

ANTHONY LAUB BENAVIDES

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho (LL.M.) en Energy Law & Policy por la Universidad de Dundee.

MIGUEL VALDERRAMA DEVESCOVI

Abogado por la Universidad del Pacífico.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El régimen jurídico de las actividades mineras y energéticas.
 1. Los cambios al modelo.
 2. Los recursos naturales en la Constitución de 1993.
 3. El desarrollo sectorial.
 4. Obligaciones de los concesionarios.
 5. El principio de seguridad jurídica.
 6. ¿Cómo relacionamos los conceptos de licencia social y seguridad jurídica?
- III. Desmitificando la licencia social.
 1. La otorga la comunidad.
 2. Se basa en creencias, opiniones y percepciones y puede cambiar a lo largo del tiempo.
 3. No es medible.
 4. Otros aspectos.
 5. Consecuencias potenciales.
- IV. Gobierno corporativo y el concepto de buen vecino.
 1. Principios para fomentar la buena relación entre empresas y comunidades.
 2. Formas en que las empresas contribuyen al desarrollo de las comunidades.
 3. La importancia de las instituciones.
 4. El concepto de buen vecino.
- V. Conclusión.



*"Donde termina la ley, comienza la
tiranía, si la ley
es transgredida en perjuicio de otro".*

JOHN LOCKE

I. INTRODUCCIÓN

Una conocida serie de televisión local cuenta la historia de una familia provinciana que llega a vivir a uno de los barrios más exclusivos de la ciudad de Lima, generando malestar, desconfianza y hasta ira en algunos vecinos de dicho lugar. Hoy, luego de varios años, la familia provinciana y la familia limeña siguen sobre el mismo terreno donde comenzaron.

Este ejemplo tiene la virtud de mostrarnos algo que trasciende a la ficción: que el derecho de una persona acaba ahí donde comienza el de otra. A pesar de que una familia haya sentido disgusto ante la aparición de unos "intrusos" que amenazaban su estilo de vida, lo cierto es que ambas partes de este problema tenían todo el derecho de vivir ahí y ninguna de ellas tenía el derecho a exigir a la otra que se retire. Es más, demuestra que a pesar de un choque inicial, la convivencia a largo plazo es posible.

Inclusive podemos recalcar casos en nuestro país que reflejan nuestro ejemplo ficticio en la realidad. Uno es el de las playas de Ancón, donde tras años de separación entre los residentes de la zona y el resto de personas que iban a dichas playas durante el verano, se ha logrado una mayor integración de ambas comunidades en virtud de un proceso de educación, el cual ha permitido que ambas partes puedan respetar a la otra, entendiendo y salvaguardando sus intereses y valores.

En el Perú, donde el potencial de aprovechamiento de la riqueza natural es enorme, nuestro régimen constitucional ha optado por otorgar a los particulares la posibilidad de explotar los recursos naturales, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos legales correspondientes.

Pese a ello, es conocido que el Estado de Derecho se ve cada día más vulnerado con la inacción de

las autoridades ante grupos de interés desperdigados alrededor del territorio, quienes valiéndose del engaño, de la desinformación y del miedo impiden el libre ejercicio de los derechos que las personas han obtenido cumpliendo con la ley.

En tal contexto, el presente artículo tiene por finalidad analizar el concepto de la llamada "licencia social", el cual ha venido cobrando especial relevancia en el ámbito de las actividades mineras y energéticas. Veremos que las empresas se encuentran obligadas a cumplir con un extenso marco regulatorio cuya finalidad debe ser asegurar que los beneficios generados por una actividad superen a sus costos sociales. Por tanto, son ilegales las medidas de presión que afecten los legítimos derechos de los particulares, que además acaban resquebrajando la débil institucionalidad de nuestro país.

Ahora bien, dejamos en claro que las empresas extractivas que incumplen la ley y dañan el medio ambiente merecen ser sancionadas. En cambio, aquellas que sí cumplen y cuidan el ambiente merecen que sus derechos sean protegidos. Asimismo, tampoco afirmamos que todas las normas que regulan a las actividades mineras y energéticas cumplen el propósito de garantizar que dichas actividades se desarrollen de forma eficiente, sin embargo el análisis de esta última cuestión y de los mecanismos que el ordenamiento ofrece para controlar la actividad normativa del Estado exceden los alcances del presente artículo.

II. EL REGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES MINERA Y ENERGÉTICAS

1. Los cambios al modelo.

Hasta antes de los procesos de reforma de la década de 1990, las actividades mineras y energéticas en el Perú estaban reservadas al Estado, que las explotaba a través de empresas públicas como Centromin, Petroperú y Electroperú. Los resultados de dicho esquema, como es conocido, fueron desastrosos.

Por ello, las reformas concretadas con la Constitución de 1993, tuvieron entre sus objetivos

liberalizar nuestra economía, poniendo las actividades empresariales en manos privadas y estableciendo un marco jurídico que buscare incentivar la inversión privada, a la vez que cautelara el bienestar social y ambiental de la nación. Y es que promover la inversión privada y el aprovechamiento de los recursos naturales y a la vez cautelar el cumplimiento de las diversas normas que nos rigen como Estado y sociedad no son fines contradictorios; por el contrario, son complementarios.

Los resultados positivos de la reforma son claros. Para muestra, en 1989 la capacidad instalada de generación eléctrica del Perú ascendía a 1703 MW¹, mientras que en el 2014 alcanzó 9055.7 MW², esto es, un crecimiento de más de 530% en 25 años. De forma similar, en 1993 el coeficiente de electrificación del país (viviendas que cuentan con servicio eléctrico) era de 54%, mientras que 20 años después, en 2013, alcanzó el 90.3%³.

2. Los recursos naturales en la Constitución de 1993.

El artículo 66 de la Constitución de 1993 establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano en su aprovechamiento. Como indica Gamarra Barrantes, tal soberanía se traduce en la competencia que

tiene el Estado para desarrollar normativamente el régimen jurídico de los recursos naturales, así como para ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales en relación con ellos⁴.

Esa soberanía se manifiesta justamente sobre la idea central del segundo párrafo del artículo 66: que los recursos naturales pueden ser otorgados a los particulares para su aprovechamiento, mediante títulos habilitantes emitidos conforme a la ley⁵.

El título habilitante paradigmático por medio del cual el Estado otorga a particulares el derecho a explotar los recursos naturales es la concesión, de modo que en adelante nos referiremos generalmente al particular autorizado para tales fines como "concesionario"⁶.

Así pues, frente al fracaso de las empresas públicas peruanas⁷, el constituyente definió que, en nuestro país, la forma más provechosa de explotar los recursos naturales era convocando a los agentes privados, en concordancia con el rol subsidiario del Estado establecido en el artículo 60 de la Constitución.

3. El desarrollo sectorial.

Para incentivar a los privados a invertir en el aprovechamiento de los recursos naturales de

1. Cabe remarcar lo indicado en la Memoria 1986-1989 de la Comisión de Tarifas Eléctricas del Sector Energía y Minas: "Las cifras que contienen los cuadros de esta memoria (...) muestran las consecuencias de la intervención del poder político en la fijación de tarifas eléctricas. (...) Las pérdidas económicas fueron enormes pero como el dueño era el Estado, a muy pocas pareció preocuparles esta situación, que realmente empobrecía cada día más a todas las peruanas, con la injusticia adicional que significaba el que también se le cargara esta pérdida al 60% de la población, que no contaba con electricidad" (p. 13).
2. Según información provista por el COES-SINAC.
3. Según información provista por el OSINERGMIN.
4. GAMARRA BARRANTES, Carolina. "La regulación de los recursos naturales". En: Revista Actualidad Jurídica N° 158, p. 277.
5. Conforme ha señalado el Pleno del Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC.
6. Decimos generalmente porque hay casos donde el particular no obtiene el derecho a explotar los recursos naturales por medio de una concesión. Por ejemplo, en el sector hidrocarburos se habla de contratos de licencia y de servicios, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.
7. Sobre por qué las empresas privadas resultan por lo general más eficientes que las públicas, puede verse: PATRÓN SALINAS, Carlos. "El perro del hortelano: redefiniendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica". En: Themis N° 52, p. 75 y ss.

nuestro país fue necesario establecer marcos regulatorios sectoriales que se encontraran alineados con los intereses de todos los actores. De tal modo, la década de 1990 vio nacer a la Ley General Minería, la Ley Orgánica de Hidrocarburos y la Ley de Concesiones Eléctricas, las mismas que, con sus respectivas modificaciones, se mantienen vigentes al día de hoy. Asimismo, luego se promulgó la Ley del Sistema Nacional de Evaluación e Impacto Ambiental, la cual dio lugar al régimen moderno de protección ambiental, vigente en nuestro país.

Estas normas, junto con sus reglamentos y un amplio conjunto de normas complementarias, representan el núcleo de lo que podemos denominar como la política minero-energética del país, la cual contiene las reglas de juego que orientan a estas actividades económicas. Lo importante para estos efectos es que el marco regulatorio se ha encargado de establecer cuáles son las obligaciones con las que un concesionario debe cumplir para poder llevar adelante un proyecto conforme a ley. De tal modo, el inversionista puede prever, evaluar y eventualmente mitigar los costos que atañe cumplir con la regulación.

Según veremos más adelante, la preponderancia de una "voluntad social" tiene por efecto resquebrajar este sistema y sustituirlo por una conciencia paralela imprevisible que carece de pesos y contrapesos que limiten su poder.

4. Obligaciones de los concesionarios.

Como adelantábamos, un concesionario no puede comenzar a explotar recursos naturales inmediatamente después de obtener la concesión. Justamente, el desarrollo del marco regulatorio a partir del modelo trazado por la Constitución ha ido estableciendo un número de obligaciones previas.

Es decir, el concesionario tendrá que implementar una serie de medidas a fin de velar porque su actividad sea amigable con el medio ambiente, garantice la seguridad de sus trabajadores, respete los derechos de propiedad sobre los terrenos superficiales y mantenga una buena relación con las comunidades que habitan la zona de influencia de los proyectos, entre otros.

La idea subyacente es que el otorgamiento de una concesión no equivale a una carta blanca para que un particular explote los recursos naturales, que como dice la Constitución pertenecen "a la Nación". En realidad, el concesionario debe cumplir con un complejo marco regulatorio y tratar con la Administración Pública –frecuentemente ineficiente–, para poder desarrollar su actividad asegurando un balance entre los costos y beneficios privados y sociales que genera. Si el concesionario no cumple sus obligaciones frente al Estado, su título habilitante podría perder vigencia a través de mecanismos como la caducidad y la revocación⁸.

Como afirma Gamarra Barrantes:

"Hay que hacer que nuestra riqueza natural sea aprovechada de manera responsable y sobre todo respetando nuestro medio ambiente y no atentar contra la seguridad jurídica de nuestro sistema legal que pone en riesgo el reto de un Perú sostenible, que es una de las metas mayores de la regulación de los recursos naturales en nuestra país".⁹

Esta idea de respeto a la seguridad jurídica es lo que nos lleva al siguiente punto.

5. El principio de seguridad jurídica.

El concesionario que cumple satisfactoriamente con todas las obligaciones que el ordenamiento jurídico le impone debería asegurar que su derecho a llevar a cabo el proyecto sea respetado y

8. Cfr.: CAILLAUX ZAZZALI, Jorge. "Artículo 67". En: *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 928-929.

9. GAMARRA BARRANTES, Carolina. *Op. Cit.*, p. 276.

protegido por el Estado. Y no podría ser de otra manera, pues de lo contrario se afectarían sus derechos y legítimas expectativas, canalizadas a través del principio de seguridad jurídica.

Si bien dicho principio no se encuentra expresamente recogido por la Constitución, el Tribunal Constitucional (TC), en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00016-2002-AI/TC, ha hecho un desarrollo del mismo, entendiéndolo como elemento esencial de nuestro ordenamiento jurídico.

El TC determinó que el principio de seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho, toda vez que la predictibilidad de las conductas, tanto de los agentes públicos como de los privados, es una garantía que informa a todo el ordenamiento y es un requisito indispensable para el desarrollo. En efecto, al vincularse con el derecho de propiedad, uno de los pilares de nuestro régimen económico constitucional, el principio de seguridad jurídica permite crear la certidumbre institucional que dota a los individuos de la iniciativa suficiente para dar lugar a la generación de riqueza.

Por tanto, continúa el TC, el principio de seguridad jurídica no supone solamente la absoluta pasividad de los poderes públicos en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que también exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas por parte de terceros¹⁰.

6. ¿Cómo relacionamos los conceptos de licencia social y seguridad jurídica?

Hasta el momento hemos explicado que la política minero-energética de nuestro país, en línea con el modelo económico planteado en la Constitución, se orienta a que sean los inversionistas privados quienes desarrollen las actividades

extractivas en virtud de concesiones u otros títulos habilitantes. Asimismo, hemos indicado que la normativa ha venido estableciendo una larga lista de obligaciones con las cuales debe cumplir todo aquel concesionario que pretenda explotar recursos naturales.

Todo ello se ve englobado por el principio de seguridad jurídica, que es indispensable para que se salvaguarden los derechos de los particulares y para que nuestra sociedad avance. Entonces, ¿cómo se relaciona el principio de seguridad jurídica con el concepto de licencia social?

Según desarrollaremos a continuación, la licencia social supone un consentimiento mayoritario de la población relevante respecto de la ejecución de un proyecto como puede ser la construcción de una mina, una central de generación eléctrica o un pozo petrolero y luego durante toda su etapa productiva. Es decir, la llamada licencia social, no se agota con el consentimiento para la ejecución o desarrollo del proyecto en cuestión, sino que el concepto se mantiene a la largo de la vida productiva del proyecto. Así, es una licencia que en teoría debe ser “renovada” o “mantenida” por el mismo periodo de vida del proyecto, pese a que las exigencias sociales pueden ir cambiando a lo largo del tiempo y que en un punto determinado no coincidan en absoluto con las exigencias primigenias.

El problema está en que la “institucionalización” de la licencia social (esto es, su reconocimiento extendido como elemento indispensable para autorizar el desarrollo de proyectos mineros y energéticos) atenta contra la verdadera institucionalidad, aquella que se encuentra claramente delimitada por la ley¹¹. Considerar como regla general que la licencia social no solo puede, sino que debe ser alcanzada y mantenida es sustituir el ordenamiento jurídico por un conjunto indeterminado de opiniones, susceptibles de

10. Ver los fundamentos jurídicos 3 y 5 de la sentencia.

11. De acuerdo con el Reporte de Competitividad Mundial 2014-2015 del Foro Económico Mundial (*World Economic Forum Global Competitiveness Report 2014-2015*), el ambiente institucional está determinado por el marco legal y administrativo dentro del cual individuos, empresas y gobiernos interactúan para generar riqueza.

variar y de ser influenciadas. En pocas palabras, es perpetuar la arbitrariedad, o lo que denominamos como "chantaje social".

Ello, lógicamente, no significa que el desarrollo de proyectos mineros y energéticos debe dar la espalda a las comunidades que se encuentran en sus zonas de influencia. Todo lo contrario, las comunidades son uno de los principales *stakeholders* de las empresas y por ello deben llevar una relación de buenos vecinos, así como sacar provecho a todas las oportunidades de crecimiento conjunto (optar por soluciones *win-win*). Pero lo crucial es que todo ello se desarrolle dentro de un marco jurídico estable y previsible.

III. DESMITIFICANDO LA LICENCIA SOCIAL

De acuerdo con Thomson y Boutilier, la licencia social:

*"Está enraizada en las creencias, percepciones y opiniones mantenidas por la población local y otros grupos de interés acerca de la mina o proyecto. Por lo tanto, la licencia es "otorgada" por la comunidad. También es intangible, a menos que se haga el esfuerzo de medir esas mismas creencias, opiniones y percepciones. Finalmente, es dinámica y no-permanente, porque creencias, opiniones y percepciones están sujetas a cambiar a medida que se adquiere nueva información. Por lo tanto, la Licencia Social debe ser ganada y luego mantenida".*¹²

Podemos ver que el concepto de licencia social tiene una serie de características que conviene puntualizar:

- La otorga la comunidad.

- Se basa en creencias, opiniones y percepciones.
- Puede cambiar a lo largo del tiempo.
- No es medible.

Regresando a la vinculación (u oposición) entre licencia social y seguridad jurídica que mencionamos en la sección anterior, no es difícil concluir que darle más peso a un concepto con las etéreas características señaladas no es otra cosa sino atacar a la ya débil institucionalidad de nuestro país¹³ y con ello a nuestro también débil ordenamiento jurídico. Por tanto, detallemos algunos de los principales aspectos recalcados.

1. La otorga la comunidad.

Hasta el momento hemos mencionado que la licencia social la otorgarían aquellas comunidades que puedan sufrir un impacto relevante por parte del proyecto del concesionario. No obstante, la literatura sobre el tema amplía la definición a "la población y otros grupos de interés".

Thomson y Boutilier afirman que la "comunidad" que otorga la licencia social es una "red de grupos de interés". Ahora, la pregunta es ¿qué clase de relación deben guardar dichos grupos de interés respecto del proyecto? Los autores sostienen que los grupos de interés comprenden individuos, grupos y organizaciones afectados por la operación o que puedan afectarla. En tal sentido, indican que pueden formar parte de la "comunidad" desde pobladores de la zona hasta grupos ambientalistas internacionales¹⁴. Por ello, determinan que la licencia social no es otorgada solamente por un grupo u organización, sino que es la aprobación colectiva o "sentimiento compartido" de la red de individuos, grupos y organizaciones¹⁵.

12. THOMSON, Ian y BOUTILIER, Robert. *La Licencia Social para Operar*. Disponible en:

<http://www.stakeholder360.com/La_Licencia_Social_SME_capitulo_2011_espa%C3%B1ol.pdf>, 2011, p. 2.

13. De acuerdo con el Reporte de Competitividad Mundial 2014-2015 del Foro Económico Mundial (*World Economic Forum Global Competitiveness Report 2014-2015*), el Perú se encuentra en el puesto 118 de 144 países evaluados en calidad de sus instituciones.

14. THOMSON, Ian y BOUTILIER, Robert. *Op. Cit.*, pp. 5-6.

15. *Ibid.*, p. 6.

Tal como los mismos autores señalan, la idea es muy compleja y se puede cuestionar la existencia de una comunidad o una red de grupos de interés coherentes. Si bien se proponen criterios a tomar en cuenta para intentar superar esta complejidad, lo cierto es que la evidencia empírica demuestra que es muy difícil que las empresas que desarrollan proyectos extractivos puedan identificar a todos los grupos de interés existentes en una misma zona, y más difícil aún es que todos los grupos identificados se pongan de acuerdo.

Por tanto, la propuesta de que la licencia social integre a una red todavía más amplia no podría ser más que una gran traba al desarrollo y una seria amenaza para la seguridad jurídica y para el desarrollo de cualquier proyecto, sea minero, energético, agrícola o de cualquier otra naturaleza¹⁶.

El profesor Hans-Bernd Schäffer ha estudiado la relación entre el nivel de desarrollo de los países y el cumplimiento de los objetivos trazados por sus sistemas legales. La conclusión es clara: en las sociedades de menor desarrollo el capital humano que administra el sistema es más limitado, por lo que el ordenamiento cumple mejor su misión de salvaguardar los derechos de los particulares a través de reglas claras, simples y precisas. En cambio, la proliferación de estándares amplios en sociedades poco desarrolladas causa inseguridad jurídica, pues da lugar a decisiones arbitrarias, corrupción y al aprovechamiento ineficiente del capital humano¹⁷.

Es clara entonces la relación entre lo sostenido por Schäffer y la idea de que la licencia social es el resultado colectivo de lo "decidido" por una red indeterminada de sujetos. En un país con la debilidad institucional del Perú, perpetuar un estándar de licencia social tan incierto sería

perpetuar la arbitrariedad o legitimar el "chantaje" de un grupo determinado que juega con la indeterminación y con lo indeterminado.

2. Se basa en creencias, opiniones y percepciones y puede cambiar a lo largo del tiempo.

En su obra *Leviatán*, Thomas Hobbes, sostuvo que el conocimiento humano se basa en la experiencia, de modo que el hombre actuará de acuerdo a sus experiencias para distinguir entre lo que considera bueno y malo. No obstante, dice Hobbes, la experiencia se transmite entre las personas a través del discurso. El problema es que con frecuencia el discurso puede verse alterado por errores y engaños. Por tanto, la experiencia pura puede muchas veces no ser una herramienta confiable para tomar buenas decisiones.

Esta es justamente la raíz del problema con la idea de que la licencia social se basa en "creencias, opiniones y percepciones": que éstas no necesariamente representan una expresión de racionalidad, sino que pueden ser el producto de prejuicios, del engaño o de la ignorancia. Y ello se ve reforzado por la idea de que el "otorgamiento" de la licencia social por parte de la conciencia colectiva pueda cambiar con el tiempo, ya que las creencias, opiniones y percepciones pueden ser fácilmente manipuladas, incluso para favorecer intereses particulares.

Un caso paradigmático para analizar un conflicto entre una empresa extractiva y las comunidades de su zona de influencia es el del proyecto minero de Tambogrande. Tambogrande es un distrito ubicado en el departamento de Piura, donde la empresa canadiense Manhattan Minerals quiso desarrollar un complejo minero. Sin embargo, entre 1999 y 2003, ocurrieron hechos

16. Además, es ilustrativo como los autores citados incurren más de una vez en el error de usar como ejemplo para la licencia social el caso de reubicación de comunidades. Es lógico que se deba contar con el consentimiento de las personas que serán reubicadas, pero ello trasciende la idea de "aprobación" para convertirse principalmente en una negociación basada en derechos de propiedad.
17. SCHÄFFER, Hans-Bernd, "Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano. ¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?" En: *Ius et Veritas* N° 36, pp. 16-34.

que desembocaron en una abierta oposición de la población local al proyecto, razón por la cual éste nunca pudo llevarse a cabo.

La pregunta que surge es por qué la población se opuso, incluso violentamente, a que Manhattan Minerals desarrollase un proyecto que supuestamente conllevaría amplios beneficios, incluyendo cientos de puestos de trabajo para gente de la zona. Cabe mencionar también que Tambogrande es uno de los distritos más pobres del país, por lo que la llegada de la mina se hubiese traducido en inversiones para ampliar la cobertura de servicios básicos e infraestructura, entre otros.

Trelles de Belaunde ha estudiado lo ocurrido en Tambogrande desde la perspectiva de la economía conductual y la psicología cognitiva, con importantes observaciones¹⁸. La explicación principal para la reacción de la población es que se temía que el proyecto minero generase un desastre ambiental irremediable para la agricultura y el modo de vida de los pobladores. El problema con dicha explicación son las razones que la fundamentan.

Como indica Trelles:

“La oposición de la población al proyecto minero era muy fuerte y casi unánime. Debe notarse, no obstante, que no se encontraba sustentada en argumentos técnicos, sino más bien en una creencia monolítica en que el proyecto minero sería peligroso y que no se podía confiar en Manhattan, el gobierno ni el Estudio de Impacto Ambiental. Estas opiniones fueron formadas y dadas antes de que se finalizara con el Estudio de Impacto Ambiental y, más aún, cuando eran expresadas dejaban en claro que no existía posibilidad

*de ser reevaluadas una vez se contara con el Estudio de Impacto Ambiental”.*¹⁹

El referido autor explica cómo es que los pobladores de Tambogrande se aferraron a una serie de heurísticas (reglas prácticas que las personas tenemos interiorizadas y que usamos para tomar decisiones) para fijar su posición frente al proyecto minero. Sucintamente, lo que sucedió fue lo siguiente²⁰:

- a. La población cayó en un sesgo de disponibilidad, el cual hizo que las personas asociaran las actividades mineras a los daños ambientales. La población tenía presentes ejemplos negativos del impacto de la minería, relegando todo ejemplo de convivencia entre la minería y la agricultura, de modo que cualquier explicación racional (como los resultados del EIA) o compromiso de la empresa caía en oídos sordos. Esto tiene relación con una marcada aversión al riesgo sustentada en emociones negativas hacia la minería y una preferencia por mantener el statu quo, aún cuando la probabilidad de que se materializaran los riesgos resultaba sustancialmente menor a los beneficios esperados.
- b. Se produjo un efecto cascada entre la población de Tambogrande, cuyo resultado fue que la posición anti-minera radical se expandiera. Cabe añadir que, como muestra Cialdini, por el principio de “prueba social” (*social proof*) un sujeto tomará un comportamiento como correcto cuando observa que otras personas han adoptado dicho comportamiento²¹, más aún cuando el sujeto considera que dichas personas son similares a él mismo²².

18. TRELLES DE BELAUNDE, J. Oscar. *Una mirada al conflicto minero de Tambogrande bajo una perspectiva de la economía conductual y la psicología cognitiva*. En: Themis N° 55, pp. 309-326.

19. *Ibid.*, p. 317.

20. *Ibid.*, pp. 321-324.

21. CIALDINI, Robert B. *Influence. The Psychology of Persuasion*. Revised Edition. Nueva York: Harper Collins, 2007, p. 116.

22. *Ibid.*, p. 142.

- c. Surgieron organizaciones con la finalidad de oponerse al proyecto, tales como el Frente de Defensa del Valle de San Lorenzo y Tambogrande, que se encargó de emitir comunicados públicos y de organizar huelgas y manifestaciones. De forma similar, el alcalde de Tambogrande, quien inicialmente había estado de acuerdo con el proyecto, le retiró su apoyo y promovió una consulta popular para decidir sobre el mismo. Además, también estuvieron presentes organizaciones extranjeras, tales como la ONG Oxfam del Reino Unido, que brindó apoyo económico a los opositores de Manhattan Minerals.
- d. Los esfuerzos de Manhattan Minerals por demostrar la viabilidad del proyecto fracasaron debido a que no pudieron sobrepasar el sesgo de disponibilidad de las personas y cambiar las emociones negativas que sentían. Como explican Slovic, Fischhoff y Lichtenstein, no es fácil transmitir información favorable a una postura cuando se *"deben confrontar las pre concepciones (y tal vez concepciones erradas) de los escuchas respecto al peligro en cuestión y sus consecuencias"*²³.

Esa es la historia del fallido intento de desarrollar el proyecto minero Tambogrande. Pero la historia de la minería en dicha zona del país no acaba ahí, pues hoy, a más de *"diez años de que los "ambientalistas" lograran truncar el desarrollo del proyecto Tambogrande y expulsar a Manhattan Minerals, centenares de labores mineras ilegales se han apoderado del lugar"*²⁴.

Así pues, el miedo de los pobladores de que la minería alterara su hogar se materializó, pero no por la actividad de una empresa formal que venía cumpliendo con la ley y que podía ser sancionada si generaba daños, sino por la minería informal, que no protege al medio ambiente, ni la agricultura ni contribuye al bienestar de la población.

Minería ilegal que, cabe resaltar, fue *free rider* de los resultados positivos de las exploraciones de Manhattan Minerals y aprovechó el vacío luego de su salida. En otros términos, lo que motivó en gran medida que la minería ilegal irrumpa en Tambogrande fue la expulsión de la empresa formal.

Así pues, independientemente de si el proyecto de Manhattan Minerals era realmente viable o no conforme al marco regulatorio, lo cierto es que las *"creencias, opiniones y percepciones"* de la población impidieron de plano su desarrollo. Es más, las autoridades de la zona se encontraban de acuerdo con el proyecto y luego variaron su posición radicalmente. Todo ello confirma que ver la licencia social como una conciencia comunitaria siempre cambiante es una fórmula para perpetrar afectaciones arbitrarias de los derechos de los particulares.

3. No es medible.

Finalmente, la definición de licencia social que estamos analizando indica que esta no es medible. Nos preguntamos, ¿si tenemos como principio de buena gestión que aquello que no podemos medir es más difícil (o hasta imposible) de controlar, qué propósito tiene dejar las inversiones minero-energéticas a merced de un criterio incierto? Consideramos que carece de sentido práctico este planteamiento y además no es exacto que no podamos medir el desempeño de dichas inversiones.

En efecto, en nuestro país existen una serie de indicadores que nos permiten determinar los efectos positivos de las inversiones. Uno de estos mecanismos son las transferencias por concepto de canon, definido como *"la participación efectiva y adecuada de la que gozan los gobiernos regionales y locales del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación"*

23. Citado por TRELLES DE BELAUNDE, J. Oscar. *Op. Cit.*, p. 324.

24. DE LA PUENTE BRUNKE, Lorenzo. *"El "ambientalismo por conveniencia" y los mineros ilegales"*. En: Blog Impacto Ambiental, Diario Gestión, 2013. Disponible en: <<http://blogs.gestion.pe/impactoambiental/2013/08/el-ambientalismo-por-convenien.html>>.

*económica de los recursos naturales*²⁵. Así, las zonas donde se explotan recursos naturales se ven beneficiadas con el canon gasífero, petrolero, minero e hidroenergético, cuyos índices de distribución son publicados en el Diario Oficial El Peruano.

Por otro lado, el Ministerio de Energía y Minas cuenta con la Oficina General de Gestión Social, que entre sus funciones tiene hacer seguimiento a los compromisos sociales que asumen las empresas mineras y energéticas con las poblaciones involucradas. Además, se viene implementando la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas – EITI (por sus siglas en inglés).

EITI es una alianza global de gobiernos, empresas y particulares que busca afianzar la transparencia y rendición de cuentas respecto de las transferencias de dinero entre las empresas extractivas y los gobiernos²⁶. A la fecha, la Comisión Multisectorial Permanente para la Transparencia de las Industrias Extractivas ya ha emitido una serie de reportes con data parcialmente desagregada de las transferencias entre las empresas extractivas y el gobierno peruano hasta el año 2012 y se espera que el reporte del año 2013, con data totalmente desagregada, sea publicado pronto²⁷.

Por último, también cabe recalcar que muchas empresas extractivas vienen aplicando políticas concretas de relacionamiento con sus comunidades vinculadas. Por ejemplo, el Consorcio Camisea cuenta con un Programa de monitoreo ambiental comunitario, un Programa de vacunación y pasaporte de salud y realiza acciones de rescate y fortalecimiento de las culturas locales, entre otros²⁸. Ello permite hacer seguimiento al

desempeño de la empresa frente a este conjunto de *stakeholders* en asuntos donde el Estado no se ve directamente involucrado o que no implican transferencias de dinero.

De tal manera, nos queda claro que perpetuar una licencia social, vista como creencias que no se pueden medir, es perder aún más la institucionalidad en materia de rendición de cuentas, lo cual da pie a actos inescrupulosos por parte de grupos de interés que buscan obtener réditos para sí mismos a costa de las empresas y del Estado; así como incentivar la entrada al mercado de empresas que, lejos de cumplir con la ley, se manejan en base a acuerdos “bajo la mesa”. Por el contrario, es importante prestar atención a los indicadores, pues son el mecanismo más útil para poder hacer seguimiento al desarrollo de las industrias extractivas y cómo tal desarrollo se traslada a la población.

4. Otros aspectos.

Por último, además de los elementos ya analizados, el texto de Thomson y Boutilier contiene una idea adicional que queremos comentar. Los autores indican que la licencia social puede tener dos niveles, “un nivel más bajo de aceptación y un nivel más alto de aprobación. Mientras que el nivel más bajo es suficiente para que un proyecto proceda y una mina disfrute de una relación tranquila con sus vecinos, el nivel más alto es más beneficioso para todos los implicados, incluyendo la industria en su totalidad”²⁹.

Cuando la licencia social alcanza un nivel más alto, puede suceder que:

“Una porción substancial de la comunidad y otros grupos de interés incorporan a la mina

25. Artículo 1 de la Ley 27506 - Ley de Canon.

26. Ver: <<https://eiti.org/eiti>>.

27. Ver: <<https://eiti.org/Peru>>.

28. Presentación “Camisea 10 años” del señor Germán Jiménez, gerente general de Pluspetrol Perú Corporation S.A., para el III Congreso Internacional Día de la Energía, 14 de octubre de 2014, Lima.

29. THOMSON, Ian y BOUTILIER, Robert. *Op. Cit.*, p. 2.

o proyecto en su identidad colectiva. A este nivel de la relación, es común que la comunidad se transforme en promotores o defensores de la mina o proyecto ya que se consideran copropietarios de la misma y emocionalmente sienten que el futuro de la mina o proyecto les pertenece.³⁰

Por regla general consideramos que la idea planteada es positiva, pues supone beneficios para la empresa y para las comunidades vinculadas. Los autores usan el ejemplo de una fundición en Canadá y su proyecto para recuperar chatarra como un caso donde la comunidad interioriza y hace suya la actividad de la empresa. No obstante, queremos llamar la atención de que ahí donde la institucionalidad es precaria, la actitud de las comunidades a favor de la empresa no puede ser tomada siempre como positiva. El Perú cuenta con ejemplos de lo que indicamos, tales como el del Complejo Metalúrgico de La Oroya (CMLA).

La Oroya es una ciudad ubicada en la provincia de Yauli, departamento de Junín, donde en 1922 la Cerro de Pasco Copper Corporation construyó el CMLA, que al día de hoy está compuesto por un conjunto de fundiciones y refinerías encargadas de procesar la gran mayoría del mineral extraído en los Andes Centrales peruanos. Con la instalación del CMLA, La Oroya se convirtió en una ciudad cuya economía depende casi íntegramente del procesamiento de minerales.

El problema surge cuando a comienzos de la década del 2000, estudios demostraron que la contaminación en La Oroya era de extrema gravedad, producto de una pésima gestión ambiental del CMLA a lo largo de su historia. En ese momento empezó a evaluarse el desempeño de Doe Run Perú, empresa que había adquirido el CMLA de parte del Estado en 1997, y se hizo evidente que no estaba cumpliendo con los

compromisos ambientales que había asumido, situación que se mantiene hasta ahora.

Hoy Doe Run Perú se encuentra inmersa en un proceso concursal y se espera que el CMLA sea adquirido por un nuevo operador. Sin embargo, lo llamativo es la actitud de los trabajadores (pobladores de La Oroya); a pesar de vivir en un ambiente sumamente contaminado y de ser conscientes de que el origen de dicha contaminación es el CMLA, en repetidas ocasiones se han opuesto fervientemente a que se paralicen sus actividades temporalmente para facilitar la reestructuración del Complejo y las acciones de mitigación de la contaminación.

Si bien la situación es compleja, pues la paralización temporal de actividades del CMLA supone un riesgo social alto para la población de La Oroya, lo cierto es que permitir su funcionamiento es seguir contaminando de forma grave el ambiente y perjudicando la salud de la misma comunidad. Así pues, el hecho de que una comunidad se identifique con un proyecto no puede convertirse en excusa para que dicha comunidad luego busque evitar un perjuicio económico (la pérdida de empleos) en desmedro de bienes constitucionales de toda la nación, tales como el derecho a gozar de un medio ambiente limpio, por los cuales el Estado debe velar.

5. Consecuencias potenciales.

Como hemos venido señalando, el principio de seguridad jurídica es un pilar fundamental del Estado de Derecho. El Estado de Derecho, y más aún su acepción anglosajona, *rule of law*, significa *“la conciencia que deberíamos tener los ciudadanos de que hay un ordenamiento de reglas que está vigente, que es predecible, y que se aplica con justicia e igualdad a todos”*³¹. Y como dice Bullard siguiendo a Milton Friedman, garantizar el Estado de Derecho es probablemente el

30. Loc. Cit.

31. BULLARD Gonzales, Alfredo. *“Perú: The Rule of Law”*. En: Cato Institute, 2013. Disponible en: <http://www.elcato.org/node/7451>.

elemento más importante para crear un Estado cohesionado y funcional, donde el futuro no sea un mero juego de azar³².

Si entendemos a la Constitución como la norma jurídica suprema que crea los poderes del Estado y a la vez los limita para asegurar que se respeten los derechos de los ciudadanos, vemos que el sustrato de toda la definición se halla en el Estado de Derecho.

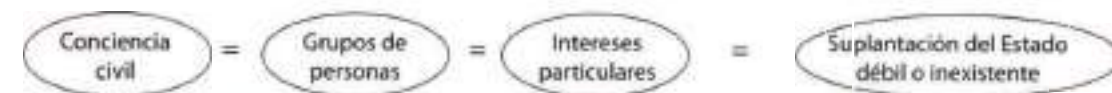
Por lo tanto, el concepto de licencia social que hemos venido analizando termina haciendo algo contrario a nuestro concepto de Constitución: crea una conciencia paralela al Estado de Derecho, que se caracteriza por no estar sujeta a los pesos y contrapesos que permiten el control del poder del Estado.

De tal modo, darle cada vez más peso a la idea de que las actividades extractivas deben contar con una licencia basada en una conciencia social (esto es, creencias, opiniones y percepciones) permanentemente cambiante es igual a debilitar al Estado, lo cual es igual a debilitar al mercado como mecanismo de asignación eficiente de recursos, lo cual es finalmente igual a atentar contra el individuo, que somos todos nosotros. Visto de otro modo, la licencia social implica lo siguiente (al pie de página)

IV. GOBIERNO CORPORATIVO Y EL CONCEPTO DE BUEN VECINO

1. Principios para fomentar la buena relación entre empresas y comunidades.

Pretender "institucionalizar" el concepto de licencia social, como lo hemos analizado, es restarle institucionalidad al Estado de Derecho. En otras



32. Loc. Cit.

33. THOMSON, Ian y BOUTILIER Robert. Op. Cit., p. 18.

34. Autor del prólogo en: CLAESSEN, Stijn. *Corporate Governance and Development*. Washington, DC: Global Corporate Governance Forum, 2003, p. VII.

palabras, es legitimar la arbitrariedad. Pero ello no significa que las empresas extractivas deban desvincularse de las poblaciones que puedan verse vinculadas a ellas. Esa conexión es naturalmente inevitable, de modo que es imperativo establecer criterios en base a los cuales sea posible fomentar el desarrollo común respetando los derechos de todas las partes involucradas.

Por ello sí es destacable algo de lo dicho por Thomson y Boutilier, esto es, que:

*"Cuando una compañía ha establecido tanto la legitimidad como la credibilidad, es probable que la comunidad le otorgue aprobación al proyecto. Esto significa que la compañía ha asegurado el acceso a los recursos que necesita. La comunidad considera al proyecto de forma favorable y está satisfecha con el mismo. La comunidad ahora es resistente a la retórica de nosotros-contra-ellos de los grupos anti-minería".*³³

Nuestra opinión es que estos criterios para fomentar el desarrollo deben provenir del ámbito del buen gobierno corporativo de las empresas, orientado hacia el desarrollo de proyectos sostenibles.

En tal sentido, siguiendo a Sir Adrian Cadbury entendemos que el gobierno corporativo, en su sentido más amplio, consiste en mantener el equilibrio entre los objetivos económicos y los sociales, entre los objetivos individuales y los comunitarios. El marco de gobierno se establece con el fin de promover el uso eficiente de los recursos y, en igual medida, exigir que se rindan cuentas por la administración de esos recursos. Su propósito es lograr el mayor grado de coordinación posible entre los intereses de los individuos, las empresas y la sociedad³⁴.

2. Formas en que las empresas contribuyen al desarrollo de las comunidades.

A partir de lo sostenido por Bebbington³⁵, se colige que pueden existir cuatro formas mediante las cuales las industrias extractivas contribuyen al desarrollo de las poblaciones a las cuales se vinculan³⁶:

- a. Efecto multiplicador de las industrias extractivas, que se materializa a través de la generación de empleos directos y de la demanda por servicios y bienes que transforman la economía de las zonas aledañas. Esto muchas veces se traduce en la integración de las comunidades de la zona al mercado, posibilitando la aparición de negocios que trasciendan al ámbito local.
- b. Proyectos de desarrollo comunitario y socioeconómico (programas de responsabilidad social empresarial), que permiten atender las principales deficiencias de las comunidades, incluyendo educación, salud, infraestructura y transferencia tecnológica.
- c. Transferencia de una parte de los impuestos y regalías pagados por las empresas a los gobiernos regionales y locales donde se da la extracción, que potencian las posibilidades del gasto social localizado (y además sirven de indicadores de desempeño, como mencionamos anteriormente en la sección III).
- d. Influencia sobre la institucionalidad, los incentivos, las expectativas y las percepciones de riesgo y oportunidad presentes en las comunidades.

Es importante remarcar el último punto, pues el impacto sobre el desarrollo institucional es transversal al desarrollo de los tres puntos anteriores. Además, la solidificación de las instituciones y la formación de expectativas es algo que debe trabajarse desde las primeras etapas de desarrollo de un proyecto.

3. La importancia de las instituciones.

A partir del fundamental trabajo de Douglass North³⁷ entendemos que las instituciones (formales e informales) guían los comportamientos típicos de una sociedad e influyen en el actuar de las organizaciones mediante el señalamiento de lo que se consideran conductas aceptables.

De tal modo, la naturaleza de las interacciones entre los sujetos que se desenvuelven dentro de determinado ordenamiento, así como el grado de "fricción" en las transacciones, está directamente relacionada a la calidad de las instituciones. Esto es, mientras más sólidas y estables sean las instituciones en un país, menores serán los costos de transacción y los riesgos políticos y regulatorios.

En otras palabras, las instituciones dictan los límites del comportamiento tolerado en un ordenamiento, en especial respecto de la colaboración, la competencia y la corrupción³⁸. Por tanto, surge la pregunta de qué pueden hacer las empresas para sobreponerse a la existencia de "vacíos institucionales" en economías emergentes³⁹.

Lo indicado en el punto d. de la sección IV.2 es una respuesta a dicha interrogante. En el contexto peruano de institucionalidad precaria, corres-

35. Un autor a quien difícilmente se le podría calificar de pro-empresa.

36. BEBBINGTON, Anthony. "Conclusiones." En: Industrias extractivas. Conflicto social y dinámicas institucionales en la Región Andina, BEBBINGTON, Anthony (Ed.). Lima: IEP/CEPES/GPC, 2013, pp. 372-373.

37. NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

38. HOTH, Jasper y PEDERSEN, Torben. "Beyond the 'rules of the game': three institutional approaches and how they matter for international business." En: *Handbook of Institutional Approaches to International Business*. Wood y Demirbag (Eds.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, p. 240.

39. *ibid.*, p. 241.

ponde a las empresas extractivas hacer esfuerzos desde el primer momento por enfocar su política comunitaria desde una perspectiva positiva y sostenible para todas las partes involucradas, basada en principios de gobierno corporativo.

En efecto, en el contexto peruano, las empresas extractivas frecuentemente acaban interactuando con instituciones incipientes, en cuyo ámbito el Estado de Derecho no necesariamente constituye la regla más importante. Por ello, es trascendental que a través de acciones concretas las empresas aporten solidez a los marcos institucionales locales y regionales.

Dejar esto de lado es facilitar el camino para que conceptos como la licencia social se vuelvan la principal regla de juego. Como hemos visto, permitir tal situación equivale a crear una competencia ilegítima al Estado en su función exclusiva de administrar los recursos de la Nación, lo cual debe hacerse de la manera más beneficiosa para todo el país y no solo para algunos pocos particulares. De igual modo, no aportar a la institucionalidad real es igual a facilitar la "institucionalización" de poderes paralelos que no están sujetos a ningún mecanismo de rendición de cuentas. Así pues, veamos qué lineamientos debería seguir una buena política social en la industria minera y energética.

4. El concepto del buen vecino.

La idea de que las empresa deben poner en práctica una política comunitaria sostenible y favorable a la institucionalidad es lo que denominamos el concepto de "buen vecino": el relacionamiento con los *stakeholders* no solo debe demostrar que el proyecto es legítimo y que la empresa es confiable, sino que debe asegurarse que los grupos de interés interioricen dichas ideas y se alineen con los objetivos del proyecto. De lo contrario, se dejan espacios para que la oposición basada en intereses particulares se entrometa.

Posteriormente, la política de relacionamiento debe ser clara en delimitar dónde se encuentran los derechos y responsabilidades de cada parte involucrada. De tal manera, la empresa debe dejar claro que no es ni un sustituto del gobier-

no, ni un banco ni mucho menos un cheque en blanco para las comunidades. Si esto no se hace se pueden generar círculos viciosos entre el clientelismo y la extorsión.

Finalmente, la empresa y la comunidad deben lograr acuerdos claros en aquellos puntos sensibles que realmente ameriten el apoyo técnico y económico, con la finalidad de activar un motor de desarrollo en la comunidad que sea sostenible aún sin la presencia de la empresa. Básicamente, esto último implica el apoyo en educación, salud, infraestructura y transferencia tecnológica. Así se lograría cumplir con lo indicado en el punto b. de la sección IV.2 y, simultáneamente, cuando la empresa puede dedicarse a su actividad en un ambiente estable se facilita la materialización de lo señalado en los puntos a. y c.

Esta relación transparente y libre de dádivas hacia la comunidad o sus representantes es la semilla para dotar de institucionalidad a los gobiernos regionales y locales directamente vinculados a los proyectos extractivos, así como para empoderar a las poblaciones tanto respecto de su productividad como agentes integrados al mercado, como en su capacidad de analizar críticamente los costos y beneficios de las actividades extractivas frente a otras opciones de desarrollo.

V. CONCLUSIÓN

Al igual que el agua o la electricidad, los intereses particulares toman la ruta que ofrezca menor resistencia. En el presente artículo hemos ofrecido una aproximación a cómo es que el concepto de licencia social, visto como requisito necesario para el desarrollo de proyectos mineros y energéticos, acaba convirtiéndose en un elemento que perjudica la necesaria seguridad jurídica con que deben contar los agentes económicos para ejecutar sus inversiones.

En efecto, la opinión de un grupo indeterminado de sujetos que puede cambiar sin seguir procedimiento alguno no podría jamás ser un poder legítimo con los correspondientes pesos y contrapesos que canalicen y limiten su operatividad.

Frente a esta idea de una conciencia paralela, el ajustar la relación entre las empresas extractivas a principios sólidos de gobierno corporativo es un camino apropiado para dotar de institucionalidad al contexto donde los proyectos mineros y energéticos se desarrollan; esto es, asegurar la claridad y obligatoriedad de las reglas de juego, alineando intereses y reduciendo los costos de transacción.

Así pues, ante el vacío institucional existente en nuestro país, es tiempo de que toda la industria minera y energética asuma el reto de trabajar a favor de la institucionalidad (favoreciendo la consolidación de entornos cimentados en *rule of law, enforceability* y *accountability*), cerrando las grietas por donde los intereses particulares se cuelan.

