que originalmente ocupa) es absolutamente necesaria para poder ejecutar la fase de construcción de la mina. En este tipo de situaciones, los costos derivados de un programa de reasentamiento para concluir dicha fase e iniciar la operación pueden llegar a afectar significativamente el presupuesto de la empresa.⁵⁵ Debido a que el reasentamiento es uno de los temas cubiertos por los PE (y que, en muchos países, aún no se encuentra legalmente regulado), el ejemplo anterior demuestra lo importante que es evaluar los costos de cumplir con estos estándares. Ciertamente, los PE podrían representar un incremento significativo de los costos operativos antes del inicio de la producción de la mina.

Desde la perspectiva de los prestamistas, dichos costos podrían representar algunos riesgos en términos de viabilidad en el financiamiento de proyectos. Es importante mencionar que los prestamistas privados no necesariamente manifiestan un fuerte incentivo para exigir contractualmente el cumplimiento de ciertos estándares que, en la práctica, no son legalmente exigibles en el país donde se desarrolla el proyecto.⁵⁶ Por ejemplo, el hecho de requerir tal cumplimiento podría derivar en el incremento de los costos operativos del proyecto y podría, en tal sentido, reducir de alguna manera la viabilidad del proyecto en términos financieros. Así, podría decirse que, contra más altos sean los costos operativos, menores serían los ingresos netos disponibles de los cuales, en principio, se derivarían los fondos para responder a los planes de amortización de la deuda.⁵⁷ En cuanto

a la pregunta de si los beneficios superan los costos, ello dependerá de un análisis caso por caso. Una de las críticas a los PE es que, insistiendo en estándares más estrictos, un prestamista efectivamente pondría mayores cargas económicas en un prestatario y, en efecto, se estaría incrementando el riesgo de incumplimiento en el pago o en la amortización del préstamo.⁵⁸

En términos de beneficios, como mencionamos antes, los PE ayudan a manejar mejor los factores de credibilidad y riesgo de reputación de las empresas asociados con esta actividad ante otros grupos de interés (el Estado, las comunidades afectadas, ONGs, organismos internacionales, etc.) y frente al propio mercado financiero. En efecto, este tipo de estándares contribuyen a la evaluación que hacen las propias empresas en cuanto a la gestión del riesgo de reputación. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos y beneficios de lograr reputación y credibilidad a nivel local e internacional, considerando el claro componente social detrás de esta actividad, los PE no pueden garantizar la ausencia de conflictos sociales. Los impactos sociales y ambientales de algunos proyectos son, muchas veces, altamente controversiales entre los propios gobiernos, inversionistas y ONGs.⁵⁹ La posibilidad de tener presión de diversos grupos de interés y conflictos sociales, a tal punto que puedan paralizar una operación minera o influir negativamente en su gestión, siempre existe. Por ello, las empresas mineras deben lidiar con estas eventuales contingencias, aun cuando apliquen a cabalidad los PE, en la medida de que se configuren los supuestos para que estos les sean exigibles contractualmente.

55. Para ilustrar un caso de costos de reasentamiento, tomemos el ejemplo del proyecto minero Nui Phao ubicado en el norte de Vietnam, en el cual, el costo total para desarrollar e implementar un Plan de Acción de Reasentamiento se estimó en US\$ 26.75 millones. Este costo estimado incluye el costo de reubicación y compensación por terrenos superficiales y nuevas infraestructuras, medidas de rehabilitación económica, construcción de sitios de reubicación, períodos de transición, entre otros, representando aproximadamente el 15% de los costos totales del proyecto. Ver Plan de Acción de Reasentamiento preparado por Nui Phao Mining Joint Venture Company Limited (Nuiphaovica) en julio de 2006, disponible en: <http://www.vietnamica.net/wp-content/uploads/2011/04/NuiPhao_Resettlement_Plan.pdf> (revisada el 25 de marzo del 2012).

56. LAWRENCE, Robert F. y THOMAS, William L. *Op. Cit.*, p. 22.

57. *Id.*

58. *Id.*

59. LAWRENCE, Robert F. y THOMAS, William L. *Op. Cit.*, p. 20.

VI. ¿QUÉ ENTENDEMOS O DEBERÍAMOS ENTENDER POR DS?

Habiendo tenido un panorama general de los PE, en tanto uno de los parámetros más representativos de DS que existen en el contexto internacional, corresponde ahora referirnos al concepto mismo del DS y a su origen. No existe consenso único respecto de su definición, al contrario, existen muchas definiciones de DS. Sin embargo, quizás el primer antecedente de este concepto se manifestó en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano celebrada en Estocolmo, Suecia, en 1972. Ahí es donde, probablemente, comenzó a desarrollarse el contenido de este concepto. El principio 2 de la Declaración de Estocolmo establece que:

“Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.”

Luego, el principio 13 dispone que:

“A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población.”

De acuerdo al texto de los principios citados, vemos cómo la racionalización del uso de los recursos naturales debe conjugarse con un desarrollo planificado y ordenado que los preserve en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Es decir, la explotación debe responder a principios de cautela y preservación en lugar de dilapidación y maximización en perjuicio de quienes estarán mañana en la Tierra e, igualmente, requerirán de esos recursos. Si bien no se cita expresamente el concepto de DS, lo cierto es que el espíritu de estos principios se alinea con un uso racional de los recursos de la

mano con el respeto por el medio ambiente y, este último, pensado no solo en función de las generaciones presentes, sino de aquellas futuras que habitarán esas mismas zonas de la Tierra el día de mañana. Aunque abstracto y, quizás, en cierta medida, utópico, este concepto ya comienza a mostrarnos su verdadero significado. Sobre este acercamiento preliminar, el primer hito del término de DS apareció concretamente en 1987 cuando se celebró la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que presentó a la Asamblea General de las Naciones Unidas el documento conocido como el *“Informe Brundtland.”* Este informe resumía sus apreciaciones en cuanto al medio ambiente y aspectos vinculados con la problemática mundial de la degradación del ecosistema y otros, proyectados hasta el año 2000 y más adelante. Así, este documento fue el que planteó el tema del DS y citó tal cual su término, describiéndolo como aquel que *“satisface las necesidades de la generación actual sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.”*

Consideramos que este significado no requiere mayor análisis, por lo que finalizaremos la transición del concepto en este ámbito internacional (y multilateral) con la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en 1992. El principio 1 de esta Declaración establece que:

“Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.”

Podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que las legislaciones ambientales y de carácter social vinculadas con las industrias extractivas, principalmente de aquellos países considerados en vías de desarrollo por las Naciones Unidas (como el Perú), en buena parte, se derivan -al menos conceptualmente- de las definiciones señaladas anteriormente. Y resulta curioso que dichas Declaraciones, si bien representan fuentes modernas del derecho internacional

en materia ambiental, no sean vinculantes. A pesar de ello, sus alcances han servido para que muchos países (por lo pronto, la mayoría de los sudamericanos) procedan a la emisión de sus primeras normas en este aspecto, o a la modernización y/o actualización de las ya existentes, según corresponda. Es decir, la base, origen y, quizás, la verdadera motivación de su creación y emisión primigenias, o de su replanteamiento y/o modificación en línea con estos principios, se relacionan con el concepto de DS. En nuestro caso, la Ley 28611, Ley General del Ambiente, que es la que actualmente está vigente, fue aprobada en el 2005 y, como veremos, no es ajena a dicho concepto. De hecho, se adecúa estrictamente a su contenido cuando regula en el artículo V de su título preliminar el *"Principio de Sostenibilidad."* Este dispone que *"la gestión del ambiente y de sus componentes, así como el ejercicio y la protección de los derechos que establece la Ley, se sustentan en la integración equilibrada de los aspectos sociales, ambientales y económicos del desarrollo nacional, así como en la satisfacción de las necesidades de las actuales y futuras generaciones."*

VII. RECIENTE NORMATIVA APROBADA EN EL PERÚ Y SU RELACIÓN CON EL DS DE LA ACTIVIDAD MINERA

Además de toda la normativa ambiental existente aplicable a la minería (que podríamos decir es relativamente nueva⁶⁰ y continúa siendo cada vez más regulada), el Estado actualmente está trabajando determinados componentes de la industria minera a través de la reciente emisión de normas que, en nuestra opinión, tienen un claro impacto en el DS de esta actividad. En este artículo, nos referiremos brevemente a dos de ellas, sin que la intención sea efectuar

un análisis profundo de su contenido, sino más bien un análisis general de la mano con algunas apreciaciones vinculadas con el DS.

7.1. *La Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ("LCP") y su Reglamento ("RLCP")*⁶¹

Dejando de lado toda la polémica que existió alrededor de la promulgación de la LCP y su Reglamento, y las distintas opiniones de los sectores políticos, económicos y productivos del país, lo cierto es que estas normas responden al proceso de implementación y alineación de la legislación peruana con relación al Convenio 169 de la OIT aprobado en 1989, y que fue ratificado por el Estado peruano en 1993. Parte de la complejidad para determinar quiénes son verdaderamente los sujetos del derecho a la consulta se origina en el propio Convenio 169, ya que este no define **quiénes son los pueblos indígenas y tribales**, sino que adopta un enfoque práctico desarrollando solo criterios para describir los pueblos que pretende proteger. Cabe señalar que estas normas no son exclusivas del sector minero, pero, claramente, tienen una fuerte influencia en él y en el DS, y es esta la razón por la que decidimos citarlas.

La LCP establece que el derecho a la consulta es el derecho que tienen los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las "medidas legislativas o administrativas" que afecten directamente sus derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. La LCP define, entre otros temas, el contenido, principios y procedi-

60. El Reglamento del Título Décimo Quinto del TUO de la Ley General de Minería sobre el medio ambiente fue aprobado en 1993 y se complementa con normas conexas como la Ley General del Ambiente del 2005, y con la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental del 2001, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 019-2009-MINAM.

61. La LCP fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano" ("DOEP") el 7 de setiembre del 2011, y entró en vigencia a los 90 días de su publicación a fin de que las entidades estatales responsables de conducir los procesos de consulta cuenten con el presupuesto y la organización requerida para ello. El RLCP fue aprobado por el Decreto Supremo 001-2012-MC, publicado en el DOEP el 3 de abril del 2012, y entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación.

miento general del derecho a la consulta, así como los criterios objetivos (patrones culturales, modo de vida, descendencia directa de poblaciones originarias del territorio nacional, costumbres propias, etc.) y subjetivos (conciencia colectiva del grupo de poseer una identidad indígena u originaria) para poder identificar a estos pueblos, en tanto titulares o sujetos del derecho a la consulta.

Por su parte, el RLCP regula de manera general el proceso de consulta previa que debe realizar el Estado antes de dictar las “medidas administrativas” (normas reglamentarias de alcance general y actos administrativos que autoricen el inicio de la actividad o proyecto de desarrollo en particular) o “medidas legislativas” (normas con rango de ley) que sean materia de consulta, y siempre que tales medidas afecten directamente los derechos colectivos del(los) pueblo(s) indígena(s) u originario(s) (los “Pueblos”). Así, la obligación de tramitar este proceso recae en el Estado, a través de las entidades públicas que, en cada caso, promuevan, adopten y/o aprueben tales medidas.

Para que corresponda iniciar el proceso de consulta, el Estado debe identificar previamente: (i) las “medidas legislativas o administrativas” que serán materia de consulta; y, (ii) que tales medidas afectan directamente los derechos colectivos de los Pueblos, identificando a estos últimos. Cabe señalar que las disposiciones del RLCP se aplicarán a las medidas administrativas o legislativas que se soliciten, promuevan y/o aprueben (según sea el caso) con posterioridad a la publicación del RLCP.

De manera general y sin estar orientado a un determinado sector productivo, el RLCP establece las distintas etapas del proceso, plazos, responsabilidades de los actores involucrados, garantías, entre otros aspectos. Entre sus disposiciones más importantes, se encuentran las siguientes:

- Se describe cuáles son aquellas “medidas legislativas o administrativas” que podrían ser materia de consulta. Asimismo, se definen los criterios y conceptos objetivos y

subjetivos para determinar a qué pueblos específicamente se les puede calificar como “indígenas” u “originarios” para efectos de la consulta. Sobre el particular, cabe resaltar que tales pueblos se limitan únicamente (entre otros criterios) a aquellos que desciendan de poblaciones que habitaban en el Perú en la época de la colonización.

Al margen de las denominaciones que reciban estos pueblos, siempre que estos reúnan los referidos criterios, serán calificados como Pueblos. Por ello, en principio, las comunidades campesinas, andinas, nativas u otras, podrían (o no), según cada caso particular, ser identificadas como Pueblos para efectos de la aplicación de la LCP y su Reglamento. Podríamos equiparar este criterio con aquel principio que establece que los contratos en realidad no responden al nombre que las partes le den, sino a lo que se desprende de la propia naturaleza de sus prestaciones. Entonces, independientemente de cómo se denomine cada comunidad, esta entrará en el escenario de la consulta previa siempre que encaje dentro de los criterios objetivos y subjetivos previstos para ello.

- El RLCP reconoce el derecho de uso de los Pueblos respecto de los recursos naturales que se encuentren en su ámbito geográfico. Sin embargo, no les otorga a los Pueblos derecho de propiedad respecto de tales recursos ni prioridad alguna para su explotación, sino un derecho de participación en los beneficios que tal explotación genere, sin regular la(s) forma(s) de participación.
- Se reitera lo dispuesto por la LCP en el sentido de que los Pueblos no tienen derecho de veto. Así, sin perjuicio de que el proceso de consulta se realiza en el marco de un contexto multicultural que eleva los estándares y mecanismos de diálogo, la decisión final respecto de la aprobación de las “medidas legislativas o administrativas” recae únicamente en el Estado. Sin embargo, si el Estado y los Pueblos llegasen a un acuerdo como resultado del proceso de

consulta previa, dicho acuerdo será vinculante, es decir, obligatorio y exigible para ambas partes.

- Un administrado particular que haya solicitado una “medida administrativa” podría ser invitado a participar en el proceso de consulta, sin embargo, el RLCP no lo reconoce como parte de dicho proceso.
- Se regula expresamente aquellos supuestos que quedan excluidos del alcance de la LCP y del RLCP (decisiones estatales con carácter de emergencia, normas tributarias, etc.), así como los supuestos de abandono, suspensión y conclusión del proceso de consulta.
- El plazo máximo para el desarrollo del proceso de consulta es de ciento veinte (120) días calendario, contado a partir de la entrega de la propuesta de la “medida legislativa o administrativa” a los Pueblos por parte del Estado hasta la firma del acta de consulta.
- En el marco de la ejecución de un proyecto de inversión o desarrollo respecto del que ya se haya realizado un proceso de consulta, si por cualquier motivo este fuese suspendido y/o paralizado, su posterior reanudación y/o reinicio no requerirá de un nuevo proceso de consulta.
- La aprobación de “medidas administrativas” (por ejemplo, autorizaciones, permisos y/o licencias) que posteriormente se requieran para dar inicio a las actividades autorizadas por una “medida administrativa” anterior a ellas, no requiere ser sometida a procesos de consulta. Esta disposición resulta razonable al no entrapar la ejecución de una determinada actividad productiva exigiendo procesos de consulta para cada autorización, permiso y/o licencia que se requieran, según la respectiva normativa aplicable a dicha actividad.
- Los instrumentos de gestión ambiental deberán contener información sobre la posible afectación directa de los derechos

colectivos de los Pueblos como consecuencia de la ejecución de un determinado proyecto de inversión o desarrollo.

- El RLCP está referido, en parte, a las inversiones en los diversos sectores productivos, sin adecuarse específicamente a estos. Por ello, es muy probable que cada sector, oportunamente, apruebe su propia reglamentación en este sentido a fin de adecuar el RLCP a las necesidades y particularidades de cada sector.
- El proceso de consulta previa es independiente de las reglas y mecanismos de participación ciudadana que deben cumplirse, según la normativa aplicable a cada sector productivo, ya que el RLCP no deroga ni modifica dichas normas.

Sobre la base del contenido de la LCP y su Reglamento, vemos cómo en este caso es el propio Estado, a través de las entidades que conforman la Administración Pública y de sus diferentes niveles de gobierno, el que se ha puesto la valla de la consulta previa. Cabe señalar que también corresponde efectuar la consulta respecto de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente los derechos de los Pueblos.

De hecho, la aplicación y resultados de este proceso generan muchas dudas y temores en los diversos sectores productivos que piensan que este podría entorpecer, paralizar o perjudicar sus inversiones. Muchos sectores conciben este proceso como una forma de depender de lo que buenamente decidan los Pueblos. Esto no necesariamente es así. En general, creemos que la emisión de esta normativa ha sido positiva y responde a criterios bastante razonables dentro de las políticas que viene ejecutando el Estado en materia de DS, y más específicamente, aquellas orientadas a las industrias extractivas. Quizás, en parte, la creación de este tipo de normas corrobora la idea de que los países cuyos principales ingresos están basados en la ejecución de actividades extractivas (minería, gas, hidrocarburos, etc.) están alineándose cada vez más con todo este conjunto de normas,

principios y estándares que vienen dictándose con fuerza desde un escenario internacional bajo el sello del DS.

La vinculación entre la protección de los Pueblos y la operación de las industrias extractivas constituye una parte ínfima -pero parte al fin y al cabo- dentro del gran conglomerado de políticas de DS a cargo del propio Estado. Como ya hemos indicado, las políticas de DS en el ámbito de la industria minera deben ser creadas y, a la vez, cumplidas por el Estado, las empresas y por todos aquellos grupos de interés involucrados, directa e indirectamente, en la actividad. Solo el tiempo y la forma cómo se vaya implementando el proceso de consulta demostrarán qué tan efectivo es y darán las pautas para que se dicten las medidas necesarias para despejar las dudas que actualmente existen en cuanto a su aplicación y alcances, así como para mejorarlo, agilizarlo y convertirlo en un proceso eficiente que se adecúe a las particularidades y necesidades de cada sector productivo.

Por ejemplo, una pregunta desde la perspectiva de una empresa que quiere realizar actividad de exploración minera en el Perú sería: ¿es necesario llevar adelante este proceso de consulta para que el Estado emita uno de los títulos habilitantes para realizar exploración? En otras palabras, antes de la emisión del título de concesión minera, ¿es necesario realizar un proceso de consulta si el área de mi concesión recae en una zona habitada por los Pueblos? ¿Qué se entiende por "afectación directa" de estos Pueblos? ¿Cómo y quién determina que mi actividad de exploración, básica, preliminar y, aparentemente, sin mayores impactos, estaría afectando los derechos de estos Pueblos? En fin, estas preguntas representan algunas de las dudas que podrían existir con relación al proceso de consulta en el ámbito de la industria minera.

Debe quedar claro que la obligación de llevar a cabo este proceso de consulta recae solo en

el Estado y no en las empresas. Desde la perspectiva de la actividad minera y siempre que los proyectos recaigan en zonas donde se verifique la presencia de Pueblos, el proceso de consulta estaría afectando la actividad, sin que esta afectación deba ser vista necesariamente como un elemento negativo, sino como un componente más del proyecto que deberá analizarse y planificarse en cada caso. De hecho, la protección de estos Pueblos representa una política de DS. La existencia de este tipo de regulaciones no tendría por qué poner en peligro o desalentar la entrada de nuevas inversiones al país o la canalización de las ya existentes. En línea con la presión que existe en la comunidad internacional en esta materia, creemos que también resultaría positivo que el Perú demuestre hacia afuera que está perfectamente alineado en este sentido, a la vez que demuestre de manera cierta y convincente el pleno respeto a la inversión privada nacional y extranjera. Por el momento, dejaremos de lado las críticas, debilidades e imperfecciones de este específico proceso. No queremos desviar la intención y significado de este tipo de medidas de DS sobre la base de ciertos visos de populismo que algunos aluden en ellas y que, aun siendo ciertos, desatenderían su verdadero propósito.

7.2. Normas para combatir la minería ilegal en el Perú

En su afán por combatir y erradicar de manera progresiva la situación de minería ilegal en el Perú, el Poder Ejecutivo, de acuerdo a las facultades legislativas delegadas a su favor por el Congreso, ha emitido -al menos hasta la fecha de conclusión de este artículo- 5 decretos legislativos en materia de minería ilegal.⁶² En nuestra opinión, estas normas reflejan una actitud más proactiva, drástica y sancionadora de parte del Estado hacia aquellas personas, naturales o jurídicas, que vienen ejerciendo o teniendo algún tipo de injerencia, directa o indirecta, en esta actividad. Y decimos progresiva porque la minería ilegal no puede ser eliminada de un día

62. El 12 de febrero del 2012 se publicó en el DOEP el Decreto Legislativo 1099 que aprueba acciones de interdicción de la minería ilegal en el departamento de Puno y remediación ambiental en las cuencas de los ríos Ramis y Suches. El 18 de febrero del 2012 se publicó en el DOEP el Decreto Legislativo 1100 que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias (esta norma, además, identifica en un anexo las

para otro, es un mal que existe hace muchísimos años y que es perfectamente conocido, tanto por el Estado como por el resto de agentes de la industria (como aquellas empresas que sí operan de acuerdo a ley y pagan sus impuestos). Parte del objetivo de la creación de todas estas medidas es tener un efecto disuasivo en aquellas personas involucradas en la minería ilegal, de manera que estas sean conscientes de que ahora sí están reguladas e identificadas las consecuencias y sanciones del ejercicio de esta actividad en sus distintas formas y participación.

Resulta difícil tener un control absoluto de todas las zonas del territorio nacional para evitar que estos sujetos operen en condiciones tan improvisadas y desprovistas de cualquier exigencia legal. La minería ilegal representa el extremo opuesto de la lista de estándares que hemos desarrollado y, obviamente, del concepto de DS. Aquí no solo se desconocen por completo sus estándares, sino que se obvian aquellas normas básicas de la legislación nacional en cuanto a temas de seguridad, salud, medio ambiente y otras. Los índices de contaminación, accidentes y hechos funestos producto de la minería ilegal son altísimos (incluyendo, en muchos casos, la muerte de personas). Podríamos decir que estos contrarrestan los esfuerzos de las empresas formales que operan de acuerdo a ley para ajustarse a estándares cada vez más exigentes y adecuados en estas materias. Sus buenos resultados y compromisos en materia ambiental, social, de seguridad y salud, de alguna manera, se encuentran contrarrestados por la burda contaminación, precarias condiciones y otros aspectos negativos que se asocian con la minería informal.

Si bien podría decirse que hay ciertos niveles de ilegalidad e informalidad, lo cierto es que esta categoría se traduce en contaminación descontrolada, improvisación en todos los

componentes que involucra la extracción de minerales y, muchas veces, conocimiento y voluntad de incumplir las leyes (ya que no pueden alegar desconocimiento). En los extremos de minería informal se encuentran aquellos que simplemente se encuentran fuera del paraguas fiscal del Estado y simplemente no tributan. Una de las principales críticas y, por cierto, fundada, era que esta situación generaba un desincentivo para aquellas empresas formales, ya que el Estado, por un lado, seguía imponiéndoles exigencias legales que se reflejaban en altísimos costos y en una mayor carga tributaria, y, por otro lado, tenía una actitud condescendiente con las empresas detrás de la minería informal. Esta situación en un contexto de competencia por la colocación de productos minerales en el mercado es intolerable. A continuación, haremos una revisión simple de las principales disposiciones de dichos decretos legislativos para que cada quien analice si ellas tienen implícitas políticas de DS sobre la base de su finalidad, según cada caso.

El Decreto Legislativo 1099 declara de necesidad pública, interés nacional y de ejecución prioritaria, las acciones de interdicción relacionadas con la minería ilegal en el departamento de Puno, así como la remediación ambiental de las cuencas de los ríos Ramis y Suches. Debido a que hay ciertas zonas del país donde se concentra mayormente este tipo de actividad, esta norma se enfoca, por ejemplo, en Puno. Por ello, sus disposiciones solo son aplicables a la actividad realizada en este departamento. Esta norma dispone que la titularidad sobre las concesiones mineras, así como la simple presentación del petitorio minero o la solicitud de certificación ambiental u otras autorizaciones relacionadas con la actividad minera, no permiten el ejercicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio. Sobre el particular, señala que para realizar dichas actividades se

principales zonas de pequeña minería y minería artesanal en el departamento de Madre de Dios). El 29 de febrero del 2012 se publicó en el DOEP el Decreto Legislativo 1101 que establece medidas para el fortalecimiento de la fiscalización ambiental como mecanismo de lucha contra la minería ilegal; y, en la misma fecha, se publicó el Decreto Legislativo 1102 que incorpora al Código Penal los delitos de minería ilegal. Finalmente, el 4 de marzo del 2012 se publicó en el DOEP el Decreto Legislativo 1103 que establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de insumos químicos que puedan ser utilizados en la minería ilegal.

requiere contar con la autorización de inicio/reinicio de operación minera, otorgada por la autoridad competente. Asimismo, establece que las actividades mineras que se realicen sin cumplir estas disposiciones, determinan el inicio de las acciones de interdicción que serán ejecutadas principalmente por el Ministerio Público y la Policía Nacional (con el apoyo de las Fuerzas Armadas) y que consisten en: (i) el decomiso de los bienes, maquinaria, equipos e insumos, utilizados para el desarrollo de actividades mineras no autorizadas; y, (ii) la destrucción o demolición de los bienes, maquinaria y equipos, en aquellos casos donde no resulte viable su decomiso.

A diferencia del Decreto Legislativo 1099, el Decreto Legislativo 1100 declara de necesidad pública, interés nacional y de ejecución prioritaria, las acciones de interdicción relacionadas con la minería ilegal en toda la República. Lo importante de esta norma es que prohíbe de manera absoluta en el ámbito de la pequeña minería y minería artesanal el uso de determinados bienes, maquinarias, equipos e insumos taxativamente señalados en la norma (tales como dragas y otros artefactos similares en todos los cursos de agua, ríos, lagos, lagunas, cochas, espejos de agua, humedales y aguajales; los bienes, maquinarias, equipos e insumos utilizados para el desarrollo de actividades mineras ilegales, así como la instalación y uso de chutes, quimbaletes, molinos y pozas de cianuración para el procesamiento de mineral, entre otros equipos). El propósito de esta norma es promover el ordenamiento y proceso de formalización de la minería a pequeña escala. Por tanto, regula aquellas acciones del Estado para este proceso, las medidas para la remediación ambiental y dispone la necesidad de emplear métodos de extracción que protejan la salud humana y eviten la contaminación ambiental. En la misma línea del Decreto Legislativo 1099, este también considera como actividad minera ilegal, aquellas actividades de exploración, explotación y/o beneficio, que no cuenten con una autorización de inicio/reinicio de operaciones otorgada por la autoridad competente. Asimismo, en el supuesto de que se verifique actividad minera ilegal, se podrán aplicar las mismas acciones de interdicción previstas en el Decreto Legislativo 1099.

Por su parte, el Decreto Legislativo 1101 establece condiciones básicas para el ejercicio de las funciones de fiscalización ambiental aplicables a las actividades de pequeña minería y minería artesanal, regulando el ejercicio de esta fiscalización. En este sentido, dispone cuál es el procedimiento sancionador que debe ser iniciado a partir del resultado de las verificaciones de campo, así como las multas y medidas administrativas aplicables. También regula los supuestos en los que podría configurarse responsabilidad penal luego de verificar la existencia de indicios de ilícitos penales, estableciendo que las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) formularán las respectivas denuncias penales sobre la base de las supervisiones regulares de carácter permanente que las EFA ejecutarán respecto de las actividades de pequeña minería y minería artesanal bajo su competencia.

Creemos que, quizás, las disposiciones más importantes en lo que a la generación de efectos disuasivos se refiere son las del Decreto Legislativo 1102, ya que este incorpora nuevos tipos penales vinculados con la minería ilegal que ya se encuentran vigentes. Por ejemplo, se sanciona con penas de 4 a 8 años de cárcel, a quien realice actividades de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la autoridad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o a sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. La norma describe las formas agravadas del citado delito (por ejemplo, cuando este se comete en zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera, o en áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas).

Sin perjuicio de que el propósito de este tipo penal es sancionar a quienes realicen actividad minera ilegal, su tipificación es tan general y está descrita de tal forma que podría involucrar, inclusive, a personas que realizan minería formal simplemente por no contar con una de las tantas autorizaciones, licencias y/o permisos que exige la legislación de acuerdo a la etapa en la que se encuentre la actividad. Consideramos

que la descripción de este tipo penal debería ser reformulada, teniendo en cuenta, además, que nuestra legislación define la explotación como la extracción de los recursos minerales, por lo que habría una duplicidad en este sentido al mencionar a la “extracción” y a la “explotación” como actividades distintas.

Además de este delito de minería ilegal general, se tipifican nuevas conductas como el financiamiento de la minería ilegal (la pena se fija de 4 a 12 años de cárcel) y la obstaculización de la fiscalización administrativa. En este último caso, el que obstaculiza o impide la actividad de evaluación, control y fiscalización de la autoridad administrativa relacionada con la minería ilegal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 4 años ni mayor de 8 años. Consideramos que este tipo penal es un tanto excesivo, pues podría dar pie a que se verifiquen ciertas situaciones de abuso por parte de las autoridades involucradas en el proceso de fiscalización. La delimitación de parámetros sería conveniente en este sentido.

Finalmente, el Decreto Legislativo 1103 dispone que la SUNAT fiscalizará el ingreso, permanencia, transporte y salida de insumos químicos (por ejemplo, mercurio, cianuro de potasio, cianuro de sodio, e hidrocarburos como el diesel, gasolinas y gasoholes), así como su distribución hacia y desde el territorio aduanero y en el territorio nacional. Esta norma define el transporte ilegal como todo aquel traslado de insumos químicos que no utilice la ruta fiscal (vía de transporte de uso obligatorio autorizada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para el traslado de insumos químicos) aplicable o que no tenga la documentación que legalmente corresponda. Asimismo, establece que la SUNAT procederá a la incautación de los insumos químicos, así como de los medios de transporte utilizados para su traslado cuando en el ejercicio de sus actuaciones administrativas detecte la presunta comisión del delito de comercio clandestino.

Luego de revisar de manera general algunas de las principales disposiciones en materia de minería ilegal recogidas en este paquete de decretos legislativos recientemente aprobados

(de hecho, tenemos entendido que van a seguir emitiéndose más medidas complementarias y conexas en esta materia), vemos que su finalidad última reside en el DS. En definitiva, este último no puede estar pensado en un escenario en el que no se respeten reglas básicas en materia de salud, seguridad, medio ambiente y otros. El DS involucra diversas materias y así como debe responder a un enfoque multidisciplinario, también puede requerir cambios en las bases de un sistema que ha venido rigiendo por largos años una actividad paralela a la minería legal y formal. Aunque de primera impresión, las normas citadas no parecerían abordar temas de DS, lo cierto es que apuntan a trabajar en estos estándares, estableciendo roles y responsabilidades a los diversos agentes involucrados en la actividad minera. Además, el DS, evidentemente, no es ajeno a las reglas de competencia en el mercado y, al margen de la actividad económica, lo cierto es que las políticas de DS son perfectamente compatibles con la promoción y defensa de la competencia en todos los sectores productivos.

No obstante, dicha afirmación sería correcta en la medida de que en ella se observen iguales condiciones. Los mayores costos y cargas, tanto en el orden tributario como aquellos representados por la imposición de exigencias legales y estándares más altos en materia de DS, no pueden estar concentrados solo en una parte de la ecuación. Si fuese así, y si el Estado lo permitiese sin adoptar medidas drásticas o sin tener un rol más proactivo, fiscalizador y sancionador para combatir la minería ilegal, en buena cuenta, se estaría configurando una especie de externalidad cuyos costos estarían siendo indirectamente asumidos por las empresas formales que soportan el mayor sacrificio patrimonial. Este último representado por la mayor carga tributaria, mayores costos incurridos en el cumplimiento de normas legales y estándares de DS, etc. Y, sin embargo, la asunción de estas externalidades producidas por la minería ilegal por parte de las empresas formales no necesariamente se internalizaría en los precios de los bienes producidos y/o comercializados por estas últimas. Como podemos ver, esta secuencia no hace más que reflejar un absoluto desbalance que estaría totalmente fuera del radar de las políti-

cas de DS, dicho de otro modo, en un contexto de desigualdad de condiciones resultaría muy difícil que el DS pueda cumplir sus fines.

VIII. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

- Los PE influirían en todas las etapas de la actividad minera. Dependiendo del caso concreto, la fase de exploración no estaría excluida de sus alcances, ya que, muchas veces, involucra proyectos con alta sensibilidad en materia de los impactos que genera, incluso cuando no hay certeza sobre el tipo de mina, si se tratará de una operación a pequeña, mediana o gran escala, ni sobre la proyección de recursos y reservas disponibles, entre otros aspectos inciertos en ese momento.
- De alguna manera, podríamos decir que el Perú ha internalizado y/o complementado en su propio marco normativo muchos de los aspectos regulados por los PE y que, actualmente, continúa haciéndolo. A través de la dación de algunas normas recientes como aquellas citadas en este artículo, y teniendo en cuenta nuestra regulación en materia ambiental y de participación ciudadana específicamente aplicables a la actividad minera, vemos que el Perú demostraría una clara tendencia hacia la implementación del concepto de DS en minería. Si bien el camino es largo y aún falta mucho por recorrer y mejorar, lo cierto es que la emisión de políticas de DS y de normas que las reflejen constituiría un aspecto indispensable para alinearnos con este creciente e influyente conjunto de estándares internacionales en materia de DS. Esta situación, lejos de perjudicar la actividad minera, nos colocaría como un centro serio y atractivo de nuevas inversiones en el sector.
- Resultaría ideal que las políticas de DS se construyan sobre la base de un adecuado balance entre la maximización de utilidades, por el lado de las empresas, y la minimización de los riesgos e impactos en

materia ambiental y social (principalmente), por el lado del Estado. Sin embargo, resultaría difícil estructurar un balance de este tipo, aun cuando ambos criterios no son necesariamente incompatibles. De hecho, la creación e implementación de estándares de DS deberían avanzar conjuntamente con el desarrollo de nuevas tendencias y tecnologías aplicables a la industria minera, así como el uso de la creatividad e innovación. La inversión en estos aspectos y en la investigación que se requiere para su aplicación, sería determinante para una efectiva implementación del concepto de DS en minería.

La creación de incentivos tributarios para motivar la inversión en nuevas tecnologías en línea con el DS constituiría una alternativa, pero el Estado, lejos de limitarse al aspecto tributario, debería diseñar nuevos mecanismos que incorporen esta finalidad. Para ello y, en realidad, para trabajar todos los componentes del DS, se requiere un enfoque multidisciplinario que incluya desde las ciencias sociales (dentro de las que se encuentra la economía) hasta la geología, por ejemplo, involucrando, así, distintos ámbitos del conocimiento a fin de cubrir los aspectos sustantivos y procedimentales del DS.

- Sería difícil medir la eficacia de las políticas de DS con relación a su capacidad para ayudar a reducir los riesgos de conflictos sociales. Sin duda, las normas que pueda emitir el Estado y que, de alguna manera, involucren el concepto de DS, no necesariamente resuelven esta problemática. El componente social detrás de la actividad minera es tan grande que, aun cuando los conflictos sociales, muchas veces, podrían tener un trasfondo político, su causa y verdadera motivación no necesariamente son predecibles.

Parte de una efectiva implementación del DS implicaría un proceso permanente de diálogo, consulta y participación con todos los grupos de interés para medir el nivel de

respuesta y aprobación que se deriven de las acciones y medidas de mitigación de las empresas, y, en buena cuenta, de todo el paquete de políticas en materia de DS que incluyen los aspectos sociales y ambientales en el primer orden de importancia. Sin embargo, nada es garantía de nada, y ninguna medida puede a ciencia cierta garantizar un determinado resultado, menos en materias tan sensibles y complejas como estas. Por ejemplo, incluso cuando se hayan previsto legalmente una serie de garantías y medidas ante el incumplimiento de una comunidad campesina respecto de sus obligaciones derivadas de un contrato para el uso de terrenos superficiales con una empresa minera, y aun cuando este contrato se inscriba en los Registros Públicos (si fuese el caso), sea comunicado al Ministerio de Energía y Minas, o se utilice cualquier otro mecanismo para su oponibilidad, siempre existirá el riesgo de que se incumplan los acuerdos, se filtren serias reclamaciones y el descontento escale a tal punto que pueda generarse un conflicto social.

Más allá de que las empresas deban proyectar entre sus costos una eventualidad de este tipo y puedan prever sus efectos, lo cierto es que las políticas de DS no necesariamente evitan estos riesgos. Lo que sí podríamos manifestar es que una adecuada implementación de dichas políticas por parte de los agentes involucrados, de alguna manera, podría contribuir a minimizar los riesgos de conflictos sociales, reduciendo su capacidad de generación. No obstante, esta aseveración se debilitaría ante la posibilidad de que los intereses que subyacen a estos conflictos sean (parcial o totalmente) políticos. Esta situación, naturalmente, vulneraría u opacaría los beneficios de una óptima implementación de las políticas de DS.

- Resultaría honesto plantear que, en muchos casos, la verdadera motivación detrás de estos conflictos sociales y las razones que alegan las poblaciones afectadas obedecen a un tema político-económico, más

que a un tema de necesidades, escasez o transgresión de derechos. Aun cuando parte de las políticas de DS ejercidas por las empresas pueden verse reflejadas en la concretización de obras de *infraestructura* y servicios públicos a favor de dichas poblaciones, a veces, estas últimas son manejadas por autoridades políticas que no gastan adecuadamente los recursos generados por la actividad minera de los que disponen por ley. Así, la ineficiente administración de dichos recursos por parte del Estado (según el nivel de gobierno en cada caso) en perjuicio de las poblaciones afectadas, usualmente, se disfraza con argumentos de escasez y discrepancia con la gestión de la empresa minera o con la actividad misma, o mediante la contraposición de valores subjetivos entre un bien y otro como, por ejemplo, la preservación de fuentes naturales de agua versus la extracción de minerales.

- En el contexto de las políticas de DS ejercidas por las empresas, ya sea de manera voluntaria o porque son impuestas por el Estado, hay quienes afirman (desde un sector eminentemente pro empresarial) que el pago de impuestos a cargo de las empresas mineras sería suficiente para que ellas cumplan con los estándares de DS. Dicha tesis le traslada al Estado la responsabilidad de asumir todo aquello concerniente al DS. De lo contrario, si además de pagar altísimos impuestos en comparación con otras actividades, las empresas mineras estuviesen obligadas a invertir en este tipo de políticas, dicha tesis afirma que se estaría desnaturalizando el rol de la empresa en la sociedad. En buena cuenta, esta tesis estaría en contra de la aplicación de la RSC puesto que, en su opinión, esta estaría plenamente cubierta a través de la carga impositiva de las empresas mineras. Discutible o no, lo cierto es que el Estado tiene un rol fundamental al momento de implementar los estándares de DS en la actividad minera.
- Para que cada Estado implemente políticas de DS, es necesario que dicte normas coherentes, sistemáticas y con vocación de

aplicabilidad. Este criterio resultaría básico al momento de dictar medidas de DS, ya que lo importante es que estas normas, por un lado, sean efectivamente cumplidas por sus destinatarios, y que el Estado cuente con la estructura y mecánica necesarias para fiscalizar ese cumplimiento, por otro. Así, la consistencia que debe existir entre las normas de DS debe necesariamente ir de la mano con un tema de capacidades. Por el lado del Estado, se requiere contar con capital humano suficiente en cantidad y calidad para ser capaz de fiscalizar el cumplimiento de dichas normas y ponerlas en práctica. Para ello, sus funcionarios requieren contar con conocimiento es-

pecializado y, muchas veces, técnico, que resulta indispensable para cubrir diversos componentes del DS en el contexto de industrias extractivas como la minería. De lo contrario, la improvisación en la simple emisión de normas en este sentido sería inconsecuente con su propia finalidad y el sistema no funcionaría de manera eficiente. Ciertamente, de nada serviría tener normas dispersas y sin conexión entre ellas, pues esto no haría más que generar confusión respecto de su aplicación y cumplimiento en los diversos agentes involucrados con la industria, atentando contra los verdaderos fines de aquellas normas y políticas de DS.