Comentario:
**Responsabilidad Social Corporativa: El futuro de las obligaciones del titular
minero?**

**A propósito de la Resolución del Tribunal Constitucional sobre la
inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional que declara inviable el
proyecto minero Conga**

Por Jorge Luis Cáceres Neyra LL.M¹²
Email: jcaceres@ccfirmalegal.com

Sumilla.-

En este comentario discutimos que la sentencia del Tribunal Constitucional a propósito de desestimar la constitucionalidad de la Ordenanza Regional que declara la inviabilidad del proyecto minero Conga, esboza lineamientos generales para establecer que el titular minero se obliga a un deber a favor de las sociedades circundantes al proyecto minero, obligación que finalmente importaría abrir la puerta para que en el futuro en sede legal se establezcan obligaciones de compartir los beneficios de la actividad minera, ello como correlato a las libertades económicas derivadas del derecho a la iniciativa privada (artículos 57° y 58° de la Constitución) y la obligación propia de la responsabilidad social empresarial del titular minero.

Estructura del artículo.-

1. Ideas Centrales y propósito de este comentario
2. La controversia derivada de la Ordenanza Regional del Gobierno Regional de Cajamarca: Los Derechos Fundamentales en conflicto
3. Hacia un concepto de inversión privada
4. La visión del Tribunal Constitucional sobre Responsabilidad Social Corporativa y su relación con el Estado Democrático de Derecho
5. La coparticipación de la riqueza en la experiencia internacional: el Convenio OIT 169, el caso de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las directivas del Banco Mundial
 - 5.1 El Convenio OIT 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
 - 5.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso Surinam vs. Saramaka:
 - 5.3. El caso de las directivas del Banco Mundial sobre Pueblos Indígenas: La O.P 4.10 del IFC
6. Aproximaciones finales

1. Ideas Centrales y propósito de este comentario.-

Tradicionalmente, la inversión en minería se sujeta a dos premisas centrales: la primera que los recursos naturales son patrimonio de la nación y que su aprovechamiento por privados mediante los contratos de concesión se regula por ley y, en segundo lugar que el aprovechamiento de los recursos naturales debe realizarse respetando el equilibrio ambiental. Sobre estas dos premisas se ha construido un sistema de regulación de la actividad minera, mediante el cual el Estado regula el otorgamiento del denunció minero, las concesiones de

¹ El autor es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Leyes por la Universidad de Minnesota. Ha sido Fulbright fellow en el Programa Hubert H. Humphrey para estudios en derecho ambiental y gestión de conflictos. En la actualidad es consultor legal y de relaciones comunitarias en Walsh Perú. Asimismo, consultor legal en Pricewaterhousecoopers, y SASE Consultores. Socio de la firma Callirgos, Cáceres Neyra & Asociados Firma Legal especialista en temas de gestión pública y evaluación de riesgos y permisología en minería. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la Facultad de Derecho y la Sección de Ingeniería de Minas, así como profesor de gestión de conflictos en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur y la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asimismo es Presidente de la Comisión Consultiva de Derecho Ambiental y Vicepresidente de la Comisión de Interés Público en Derechos Ambientales del Colegio de Abogados de Lima.

² Artículo publicado: En: Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia (RAE), Tomo 47, Mayo de 2012). Lima, Perú.

exploración, explotación y beneficio, las autorizaciones de operación así como el cierre de mina.

En este contexto, la actividad minera es una de las actividades económicas más reguladas en el Perú. Para muestra un ejemplo, para el proyecto minero Antamina se requirieron mas de 206 permisos gubernamentales tanto ante el Gobierno Nacional como Local, los cuales transitan desde permisos para uso de explosivos, hasta la certificación de inexistencia de restos arqueológicos como requisito para explotar un proyecto minero.

Sin embargo, no existe norma legal que a la fecha haya establecido como obligación del titular de la concesión minera compartir los beneficios de la actividad minera mas allá de la propia obligación tributaria nacida de la obtención de renta y ganancias o la propiedad de un bien.

Esta práctica común en la actividad minera por los más de 110 años de existencia de regulación minera moderna, ha venido siendo transformada durante los últimos diez años debidos a las constantes reclamos de las comunidades propietarios o poseedoras de los terrenos superficiales adyacentes a los proyectos mineros, que reclaman participación en los beneficios del proyecto minero. Casos como el de Mina Tintaya Antapaccay, en la cual la empresa pactó con las comunidades afectadas por el proyecto el otorgamiento de beneficios calculados sobre la base de las utilidades de la empresa, ellos destinados a proyectos de desarrollo de dichas comunidades³ y, ahora últimamente observé personalmente como en pequeña operación de explotación de hematita (mineral de fierro) en la provincia de Huancasancos, Ayacucho, la titular del proyecto minero pagaba a la Comunidad Campesina titular de las tierras superficiales donde operaba el proyecto una suma dineraria por cada tonelada métrica de mineral extraído del yacimiento minero.

Estas prácticas que no tienen correlato u obligación legal alguna para el titular del proyecto minero son la piedra de toque, desde nuestro punto de vista, del futuro de los conflictos socio-ambientales demandados por la creciente insatisfacciones de las comunidades adyacentes a los proyectos mineros y que han tenido un creciente pronunciamiento favorable para su reconocimiento en sede internacional como es el caso de las directivas del Banco Mundial – el caso particular de la OP 4.10 del IFC del año 2005- y las recientes resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran derechos a los pueblos indígenas en el disfrute de las ganancias producidas por la explotación de recursos naturales.

Es en este contexto, a nuestro criterio, que el Tribunal Constitucional enfrenta por primera vez el reto de establecer criterios para construir un argumento legal para para que las rentas provenientes de la minería sean destinadas para empoderar a las sociedades circundantes al área de donde se extraen los recursos naturales,

³ De acuerdo a lo señalado por el Director General de Operaciones de la Minera Xstrata, Luis Rivera, el pasado 29 de Mayo en el Diario El Comercio, dicha mina en virtud del Convenio Marco con las Comunidades del área de influencia entrega el 3% de sus utilidades antes de impuestos; ello como obligación adicional a los aportes voluntarios y tributos aplicables al sector minero.

ello sobre la base de la aplicación los principios de coparticipación y solidaridad, todo ello bajo el paraguas de la Responsabilidad Social Corporativa.

Para tal fin, el Tribunal interpreta en forma sistemática los artículos 2.22° (derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida), 58° (el estado garantiza la iniciativa privada), 59° (el estado garantiza la libertad de trabajo, y la libertad de empresa, comercio e industria y su ejercicio no debe ser lesivo a la salud) , 66° (los recursos naturales son patrimonio de la nación, 77° (recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales).

Desde un punto de vista literal, el Tribunal Constitucional pareciese que únicamente está rescribiendo en otras líneas la obligación del Estado para redistribuir las rentas provenientes del canon minero.

Sin embargo, nuestra lectura es otra, sostenemos que el Tribunal Constitucional abre las puertas para fijar que como correlato de la libertad de inversión existe la obligación de ser socialmente responsable (fundamento 47) efecto que a criterio del Tribunal importa la aplicación del principio de compensación como responsabilidad de primer orden para la implementación de políticas públicas orientadas a la preservación del medio ambiente (fundamento 48).

2. La controversia derivada de la Ordenanza Regional del Gobierno Regional de Cajamarca: Los Derechos Fundamentales en conflicto

La Ordenanza Regional N° 036-2011-GR. CAJ.CR, emitida el 5 de Diciembre del 2011 por el Gobierno Regional de Cajamarca, constituye un documento de importancia no solo porque significa un precedente más en cuanto a la controversia sobre las competencias entre el Gobierno Regional y el Gobierno Central, sino que recoge temas relevantes como 1) la protección al medio ambiente, 2) las obligaciones de la inversión privada en recursos naturales y 3) el conflicto de los derechos fundamentales.

Esta ordenanza dispone esencialmente dos mandatos: a) La declaración del interés público regional respecto a la protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la Jurisdicción de la Región Cajamarca; y b) la declaración de la inviabilidad del proyecto Conga.

En efecto, los considerandos de la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR. CAJ.CR fundamentan que el Gobierno Regional de Cajamarca tiene sin lugar a duda la capacidad de pronunciarse sobre el proyecto Conga y lo hace a través de diversos argumentos, los que considero más relevantes los siguientes:

- El Gobierno Regional de Cajamarca señala como competencia compartida con el Gobierno Nacional, la gestión sostenible de los recursos naturales y el mejoramiento de la calidad ambiental y la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas regionales, esto según la Ley 27867. En seguida conecta esta idea con la de garantizar que las actividades económicas

que se desarrollen en el territorio sean ambiental y socialmente sostenibles. Ello explica la intervención del Gobierno Regional al emitir la Ordenanza.

- El Gobierno Regional se ampara bajo el Principio de Subsidiaridad que está dispuesto nuevamente en la Ley 27867, el cual señala que el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer las distintas funciones que le competen al Estado. Por tanto, el Gobierno Nacional no puede ni debe asumir competencias que pueden ser cumplidas eficientemente por los Gobiernos Regionales.

Es decir, una vez al establecer que las competencias son compartidas y que concurren dos niveles de gobierno, el Gobierno Regional defiende su postura de que es el más idóneo de ejercer tales funciones de regulación ya que es el gobierno más cercano a la población.

El 28 de Diciembre de 2011 el Fiscal de la Nación interpone una demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional de Cajamarca, cuestionando básicamente los dos puntos antes mencionados. Sin ánimos de profundizar en el aspecto de forma de la demanda de inconstitucionalidad, esto es, la Competencia del Fiscal de la Nación para interponer la demanda, debemos decir que en realidad este proceso de inconstitucionalidad es en esencia un conflicto de competencias: el argumento central del demandante es que mediante la cuestionada ordenanza regional se invaden las competencia del Gobierno Nacional, ya que el verdadero efecto es la declaración de nulidad del acto administrativo, el cual previamente ha sido aprobado por el EIA, aprobada a su vez por el Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM), por lo cual el gobierno regional no tiene competencia alguna.

La demanda se declarada fundada y la discusión gira en torno al conflicto de competencias existente entre el Gobierno Regional y Gobierno Nacional. El desarrollo de los fundamentos del Tribunal Constitucional (en adelante TC) son muy extensos en cuanto a la citación de normas jurídicas para defender cada postura, ya sea la Constitución, leyes u organismos; el asunto es que para simplificar el tema hemos podido arribar a tres conclusiones:

Respecto al primer punto, la sentencia determina que el Gobierno Regional de Cajamarca no es competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca (donde se originan las aguas), puesto que en el artículo 75° de la Ley de Recursos Hídricos (en adelante LRH), se reconoce que esta atribución la tiene la Autoridad Nacional de Agua.

De igual manera, la declaración de inviabilidad del proyecto minero Conga es inconstitucional puesto que el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene competencias para anular o suspender proyectos de gran minería. Esto se sustenta en el Reglamento Ambiental para las actividades de Explotación Minera (RAAEM), el cual en su artículo 3° señala que es el Ministerio de Energía y Minas

la entidad competente para evaluar y aprobar o desaprobar los EIA para el desarrollo de actividades de exploración de la gran minería y mediana minería.

Aunque desarrollaremos primero el conflicto de competencias en su parte teórica, el artículo no se limita a ello, sino que establece jurisprudencia en temas de derechos al medio ambiente sostenible y obligaciones del inversionista en explotación de recursos naturales, materia central de este comentario.

1. Determinación de Competencias

La Ley N° 27783, Ley de Bases de Descentralización, establece como tipos de competencias: las competencias exclusivas, las competencias compartidas y las competencias delegables, de entre las cuales las dos primeras comportan la base para el inicio de la discusión.

La Ley define a las competencias exclusivas como aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley; y a las competencias compartidas, como aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel.

Asimismo establece cuatro criterios para la asignación y transferencia de competencias: Criterio de subsidiaridad, criterio de selectividad y proporcionalidad, criterio de provisión, y criterio de concurrencia. Delimitamos la explicación solo al primer criterio pues la discusión que realiza el TC se focaliza en determinar qué nivel de gobierno debe asumir la competencia en razón de lo que señalan la legislación vigente (sean leyes o la propia Constitución), sin intervenir por ello motivos de capacidad de gestión efectiva de los Gobiernos, o a los recursos financieros, técnicos, materiales y humanos con los que cuentan.

Entonces nos remitimos nuevamente a La ley N° 27783, que define el criterio de subsidiaridad en su artículo 14° señalando que “el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales, y éstos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones”.

Nosotros consideramos que, efectivamente, si bien bajo este criterio es aplicable al caso es cuestión, no es la única norma existente, y que, bajo una interpretación sistemática deberíamos analizar más normas que están a su mismo nivel. Nos referimos a las normas que indica el TC al decir que el Gobierno Regional de Cajamarca no tiene de por sí competencia normativa, en general, para intervenir en temas de gran minería y mediana minería, ya que el artículo 59° de la LOGR establece que son funciones específicas de los Gobiernos Regionales formular, **aprobar**, ejecutar, evaluar, fiscalizar, dirigir, controlar y administrar planes y políticas **en materia de minas en concordancia con las políticas nacionales y los planes sectoriales**, así como el otorgar concesiones para la **pequeña**

minería y minería artesanal. Con esto queda más que claro, que su ámbito no debe sobrepasar tales límites impuestos.

Finalmente, también puede apelarse al test de competencia al que alude el TC, éste está compuesto por el Principio de Unidad (Principio de cooperación y lealtad regional, y el principio de taxatividad y cláusula de residualidad, y el principio de control y tutela), el Principio de competencia (Principio de competencias y el bloque de constitucionalidad), el Principio de efecto útil y poderes implícitos y, el Principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencias de recursos. Estos principios pueden apreciarse en la STC 0020-2005-PI/TC (Fundamentos 34-79)

Por último, debe tomarse como ejemplo el caso similar de la Municipalidad Víctor Fajardo, el cual consiste en una demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Municipal N.º 04-2008-MPF-H/A expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, Departamento de Ayacucho, el cual declara como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la Provincia de Fajardo, y en consecuencia, prohíbe las licencias para la exploración y explotación minera en la zona.

En este último caso, la Municipalidad argumenta que tiene una legítima preocupación por la protección del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales en toda la jurisdicción territorial de la aludida provincia, a lo que el TC declara su conformidad pero resaltando que la normatividad en temas mineros corresponde al ámbito del Gobierno nacional. Es decir, el competente para regular la actividad de la gran y pequeña minería, y por tanto, prohibir el otorgamiento de concesiones mineras corresponde al Gobierno Nacional y no al Gobierno Local.

2. Derechos fundamentales en conflicto

El Tribunal Constitucional en la sentencia recoge derechos fundamentales referentes, por un lado, a la protección del medio ambiente y, por otro lado, a la libertad de empresa.

Tenemos así al artículo 1º de la Constitución que establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En el artículo 2, numeral 22, de la carta constitucional se protege el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

En la sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 17, se determinó que el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, “comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente.

Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. De lo contrario, su

goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido”. Es por esto que se habla del derecho a que el medio ambiente se preserve, señala el fundamento 27 de la sentencia en cuestión.

Por otro lado, el artículo 66º de la Constitución señala que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, lo que constituye la base para protegerse con mayor razón los recursos naturales ya que pertenecen al Estado, y cualquier disposición que se realice debe darse en armonía con los intereses de los ciudadanos.

La Constitución ha establecido, de la misma forma, protección a la inversión privada a través del artículo 59º, que promueve la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. Paralelamente, se garantiza la iniciativa privada en el artículo 58 de la Constitución y se facilita y vigila la libre competencia (artículo 61º). En el fundamento 42 de la sentencia en mención también se señala que la empresa, como conjunto de esfuerzo para alcanzar un fin comercial, es reconocida como uno de los elementos indispensables en la creación de riquezas.

Pero, ¿Cómo generar un balance entre el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, y la libertad de empresa? ¿Cómo contrarrestar los intereses del Estado de permitir la inversión privada y el de proteger, a su vez, diversos derechos fundamentales relativos a la integridad y desarrollo de la persona?

Pues bien, siguiendo con lo dispuesto por la Constitución en el artículo 59º, “el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública”. Así, se protege la actividad empresarial privada, siempre y cuando no contravenga tales límites y siempre y cuando no afecte los derechos fundamentales protegidos en la Constitución.

Como se aprecia, es de relevancia, la parte final del artículo pues establece las bases para regular e implementar las limitaciones a las actividades privadas que coloquen en riesgo el medio ambiente, medio que cada uno tiene derecho a disfrutar. Debe forjarse un equilibrio entre ambos intereses, de modo que, ya aterrizando al caso práctico, puedan las empresas mineras gozar y ejercitar sus derechos a la libertad de empresa, de la autonomía privada, sin hacerlo en desmedro de la salud, tranquilidad, integridad y desarrollo de cada una de las personas de las comunidades y pueblos en nuestro país.

Con esto, queda claro, que no se trata de una polarización entre el sector minero y la protección de los recursos naturales y el medio ambiente, sino que debe haber una conciliación entre ambos conceptos.

La ordenanza, por su lado, alude a algunos de los artículos mencionados anteriormente, pero con la única finalidad de convencer que es su deber el “promover la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas”.

3.Hacia un nuevo concepto de inversión privada

Ante los anteriores cuestionamientos, considero que la pregunta que finalmente debemos plantearnos, y la que plantea el TC es: ¿Qué tipo de inversión privada, en materia de extracción de recursos naturales, es la que se encontrará protegida por la Constitución?

De esta forma, se tendrán que analizar cuatro temas desde la perspectiva del TC: a. aspectos relativos a la prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales, b. fiscalización estatal de la actividad privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales de protección, c. Reparaciones integrales en caso de afectación a la población, y; d. concretización del principio de co-participación de la riqueza.

a. Prevención de conflictos desde la empresa

Las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales deben establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales. Esto forma parte de lo que es llamado responsabilidad social de la empresa, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad.

Sin embargo, este tema tendrá mayor desarrollo en el acápite siguiente, por ser un tema clave la manera de cómo debe concebirse en la actualidad a una empresa privada, dado los cambios y conflictos sociales que se han venido suscitando en los últimos años.

b. Fiscalización estatal

El primer punto, como vimos, se focaliza en las actividades de las empresas privadas, en cambio, este segundo, básicamente se centra en la actividad estatal. Y lo que nos dice es que la Administración tiene, en primer lugar, el deber de fiscalizar el cumplimiento de los estándares nacionales e internacionales de las empresas que invierten en nuestro país, y no solo eso, sino que debe buscar su maximización en el cumplimiento, lo que entendemos no debe conformarse con un mínimo indispensable sino que debe anhelarse cumplir más allá de los estándares.

En segundo lugar, el Estado debe diseñar políticas que tiendan a beneficiar las principales actividades económicas de las poblaciones afectadas (agricultura, pastoreo, pesca); es decir, que promueva el bienestar general no solo fiscalizando las actividades de los privados, sino que entendemos debe motivarse en un segundo espacio el desarrollo de estos pueblos.

En tercer lugar, nos señala que deben elaborarse verdaderos planes de control de la actividad económica de extracción de minerales, que no solo sean reglas claras sino también transparentes. Asimismo, es indispensable la creación de nuevos proyectos de desarrollo que en forma eficiente y responsable posibilite la creación de riqueza.

c. Reparaciones integrales

Este tercer punto atiende las situaciones en caso de ocurrencia de daños contra terceros. Así, cuando se genere un daño, la empresa deberá ser sancionada por la Administración, y, a la vez, deberá reparar directa, justa y proporcionadamente a las personas afectadas con un pago indemnizatorio que será previamente determinado por la Administración.

Eso no es todo, sino que aquí se genera una nueva obligación de la Administración: deberá brindar orientación legal a los ciudadanos a fin de que estos puedan ejercer sus derechos, en vista de que muchas veces, por el desconocimiento, desesperación, estos no ejercen sus derechos de manera adecuada y por ello quedan desprotegidos en todo aspecto; y, deberá dar asistencia legal gratuita en caso de que el afectado no cuente con los medios económicos suficientes para hacerlo por sí mismo.

d. Coparticipación de la riqueza

La STC 0001-2012 PI/TC define el concepto de “Coparticipación de la riqueza” como aquel que establece que las poblaciones desde donde se han extraído determinados recursos naturales se vean directamente beneficiadas con las rentas de dicha explotación.

Como su propio nombre lo indica, coparticipación quiere decir que ambos o más niveles de gobierno se benefician, no uno solo; en consecuencia, si bien no todo debe ser absorbido por el Gobierno Nacional, tampoco puede ser absorbido todo por el propio Gobierno Regional o Municipal.

En el marco normativo encontramos fundamento de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 77º de la Constitución que establece el derecho que les asiste a los gobiernos locales y regionales a recibir en calidad de canon una porción de lo recaudado por la explotación de recursos naturales en beneficio de la comunidad de la zona. Luego, en la STC 0042-2004-PI/TC (fundamento 53) se define canon como “la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de recursos.”

La propia STC 0001-2012 PI/TC en el fundamento 59 señala que “mediante el canon se pretende evitar que los beneficios por la explotación de los recursos naturales, sean absorbidos por el Gobierno Nacional, en desmedro de la zona de donde tales dividendos proceden”, por lo que se entiende como una coparticipación de la riqueza y de ninguna manera como el pago indemnizatorio que se otorga a la población por las afectaciones medioambientales que la extracción de los recursos naturales genere, ya que en principio, éstas deben ser evitadas en su totalidad.

Finalmente, no todo puede resumirse a recursos financieros sino que es necesario contar con recursos humanos que administren la riqueza, privilegiándose

proyectos de inversión y de desarrollo que estén a favor de la educación, salud y otros que respondan a necesidades básicas de la población.

Como se habrá observado de los cuatro puntos desarrollados por el Tribunal Constitucional el rol de la responsabilidad social corporativa como obligación del inversionista es el elemento novedoso en su razonamiento. En efecto, el fundamento 47 de la acotada resolución establece que “...en una economía social de mercad, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado y la actuación de los particulares...”

4.La visión del Tribunal Constitucional sobre la Responsabilidad Social Corporativa y su relación con el Estado Democrático de Derecho

El concepto de Responsabilidad Social Corporativa tiene diversos ámbitos de aplicación, como el interno: relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno.

A efectos de contar con una aproximación a la definición de la Responsabilidad Social Corporativa podemos utilizar los criterios señalados por la Organización Internacional para la Normalización (ISO por sus siglas en inglés) que recientemente en el año 2010 estableció el estándar 26000 para la Responsabilidad Civil Corporativa⁴.

El ISO 26000 es una herramienta que pretende contribuir al desarrollo sostenible, fomentando que las organizaciones vayan más allá del cumplimiento de la ley. Su objetivo según lo señalado por el ISO es promover un entendimiento común en el campo de la responsabilidad social. Para tal fin, la organización debe ampliar su capacidad para incluir en su espacio de decisión y acción la diversidad social, ambiental, legal, cultural, política y organizacional, así como las diferencias en las condiciones económicas, siempre que sean coherentes con la normativa internacional de comportamiento.

En este contexto, la Responsabilidad Social Corporativa mantiene una fuerte vinculación con el Estado Democrático de Derecho, puesto que la empresa encontrándose dentro de un régimen democrático debe respetar las reglas de juego que impone el Estado a través de la Constitución y otras normas vigentes. De esta manera, surge la llamada “Responsabilidad Social Corporativa” que se inserta en un Estado Democrático de Derecho y que viene siendo desarrollado constantemente en varias resoluciones del Tribunal Constitucional como veremos a continuación:

⁴ Para mayor información consultar: http://www.iso.org/iso/discovering_iso_26000-es.pdf

El TC toma como precedentes la STC 03343-2007-PA (Caso Cordillera Escalera) y la STC 0048-2004-AI/TC ambas insertan la idea de que, al encontrarnos en un Estado Social y Democrático y en una economía social de mercado y del desarrollo sostenible constituye una conducta exigible la responsabilidad social, lo que debe corresponder de manera inherente a la empresa, en todos sus sentidos.

En desarrollo de la primera sentencia, ésta aporta la idea de que el Estado no pueda permanecer indiferente y estático, sino que debe de cumplir un rol vigilante, garantista y corrector ante las deficiencias y fallos del mercado, lo que no supone que tenga que interferir de manera arbitraria e injustificada en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos que desarrollan actividades económicas.

Existe un deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social. En la actualidad, existe consenso en señalar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a asumir una responsabilidad social.

Según la misma sentencia, el concepto de responsabilidad social de la empresa, tiene 2 caras: uno, el interno, relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores, el clima laboral y el gobierno corporativo; y otro, el externo, que se centran en las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno.

En la segunda sentencia, la tensión se centra en la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado adecuado al desarrollo de la vida; es decir, se maneja más el tema de la responsabilidad social de las empresas mineras. Así, se señala que la actividad privada solo puede insertarse si respeta:

“ a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (que merecerá luego un análisis); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables”.

Así, la parte que debe rescatarse es que la finalidad de lucro de una empresa puede conciliarse con la idea de responsabilidad social, y que una no excluye a la otra, esto se logra a través de una estrategia previsoras del impacto ambiental, con lo que se pueden prevenir conflictos sociales.

Es por esto, que se introduce un concepto de análisis de costos de la empresa que consiste en considerar posibles conflictos con las poblaciones de las zonas

aledañas en un futuro, lo que significa plantear soluciones de consenso y no tomadas unilateralmente por la propia empresa.

5. La coparticipación de la riqueza en la experiencia internacional: El convenio OIT 169, el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las directivas del Banco Mundial.-

La coparticipación en la distribución de la riqueza a favor de las comunidades afectadas por los proyectos de inversión, como es el caso del fundamento 47 en la STC 001-2012-PI/TC para el proyecto Conga, cuenta con un correlato en sede internacional vinculado principalmente a la aplicación de instrumentos internacionales como es el caso del Convenio OIT 169, la interpretación de los alcances de la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como directivas operativas de la banca de inversión y desarrollo como es el caso del Banco Mundial.

Desde nuestro punto de vista los alcances señalados por el Tribunal Constitucional en relación a la obligación del inversionista, en este caso el titular de la actividad minera, se extienda mas allá de sus compromisos legales tiene un destinatario central en los pueblos indígenas como los principales afectados por la acción del Estado en la explotación de los recursos naturales.

En efecto, sostenemos que la Responsabilidad Social Corporativa materia de la construcción normativa señalada por el Tribunal Constitucional tiene un principal campo de acción en la relación con los pueblos indígenas. En este contexto, es a partir del derecho de consulta como instrumento clave para garantizar el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas que podemos entender los posibles espacios de desarrollo del contenido esencial para compensar y en su caso repartir con los pueblos indígenas los beneficios de la actividad minera, ello como correlato de la Responsabilidad Social Corporativa.

5.1 El Convenio OIT 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

El Convenio OIT 169.-

A diferencia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el Convenio OIT 169 es de observancia obligatoria por el Estado Peruano⁵, razón por la cual toda norma que afecte a los pueblos indígenas debe ser consultada.

Adicionalmente al derecho de consulta consagrado por el Convenio OIT 169 que tiene plena actualidad en el Perú por la reciente vigencia de la Ley de Consulta Previa, establece como principios básicos: el reconocimiento y participación de los pueblos indígenas en su desarrollo y el respeto a las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas.

⁵ El Convenio OIT 169 se encuentra vigente en el Perú desde el 6 de Setiembre de 1991.

Sobre estas premisas el Convenio reconoce la vinculación existente entre los pueblos indígenas y su territorio no sólo como espacio para su desarrollo económico sino como parte de su forma de vida.

En efecto, el artículo 4º del Convenio impone al Estado la obligación de adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados señalando a renglón seguido que dichas medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

Esta mención normativa aun cuando no establece expresamente el derecho de los pueblos indígenas a oponerse exitosamente a las decisiones de gobiernos para imponer la realización de una política pública o proyecto de inversión es la base para la construcción de criterios jurisprudenciales para fijar mejores derechos a los pueblos indígenas al momento de contar con reparaciones justas por los daños causados o beneficios por el desarrollo de proyectos dentro de sus territorios.

Es la concepción de territorio, la que el Convenio OIT 169 transforma sobre la concepción liberal del derecho de propiedad. En efecto, el artículo 14º del Convenio OIT establece como obligación del Estado de reconocer a los pueblos indígenas “el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”, estableciendo adicionalmente que “deben tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”. Esta última mención que varía la concepción utilitaria de la propiedad, nos permite establecer que existen otros criterios para el uso del territorio estos últimos basados en la protección de otros derechos paralelos como es el derecho a la identidad cultural.

Este último criterio tiene correlato constitucional en el fundamento 18 de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 00024-2009-PI) sobre acción de inconstitucionalidad entre Gonzalo Tuanama Tuanama contra el Decreto Legislativo N°994⁶. Al respecto el Tribunal Constitucional señala que: “la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de “propiedad” sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación”.

En consecuencia, de acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional la propiedad de los pueblos indígenas tiene un elemento diferenciador frente a la propiedad protegida por el Código Civil, ello sobre la base de una relación cultural

⁶ La acción de inconstitucionalidad se fundamentaba en que el Decreto Legislativo N° 994 fue expedido sin realizarse una necesaria consulta previa e informada a los pueblos indígenas contraviniendo lo previsto en el Convenio OIT 169.

con el territorio que debe ser objeto de protección, por nuestro marco constitucional, la cual se materializa a través del derecho de consulta.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.-

La Declaración ha sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de Setiembre del 2007. Tiene por propósito central hacer hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones y a buscar su propio desarrollo, determinado libremente de conformidad con sus propias necesidades e intereses.

Para tal fin, en dicha declaración son objeto de protección prioritaria la igualdad y libertad de las personas indígenas y los pueblos su derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos en particular en su origen o identidad indígena. En este contexto se establece el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, siendo en virtud de este derecho establecer libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, socio y cultural⁷. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.}

Es sobre este andamiaje de principios y derechos fundamentales que la Declaración no sólo confirma los derechos a la libre determinación consagrados por el Convenio OIT 169, sino que consagra los derechos relacionados con los medios de subsistencia y el derecho a las tierras, territorios y recursos.

Sobre este abanico de derechos colectivos e individuales que la Declaración consagra dos garantías para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, que son:

a) El consentimiento previo e informado de los pueblos indígenas a que las políticas de gobierno sean objeto de aprobación por los pueblos indígenas y,

b) Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

La primera de ellas se puede considerar como el derecho de veto a todo proyecto o decisión de gobierno que los pueblos indígenas consideren, sin inclusive necesaria expresión de causa, contrario a sus intereses⁸. Este derecho es el efecto natural, llevado al extremo de los derechos de consulta consagrados inicialmente por el Convenio OIT 169.

⁷ Sobre esta particular, la Declaración ha consagrado una importancia fundamental a la cultura indígena y como protegerla respetando el aporte directo de los pueblos indígenas en la toma de decisiones y asignando recursos a la educación en idiomas indígenas y otras esferas, razón por la cual 17 de los 46 artículos de la Declaración están destinados a su protección.

⁸ Artículo 19.-Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

El derecho de consulta contiene una particular concepción en el caso de los pueblos indígenas y se refiere fundamentalmente al derecho de identidad cultural como la piedra de toque que cohesiona el sistema de garantías antes señalado y que sirve de elemento esencial para la plena vigencia de la Declaración. En términos de RUIZ CHIRIBOGA⁹ se entiende por identidad cultural:

“...consiste en el derecho de todo grupo étnico-cultural y sus miembros a pertenecer a una determinada cultura y ser reconocido como diferente; conservar su propia cultura y patrimonio cultural tangible o intangible; y a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado involuntariamente por ella..”¹⁰

Es así que el derecho a la identidad cultural tiene naturaleza de derecho síntesis pero a la vez transversal en tanto no solo abarca tantos derechos colectivos e individuales que para su pleno ejercicio necesitan de la vigencia del derecho a la identidad cultural, sino que igualmente otros derechos humanos dependen de la vigencia del derecho a la identidad cultural.¹¹

La construcción en sede nacional del derecho a la identidad cultural, tiene un correlato constitucional incipiente en el artículo 2º numeral 1 y 19 relativo a las libertades personales sobre la identidad étnica y cultural, pero no cuenta aún con una marco atributivo en sede legal que otorgue protección a los pueblos indígenas en el derecho a la identidad cultural.

Esta reflexión resulta de la mayor importancia en tanto la Declaración de Naciones Unidas carece de efectos vinculantes. En efecto, las declaraciones de las Naciones Unidas no tienen fuerza jurídica obligatoria, aun cuando reflejan el compromiso de los Estados de establecer lineamientos de política general la declaración no crea nuevos derechos, sino que específica o proporciona una interpretación de los derechos humanos consagrados en otros instrumentos de derechos humanos.

Sobre el particular la reflexión de RUIZ CHIRIBOGA resulta interesante al evaluar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos señala su insuficiencia para servir de instrumentos vinculantes a los Estados sobre los pueblos indígenas, deviniendo el Convenio OIT 169 en el único instrumento capaz de establecer derechos objeto de protección a los pueblos indígenas¹².

5.2.Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso Surinam vs. Saramaka

En el año 2007, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que cuando los proyectos de desarrollo o inversión a gran escala pudieran afectar la

⁹ Ruiz Chiriboga, Oswaldo (2006). El Derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. En: SUR Revistas Internacional de Derechos Humanos, N° 5, Año 3, Edición en Español, p.45-p.69.

¹⁰ Ruiz Chiriboga, Oswaldo (2006), Op. Cit. p. 45.

¹¹ Ibid, p. 46.

¹² Ibid, p. 63-64

integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas (en este caso los Saramakas) y, sobre todo, de obtener su libre consentimiento informado previo de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.

Lo más rescatable, a efectos de demostrar la aplicación de algunos de los criterios antes trabajados, es que en esta demanda del pueblo Saramaka contra el propio Estado no solo se determina la obligación de éste último de proteger los derechos constitucionales a la consulta previa, sino que existe esta población tiene el derecho a compartir los beneficios derivados de tales proyectos de inversión, lo cual queda plasmado en el numeral 8 de los puntos resolutivos:

“El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, (...)”

Revisado este párrafo, se entiende que si bien no se inserta la intervención de la empresa privada (en vista de que hemos trabajado respecto este agente económico todos los puntos) el Estado tiene la obligación de proteger a la población en todo momento y de diversas maneras, garantizándole la consulta y participación en la ejecución del proyecto y en los beneficios del proyecto, que deberán ser utilizados como mecanismos de desarrollo.

En consecuencia, muy aparte de la consulta y participación efectiva que deben tener los pueblos, una vez aprobado el proyecto, lo ideal sería que se genere un mecanismo de prevención de conflictos y posibles daños a la población, ya sea en términos de recursos naturales, la integridad de las tierras y medio ambiente; que exista una adecuada participación de la riqueza, lo cual se traduce no sólo en recibir un monto dinerario sino que la población goce de los beneficios que se producen como parte de la realización del proyecto; y que se considere una reparación integral en caso se afecte a la población.

Esto último se ve reflejado en lo que sentencia la Corte Interamericana Derechos Humanos en el numeral 13 de los puntos resolutivos:

“El Estado debe asignar las cantidades fijadas en esta Sentencia como indemnización por el daño material e inmaterial a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su propio territorio tradicional, (...)”

5.3.El caso de las directivas del Banco Mundial sobre Pueblos Indígenas: La O.P 4.10 del IFC

Siguiendo el mismo lineamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Banco Mundial en su política operacional 4.10 establece la exigencia

de la elaboración de una “consulta previa, libre e informada” al prestatario, en todos los proyectos propuestos que afecten a los Pueblos Indígenas.

El Banco Mundial promueve así el acercamiento a los Pueblos Indígenas ya que este requisito de consultas demuestra acentuadamente el respeto a las diferencias culturales que existen dentro de un mismo territorio.

Asimismo, en la O.P 4.12, se señala que los reasentamientos involuntarios deben evitarse o reducirse al mínimo y que de ser inevitable, “las actividades de reasentamiento se deben concebir y ejecutar como programas de desarrollo sostenible, que proporcionen recursos de inversión suficientes para que las personas desplazadas por el proyecto puedan participar en los beneficios del mismo”, mejorando sus medios de subsistencia y sus niveles de vida, o al menos, devolverles la misma situación antes de ser desplazados o de ser ejecutado el proyecto.

Son más las políticas operacionales que apuntan a proteger los derechos de los pueblos indígenas y la conservación del medio ambiente, pero lo que debe rescatarse es cómo el grupo del Banco Mundial coadyuva, a través de requisitos para financiar un proyecto, a que la inversión privada se lleve a cabo paralelamente con acciones de responsabilidad social. Esta es pues, una manera más de limitar y evitar afectaciones a las poblaciones por parte de las empresas privadas.

En este contexto, la Corporación Financiera Internacional (IFC por sus siglas en inglés) es una de las instituciones que conforman el Grupo del Banco Mundial junto con el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (IBRD por sus siglas en inglés), la Asociación para el Desarrollo Internacional (IDA por sus siglas en inglés), Agencia Internacional para garantía de las inversiones (MIGA por sus siglas en inglés) y el Centro Internacional para resoluciones de controversias de inversión (ICSID). El grupo del Banco Mundial es de propiedad de los 188 países miembros y su misión en términos generales es combatir la pobreza y apoyar el desarrollo.

En términos particulares el IFC se conduce como Banca de Fomento Multilateral que tiene por propósito el desarrollo económico mediante el crecimiento de la inversión privada en los países miembros particularmente en las zonas más deprimidas¹³.

Es en este contexto, que como Banca de Inversión el IFC se relaciona con los estados miembros e inversionistas privados en el otorgamiento de financiamiento para proyectos de inversión siguiendo criterios y políticas propias del IFC. El IFC cuenta con diversos instrumentos que fijan su actuación siguiendo los mandatos generales del estatuto de creación del IFC:

¹³ Conforme al artículo 1 Propósito del Acuerdo de Constitución del IFC conforme a la última modificación al 28 de Abril de 1993.

- Políticas Operacionales (Operational Policies)¹⁴ –Ops- son condiciones generales sobre las cuales se otorgan y se conducen la aprobación de los proyectos de inversión financiados por el IFC. Son aprobados por la Junta de Directores del IFC y establecen los parámetros para conducir las operaciones de financiamiento así como describen las circunstancias mediante las cuales es admisible exceptuar el cumplimiento de dichas políticas y la responsabilidad de su autorización.
- Normas de Procedimientos del Banco (Bank Procedures) –BPs- explica el procedimiento a seguir por el Banco para implementar las políticas operacionales a fin de asegurar su consistencia y calidad.
- Memorandos operacionales (Operational Memoranda) –Op Memos) son instrucciones internas que tienen por finalidad la elaboración de material para Ops o Bps. Una vez las instrucciones contenidas en dichos memorandos son incorporadas a las Ops o Bps, los memorandos son retirados.

Para los proyectos de inversión en materia de industrias extractivas el IFC ha aprobado dos instrumentos de gestión en materia ambiental: la Evaluación Ambiental OP 4.01 (Environmental Assessment en inglés) y BP 4.01 ambas vigentes desde Enero del año 1999.

Estas normas tienen por finalidad evaluar los componentes ambientales (agua, aire y suelo), salud y seguridad, así como aspectos sociales del proyecto estos últimos vinculados a factores con reasentamiento involuntario, pueblos indígenas, y recursos físicos culturales, que deben ser tomados en cuenta por el gobierno al momento de solicitar el financiamiento del IFC.

Sobre esta premisa a efectos de conceder el financiamiento para el proyecto, el Banco revisa los resultados de la evaluación ambiental a efectos de verificar la participación del IFC en el indicado proyecto.

Estas obligaciones conforme lo indica el punto 5 de la OP 4.01 incluyen que el gobierno garantice público proceso de consulta sobre los alcances del proyecto, así como un total acceso a la información del mismo. A efectos de garantizar una evaluación certera de los efectos del proyecto el punto 7 de la OP 4.01 establece, dependiendo de la naturaleza del proyecto, que el gobierno prestatario debe utilizar un conjunto diverso de instrumentos que transitan desde el estudio de impacto ambiental, la evaluación ambiental regional o sectorial, la evaluación ambiental y social estratégica, la auditoria ambiental, la evaluación de riesgos o peligros, el plan de manejo ambiental así como el modelo de gestión ambiental y social.

Todos estos instrumentos tienen por última finalidad brindar información certera y objetiva sobre los impactos del proyecto de inversión a fin que el mismo sea puesto en conocimiento de las poblaciones afectadas (“Project-affected groups”) y organizaciones no gubernamentales dentro de un espacio institucionalizado de

¹⁴ Las Directivas Operacionales - Operational Directives (ODs) en inglés- a la fecha no forman parte de los instrumentos de gestión del IFC. Sin embargo su referencia es necesaria en tanto fueron utilizados hasta mediados del año 2005.

consulta pública; ello bajo la condición esencial que los puntos de vista de las poblaciones afectadas así como de las organizaciones no gubernamentales sean tomados en cuenta.

Como se observará esta norma de aplicación general a todos los proyectos de inversión financiados por el IFC tiene una naturaleza similar a las reglas establecidas por el artículo 68° del Reglamento de la Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental¹⁵.

Sin embargo, para el caso de los pueblos indígenas las normas del IFC son mucho más estrictas requiriendo inclusive el consentimiento de dichos grupos sociales a efectos de continuar con el financiamiento del proyecto y el involucramiento del IFC.

En efecto, la OP 4.10 de Julio del 2005, que reemplaza a la Directiva Operacional 4.20 del año 1991 reconoce que la identidad y cultura de los pueblos indígenas están vinculados íntimamente a la tierra y a los recursos naturales del cual ellos dependen razón por la cual los riesgos provocados por los proyectos de inversión pueden originar o acrecentar su marginación y vulnerabilidad limitando su habilidad para participar en su propio beneficio y desarrollo (punto 2 de la OP 4.10)

En este contexto, que la OP 4.10 establece un ámbito de protección mucho mayor que la OP 4.01 a los pueblos indígenas. En primer lugar, establece dentro del proceso de consulta (punto 6.c) que el mismo para ser válido debe poseer ciertas características es decir: libre, previo y totalmente informado en cada etapa del proyecto y sobre todo en la preparación del mismo, debiendo identificar los puntos de vista de la comunidad a fin de obtener su un apoyo masivo al proyecto. Mas aún, el párrafo final del punto 11 de la OP 4.10 establece que: "...el Banco no procederá con el proceso de financiamiento del proyecto si el gobierno no es capaz de demostrar que cuenta con el apoyo de los pueblos indígenas..."

En segundo lugar, el punto 22 de la OP 4.10 establece como objetivos de la política del Banco que el gobierno prestatario desde promover planes de desarrollo y reducción de la pobreza en iniciativas para generar desarrollo inclusivo (acápito "a" del punto 22), promover el apoyo a iniciativas de desarrollo propuestas por los pueblos indígenas (acápito "b" del punto 22) y brindar asistencia técnica para desarrollar capacidades locales de los pueblos indígenas para su programas de desarrollo (acápito "f" del punto 22).

Como se observará ya en el año 2005, inclusive el IFC estableció a partir del desarrollo del componente de la evaluación social de los proyectos y consecuente proceso de consulta para informar los impactos positivos y negativos de los mismos, criterios de protección para los pueblos indígenas que finalmente dan por

¹⁵ Artículo 68° De la participación ciudadana

La participación ciudadana es un proceso dinámico, flexible e inclusivo, que se sustenta en la aplicación de múltiples modalidades y mecanismos orientados al intercambio de amplio de información, la consulta, el diálogo, la construcción de consensos, la mejora de proyectos y las decisiones en general, para contribuir al diseño y desarrollo responsable y sostenible de los proyectos de inversión, así como de las políticas, planes y programas de las entidades del sector público.

resultado que los proyectos financiados por el IFC únicamente serán viables en tanto se cuente con el apoyo de los pueblos indígenas.

Es sobre la base de garantizar el derecho de consulta y participación de los pueblos indígenas que se construye la doctrina para la coparticipación en los beneficios obtenidos por la explotación de los recursos naturales como a continuación se podrá observar en los instrumentos internacionales sobre protección de los pueblos indígenas.

6. Aproximaciones Finales

- La demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional de Cajamarca constituye básicamente un conflicto de competencias y se soluciona determinando que el Gobierno regional de Cajamarca no tiene competencias para anular o suspender proyectos de gran minería.
- En vista de la protección constitucional que tiene el derecho a la protección del medio ambiente y la libertad de empresa, si bien es cierto que se pueden generar conflictos entre tales derechos, esto no significa que se deba generar una polarización entre la inversión privada y la protección de los recursos naturales, sino que debe haber una conciliación entre ambos conceptos.
- Finalmente, el Tribunal Constitucional no reescribe la obligación del Estado y de la empresa privada frente a las consecuencias de la extracción de recursos naturales, sino que más bien abre las puertas para fijar un nuevo concepto de inversión privada, en la cual se inserta la responsabilidad social corporativa, dentro de un Estado Democrático de derecho.
- Esta nueva idea de inversión debe contener cuatro puntos: 1) aspectos relativos a la prevención de conflictos y de posibles daños que puedan generar determinada inversión en recursos naturales, 2) fiscalización estatal de la actividad privada a fin de determinar si cumple con los estándares nacionales de protección, 3) Reparaciones integrales en caso de afectación a la población, y; 4) concretización del principio de co-participación de la riqueza. Queda pendiente analizar que alcance y naturaleza tienen estas “reglas” y cuánto se puede exigir a la empresa privada, como nuevo ente con responsabilidad social y al Estado, como fiscalizador.
- Estos criterios que el Tribunal Constitucional comienza a configurar tienen un correlato internacional del mayor interés, pero que se enfocan principalmente a las relaciones del Estado con los pueblos indígenas a través de dos puntos de ingreso central: el derecho de consulta previa y el derecho a la identidad cultural, aun cuando este último es de reciente prescripción normativa (Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas).

En consecuencia, es nuestra opinión que las obligaciones extralegales que comienza a configurar el Tribunal Constitucional dentro de la figura la

Responsabilidad Social Corporativa a los titulares de los proyectos de inversión, sobre todo en el caso de los titulares mineros, si tendrá un efecto práctico operativo en tanto los afectados por los proyectos de inversión sean pueblos indígenas, ello en el marco de la actual Ley de Consulta Previa y su Reglamento.

- En este contexto, la Responsabilidad Social Corporativa entendida por el Tribunal Constitucional como el otro lado de las libertades económicas en un estado social de derecho se convierte en un elemento fundamental para garantizar la sostenibilidad de las inversiones productivas, en tanto los afectados por los proyectos de inversión, sobre todo los pueblos indígenas cuentan con instrumentos legales, fruto de las recientes Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de plena aplicación en el ordenamiento jurídico peruano, para sostener en sede legal el derecho a vetar proyectos de inversión que afecten sus territorios.

Miraflores, 29 de Mayo del 2012