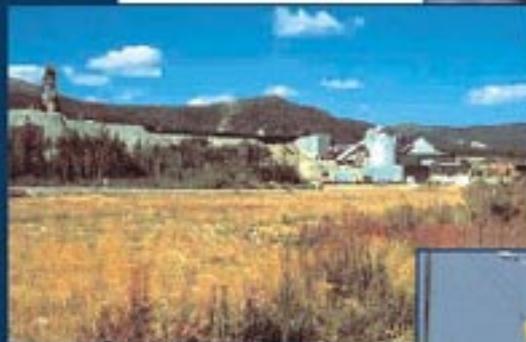


CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO Y MINERÍA

Promoviendo el Desarrollo Sustentable de las Comunidades Locales



FUNDACIÓN



Fotos de la Carátula (de arriba hacia abajo):

Alfredo Rengifo Navarrete, alcalde de la Municipalidad de Tambogrande en Perú, emitiendo su voto para determinar el futuro de las actividades mineras en la región. El número de personas votantes fue de aproximadamente 74 por ciento de la población y un abrumador 98 por ciento de los votos fueron en contra de la mina. Tambogrande, 2 de junio de 2002. Fotografía de Edgardo Castañeda para GUARANGO Film & Video, cortesía de Oxfam America.



Una de las cédulas de votación usadas en el voto municipal de Tambogrande. En la cédula se preguntó a los votantes si están de acuerdo con el desarrollo de las actividades mineras en áreas urbanas, áreas de expansión urbana, áreas agrícolas o áreas de expansión agrícola en el distrito municipal de Tambogrande. Tambogrande, 2 de junio de 2002. Fotografía de Edgardo Castañeda para GUARANGO Film & Video, cortesía de Oxfam America.



Mina de Cobre de Whitehorse y fábrica cerca a Whitehorse, Territorio de Yukón; la mina produjo cobre desde 1967 hasta 1982. Fotografía de Dave Sinclair, cortesía de Natural Resources de Canadá.

Personas reunidas en Tambogrande para participar en la Consulta Vecinal. A través del voto no obligatorio (los votos oficiales son obligatorios para los peruanos entre 18 y 60 años), muchos campesinos vinieron de los alrededores, donde la mayoría de la población vive, porque querían participar. Tambogrande, 2 de junio de 2002. Fotografía de Edgardo Castañeda para GUARANGO Film & Video, cortesía de Oxfam America.

CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO Y MINERÍA

Promoviendo el Desarrollo Sustentable de las Comunidades Locales

Environmental Law Institute®

Derechos de Autor © 2004

Consentimiento Informado Previo y Minería: Promoviendo el Desarrollo Sustentable de las Comunidades Locales

Derechos de Autor © 2003 Environmental Law Institute ®
Washington, D.C. Derechos Reservados
(Traducido al Español por Claudia Forno)

ISBN # 1-58576-078-1, Código de Proyecto ELI 010901

Una copia electrónica recuperable (file PDF) de este informe puede ser obtenida sin costo alguno de la página web del Environmental Law Institute <www.elistore.org>

[Nota: Los términos de uso de ELI serán aplicables y están disponibles en dicha página]

(El Environmental Law Institute ®, el Environmental Forum ®, y ELR ® - el Environmental Law Reporter ® son marcas registradas del Environmental Law Institute)

AGRADECIMIENTOS

Este informe fue elaborado por la Abogada Senior de ELI Susan Bass, el Abogado de ELI Pooja Seth Parikh y los investigadores de Derecho de ELI Roman Czebiniak y Meg Filbey. La Gerente de Publicaciones de ELI, Wendy Sandoz, ayudó en la producción del presente informe.

ELI quisiera agradecer a sus socios del proyecto por las contribuciones a este informe: Martin Scurrah, Javier Aroca, Walter Chamochumbi Chávez y Keith Slack de Oxfam America, y a Adriana Aurazo y Manuel Pulgar-Vidal de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. ELI también quisiera agradecer a los revisores externos Hernán Blanco del Proyecto CIPMA-FMAM (Chile), Benjamín Cashore de la Escuela de Silvicultura y Medio Ambiente de Yale, Anna Cederstav y Astrid Puentes de Earthjustice, y Rachel Kyte de la Corporación Internacional de Financiamiento por sus útiles comentarios en los borradores de este informe.

El apoyo financiero para este informe fue provisto por la Fundación Ford.

El documento original de este informe se encuentra disponible en inglés.

IV | CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO

TABLA DE CONTENIDO

Resumen Ejecutivo	vii
Introducción	1
El Proyecto «Minería y Comunidades»	1
Minería y Comunidades	2
Creciente Relevancia del Consentimiento Informado Previo	2
Definiendo el Derecho de las Comunidades al Consentimiento Informado Previo	3
Estudios de Caso	5
Procesos de formulación de políticas	5
La Comisión Mundial de Represas	5
La Ley de Derechos Territoriales Aborígenes (Territorio del Norte) de 1976 (Australia)	7
Proyectos Mineros	10
Iniciativa Minera Whitehorse (Canadá)	10
La Mina Diavik (Canadá)	12
Proyecto Minero de La Bahía de Voisey (Canadá)	14
La Mina Ekati (Canadá)	17
El Proyecto del Gas de Camisea (Perú)	20
Proyecto Minero de Tambogrande (Perú)	22
La Mina Stillwater (Estados Unidos)	28
Análisis	31
Mecanismos para el proceso del Consentimiento Informado Previo	31
Definiciones Principales	34
Aspectos Procesales del Proceso del Consentimiento Informado Previo	36
Implementación del Proceso a Largo Plazo	43
Conclusión	45

RESUMEN EJECUTIVO

Mientras los gobiernos nacionales y las empresas multinacionales se benefician de la explotación y operaciones mineras alrededor del mundo, las comunidades locales frecuentemente deben soportar la carga de los impactos ambientales, sociales y económicos negativos de estas actividades. En respuesta a ello, se observa un gran esfuerzo a nivel de las comunidades locales para controlar los impactos de la minería en las tierras que ellas ocupan o usan. Las comunidades mineras han comenzado a hacer valer su derecho al ejercicio de algún tipo de consentimiento informado previo frente a la explotación y operaciones mineras y, por lo tanto, a establecer sus propias prioridades sobre el desarrollo que tiene un impacto en sus vidas, su ambiente y su cultura.

Este informe examina el concepto y práctica emergentes del «consentimiento informado previo» en el contexto de las comunidades afectadas por la minería. Para los fines del presente documento, el término «consentimiento informado previo» refiere al derecho de las comunidades locales de ser informadas sobre las operaciones mineras de forma completa y oportuna y a aprobar una operación minera previamente es decir, al inicio de dicha operación. Esto incluye el derecho a la participación en el establecimiento de los términos y condiciones referidos a los impactos económicos, sociales y ambientales de todas las fases de minería y las operaciones post-mineras.

Sin embargo, tal como lo muestra el informe, generalmente este derecho no se manifiesta en su integridad, sino más bien en una serie de grados y variaciones, tales como el derecho de las comunidades de ser informadas en lo que respecta al desarrollo minero, el derecho de dictar los términos y condiciones del desarrollo minero y el derecho de vetar cualquier actividad minera en sus tierras. El informe se desarrolla en base a nueve estudios de caso de comunidades andinas donde el derecho al consentimiento informado previo fue de gran importancia. Asimismo, el informe explora estas diversas manifestaciones, reconociendo que el derecho al consentimiento informado previo de las comunidades afectadas es esencial para promover el desarrollo sus-

tentable a largo plazo, los procesos democráticos y el respeto a los derechos humanos fundamentales.

Los estudios de caso revelan que, tanto a nivel nacional como local, el reconocimiento de las comunidades mineras como socios clave en la toma de decisiones está en aumento. Los gobiernos están reconociendo cada vez más la importancia y legitimidad de los diversos componentes del derecho al consentimiento informado previo, particularmente el derecho de las comunidades indígenas a controlar el desarrollo de sus tierras. Este reconocimiento se hace evidente al exigírsele a las compañías mineras que provean la mayor cantidad de información a las comunidades, que éstas sean consultadas y, en un número limitado de casos, que obtengan el consentimiento de las mismas para llevar a cabo el proyecto minero. Las compañías mineras también han incrementado las consultas a las comunidades para obtener una «licencia social para operar», incluso en aquellos casos en los que no existe requerimiento legal para ello, en orden a evitar los posibles costos que pudieran originarse debido a la resistencia de las comunidades, así como a también para evitar poner en riesgo su reputación corporativa.

Adicionalmente a los esfuerzos realizados a nivel nacional, el derecho al consentimiento informado previo está ganando prominencia en el ámbito internacional. Instrumentos internacionales, incluyendo tratados de carácter vinculante, como también directrices y declaraciones no vinculantes, han reconocido el derecho de las comunidades afectadas – particularmente comunidades indígenas - a participar en la toma de decisiones relacionadas con minería. El creciente consenso de los procesos internacionales por la definición del consentimiento informado previo podría contribuir al eventual reconocimiento de este derecho como ley consuetudinaria. Sin embargo, actualmente la práctica estatal individual no es lo suficientemente consistente o difundida como para confirmar dicho derecho como tal.

El derecho al consentimiento informado previo es eficaz únicamente si está definido y aplicado de modo que garantice el desarrollo sostenible de las comunida-

VIII | CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO

des locales. A través del análisis de numerosos estudios de caso que involucran variaciones del derecho al consentimiento informado previo, este informe identifica los elementos claves de un derecho al consentimiento informado previo realmente efectivo. Estos elementos

incluyen la necesidad de establecer legalmente dicho derecho, la necesidad de definir cabalmente la comunidad a ser consultada, el derecho a vetar el desarrollo de actividades mineras y el derecho a participar en el monitoreo y ejecución de las mismas.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

EL PROYECTO «MINERÍA Y COMUNIDADES»

Alrededor del mundo, las comunidades locales soportan a menudo los peores impactos ambientales, sociales y económicos de las operaciones mineras. Las comunidades pueden ser forzadas a salir de sus tierras como resultado de las concesiones otorgadas a compañías mineras, y tienen que renunciar a sus medios tradicionales de ganarse la vida. Su agua potable, ríos y lagos pueden ser contaminados como resultado de operaciones mineras incorrectamente diseñadas o mal manejadas. Las fundiciones pueden liberar agentes contaminadores tóxicos al aire con serias consecuencias ambientales y sanitarias. La introducción de prácticas y de formas de vida externas puede interferir con las tradiciones sociales y culturales locales e introducir enfermedades y problemas devastadores, tales como el SIDA y el alcoholismo a aldeas lejanas.

Aunque las leyes que protegen los derechos e intereses de las comunidades mineras han estado avanzando en algunos países, hasta el momento son extremadamente limitadas. La aplicación de estas medidas es escasa, debido a la falta de voluntad política y a los recursos financieros limitados de muchos gobiernos nacionales. Aunque los ciudadanos en muchos países ahora tienen el derecho a demandar y a ejercitar sus propias acciones, la falta de información, recursos y de capacidad obstaculiza a menudo su facultad de aprovechar al máximo los mecanismos legales sofisticados, tales como las demandas civiles. A menudo los ciudadanos tienen poco o nada de voz en el desarrollo de los estándares para regular los impactos ambientales, sociales, y económicos de la minería.

Para ayudar a las comunidades mineras a enfrentar estos desafíos, en el 2001, el Environmental Law Institute (ELI), Oxfam América y la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental lanzaron el Proyecto «Minería y Comunidades» con la ayuda de la Fundación Ford. Esta iniciativa buscaba ayudar a las comunidades en la región andina a explorar y a desarrollar su propia agenda ambiental, social y económica para el desarrollo de operaciones mineras locales, y a identificar y evaluar una gama de estrategias y mecanismos, incluyendo sistemas de certificación, para promover esta agenda.

Uno de los primeros pasos en el proyecto era identificar los derechos legales de las comunidades referidos a operaciones mineras. En la labor de determinación de estos derechos, los miembros del equipo del proyecto se dieron cuenta de la urgente necesidad de clarificar un conjunto de puntos fundamentales: ¿Están las compañías mineras obligadas a buscar el consentimiento informado previo de las comunidades locales? Y si lo están, «¿qué términos y condiciones tienen derecho las comunidades a imponer a las operaciones mineras en conexión con el otorgamiento de su consentimiento informado previo?»

Las respuestas a estas preguntas tienen gran importancia y consecuencias, no solamente a las comunidades implicadas en el Proyecto «Minería y Comunidades», sino también para otras comunidades afectadas o potencialmente afectadas por las operaciones mineras, grupos de defensa que trabajan a nombre de estas comunidades, para los legisladores y reguladores del gobierno, y para las mismas compañías mineras. La existencia de un derecho al consentimiento informado previo consolidaría la posición de comunidades en procedimientos formales y negociaciones informales con gobiernos y compañías mineras. En ausencia de tal derecho o en el lapso de tiempo que tome su desarrollo e implementación, las comunidades podrían verse obligadas a apoyarse en herramientas complementarias, tales como un sistema de certificación, boicots o campañas de defensa. Adicionalmente, conocer el ámbito y detalle de los términos y condiciones que las comunidades tienen derecho a imponer respecto de operaciones mineras, ayudaría a estructurar el marco de una agenda comunitaria.

El propósito de este informe es describir y analizar el estado actual del marco legal y conceptual y la práctica actual del consentimiento informado previo en el contexto de las comunidades afectadas por la minería. El informe adopta como concepto base del consentimiento informado previo el derecho de la comunidad local a ser informada sobre potenciales operaciones mineras de forma completa y oportuna, y a aprobar la actividad antes del inicio de la operación. Esto incluye una participación completa en la determinación de los términos y condiciones referidas a los impactos ambientales, económicos y sociales de todas las etapas de desarrollo de las operaciones mineras y post-mineras. Esta

definición de consentimiento informado previo es consistente con —y crítica para— promover el desarrollo sostenible a largo plazo, los procesos democráticos del gobierno, y el respeto a los derechos humanos básicos.

Más específicamente, el informe apunta a identificar y comprender:

- ¿Cuáles son los mecanismos legales y extra-legales para el derecho al consentimiento informado previo?
- ¿Cómo han sido definidos los conceptos claves relacionados con el ejercicio de este derecho (comunidad, consentimiento, procesos de toma de decisiones)?
- ¿Cómo se han estructurado los aspectos procesales de este derecho?
- ¿Cuáles son los mecanismos para garantizar la implementación a largo plazo de este derecho?

Para llevar a cabo la investigación de estos temas, el equipo de ELI, en consulta con los socios del proyecto, identificó y seleccionó nueve estudios de caso para ser examinados y analizados, en los cuales el derecho al consentimiento informado previo fue un rasgo significativo. En los primeros tres estudios de caso, el asunto del consentimiento informado previo es explorado en el contexto de toma de decisiones o de iniciativa legislativa. En los seis estudios de caso siguientes, el consentimiento informado previo es revisado en el contexto de una operación minera específica. El derecho al consentimiento informado previo implicado en muchos de estos estudios de caso era más estrecho que la definición del mismo que se maneja en el presente informe. Sin embargo, ya que muchos de los elementos claves del derecho fueron puntos importantes en estos casos, un análisis de las bases y prácticas políticas de dichos elementos claves es de gran relevancia para comprender el sentido lato de dicho derecho.

MINERÍA Y COMUNIDADES

En las décadas recientes se ha observado un crecimiento dramático en el sector minero alrededor del mundo. Una combinación de factores, incluyendo el crecimiento global de la demanda de minerales, los cambios tecnológicos que han aumentado la accesibilidad de los minerales y de la flexible regulación ambiental de los países anfitriones, han contribuido a este crecimiento.¹ La mayor parte de dicho crecimiento ha ocurrido en o cerca de tierras indígenas. Se estima que en 20 años,

cerca de la mitad de todo el oro y cobre extraídos provendrá de territorios usados o demandados por comunidades indígenas.²

La minería brinda a las comunidades oportunidades de desarrollo económico y social, así como también riesgos de impactos ambientales y sociales negativos. Dentro de los impactos potencialmente positivos se encuentran el aumento de acceso a trabajos, al cuidado médico, a la educación y al saneamiento. Sin embargo, las actividades mineras pueden también dar lugar a impactos devastadores en la salud humana, ecosistemas locales, estructuras sociales, sistemas de producción, y tradiciones culturales; desplazamientos; cambios demográficos debido a la afluencia de trabajadores; y un cambio rápido de medios de subsistencia agrícolas y de caza a una economía de caja.³

CRECIENTE RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO

El crecimiento del sector minero, especialmente en tierras comunitarias e indígenas, ha elevado la importancia del consentimiento informado previo. La expansión de la actividad minera en nuevos territorios, complementada con crecimiento global de la población, conlleva que más comunidades se enfrenten a la posibilidad de recibir operaciones mineras. Esto ha originado un creciente número de choques entre los grupos de la comunidad y la industria minera.⁴ Las comunidades locales e indígenas del mundo han afirmado, de manera cada vez mayor, su derecho a beneficiarse del desarrollo de minerales en sus tierras, y a minimizar el potencial destructivo de la minería sobre sus estilos de vida social y ambiental.

Contrariamente a los modelos tradicionales de minería, en los cuales las compañías generalmente negociaban acuerdos con los gobiernos que se enfocaban en las necesidades de la compañía, el principio del consentimiento informado previo se enfoca en las necesidades de la comunidad. Promueve la colaboración y el diálogo y permite a las comunidades el moldear, o en algunos casos a rechazar, el desarrollo de la actividad minera. Más aún, el consentimiento informado previo está creado para promover un modo más sustentable de desarrollo, en el cual los intereses a corto plazo de las compañías mineras no comprometan las necesidades de sobrevivencia a largo plazo de las comunidades.

1 Véase Amy Rosenfeld Sweeting y Andrea P. Clark, *Aligerando la veta: Una guía para la minería a gran escala responsable*, Estudio de Política Internacional de Conservación, 2000, p. 8.

2 *Ibíd.*, p. 7.

3 *Ibíd.*, p. 47.

4 *Ibíd.*, p. 7.

Aún cuando las compañías mineras no reconocen un «derecho» comunitario al consentimiento informado previo, algunas compañías están, voluntariamente, buscando el consentimiento de las comunidades para proyectos mineros propuestos. Dicho consentimiento podría proveer a las compañías mineras de una «licencia social» para operar, permitiéndole a la compañía mejorar sus relaciones con la comunidad y, por lo tanto, reducir el riesgo de incurrir en costos originados por conflictos y demoras. Más aún, las compañías mineras están cada vez más preocupadas por evitar cualquier riesgo sobre su reputación corporativa, ya que las protestas locales pueden fácilmente convertirse en protestas globales y en boicots de consumidores debido a los avances de la tecnología de la comunicación global. Por lo tanto, el obtener el consentimiento informado previo de una comunidad para llevar a cabo una actividad minera puede aumentar la competitividad de una compañía. Estas justificaciones económicas juegan un rol significativo en la decisión de las compañías mineras de incorporar algún grado de consentimiento comunitario dentro de sus políticas o prácticas.

El consentimiento puede proveer a las compañías mineras de una «licencia social» para operar, permitiéndole a la compañía mejorar sus relaciones con la comunidad y, por lo tanto, reducir el riesgo de incurrir en costos originados por conflictos y demoras.

DEFINIENDO EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES AL CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO

El derecho al consentimiento informado previo está ganando atención en el ámbito internacional. En un informe reciente, la Revista del Banco Mundial sobre Industrias Extractivas, señaló al consentimiento informado previo como consistente con su meta de aliviar la pobreza mediante el desarrollo sostenible. El informe señala que: «Para ayudar a que las comunidades se aseguren de recibir los beneficios derivados de proyectos industriales extractivos, el GBM debe: requerir a las compañías que inicien procesos de consentimiento con las comunidades y grupos directamente afectados por los proyectos, con miras a obtener su libre, previo e informado consentimiento...»⁵

A pesar de la creciente importancia y relevancia del derecho al consentimiento informado previo, no existe un claro consenso acerca de lo que dicho derecho im-

plica. Tal como se podrá observar en los estudios de caso, el derecho al consentimiento informado previo se ha manifestado a sí mismo de diversas formas, partiendo del derecho de las comunidades de estar informadas sobre el desarrollo minero, pasando por el derecho de las comunidades de establecer los términos y condiciones del desarrollo minero, llegando hasta el derecho de las comunidades de actualmente vetar el desarrollo minero en sus tierras.

La falta de consenso sobre el derecho de una comunidad al consentimiento informado previo se puede atribuir a varios factores. Primero, de una perspectiva legal, el derecho al consentimiento informado previo se ha basado en una serie de diversos tipos de mecanis-

mos legales. Por ejemplo, el derecho se puede basar en la constitución, los estatutos, o las regulaciones de un país, así como también en los tratados que el país a suscrita. Varios mecanismos extra-legales –tales como lineamientos mineros, códigos de responsabilidad social y ambiental empresarial, acuerdos contractuales voluntarios con las comunidades, y los votos de la comunidad y los referéndum políticos– también se están utilizando cada vez más, y se ven como legitimadores del derecho de las comunidades a consentir. Estos diversos mecanismos para el consentimiento informado previo, se han prestado para variar las definiciones de este derecho.

En segundo lugar, la definición del derecho al consentimiento informado previo puede variar dependiendo de la comunidad afectada. En particular, los pueblos indígenas se reconocen cada vez más en el ámbito internacional como un grupo separado, y puede derivar de tal modo en distintos derechos al consentimiento informado previo. Por ejemplo, el artículo 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos protege los derechos culturales, lingüísticos y religiosos de las minorías y proporciona un amplio mecanismo para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas⁶. Asimismo, según lo discutido en el estudio de caso de la Comisión Mundial de Represas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo requiere a los gobiernos el consultar con los pueblos indígenas y tribales dentro de sus países con respecto a los

5 Revista de Industrias Extractivas. Informe Final: Logrando un Mejor Equilibrio. (2003), disponible en [http://www.eireview.org/EIR/eirhome.nsf/\(DocLibrary\)/0CE5D11BE6EDFF7C85256DF000269c9d/\\$FILE/Exec%20Summary%2026%20Nov.pdf](http://www.eireview.org/EIR/eirhome.nsf/(DocLibrary)/0CE5D11BE6EDFF7C85256DF000269c9d/$FILE/Exec%20Summary%2026%20Nov.pdf)

6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, art. 27, disponible en http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm (visitado por última vez el 18 de setiembre de 2003).

proyectos de desarrollo y a otras actividades que les afecten, y establece los criterios para estas consultas.⁷ De modo similar, el artículo 30 del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reconoce explícitamente el derecho de los pueblos indígenas a «requerir que los Estados obtengan su consentimiento libre e informado antes de la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y otros recursos...»⁸ Debido al evolutivo cuerpo de normas internacionales dirigidas específicamente a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, el derecho al consentimiento informado previo puede ser desarrollado más fuertemente respecto de los pueblos indígenas que de los pueblos no-indígenas.

Finalmente, el derecho al consentimiento informado previo es difícil de definir porque plantea cuestiones claves acerca del equilibrio entre los derechos de la comunidad y el interés nacional. Es decir, ¿cómo reconocemos el derecho de las comunidades de dictar los términos del desarrollo minero, pero aún así asegurar que se dé el suficiente desarrollo como para servir al interés nacional? ¿Tiene sentido otorgar a una comunidad el derecho al veto sobre el desarrollo minero que puede estar dentro del interés nacional? Por otra parte, ¿cómo determinamos si un proyecto está dentro del interés nacional a pesar de los impactos locales? De modo similar, ¿cómo nos aseguramos de que la comunidad local reciba los beneficios de manera proporcional a las cargas que enfrenta con las operaciones mineras? Es esencial lograr un equilibrio razonable y apropiado entre el derecho de la comunidad de consentir y el interés nacional en operaciones mineras.

Este proyecto busca iluminar la definición del derecho de la comunidad al consentimiento informado previo. ¿Qué significa el consentimiento informado previo? ¿El derecho al consentimiento informado previo incluye el derecho a vetar enteramente un proyecto minero, o se limita al derecho de especificar los términos y las condiciones para la minería? ¿Cómo definimos la comunidad? ¿Qué porcentaje de la comunidad necesita otorgar su consentimiento? ¿Cómo una comunidad determina y expresa su consentimiento? ¿Cómo se educará a las comunidades sobre temas mineros para proporcionar su consentimiento informado? ¿La comunidad tiene acceso libre a la información referente al proyecto y a sus potenciales impactos? ¿Qué mecanismos de supervisión y de ejecución se pueden utilizar para asegurar la implementación de los términos y de las condiciones del consentimiento informado previo de una comunidad? Estos puntos, y muchos otros, son explorados en el contexto de cada estudio de caso.

Los estudios de caso en este informe revelan colectivamente el alcance potencial del derecho al consentimiento informado previo. Buscan ilustrar la gama de posibilidades para definir este derecho, así como algunas de las potenciales ventajas y defectos de cada opción. Proporcionan nuevos e innovadores ejemplos de cómo tal derecho puede ser diseñado y manifestado, qué mecanismos pueden ser utilizados para obtener o para adoptar dicho derecho, y qué acercamientos se pueden utilizar para hacerlo más eficaz. Los estudios de caso pueden, por lo tanto, ser instructivos para los grupos de la comunidad, para aquellos que elaboran las políticas, para las compañías mineras, y para otros interesados directos que estén intentando afirmar, crear, o realzar el derecho de una comunidad al consentimiento informado previo.

7 Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Referente a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptada el 27 de junio de 1989, reimpresso en 28 I.L.M. 1382. El Convenio No. 169 ha sido ratificado por 13 países: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay y Perú http://www.ilo.org/public/english/standards/norm/whatare/standards/ind_tech.htm (visitado por última vez el 18 de setiembre de 2003).

8 Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, E/CN.4/SUB.2/1994/2/Add.1 (1994), disponible en <http://www.usask.ca/nativelaw/ddir.html> (visitado por última vez el 1 de febrero de 2003).

ESTUDIOS DE CASO

Esta sección examina y analiza cómo los elementos clave del derecho de expresar el consentimiento informado previo se han definido y se han practicado en procesos y proyectos de toma de decisiones a nivel internacional, nacional y local. Los primeros tres ejemplos se centran en el tratamiento del consentimiento informado previo en el contexto de elaboración de políticas. El siguiente grupo de ejemplos explora la definición y la práctica de este derecho en el contexto de los proyectos de desarrollo de recursos específicos.

PROCESOS DE FORMULACIÓN DE POLÍTICAS

LA COMISIÓN MUNDIAL DE REPRESAS

En su informe *Represas y Desarrollo. Un Nuevo Marco para la Toma de Decisiones*, la Comisión Mundial de Represas reconoció la importancia de obtener «el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas y tribales [para] desarrollos que pudiesen afectarles.»⁹ Aunque las prioridades estratégicas y las pautas dispuestas en el informe provienen de los resultados de la Comisión relacionados con el desarrollo del agua y de los recursos energéticos, éstas pueden ser extrapoladas para ofrecer valiosas lecciones para el contexto de la minería. Puesto que este informe proporciona un marco de política, más que un estudio de caso específico, muchos de sus términos son vagos, permitiendo que sean adaptados para el uso en un caso específico.

Mecanismos para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

El informe ofrece mecanismos legales internacionales y nacionales, así como razones sociales de justicia y de legitimidad, como justificaciones para el ejercicio del consentimiento informado previo. En Australia, Canadá, la India, Nueva Zelanda, las Filipinas, y muchos países latinoamericanos, por ejemplo; los derechos de los pueblos indígenas son reconocidos legalmente.¹⁰

Sin embargo, debido a que un número de otros países no tienen mecanismos legales similares, el informe intenta afirmar que hay otras bases legítimas para el consentimiento informado previo.

El informe señala varios instrumentos jurídicos internacionales que proporcionan mecanismos a los pueblos indígenas para ejercitar el derecho al libre y previo consentimiento informado con respecto a los proyectos de desarrollo que afectan sus tierras y recursos. Por ejemplo, los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, estipulan que los gobiernos deben consultar con los pueblos indígenas y tribales dentro de sus países con respecto a los proyectos de desarrollo y otras actividades que les afectan, y estipulan los criterios para estas consultas.¹¹ Adicionalmente, el artículo 30 del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce explícitamente el derecho de los pueblos indígenas a «requerir que los Estados obtengan su consentimiento libre e informado antes de la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y otros recursos...»¹²

Sin importar el mecanismo legal que pueda existir para el consentimiento informado previo, la «Comisión cree que todos los países se deben guiar por el concepto del consentimiento libre, previo e informado, sin importar si ya ha sido decretado en una ley.»¹³ Los lineamientos refieren la necesidad de los gobiernos de actuar de una manera justa, equitativa, y socialmente legítima y de reconocer los derechos de todos los grupos interesados y afectados, aún si las leyes requieren tales acciones o no.¹⁴ Las costumbres de los pueblos indígenas deben servir como una guía para el proceso del consentimiento informado previo.¹⁵ Así, los lineamientos indican que incluso donde se carezca de mecanismos legales, los países deben reconocer un mecanismo extra-legal para el consentimiento informado previo.

Definiciones Principales

Respecto a definir la comunidad afectada, la Comisión indica que el derecho de expresar el consentimiento

9 Comisión Mundial de Represas, *Represas y Desarrollo. Un Nuevo Marco para la Toma de Decisiones* (2000) en el informe 215. El informe identificó siete prioridades estratégicas para la toma de decisiones (capítulo 8), así como 26 pautas específicas para aplicar estas prioridades al planeamiento y a los ciclos del proyecto (capítulo 9). El consentimiento informado previo se menciona en el contexto de una prioridad estratégica (Prioridad estratégica 1: ganar la aceptación pública) y se enumera como una de las 26 pautas necesarias para la eficaz implementación de las prioridades estratégicas (Pauta 3).

10 *Ibíd.*, p. 256, nota 1.

11 Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, nota supra 7.

12 Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, nota supra 8.

13 Comisión Mundial de represas, nota supra 9 p. 219.

14 *Ibíd.*, pp. 215-220.

15 *Ibíd.*, p. 219.

to informado previo debe aplicarse a todos los grupos que han descendido de sociedades pre-coloniales; que hayan sido subyugados, excluidos, o discriminados; que sean vulnerables a las desventajas durante el proceso de desarrollo; que tengan lazos cercanos a las tierras ancestrales y recursos naturales en el área; y que se identifiquen como ajenos al grupo dominante de la sociedad.¹⁶ Los lineamientos también indican que los interesados deben negociar acuerdos sobre el desarrollo de recursos energéticos e hidrológicos a través de cuerpos reconocidos de interesados directos.¹⁷ Así, los lineamientos reconocen implícitamente que no se requiere el consentimiento de cada individuo perteneciente a la comunidad afectada – y que el consentimiento de un grupo representativo de interesados en la comunidad puede ser suficiente. Adicionalmente, los lineamientos reconocen la importancia de implicar a otros grupos vulnerables, específicamente las mujeres, en el proceso de toma de decisiones.¹⁸

La Comisión reconoció la importancia de establecer el método por el cual la comunidad determinará sus opiniones, pero no fijaron los parámetros o pautas específicas para hacerlo. En su lugar, los lineamientos indican que: «[l]as leyes y prácticas consuetudinarias de los pueblos indígenas y tribales, las leyes nacionales y los instrumentos internacionales guiarán la manera de expresar el consentimiento.»¹⁹ Los lineamientos también indican que los pueblos indígenas deben indicar al principio del proceso la manera por la cual expresarán su consentimiento, y que la decisión final sobre cómo expresar su consentimiento debe ser resuelta antes de que las negociaciones comiencen.²⁰

Marco para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

Los lineamientos señalan que en orden a que las mujeres y otros grupos vulnerables participen completa y activamente en las negociaciones, «ellos necesitan acceso a los recursos adecuados, incluyendo ayuda legal o profesional.»²¹ Los lineamientos también señalan que todos los interesados directos, especialmente los pueblos indígenas y tribales, las mujeres, y otros grupos vulnerables, merecen acceso abierto a la información, ayuda legal y cualquier otro apoyo para asegurar su participación informada en el proceso de toma de decisio-

nes.²² Los lineamientos reconocen que la construcción de capacidades debe estar en curso.²³ Sin embargo, mientras que indican que el proceso del planeamiento debe ser sensible a las disparidades sociales y económicas e idear mecanismos para tratar el tema, las pautas no tratan específicamente cómo debe darse la capacitación de las comunidades afectadas.²⁴ Adicionalmente, los lineamientos no indican cómo se les debe dar acceso a las comunidades a los recursos adecuados, o cómo se define el término «recursos adecuados».

Los lineamientos indican que el consentimiento informado previo de una comunidad está requerido en todas las fases del proceso de minería. Específicamente, indican que los interesados deben participar completamente en «todos los acuerdos negociados a lo largo del proceso, desde la evaluación de opciones hasta la implementación, operación y supervisión finales.»²⁵

Los lineamientos reconocen que las comunidades indígenas y tribales tienen ambos «el poder de consentir a los proyectos y de negociar las condiciones bajo las cuales proceden.»²⁶ Mientras que los lineamientos no conceden explícitamente a las comunidades el derecho a vetar totalmente un proyecto, dejan en claro que las comunidades deben tener la oportunidad de participar significativamente en el proceso de evaluación de opciones antes de que se tome la decisión de proceder con el proyecto.²⁷

Los lineamientos no mencionan dónde deben llevarse a cabo las negociaciones – en la comunidad local o en la ciudad capital. Sin embargo, los lineamientos sí enfatizan el tiempo como factor importante de las negociaciones, puesto que las comunidades requieren de bastante tiempo para examinar las ofertas y deliberar.²⁸ Mientras que los lineamientos no estipulan un tiempo determinado para la duración de las negociaciones, reconocen que éstas pueden ser un proceso muy largo y que las partes implicadas deben reconocer la necesidad de un marco de tiempo extenso.

Los lineamientos no mencionan la participación del gobierno o de terceros en las negociaciones, a excepción de los terceros parte en la resolución de las disputas, tal como se señala más abajo.

Los lineamientos indican que las «negociaciones deben dar lugar a la aceptación pública demostrable de

16 *Ibíd.*

17 *Ibíd.*, p. 217.

18 *Ibíd.*, p. 216.

19 *Ibíd.*, pp. 219-220.

20 *Ibíd.*, p. 220.

21 *Ibíd.*, p. 217.

22 *Ibíd.*, p. 215.

23 *Ibíd.*, p. 216-217.

24 *Ibíd.*, p. 216.

25 *Ibíd.*

26 *Ibíd.*, p. 219.

27 *Ibíd.*, p. 221-222.

28 *Ibíd.*, p. 217.

acuerdos formales vinculantes entre las partes interesadas.»²⁹ Las pautas acentúan la importancia de usar tales acuerdos. Así, los lineamientos reconocen que el producto final de estas negociaciones debe ser un documento susceptible de ser ejecutado.

En lo que respecta a la resolución de conflictos, los lineamientos recomiendan el uso de un cuerpo independiente de resolución de conflictos que se cree con la participación y el acuerdo de los interesados directos.³⁰ Se sugiere que los interesados refieran cualquier desacuerdo que tengan sobre las negociaciones a este cuerpo y que permitan que éste examine el asunto y proporcione ayuda.³¹

Implementación del Proceso

Los lineamientos reconocen que las negociaciones deben «resultar en acuerdos vinculantes y formales.»³² Las comunidades deben poder asegurarse de que se están siguiendo los resultados de la negociación. El acuerdo debe tener «arreglos institucionales realizables para supervisar el cumplimiento y resolver las quejas.»³³ El acuerdo debe también incluir «mecanismos para la atención y solución de posteriores quejas.»³⁴

LA LEY DE DERECHOS TERRITORIALES ABORÍGENES (TERRITORIO DEL NORTE) DE 1976 (AUSTRALIA)

Mecanismos para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

La Ley de Derechos Territoriales Aborígenes (Territorio del Norte) australiana de 1976 concede a los propietarios tradicionales aborígenes³⁵ el derecho a brindar su consentimiento a las exploraciones en sus tierras, el mismo que incluye el derecho a vetar dichas exploraciones, así como el derecho de negociar acuerdos y los plazos para tal exploración.³⁶ La Ley de Derechos Territoriales exi-

ge a las compañías mineras, para obtener el permiso del gobierno del Territorio del Norte, el negociar con los propietarios tradicionales antes de llevar a cabo las exploraciones en las tierras poseídas por propietarios tradicionales aborígenes.³⁷ Una vez que se obtiene dicho permiso, se obliga a la compañía a negociar con aquellos propietarios tradicionales aborígenes de las tierras que tienen la autoridad para ejercitar su poder de veto sobre cualquier exploración de su tierra.³⁸

Aun cuando el gobernador puede eliminar el veto a la exploración emitido por una comunidad en casos de interés nacional, esta disposición de invalidación nunca ha sido utilizada.³⁹

Las comunidades aborígenes han ejercido frecuentemente su derecho, bajo la Ley del Territorio del Norte, a vetar la exploración de compañías mineras. A lo largo de los últimos 20 años, las comunidades aborígenes han vetado por lo menos 122 solicitudes de licencias de exploración.⁴⁰

La ley amplió también la titularidad aborígena de tierras tradicionales en el Territorio del Norte. Cuando se adoptó la ley, las antiguas «reservas» gubernamentales pasaron a ser tierras aborígenes.⁴¹ La ley también estableció un proceso de reclamos para aquellas tierras de la corona (o gubernamentales) vacantes, algunas de las cuales se han convertido desde entonces en tierras aborígenes. La tierra concedida bajo esta ley es poseída bajo un título inalienable en beneficio de los propietarios aborígenes tradicionales. Esto quiere decir que, la tierra es propiedad comunitaria y no puede ser comprada, adquirida o hipotecada. Puede, sin embargo, ser arrendada, y los arrendamientos pueden ser hipotecados.⁴² El título comunal se concede formalmen-

Las comunidades aborígenes han ejercido frecuentemente su derecho, bajo la Ley del Territorio del Norte, a vetar la exploración de compañías minera

29 Ibid.

30 Ibid., p. 218.

31 Ibid.

32 Ibid.

33 Ibid., p. 217.

34 Ibid., p. 218.

35 En este informe el término «aborígen» será utilizado al referirnos a los pueblos tradicionales indígenas australianos, pero no para al referir a los pueblos indígenas en otras naciones.

36 La Oficina de Asuntos Aborígenes y de los Isleños del Estrecho de Torres del Departamento de Inmigración y de Asuntos Multiculturales e Indígenas, Propuesta a la Cámara de Representantes de la Comisión Permanente sobre la Investigación de Industria y Recursos en los Impedimentos a la Exploración de Recursos (junio de 2002), disponible en <http://www.aph.gov.au/house/committee/isr/resexp/sub66.pdf> (visitado por última vez el 1 de febrero de 2003) (en

adelante «OATSIA: Impedimentos a la Exploración de Recursos»). La Ley sobre Sitios Sagrados en el Territorio del Norte proporciona la protección adicional para las propiedades sagradas o tradicionalmente significativas - no protegidas por fondos de tierras Aborígenes - contra las acciones que pueden afectar negativamente tales tierras, incluyendo la minería. La Autoridad Aborígena de Protección de Áreas, encargada de hacer cumplir la Ley, ha establecido un registro de sitios sagrados. Así, la Ley amplía algunas de las protecciones de la Ley de derechos Territoriales a las tierras no poseídas por las gentes aborígenes, pero que juzgaba importantes para ellas. Véase *Ley sobre Sitios Sagrados en el Territorio Norteño* (1989) (Ca.), disponible en <http://notes.nt.gov.au/dcm/legislat/legislat.nsf/0/5a6151aa4abcd04069256c8d000bcc40?OpenDocument> (visitado por última vez el 22 de setiembre de 2003).

37 OATSIA: Impedimentos a la Exploración de Recursos, nota supra 36.

38 Ibid.

39 Ibid.

40 Ibid.

41 Consejo de la Tierra del Norte, *Ley de Derechos Territoriales: Cómo funciona la Ley*, disponible en http://www.nlc.org.au/nlcweb/land_a...d_rights_at_how_the_act_works.html (visitado por última vez el 30 de enero de 2003).

42 Ibid.

te en Fondos de Tierras Aborígenes compuestos por personas aborígenes que poseen el título para el beneficio de todos los aborígenes que mantengan intereses tradicionales respecto de las tierras.⁴³ La operación de la ley ha resultado en que casi el 50 por ciento de la tierra en el Territorio del Norte ha sido transferido a grupos aborígenes.⁴⁴

Definiciones Principales

La ley creó cuatro Consejos de la Tierra para identificar y representar los intereses de las comunidades en reclamar y manejar sus tierras tradicionales. Dichos Consejos de la Tierra están compuestos por miembros de la comunidad elegidos directamente por Aborígenes. Algunos requieren específicamente que las mujeres se vean representadas en el consejo. El Consejo de la Tierra del Norte, por ejemplo, tiene cinco cupos separados específicamente para las mujeres.⁴⁵ Los Consejos consultan con los aborígenes, negocian en su nombre, y manejan el proceso del consentimiento informado previo.⁴⁶

Las comunidades ejercitan su derecho al consentimiento informado previo a través de los Consejos de la Tierra. La parte VI de la ley especifica el proceso mediante el cual se da la toma de decisiones:

- Primero, para obtener la autorización de explorar en tierra aborígen, una compañía minera debe solicitar al Departamento de Minas y Energía del Territorio del Norte una licencia de exploración y debe consentir en negociar con los propietarios tradicionales.⁴⁷
- Luego, la compañía minera debe remitir su solicitud - incluyendo la oferta de exploración - al Consejo de la Tierra, en el plazo de tres meses, para obtener el consentimiento correspondiente. La oferta de exploración debe describir todos los aspectos de la actividad de exploración, incluyendo los posibles impactos sociales o ambientales.⁴⁸
- Si el Consejo de la Tierra determina que la oferta proporciona la suficiente información para que los terratenientes tradicionales tomen una decisión,

convoca a una reunión de los propietarios tradicionales y de los grupos afectados dentro del plazo de 30 días. En esta reunión, el solicitante presenta su oferta, y los propietarios tradicionales tienen el derecho de instruir al Consejo de la Tierra que niegue el consentimiento o que negocie un acuerdo con la compañía.⁴⁹

- Si los terratenientes tradicionales instruyen al Consejo de la Tierra que rechace la solicitud, el solicitante no podrá volver a presentarse por otros cinco años.⁵⁰
- Si los propietarios tradicionales ordenan al Consejo de la Tierra negociar un acuerdo, esta negociación se debe concluir en el plazo de 12 meses. Un comité del enlace de terratenientes tradicionales puede estar implicado en las negociaciones. El acuerdo negociado es presentado en una reunión de los terratenientes tradicionales para su consideración.⁵¹
- Si los propietarios tradicionales instruyen al Consejo de la Tierra aceptar el acuerdo, su decisión debe ser considerada por la totalidad del Consejo de la Tierra, a fin de asegurarse que el mismo cumple con los requisitos del debido proceso.
- La totalidad del Consejo de la Tierra puede rechazar el acuerdo si se considera irrazonable. Si todo el Consejo de la Tierra acepta el acuerdo como razonable, debe entonces buscar la aprobación del Ministro de Asuntos Aborígenes y de los Isleños Del Estrecho De Torres para poder celebrar el acuerdo. Una vez que el acuerdo es ejecutado por las partes, el Consejo de la Tierra notifica el gobierno del Territorio del Norte, que posteriormente emite la licencia de exploración por un período de seis años, prorrogable por cuatro años más.⁵²

Marco para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

Las comunidades locales son educadas sobre el proceso minero a través de una reunión convocada por el Consejo de la Tierra, donde el solicitante presenta su oferta y las comunidades ejercen su derecho al veto o negocian un acuerdo. Es responsabilidad del Consejo de la Tierra cerciorarse de que la decisión de los terratenientes es informada. Sin embargo, los requisitos informativos para las ofertas de exploración parecen ser mínimos. Las compañías no están obligadas a especificar

43 *Ibid.*

44 OATSIA: Impedimentos a la Exploración de Recursos, nota supra 36.

45 Consejo de la Tierra del Norte, *Dentro del NLC: Consejos*, disponibles en http://www.nlc.org.au/html/abt_inside_counc.html (visitado por última vez el 10 de Marzo de 2003).

46 Consejo de la Tierra del Norte, *Sobre el NLC*, disponible en http://www.nlc.org.au/html/abt_menu.html (visitado por última vez el 10 de Marzo de 2003).

47 Gary Scott y Mark Wakeham, Exploración de uranio en la tierra del oeste de Arnhem (noviembre de 2001), en 11, disponible en http://www.ecnt.org/pdf/uranium_report2.pdf (visitado por última vez el 30 de enero de 2003).

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*

siquiera que mineral es el que están buscando, aunque generalmente sí lo precisan.⁵³

El ámbito de los derechos de la comunidad bajo esta Ley es expansivo —la comunidad tiene el derecho a vetar totalmente un proyecto, no simplemente el derecho a ser consultada o a establecer las condiciones determinadas para el desarrollo. Sin embargo, de acuerdo a la norma, el consentimiento informado previo de la comunidad es requerido solamente en la fase de exploración, no en la fase de ejecución de la actividad minera.

Por lo tanto, una vez que una comunidad haya consentido a la fase de exploración, también se asume que consintió la explotación minera si esta se da.⁵⁴ Esto no siempre fue así. Antes de 1987, la Ley permitía que los pueblos aborígenes tuvieran derecho a veto tanto en la fase de exploración como en la de explotación. Sin embargo, las enmiendas de la Ley en 1987 derogaron el «veto dual», restringiendo el veto únicamente a la fase de exploración.⁵⁵ Una decisión del Tribunal Supremo Australiano de 1992, debilitó aún más el poder del veto aborígen al establecer que el Consejo de la Tierra no podía requerir consentimiento adicional alguno en la fase de explotación minera, incluso cuando la compañía minera esté de acuerdo con esta provisión.⁵⁶

Mientras que este cambio ha provisto a las compañías de un incentivo para invertir en la exploración, la carencia del poder de veto en la fase de explotación minera ha dificultado la posibilidad de que los propietarios tradicionales celebren acuerdos con las compañías mineras que salvaguarden eficazmente sus derechos, ya que las comunidades son obligadas a negociar un acuerdo sobre minería cuando la viabilidad y el valor de la mina son inciertos.⁵⁷ Sin embargo, los términos y las condiciones referentes a futuras acciones mineras están generalmente vinculadas a la licencia de exploración como provisiones contractuales.⁵⁸

La comunidad determina sus demandas y condiciones a través de los Consejos de la Tierra — por sus representantes elegidos en los Consejos y/o mediante su participación directa en las sesiones del Consejo de

la Tierra que involucra a toda la comunidad. Un comité de enlace de miembros de la comunidad puede estar involucrado en la negociación del Consejo de la Tierra para determinar las condiciones para consentir con la compañía minera.

Las negociaciones se dan en las sesiones del Consejo de la Tierra. Actualmente existen cuatro locaciones para los Consejos de la Tierra en el Territorio del Norte.⁵⁹ Las negociaciones supuestamente deben concluir en el plazo de 12 meses.⁶⁰ Sin embargo, el plazo para las negociaciones puede ser extendido por el Ministro de Hacienda, siendo ésta una práctica que ha ocurrido regularmente.⁶¹

El gobierno tiene cierta implicancia en el proceso de las negociaciones. Primero, el Ministro de Hacienda tiene autoridad discrecional para extender los plazos de la negociación (sin limitación alguna a la duración o número de extensiones).⁶² También, el Gobernador General está autorizado a anular el veto exploratorio de una comunidad en defensa del interés nacional, aunque esto todavía no ha ocurrido.⁶³ Adicionalmente, el gobierno proporciona fondos para los Consejos de la Tierra, abonando en la Cuenta de Beneficios Aborígenes la cantidad equivalente a los derechos estatutarios recibidos por él y por el gobierno del Territorio del Norte de las compañías mineras que funcionan en tierras aborígenes dentro de dicho territorio.⁶⁴ De la cuenta de Beneficios aborígenes se distribuye el 30 por ciento a los pueblos aborígenes afectados por la minera y 40 por ciento a los Consejos de la Tierra del Territorio del Norte, derivándose el 30 por ciento restante para la administración de la cuenta y para su distribución a los pueblos aborígenes a lo largo de todo el Territorio del Norte.⁶⁵

La ley no incluye, de manera específica, a terceros en el proceso de consulta.

Implementación del Proceso

El acuerdo negociado entre el Consejo de la Tierra y la compañía minera es un acuerdo de arrendamiento legalmente vinculante.

53 Véase también Consejo de la Tierra del Norte, *Minería y Exploración bajo la Ley de Derechos Territoriales*, 9, disponible en http://www.nlc.org.au/html/busi_mining_act.html (visitado por última vez el 10 de marzo de 2003) (en adelante «Consejo de la Tierra del Norte, *Minería y Exploración*»), *supra* nota 53.

54 Scott y Wakeham, *supra* nota 46; Consejo de la Tierra del Norte, *Minería y Exploración*, *supra* nota 53.

55 OATSIA: Impedimentos a la Exploración de Recursos, *supra* nota 36.

56 Scott y Wakeham, *supra* nota 46; Consejo de la Tierra del Norte, *Minería y Exploración*, *supra* nota 53.

57 Peter Boyle, *Atrás de las Compañías Mineras: Histeria en Mabo*, disponible en <http://www.greenleft.org.au/back/1993/11/111p3.htm> (visitado por última vez el 31 de enero de 2003).

58 Scott y Wakeham, *supra* nota 47.

59 Existen actualmente cuatro consejos de la tierra en el territorio norteño, establecidos bajo la Ley: El Consejo de la Tierra del Norte, el Consejo de la Tierra Central, el Consejo de la Tierra Tiwi y el Consejo de la Tierra Anindilyakwa.

60 Scott y Wakeham, *supra* nota 47.

61 OATSIA: Impedimentos a la Exploración de Recursos, *supra* nota 36.

62 *Ibid.*

63 Consejo de la Tierra del Norte, *Ley de Derechos Territoriales: Cómo funciona la Ley*, *supra* nota 41.

64 *Ibid.*

65 Consejo de la Tierra del Norte, *Minería y Exploración*, *supra* nota 53.

PROYECTOS MINEROS

INICIATIVA MINERA WHITEHORSE (CANADÁ)

En septiembre de 1992, la industria minera canadiense lanzó un proceso de consulta que abarcaba a diversos interesados directos, entre los cuales están los gobiernos, representantes aborígenes, grupos ambientales, y sindicatos sobre el futuro del desarrollo minero en Canadá. Este esfuerzo nacional se hizo conocido como la Iniciativa Minera Whitehorse (IMW). La meta de IMW era establecer un marco para ocuparse de los temas mineros en Canadá de una manera cooperativa y colaborativa.⁶⁶ La participación de representantes aborígenes en la IMW representa una forma de «consulta comunitaria» en un proceso nacional de planeamiento del desarrollo minero.

Después de 18 meses de negociaciones y de consultas, el acuerdo de la Iniciativa Minera Whitehorse («El Acuerdo») fue alcanzado en septiembre de 1994. El Acuerdo contiene muchos principios y metas, varios de los cuales reconocen la importancia de la participación de las comunidades aborígenes en decisiones mineras. Por ejemplo, el principio de inclusión aborígen en la industria minera reconoce que «los pueblos aborígenes tienen derecho a oportunidades de participar plenamente en el desarrollo mineral en todas las fases de la minería y de industrias asociadas y en todos los niveles de empleo.»⁶⁷ Posteriormente las metas de este principio especifican la necesidad de «asegurar comunicaciones regulares y abiertas entre las compañías de exploración y los trabajadores mineros, y las comunidades aborígenes, y de asegurar que las comunidades aborígenes están implicadas en los procedimientos de toma de decisión que se refieren a la exploración, al desarrollo de la infraestructura, al desarrollo minero y a la recuperación.»⁶⁸ El Acuerdo contiene también un principio sobre procedimientos abiertos de toma de decisiones, que intenta ampliar las oportunidades de participación significativa y responsable de las comunidades aborígenes en los procesos de toma de decisiones que afectan el interés público. Esto está pensado para asegurar que los interesados directos tengan acceso a la información y a los recursos necesarios que les permita participar y asegurarse de que los puntos de vista de los interesados directos sean escuchados y considerados.⁶⁹

Por lo tanto, tanto el proceso consultivo en sí mismo como el acuerdo resultante, son importantes en términos de reconocer la legitimidad de la consulta comunitaria en las políticas y decisiones mineras a nivel nacional.

Mecanismos para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

La IMW fue lanzada como iniciativa voluntaria por la Asociación Minera de Canadá, y no estuvo basada en ningún mecanismo legal.

El Acuerdo alcanzado con la IMW no era un acuerdo legalmente vinculante.⁷⁰ Por ello, las provisiones en el Acuerdo que instan a la participación aborígen en decisiones mineras no constituyen un mecanismo legal para el consentimiento informado previo. Sin embargo, constituyen una justificación persuasiva para el reconocimiento del derecho al consentimiento informado previo, ya que fue negociado y adoptado a través de una iniciativa nacional reconocida. La asociación de explotación minera de Canadá ha expresado públicamente su compromiso con los principios y el espíritu de la IMW.⁷¹

Definiciones Principales

La comunidad aborígen era uno de los cinco grupos de interesados directos que participaron en la IMW. Los otros grupos de interesados directos consistieron en la comunidad ambiental, la industria, los trabajadores y el gobierno. Sin embargo, los representantes aborígenes que participaron en el proceso consultivo pueden no haber sido representativos de las comunidades aborígenes en su totalidad. Las publicaciones de la IMW no indican cómo se seleccionaron a los representantes aborígenes que participaron, o si algunos esfuerzos fueron hechos para alcanzar a las diversas comunidades aborígenes para asegurarse de que todos los elementos fueran consultados. El Natural Resources de Canadá reconoció este problema al indicar que los informes de los Grupos Temáticos de la IMW «se presentan como el trabajo de individuos que no podrían siempre hablar por la totalidad de sus distritos electorales.»⁷²

66 IMW Informe Final del Acuerdo del Consejo de Liderazgo (1994), carátula, disponible en <http://www.nrcan.gc.ca/mms/pdf/accord.pdf> (visitado por última vez el 1 de febrero de 2003) (en adelante «Informe Final del Acuerdo»).

67 *Ibid.*

68 *Ibid.*

69 *Ibid.*

70 Naciones Unidas, *Iniciativa: Iniciativa Minera Whitehorse (Canadá)*, disponible en http://www.un.org/esa/sustdev/viaprofiles/Canada_Mining.html (visitado por última vez el 24 Dic., 2002). Véase también Informe Final del Acuerdo, *supra* nota 66, carátula («El Acuerdo no busca crear obligaciones legales entre los firmantes, las organizaciones que ellos representan y/o terceras partes.»)

71 Véase Gisele Jacob, Asociación Minera de Canadá, Una presentación a la Comisión Permanente de la Cámara de los Comunes Sobre Recursos Naturales y Operaciones del Gobierno (Nov. 5, 1998), disponible en <http://www.mining.ca.previewmysite.com/english/publications/wmi.html>

72 Natural Resources Canadá, *Iniciativa Minera Whitehorse*, disponible en http://www.nr-can.gc.ca/mms/poli/wmi_e.htm (visitado por última vez el 31 de enero de 2003).

La estructura de funcionamiento para la consulta y para la toma de decisiones incluyó un Consejo de Liderazgo, un Grupo de Trabajo, y cuatro Grupos Temáticos. El Consejo de Liderazgo estaba conformado por 40 miembros –incluyendo los representantes aborígenes– que decidirían en última instancia sobre la adopción de El Acuerdo.⁷³ El Grupo de Trabajo funcionaba como apoyo al Consejo de Liderazgo, y también incluía representantes clave de comunidades aborígenes.⁷⁴ Cada Grupo Temático consistía de 20-30 interesados directos que trataban uno de los cuatro asuntos de interés: Ambiente; Finanzas y Tributos; Utilización del Suelo; y temas relacionados con Trabajo y Mano de Obra.⁷⁵ Los asuntos aborígenes, más que verse como puntos independientes, debían ser considerados dentro de cada uno de Grupos Temáticos.⁷⁶ Cada Grupo Temático estableció un conjunto de principios y objetivos y una larga lista de más de 150 recomendaciones muy específicas.⁷⁷ Representantes de los principales grupos de interesados directos, incluyendo pueblos aborígenes, estaban representados en cada uno de los Grupos Temáticos.

Marco para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

La IMW no incluyó mecanismos específicos para educar a los interesados directos sobre temas mineros. Sin embargo, proporcionó aproximadamente \$454.000 para solventar sus gastos, tales como preparación para las reuniones, necesidades del personal y costos de viaje para las sesiones.⁷⁸

El proceso de consulta de la IMW era particularmente progresivo, por lo que pudieron obtenerse las opiniones los miembros de la comunidad respecto del proceso de planeamiento de las políticas nacionales mineras en general – no en el contexto de un proyecto minero específico. Por otra parte, el acuerdo indicó específicamente que las consultas a las comunidades aborígenes debía darse «en todas las fases» del proceso minero,⁷⁹ añadiéndose posteriormente la ayuda necesaria para incluir a miembros de la comunidad en procesos de planeamiento desde los inicios de un proyecto específico.

Las negociaciones y las consultas de los Grupos Temáticos ocurrieron a lo largo de todo Canadá para darle al proceso un carácter «nacional».⁸⁰ El proceso debía durar entre 12-15 meses, concluyendo antes de la Reunión Anual de los Ministros de Minería (otoño de 1994).⁸¹ La gama completa de discusiones comenzó en febrero de 1993, y culminaron 18 meses más tarde, dando lugar a lo que ahora se conoce como El Acuerdo.⁸²

El gobierno estuvo implicado extensivamente en las negociaciones, como uno de los cinco interesados directos claves en el proceso. Los ministros provinciales y territoriales de minería también participaron como patrocinantes y administradores de la IMW.⁸³ El gobierno desempeñó un papel importante en el financiamiento del proceso de consulta. El gobierno federal asumió un tercio de los costos, los 10 gobiernos provinciales y dos gobiernos territoriales asumieron otro tercio (repartido de acuerdo al cociente de su producción mineral), dejando el tercio restante que debía ser asumido por la Asociación de Minería de Canadá.⁸⁴

Según lo ya señalado, la IMW incluyó a terceros –tales como asociaciones comerciales y grupos ambientales– como interesados directos en el proceso de la consulta.

El arreglo de los varios interesados directos fue formalizado en El Acuerdo. Según lo discutido arriba, éste es un compromiso voluntario no vinculante adoptado por el consenso del Consejo de Liderazgo. La IMW no incluyó provisiones específicas sobre resolución de conflictos y disputas.

Implementación del Proceso

El Acuerdo produjo varios principios y metas referentes a la participación comunitaria aborígen en las decisiones mineras. Sin embargo, no proporcionó las pautas para la ejecución de dichas metas. Simplemente señaló que la implementación ocurriría a través de «la edificación de una ayuda más amplia dentro de los distritos electorales basada en el impulso alcanzado y la estimulación del apoyo de los interesados directos hacia los principios y metas.»

Se pactó una reunión de seguimiento para supervisar la implementación de El Acuerdo. En noviembre

73 Véase Maria Louise McAllister y Cynthia Jaqueline Alexander, *Iniciativa Minera Whitehorse*, 6, 31 de julio de 1999, disponible en <http://www.idrc.ca/mpri/930415.doc> (2/1/2003 última visita); Informe Final del Acuerdo, nota supra 66 en 3.

74 Informe Final del Acuerdo, nota supra 66 p.3.

75 Véase McAllister y Alexander, nota supra 73.

76 Véase *Ibid.*

77 Informe Final del Acuerdo nota supra 66 p. 3.

78 Véase McAllister y Alexander, nota supra 73.

79 Informe Final del Acuerdo, nota supra 66 p. 27.

80 Véase McAllister y Alexander, nota supra 73.

81 *Ibid.*

82 Natural Resources Canadá, *Iniciativa Minera Whitehorse*, disponible en http://www.nr-can.gc.ca/mms/poli/wmi_e.htm (visitado por última vez el 31 de enero de 2003).

83 Véase *Ibid.*

84 Véase McAllister y Alexander, nota supra 73.

de 1995, cada uno de los grupos de interesados directos de la Iniciativa Minera Whitehorse asistió a una reunión participativa para discutir el estado de la implementación de los principios y metas. Un informe de progreso publicado en enero de 1996 resumía los resultados de estas discusiones.⁸⁵

La implementación de los compromisos de El Acuerdo ha sido limitada. La carencia de una forma convenida para el resultado o de un plan bien definido sobre qué hacer con los resultados contribuye a los problemas involucrados con el mantenimiento del ímpetu después de la firma del Acuerdo.⁸⁶

LA MINA DIAVIK (CANADÁ)

El proyecto de la mina de diamante Diavik, situado en los territorios del noroeste de Canadá, estuvo programado para comenzar la producción en 2003. La mina de Diavik yace dentro de territorio tradicionalmente usado por cuatro grupos de Primeras Naciones.⁸⁷ El ejecutor de la mina, Diavik Diamond Mines, Inc. (DDMI), ha iniciado un proceso consultivo extenso con las comunidades circundantes para el planeamiento de desarrollo del proyecto minero. Inicialmente, DDMI consultó con el público durante la conducción de un «Estudio Comprensivo» de los impactos ambientales y socio-económicos previstos por el proyecto. El Estudio Comprensivo fue requerido por el gobierno, pero las consultas públicas de DDMI fueron emprendidas voluntariamente. Más adelante, DDMI consultó extensivamente con el público sobre la posibilidad de negociar y llegar a un Acuerdo Ambiental, un Acuerdo de Monitoreo Socio-Económico, y Acuerdos de Participación independientes para las comunidades afectadas. Aún cuando no existía requisito legal específico que obligara a DDMI a efectuar dichos acuerdos, fue fuertemente influenciada por el gobierno para hacerlo.

El Acuerdo Ambiental establece un acercamiento consultivo y cooperativo para el manejo ambiental del proyecto.⁸⁸ Las partes del Acuerdo Ambiental eran DDMI, el Gobierno de Canadá, el Gobierno de los Territorios del Noroeste, el Consejo del Tratado 11 de Dogrib, la Banda de Lutsel K'e Dene, la Primera Na-

ción Yellowknives Dene, la Alianza Metis de Esclavos del Norte, y la Asociación Inuit Kitikmeot.⁸⁹ El Acuerdo Socio-Económico formaliza los compromisos y las recomendaciones socio-económicas hechas por DDMI.⁹⁰ Las partes del Acuerdo de Monitoreo Socio-Económico son DDMI y el Gobierno de los Territorios del Noroeste.⁹¹ Los Acuerdos de Participación son acuerdos cooperativos entre la compañía y los grupos aborígenes que tratan sobre las oportunidades del negocio y de empleo para cada grupo.⁹² DDMI celebró Acuerdos de Participación separados con la Primera Nación Yellowknives Dene, el Consejo del Tratado 11 de Dogrib, y la Alianza Metis de Esclavos del Norte.⁹³

Mecanismos para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

DDMI no fue requerida legalmente para realizar consulta alguna a la comunidad en la conducción del Estudio Comprensivo de los impactos ambientales y socio-económicos de la mina. Aunque la Ley de Evaluación Ambiental Canadiense (Canadian Environmental Assessment Act- CEEA) requiere a las partes a emprender el Estudio Comprensivo,⁹⁴ ésta no exige audiencias públicas.⁹⁵ Si bien la consulta pública de DDMI fue más allá de los requisitos de la CEEA para el Estudio Comprensivo, su decisión pudo haber provenido del hecho que, debajo de la CEEA, el Ministro del Ambiente puede requerir a las partes a iniciar un proceso formal de revisión si encontrara como insuficiente la información contenida en el Estudio Comprensivo. El Panel de Revisión requerirá que las audiencias públicas independientes se centren en una Declaración de Impactos Ambientales detallada elaborada por quien propone el proyecto.⁹⁶ Por lo tanto, DDMI pudo haber

85 Natural Resources Canadá, Iniciativa Minera Whitehorse, supra nota 72. El informe sobre el progreso de los trabajos está disponible en esta página web.

86 Véase McAllister y Alexander, nota supra 73.

87 Archibald R.M. Ritter, Canadá: De Volar-En Volar-Hacia las Metrópolis Mineras en Minas Grandes y la Comunidad Cap. 6, disponible en http://www.idrc.ca/books/focus/949_mining/los949/f949c062canada.htm (visitado por última vez el 31 de enero de 2003).

88 Asuntos Indios y Norteños, Canadá, *Acuerdo Ambiental Firmado*. 8 de marzo de 2000, disponible en http://www.a-inc.gc.ca/nr/prs/j-2000/2-00113_e.html (visitado por última vez el 31 de enero de 2003).

89 Librería de Lanzamientos de Prensa, *Proyecto Diavik Aprobado*, 19 de diciembre de 2000 en <http://www.aber.ca/investor/info/Dec1900.htm> (visitado por última vez el 31 de enero de 2003).

90 Agencia de Evaluación Ambiental Canadiense. Lanzamiento de Noticias. *Ministro del Ambiente envía proyecto de diamantes Diavik a Fase Regulatoria*, 3 de noviembre de 1999, disponible en [wysiwyg://53/http://www.ceaa.gc.ca/0009/0003/0025/rel1991103_3.htm](http://www.ceaa.gc.ca/0009/0003/0025/rel1991103_3.htm) (visitado por última vez el 31 de enero de 2003).

91 *Ibid.*

92 *Ibid.*

93 *Ibid.* En fecha julio de 2001, los acuerdos de la participación con la Banda Lutsel K'e Dene y la Asociación Inuit Kitikmeot todavía estaban bajo negociación. Diavik Diamond Mines, Inc.: Catálogo de Prácticas Sociales en la Industria Canadiense de Minerales y Metales, disponible en http://www.nrcan.gc.ca/mms/sociprac/diavik_e.htm (visitado por última vez el 12 de diciembre de 2002).

94 Archibald, nota supra 86. La CEEA requiere un Estudio Comprensivo para los tipos de proyectos mencionados que probablemente tengan efectos ambientales significativos. *Prevención de la Contaminación en Minería en las Américas: Guía de Investigación para Estudios de Caso Nacionales* p. 6.

95 *Prevención de la Contaminación en Minería en las Américas: Guía de Investigación para Estudios de Caso Nacionales* en 6. Las audiencias públicas se requieren solamente para el tipo más riguroso de evaluación ambiental - la revisión del panel, y no para los Estudios Comprensivos.

96 *Ibid.*, p. 5.

optado por realizar voluntariamente la consulta pública en la etapa del Estudio Comprensivo para evitar el potencial retraso de tener que conducir el Panel de Revisión adicional. En última instancia, el Ministro decidió que el Panel de Revisión no era necesario, habiendo, aparentemente, sido influenciado por la extensa participación pública que ocurrió durante la etapa del Estudio Comprensivo.⁹⁷

Tampoco se le requirió a DDMI el celebrar el Acuerdo Ambiental, el Acuerdo de Monitoreo Socio-Económico y los Acuerdos de Participación. Sin embargo, la decisión de DDMI de celebrar dichos acuerdos fue probablemente influenciada por varios factores. Primero, el Ministerio del Ambiente Canadiense le dejó claro que requeriría a DDMI el ejecutar las medidas de mitigación identificadas en el Estudio Comprensivo.⁹⁸ Estas medidas podían ser ejecutadas a través de instrumentos reguladores o a través de acuerdos explícitos.⁹⁹ DDMI optó por celebrar acuerdos ambientales, socio-económicos, y de participación explícitos para implementar las medidas de mitigación. En segundo lugar, aún después de elaborar el Estudio Comprensivo, DDMI necesitaba obtener las licencias indispensables para el desarrollo de la mina. Las agencias reguladoras canadienses pudieron haber utilizado su autoridad para emitir estas licencias como influencia para conseguir que DDMI negocie y celebre estos acuerdos con las comunidades circundantes.¹⁰⁰

Definiciones Principales

Los procedimientos mediante los cuales Diavik identificó a la comunidad que se iba a consultar, o los medios a través de los cuales estas comunidades expresaron su consentimiento o condiciones, no fueron discutidos en el material disponible para revisión.

Marco para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

El consentimiento de la comunidad fue formalizado con los acuerdos ambientales, socio-económicos y de participación. Los acuerdos mismos constituyen contratos privados y son legalmente vinculantes entre las partes.

El acuerdo ambiental fue desarrollado con la participación activa de los grupos aborígenes afectados, de la compañía, y de los Gobiernos de los Territorios del Noroeste, de Nunavut y del Canadá.¹⁰¹

Los acuerdos de participación fueron negociados individualmente con cada organización o comunidad indígena.¹⁰² El hecho de que las comunidades no contaron con la información necesaria (geológica, técnica, comercial, de organización) planteó un obstáculo significativo para la celebración de acuerdos justos.¹⁰³

El gobierno desempeñó un papel en las consultas sobre el proceso del informe del Estudio Comprensivo. Después de que la Agencia de Evaluación Ambiental Canadiense recibiera el informe de DDMI, pasaron 18 meses revisándolo, y se realizaron cerca de 300 reuniones públicas¹⁰⁴ y consultas con asociaciones aborígenes, el gobierno territorial y las agencias federales responsables del proyecto.¹⁰⁵ El Informe del Estudio Comprensivo fue publicado en junio de 1999.¹⁰⁶

Implementación del Proceso

En el acuerdo ambiental, las partes establecieron un consejo de asesores para supervisar el manejo ambiental del proyecto, para diseñar e implementar estudios sobre los conocimientos científicos y tradicionales y para hacer recomendaciones respecto de la participación de los miembros de las comunidades aborígenes en programas de capacitación y monitoreo. Diavik acordó financiar el consejo consultivo y el gobierno canadiense y el de los Territorios del Noroeste acordaron proporcionar financiamiento suplementario por los primeros dos años. Diavik también acordó establecer programas de monitoreo para el proyecto y elaborar anualmente un informe sobre los resultados de los programas de monitoreo ambiental. Los conflictos resultantes del Acuerdo Ambiental están sujetos a arbitraje.¹⁰⁷ El acuerdo ambiental también especifica que, a lo largo de la vida de la mina y para efectos de rehabilitación de la zona de la mina, deben existir siempre medidas de seguridad adecuadas.¹⁰⁸ DDMI propuso la creación de un fondo de \$46 millones a lo largo del tiempo para el manejo de problemas ambientales y la administración a

97 Agencia de Evaluación Ambiental Canadiense, Lanzamiento de Noticias, la nota supra 90.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*

100 Ver Asuntos Indios y Norteños, Canadá, *Acuerdo Ambiental Firmado*, nota supra 88 (que indica, «ahora que el Acuerdo Ambiental está vigente, DIAND emitirá un permiso de la utilización del suelo de permitir que Diavik Diamond Mines Inc. comience las actividades preliminares del sitio»).

101 *Ibid.*

102 Archibald, nota supra 87.

103 *Ibid.*

104 Agencia de Evaluación Ambiental Canadiense, Lanzamiento de Noticias, nota supra 90.

105 Archibald, nota supra 87.

106 *Ibid.*

107 Northwest Territories Resources, Wildlife and Economic Development, Contexto: Acuerdo ambiental de Diavik, disponible en <http://www.gov.nt.ca/RWED/newsreleases/diavik.htm> (visitado por última vez el 12 de diciembre de 2002).

108 Asuntos Indios y Norteños, Canadá, *Acuerdo Ambiental Firmado*, nota supra 88.

largo plazo del sitio de la mina, aunque no queda claro si éste se llegó a materializar.¹⁰⁹

El acuerdo socio-económico creó un consejo consultivo comunitario con los representantes de cada una de las comunidades aborígenes afectadas, de la compañía y del gobierno. Éste se reúne regularmente para ayudar a DDMI a alcanzar los compromisos socio-económicos en las comunidades circundantes.¹¹⁰

Cada acuerdo de participación exige la creación de un comité conjunto de implementación para estipular responsabilidades, tareas y plazos para los objetivos de desarrollo comercial y laborales relacionados con el proyecto. Cada grupo aborigen acordó emplear a un representante para que se mantenga en comunicación con DDMI en éstos y otros temas de desarrollo social.¹¹¹

PROYECTO MINERO DE LA BAHÍA DE VOISEY (CANADÁ)

En este proyecto, la Bay Nickel Company de Voisey (BNCV), una subsidiaria de Inco Inc., propuso extraer minerales de níquel, cobre y cobalto en Labrador del Norte. Dos comunidades aborígenes residen en el área: la Asociación Inuit de Labrador (AIL) y la nación Innu. Ambas comunidades afirmaron que su consentimiento era requerido antes de la autorización de proyecto, y ambas tienen demandas de tierra que se superponen al área del proyecto.¹¹²

La AIL y la nación de Innu intentaron ejercer cierto control sobre el proceso de evaluación ambiental para asegurarse de que era adecuado para manejar los potenciales impactos ambientales mineros en sus tierras.¹¹³ El 31 de enero de 1997, la AIL, la nación Innu,

El Tribunal Supremo canadiense reafirmó la protección constitucional del título de tierra aborigen, observando que donde las comunidades aborígenes tienen título a sus tierras tradicionales, los gobiernos deben asegurarse de que participen en el desarrollo de recursos, que sean correctamente consultadas, y que reciban una remuneración justa.

y los gobiernos de Canadá, Terranova y Labrador firmaron un Memorandum de Entendimiento (MOU) que establecía cómo los efectos ambientales del proyecto propuesto serían revisados.¹¹⁴ El MOU fue celebrado bajo la Ley de Evaluación Ambiental de Canadá (CEAA). Fue establecido para armonizar los procesos de evaluación ambiental de los gobiernos federales y provinciales y reconocer a los dos grupos aborígenes que tienen demandas de tierra superpuestas en el área.¹¹⁵

El MOU estableció un Panel de Evaluación Ambiental conformado por cinco personas encargadas de la elaboración de un informe con recomendaciones sobre la propuesta de BNCV.¹¹⁶ Basadas en la recomendación del Panel para el co-manejo ambiental, la AIL y la nación Innu celebraron un Acuerdo de Manejo Ambiental (AMA) con los gobiernos de Canadá, Terranova y Labrador. El AMA estableció un consejo consultivo ambiental integrado por dos representantes de cada uno de los cuatro grupos, más un presidente independiente. El consejo asesorará a los ministros.¹¹⁷

Después de extensas audiencias públicas, el Panel de Evaluación Ambiental recomendó que el proyecto fuera autorizado, pero solamente después de la conclusión de las negociaciones sobre los derechos de tierra (o arreglos interinos que dejara a las naciones Inuit e

Innu no más perjudicadas que si los acuerdos sobre las demandas de sus tierras estuvieran vigentes) y después de que los Acuerdos de Beneficios de los Impactos (ABIs) fueran celebrados tanto con la AIL, como con la nación Innu.¹¹⁸ Los ABIs son contratos legalmente vinculantes celebrados entre BNCV y la comunidad aborigen apropiada. Éstos proporcionan oportunidades económicas para las comunidades y atenúan los impactos negativos del desarrollo.¹¹⁹

109 Véase Archibald, nota supra 87 (citando *Globo y Correo*, el 6 de enero de 2000).

110 Río Tinto, Comisión a Largo Plazo sobre Relaciones con la Comunidad: Negocio Global, Vecino Local, disponible en http://www.riotinto.com/library/reports_PDFs/corpPub_GloBus_part4.pdf (visitado por última vez el 10 de marzo de 2003).

111 Diavik Diamond Mines, Inc.: Catálogo de Prácticas Sociales en la Industria Canadiense de Minerales y Metales, disponible en http://www.nrcan.gc.ca/mms/socicpr/diavik_e.htm (visitado por última vez el 12 de diciembre de 2002).

112 Gobierno de Terranova y Labrador, *Implicación Aborigen en la Bahía de Voisey*, disponible en <http://www.gov.nf.ca/voiseys/news/backgrounder9.htm> (visitado por última vez el 18 de diciembre de 2002); Agencia de Evaluación Ambiental Canadiense, *Informe del Panel de evaluación Ambiental de la Mina y Fábrica de la Bahía de Voisey*, en la sección 4.1, disponible en http://www.ceaa-acee.gc.ca/0009/0001/0001/0002/contents_e.htm (visitado por última vez el 10 de Mrz. de 2003) (en adelante «CEAA Informe EAP de la Bahía de Voisey»).

113 *La nación Innu y la Mina/Fábrica de Inco en la Bahía de Voisey*, disponible en http://www.min-ingwatch.ca/aboriginal%20gathering/Case_Studies/ftml#anchor6239 (visitado por última vez el 31 de enero, 2003).

114 Agencia de Evaluación Ambiental Canadiense, *Resumen: Informe del Panel de evaluación Ambiental de la Mina y Fábrica de la Bahía de Voisey*, disponible en http://www.ceaa-acee.gc.ca/0009/0001/0001/0002/summary_e.htm (12/17/2002 última visita) (en adelante «Resumen CEAA Informe EAP de la Bahía de Voisey»).

115 CEAA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra 112.

116 Resumen CEAA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra 114.

117 Gobierno de Terranova y Labrador, *Implicación Aborigen en la Bahía de Voisey*, nota supra 112.

118 Véase *La nación Innu y la Mina / Fábrica de Inco en la Bahía de Voisey*, nota supra 112; CEAA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra 113.

119 Gobierno de Terranova y Labrador, *Implicación Aborigen en la Bahía de Voisey*, nota supra 112.

Con la influencia de las recomendaciones del Panel,¹²⁰ tanto la nación Innu, como la AIL negociaron y celebraron acuerdos interinos sobre sus derechos de tierra con los gobiernos de Canadá, Terranova y Labrador. Estos arreglos interinos permitieron que el desarrollo de la bahía de Voisey procediera mientras que las demandas de tierra estaban bajo negociación.¹²¹

La AIL y la nación Innu pudieron también negociar ABIs individuales con BNCV referidos al proyecto de la Bahía del Voisey. Bajo los términos de los acuerdos, las dos comunidades aborígenes recibirán un excedente estimado de \$300 millones en los próximos 30 años y se garantizan niveles mínimos de participación aborígen en varias oportunidades de trabajo y de negocio generadas por el proyecto.

Mecanismo para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

El proceso del consentimiento informado previo en este estudio de caso consistió sobre todo en consultas y negociaciones entre las comunidades aborígenes y los gobiernos federales y provinciales. Estas consultas y negociaciones dieron lugar al MOU, al informe del Panel, al acuerdo interino sobre las demandas de tierra, al AMA y al ABI.

En el caso *Delgamuukw*,¹²² el Tribunal Supremo Canadiense afirmó la protección constitucional del título de tierra aborígen, observando que donde las comunidades aborígenes tienen título sobre sus tierras tradicionales, los gobiernos deben asegurarse de que participen en el desarrollo de recursos, que sean apropiadamente consultadas y que reciban justa compensación.¹²³ El hecho de que estas comunidades aborígenes tenían demandas de tierra sin resolver en estas áreas agregó impulso a su reclamado derecho a ser consultados. Ya que la AIL y la nación Innu tenían un potencial título sobre las tierras, podían ser más persuasivos para ejercer su derecho a la consulta y a la participación. El título de tierra, sin embargo, no permitiría que afirmaran un derecho de consentimiento cabal. Incluso si se aferraran a la tierra, el caso *Delgamuukw* establece que solamente se requiere la participación y consulta, mas

no el consentimiento cabal, para que un proyecto minero en tierras aborígenes proceda.¹²⁴

BNCV estaba obligada a preparar una evaluación de impacto ambiental (EIA) bajo la Ley de Evaluación Ambiental Canadiense. La agencia estatal responsable debe notificar al público de la emisión del informe, cómo las copias pueden ser obtenidas y del plazo para los comentarios. La CEEA exige a la agencia estatal responsable considerar todos los comentarios públicos al tomar la decisión de si un proyecto continuará o no y de si el EIA debe ser sometido a un Panel de Impacto Ambiental para su revisión. Si el proyecto es derivado a un panel, éste tiene la opción de permitir que el público participe en su proceso de revisión. Sin embargo, todas las audiencias del panel y documentación relevante deben hacerse públicas, incluyendo el informe final. Los ciudadanos también tienen la opción de apelar el informe o la decisión ministerial en una corte federal para lograr una revisión judicial.

Las negociaciones comunitarias y la consecuente celebración de un ABI con BNCV proporcionan otro ejemplo del consentimiento informado previo. Los ABIs generalmente contienen provisiones que requieren a la compañía minimizar los impactos ambientales, sociales y culturales del proyecto, y asegurar que los beneficios del proyecto se mantendrán dentro de las comunidades locales. Las leyes y las políticas para ABIs varían enormemente a través de Canadá; sin embargo, donde ya existe un acuerdo sobre tierras, los ABIs son no-discrecionales y un proyecto no puede proceder sin ellos.¹²⁵

Definiciones Principales

Las dos comunidades implicadas en este estudio de caso eran la comunidad Inuit de Labrador y la de Innu.

La comunidad de Innu estableció un destacamento de fuerzas para formular su posición respecto al desarrollo minero. Cuando se enfrentaron con la posibilidad de desarrollo minero en su tierra, la dirección Innu primero buscó lograr un mandato de las comunidades para enfrentar a las compañías de la explotación y exploración minera. Estableció un destacamento de fuerzas para que sirva de foro para que la comunidad discuta temas mineros en las tierras Innu, el potencial para las oportunidades de desarrollo económico, la probable degradación ambiental, y la ausencia de un acuerdo sobre los derechos de tierra. El foro condujo a la elabora-

¹²⁰ El Panel recomendó que antes de que se continúe con el proyecto, el gobierno federal y los gobiernos provinciales concluyan acuerdos de tierra en principio con AIL y la nación Innu, y que pongan medidas interinas ejecutorias en su lugar hasta que se firmen los acuerdos definitivos. Véase Resumen CEEA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra | 14.

¹²¹ Gobierno de Terranova y Labrador, *Implicación Aborígen en la Bahía de Voisey*, nota supra | 12.

¹²² *Delgamuukw vs. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

¹²³ Resumen CEEA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra | 14.

¹²⁴ CEEA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra | 12. Identificado en la sección 4.2.1.

¹²⁵ Identificado en la sección 4.2.3.

ción¹²⁶ de un informe que proporcionó un mandato claro a los líderes. El informe indicó que la comunidad Innu no consentiría el desarrollo minero sin un ABI, una evaluación ambiental y un acuerdo sobre la demanda de tierra.¹²⁷

Representantes de la comunidad también participaron en varias organizaciones creadas a lo largo del proceso de consulta a la comunidad. Como partes del MOU, la AIL y la nación Innu podían designar a dos miembros cada uno para que conformen el Panel de Evaluación Ambiental creado en base a dicho acuerdo.¹²⁸ Esto proveyó a las comunidades aborígenes una voz más fuerte en el informe final del panel y sus recomendaciones no vinculantes a los varios cuerpos gubernamentales.

Se permitió a los 2000 miembros de AIL y aproximadamente 600 miembros Innu votar sobre los dos ABIs. Ambos ABIs fueron formalizados después de que el 82 por ciento de los votantes de AIL y el 68 por ciento de los votantes Innu aprobaron los acuerdos respectivos. Los acuerdos pagarán a las dos comunidades aborígenes un estimado de \$300 millones en los próximos 30 años y garantizarán niveles mínimos de participación aborigen en varias oportunidades de trabajo y de negocio generadas por el proyecto. Los acuerdos contienen también provisiones que ayudarán a asegurar la protección del ambiente.

Marco para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

Según lo señalado anteriormente el Tribunal Supremo que gobernaba en Delgamuukw sostuvo que incluso si las comunidades poseyeran un reconocimiento del título a la tierra, éstas tendrían solamente el derecho de participar en el desarrollo y el derecho de ser consultadas, mas no el derecho a vetar el proyecto minero.

Tanto los gobiernos federales como los provinciales desempeñaron un papel central en el proceso de consulta a la comunidad en este estudio de caso. Estos gobiernos celebraron el MOU, el EMA, y los acuerdos interinos sobre demandas de tierras con las comunidades. Los gobiernos también proporcionaron influencia adicional para la negociación de los ABIs. Los terceros no estuvieron significativamente involucrados en las negociaciones y las consultas con las comunidades.

La propuesta de BNCV es uno de los pocos proyectos mineros que ha pasado realmente por el proceso de revisión del panel bajo la Ley de Evaluación Ambiental de Canadá. La firma del MOU solidificó el establecimiento de un Panel de Evaluación Ambiental de cinco personas.¹²⁹ La nación Innu y la AIL, como partes del MOU, podían designar miembros al panel encargado de la revisión y la preparación de un informe sobre la propuesta de BNCV.¹³⁰ Las audiencias públicas del Panel de Evaluación Ambiental se dieron en 10 comunidades de Labrador a lo largo de 32 días.¹³¹

El informe final del Panel de Evaluación Ambiental incluyó resultados y conclusiones así como recomendaciones no vinculantes a los ministros provinciales, federales y a los presidentes de AIL y de la nación Innu. El informe también presentó las preocupaciones que fueron expresadas al panel a lo largo del proceso. En última instancia, el Panel de Evaluación Ambiental recomendó que, con sujeción a 107 recomendaciones, se autorice el proyecto.¹³²

La AIL y la nación Innu celebraron un Acuerdo de Manejo Ambiental (AMA) con los gobiernos de Canadá, Terranova y Labrador basado en la recomendación del Panel de Evaluación Ambiental para el co-manejo. Las partes del acuerdo negociaron por más de tres años antes de firmar el AMA.¹³³ Los gobiernos provinciales y federales acordaron financiar los primeros cinco años del AMA y proveer al consejo consultivo ambiental, creado por el acuerdo, un presupuesto anual de \$450.000.¹³⁴

La nación Innu y la AIL podían designar dos representantes cada uno al consejo consultivo ambiental, que también incluye a dos miembros gubernamentales, dos miembros empresariales, y un puesto independiente.¹³⁵ El consejo fue establecido en reconocimiento a la necesidad de involucrar directamente a todas las partes relevantes en el manejo ambiental del proyecto, y servirá en calidad consultiva a los ministros.¹³⁶ Mediante el consejo, los representantes de la comunidad pudieron revisar y aconsejar al gobierno respecto de las acciones de la compañía para cumplir sus obligaciones durante el proceso de evaluación ambiental. Como miembros del con-

¹²⁶ *Entre una Roca y un Lugar Difícil: Comunidades Aborígenes y Explotación Minera*, disponible en http://www.miningwatch.ca/issues/aboriginal_gathering/workshop_summary.html (visitado por última vez el 22 de set. de 2003).

¹²⁷ La nación Innu y la Mina / Fábrica de Inco en la Bahía de Voisey, nota supra 113
¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Resumen CEEA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra 114.

¹³⁰ La nación Innu y la Mina / Fábrica de Inco en la Bahía de Voisey, nota supra 113.

¹³¹ Resumen CEEA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra 114.

¹³² CEEA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra 112.

¹³³ Gobierno de Terranova y Labrador, Anunciado el Consejo de Administración Ambiental de la Bahía de Voisey, de oct. el 11 de 2002, en www.gov.nf.ca/releases/2002/env/el1011n01.htm (visitado por última vez el 18 de diciembre de 2002).

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Gobierno de Terranova y Labrador, *Implicación Aborigen en la Bahía de Voisey*, nota supra 112.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ CEEA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra 112, en las secciones 4.1.

sejo, los representantes podían supervisar y obtener información valiosa sobre las acciones de la compañía, operaciones y funcionamiento ambiental, así como respecto del cumplimiento de sus obligaciones ambientales y socio-económicas.

La negociación de los ABIs tomó varios años, pero finalmente fueron celebrados en junio de 2002. Debido a que las comunidades aborígenes tenían potenciales derechos sobre la tierra y habían celebrado acuerdos interinos sobre dichos derechos con los gobiernos federales y provinciales, se vieron en la posibilidad de ejercer una mayor presión sobre BNCV respecto de la celebración de los ABIs. Los acuerdos no se basan en algún mecanismo legal específico, y la BNCV sostuvo constantemente que los ABIs fueron celebrados sobre una base puramente discrecional.¹³⁷ Aún así, los ABIs funcionarán como acuerdos contractuales legalmente vinculantes entre BNCV y la comunidad aborígen correspondiente.

Tanto la AIL como la nación Innu tenían representantes que negociaron los ABIs, pero ambos grupos presentaron la versión final del ABI a una porción más grande de la comunidad para que se legitimase su aprobación final. Finalmente, 1.640 de los 2.000 miembros votantes de AIL y cerca de 408 de los 600 miembros votantes Innu aprobaron los acuerdos respectivos.

Implementación del Proceso

El proceso formal de la evaluación de impacto ambiental y del Panel de Evaluación Ambiental fue implementado de acuerdo con la Ley de Evaluación Ambiental Canadiense y el Memorándum de Entendimiento. El proceso de EIA fue esencialmente concluido una vez que el panel publicó su informe final y recomendaciones. Antes de publicar su informe final, el Panel de Evaluación Ambiental llevó a cabo dos rondas de consultas públicas, con sesiones preparatorias en la primavera de 1997 y audiencias públicas en noviembre de 1998.¹³⁸ Las sesiones fueron sostenidas para permitir que los individuos presenten sus asuntos al panel. Las sesiones públicas preparatorias y de información fueron llevadas a cabo en 10 comunidades y las audiencias públicas en 11 comunidades, todo en el lapso de dos meses.¹³⁹

El Consejo de Manejo Ambiental, establecido según los términos del Acuerdo Ambiental de Manejo,

4.2.3.

138 Resumen CEAA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra | 14.

139 Resumen CEAA Informe EAP de la Bahía de Voisey, nota supra | 14.

provee a los gobiernos nacionales y provinciales de los medios para consultar con las comunidades aborígenes antes de la toma de decisión gubernamental.¹⁴⁰ La función del consejo es asesorar a los gobiernos en todas las solicitudes de autorización, arrendamientos, planes de construcción y operación, así como respecto de los planes de rehabilitación y de cierre de operaciones.¹⁴¹ En caso se dieran cambios o adiciones a tales planes, el consejo asesorará a los gobiernos respecto de la necesidad de cualquier evaluación ambiental adicional.¹⁴² El consejo también revisa y aconseja al ministro en el cumplimiento de la Orden Empresarial de la Bahía de Voisey, que fijó los términos para liberar al proyecto de BNCV del proceso de evaluación ambiental.¹⁴³ Esta función demandará al consejo el supervisar el funcionamiento ambiental y los planes de protección de la Bahía de Voisey y el cumplimiento de sus obligaciones socio-económicas.¹⁴⁴ Por lo tanto, el Consejo de Manejo Ambiental ayudará a asegurar que la compañía cumpla con sus compromisos y satisfaga sus obligaciones derivadas del AMA.

Los ABIs son acuerdos contractuales independientes celebrados entre BNCV, la AIL y la nación Innu, pudiendo ser judicialmente ejecutables.

LA MINA EKATI (CANADÁ)

En 1994, Broken Hill Proprietary Compañía Limitada (BHP) propuso desarrollar la mina Ekati —la primera mina de diamante de Canadá— que alcanza los territorios del noroeste.¹⁴⁵ Esta oferta se enfrentó con la gran preocupación por parte de las Primeras Naciones locales, que tienen varias demandas superpuestas pendientes sobre tierras de la región.¹⁴⁶ Las Primeras Naciones estaban preocupadas sobre cómo serían tratados sus intereses durante la aprobación y operación del proyecto, y sobre las consecuencias para el medio ambiente de la mina en las zonas tradicionales de caza, de interceptación y de pesca.¹⁴⁷

Ambiental de la Bahía de Voisey, nota supra | 133.

141 *Ibid.*

142 *Ibid.*

143 *Ibid.*

144 *Ibid.*

145 Karyn Keenan, Jose de Echave, y Ken Traynor, Explotación Minera y Comunidades: Pobreza en Medio de la Abundancia, noviembre de 2002, disponible en <http://www.umass.edu/peri/pdfs/CDP3.pdf> (visitado por última vez el 31 de enero de 2003).

146 Kevin O'Reilly, La Agencia Independiente de Control del Medio Ambiente de BHP como herramienta de gerencia, oct. de 1998, en www.carc.org/rndtable/vbpanels.html (visitado por última vez el 18 de diciembre de 2002); Keenan et al., nota supra | 145.

147 Keenan et al., nota supra | 145.

140 Gobierno de Terranova y Labrador, Anunciado el Consejo de Administración

148 Kevin O'Reilly, nota supra | 146.

El proceso de la aprobación para la mina Ekati incluyó una serie de instrumentos innovadores dirigidos a tratar estas preocupaciones y a involucrar a las comunidades aborígenes en el proceso de toma de decisiones. El ministro del Departamento Federal de Asuntos Indios y de Desarrollo Norteño (DAIDN) sujetó la aprobación del proyecto a la negociación de diversos acuerdos legalmente vinculantes, algunos de los cuales requerían del consentimiento de grupos aborígenes.

Primero, el DAIDN requirió la negociación de un acuerdo ambiental entre el gobierno federal, el gobierno territorial y BHP. Los grupos aborígenes afectados fueron invitados por el DAIDN a participar en el proceso y estuvieron activamente involucrados en las negociaciones, aunque no eran signatarios del acuerdo.¹⁴⁸ El Acuerdo Ambiental BHP de 1997 («Acuerdo Ambiental») impone obligaciones a la compañía que exceden a las disposiciones legales existentes, incluyendo requisitos de que BHP desarrolle planes de manejo ambiental y programas de monitoreo y reporte el cumplimiento de conformidad con el acuerdo.¹⁴⁹ El DAIDN también requirió a BHP negociar los Acuerdos de Beneficios de los Impactos (ABIs) con cuatro grupos aborígenes afectados por la mina Ekati. El propósito de los ABIs era minimizar impactos mineros adversos en comunidades locales y asegurar que estas comunidades se beneficien del desarrollo mineral.¹⁵⁰ Finalmente, BHP fue requerido para negociar un acuerdo socio-económico con el gobierno territorial.¹⁵¹

La producción comercial en la mina de Ekati comenzó en 1998.¹⁵²

Mecanismos para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

El ministro del DAIDN utilizó su autoridad para aprobar la licencia de agua requerida como mecanismo para forzar la negociación del Acuerdo Ambiental, del acuerdo socio-económico, y de los ABIs.¹⁵³

Sin embargo, la decisión del Ministro del DAIDN para requerir la negociación de un Acuerdo Ambiental y la creación de una Agencia Independiente de Moni-

toreo Ambiental era puramente discrecional. No hay requisito legal en Canadá que demande la adopción de tales instrumentos.¹⁵⁴ Tampoco existe mecanismo legal que requiera la negociación de los ABIs para tierras no tituladas y aquellas que no se encuentran bajo los términos de acuerdos de demanda de tierra.¹⁵⁵

Las Primeras Naciones tienen varias demandas superpuestas pendientes sobre tierras en el área del proyecto.¹⁵⁶ Según lo discutido en el estudio de caso de la Compañía Nickel de la Bahía de Voisey, el título de tierra habría proporcionado de titularidad legal para el derecho de la comunidad a la participación y a la consulta en el desarrollo minero, así como a recibir una justa compensación y para requerir a la compañía suscribir los ABIs como requisito previo al desarrollo del proyecto.

Definiciones Principales

La consulta comunitaria en este caso se dio a través de varios procesos y estructuras de tomas de decisión. Los representantes de las comunidades aborígenes participaron en las audiencias de consejo de aguas de los Territorios del Noroeste para la emisión de una licencia de agua, así como en las audiencias públicas celebradas por el panel ambiental de cuatro miembros establecido por el DAIDN para revisar el proyecto minero propuesto.¹⁵⁷ Organizaciones aborígenes participaron también en un taller convocado por el DAIDN - en septiembre de 1996 - para discutir y para negociar el Acuerdo Ambiental. El DAIDN invitó a organizaciones aborígenes a participar en dicho taller, pero no permitió que se convirtieran en signatarios del acuerdo.¹⁵⁸

Los representantes aborígenes fueron también incluidos en un grupo de trabajo financiado para supervisar el establecimiento de la Agencia Independiente de Monitoreo Ambiental.¹⁵⁹

Marco para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

Durante el período de negociaciones, varias de las organizaciones aborígenes contaron con asesoría legal,¹⁶⁰ lo cual puede haberles permitido proteger sus dere-

La creación de la Agencia Independiente de Monitoreo Ambiental realizó la educación de las comunidades afectadas en temas mineros.

149 Keenan et al., nota supra 145.

150 *Ibid.*

151 Kevin O'Reilly, nota supra 146.

152 Keenan et al., nota supra 145.

153 Kevin O'Reilly, nota supra 146.

155 informe de la bahía EAP de CEAA Voisey, nota supra 112, en la sección 4.2.3.

156 Kevin O'Reilly, nota supra 146.

157 Véase *Ibid.*

158 *Ibid.*

159 *Ibid.*

160 *Ibid.*

154 Keenan et al., nota supra 145.

161 *Ibid.*

chos y ejercer mayor poder de negociación. La creación de la Agencia Independiente de Monitoreo Ambiental realizó la educación de las comunidades afectadas en temas mineros. La agencia creó un web site y un boletín de noticias, y ha comenzado a celebrar sus reuniones en las comunidades circundantes. También compiló un documento para recoger las preocupaciones de la comunidad planteadas y originadas durante la revisión del panel ambiental y las audiencias del consejo de aguas.¹⁶¹ Finalmente, BHP hizo algunos esfuerzos para educar al personal de la agencia proporcionando cantidades voluminosas de material para la revisión de la agencia, así como también organizando talleres y reuniones.¹⁶²

En este caso, la comunidad fue consultada previamente a la fase de desarrollo de la operación minera. Se espera que una forma limitada de consulta a la comunidad se dé también en las fases de construcción y de operación a través de la revisión de los planes de manejo ambiental de BHP.¹⁶³

Estos procesos de negociación y consultivos no presentaron a las comunidades aborígenes con el derecho a vetar el proyecto, pero se les permitió fijar determinadas condiciones respecto de su implementación a través de los acuerdos negociados.

Tanto los gobiernos federales como los territoriales desempeñaron un papel central en estas negociaciones. El ministro del DAIDN, Ron Irwin, utilizó su autoridad para aprobar licencias de agua como influencia para forzar a BHP a llevar a cabo negociaciones y acuerdos con las comunidades locales.¹⁶⁴ El DAIDN y los gobiernos territoriales son partes del acuerdo ambiental.¹⁶⁵ El DAIDN también ejerció presión sobre BHP para negociar y celebrar los ABIs con cuatro grupos aborígenes afectados por la mina.¹⁶⁶ No hubieron terceros involucrados significativamente en las negociaciones y las consultas con las comunidades.

El acuerdo fue formalizado a través de un contrato. El Acuerdo Ambiental es un contrato legalmente vinculante entre los gobiernos federales y territoriales, y BHP e incluye disposiciones sobre su ejecución (discutidas abajo).¹⁶⁷ Los ABIs son contratos vinculantes entre BHP y las comunidades individuales.¹⁶⁸ El Acuerdo Ambiental cubre únicamente el lapso de operación

de la mina, no se extiende después del cierre de la misma.¹⁶⁹

Implementación del Proceso

El Acuerdo Ambiental requiere el establecimiento de la Agencia Independiente de Monitoreo Ambiental, una organización no gubernamental que actúe como guardián público respecto de la implementación de dicho acuerdo. Esta agencia está conformada por siete directores designados por el gobierno, BHP y las Primeras Naciones, pero actúa de modo independiente.

La Agencia de Monitoreo Ambiental revisa y asesora respecto del manejo ambiental de la compañía y las actividades de monitoreo, así como respecto de la actividad regulatoria del gobierno, y facilita la participación aborígen en el proceso regulatorio.¹⁷⁰ La Agencia debe informar anualmente. El gobierno y BHP están obligados a proporcionar una respuesta escrita en cuanto a sus razones para no implementar cualquiera de las recomendaciones de la Agencia.¹⁷¹

La Agencia recibirá \$450.000 cada año por los primeros dos años para financiar sus operaciones. BHP proporcionará \$350.000, siendo la cantidad restante responsabilidad de los dos gobiernos. El posterior financiamiento debe ser proporcionado por BHP en consulta con la Agencia. Aquellos asuntos en lo que no se logre acuerdo alguno, podrán ser sometidos a arbitraje obligatorio.¹⁷²

BHP está también sujeta a requisitos de divulgación según los términos del Acuerdo Ambiental. BHP se encuentra obligada a informar anualmente sobre su cumplimiento ambiental, programas de monitoreo, actividades de investigación, operaciones y futuras actividades, así como sobre sus acciones de mitigación o remediación.¹⁷³ Tanto para la fase de construcción, como para la de operaciones, se requiere de planes de manejo ambiental, incluyendo programas de monitoreo detallados. Estos planes están sujetos a revisión por parte del gobierno, las organizaciones aborígenes y la Agencia.¹⁷⁴

BHP debe también poner seguridad para la recuperación progresiva de los disturbios relacionados con asuntos territoriales originados por el proyecto. Estos fondos pueden también ser reclamados si BHP no cum-

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Véase *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Keenan et al., nota supra 145.

¹⁶⁷ Kevin O'Reilly, nota supra 146.

¹⁶⁸ Keenan et al., nota supra 145.

¹⁶⁹ Kevin O'Reilly, nota supra 146.

¹⁷⁰ Keenan et al., nota supra 145.

¹⁷¹ Kevin O'Reilly, nota supra 146.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

ple con los requisitos del acuerdo, incluyendo el posible incumplimiento respecto de las exigencias de divulgación o la falta de rectificación de los planes de manejo mal elaborados.¹⁷⁵

No existe mecanismo creado para la revisión, monitoreo o comunicación relacionado con el cumplimiento del acuerdo socio-económico.¹⁷⁶

Los ABIs, como contratos privados entre las partes, son legalmente ejecutables en una corte.

EL PROYECTO DEL GAS DE CAMISEA (PERÚ)

A principios de 1996, Shell firmó un contrato con el gobierno peruano para la exploración de yacimientos de petróleo de Camisea en Perú. Esta fase de exploración fue pensada para proporcionar un mejor estimado del gas y de las reservas condensadas en los campos, que servirían como la base para la decisión final de inversión de Shell.

Durante su campaña de exploración en Camisea desde 1996 hasta 1998, Shell realizó extensas consultas a las comunidades afectadas a través del proceso de evaluación de impacto ambiental (EIA).¹⁷⁷ Primero produjo un informe para identificar temas y para enfocar el proceso. El informe fue puesto a disposición de los interesados directos externos para su información y aportes.¹⁷⁸ A finales de 1995, Shell condujo un EIA inicial, que incluyó una evaluación del impacto social.¹⁷⁹ Shell llevó a cabo una audiencia pública sobre el EIA en 1996.¹⁸⁰ En última instancia, Shell condujo tres EIAs adicionales, uno para cada segmento del proyecto (explotación, transporte, y distribución) y ocho audiencias públicas (tres para explotación, cuatro para el transporte y una para la distribución).¹⁸¹

Sin embargo, en 1998, después de haber invertido cerca de \$250 millones, Shell decidió no continuar con el proyecto.¹⁸² Shell citó varios factores económicos y

financieros para su decisión,¹⁸³ aunque algunos observadores sugirieron que la controversia ambiental y social que rodea el proyecto propuesto pudo haber desempeñado un papel en la decisión de Shell.¹⁸⁴ Desde entonces, el gobierno peruano ha concedido contratos a varios nuevos consorcios para la terminación del proyecto.¹⁸⁵ Se espera que la etapa de construcción del proyecto concluya antes de agosto de 2004.¹⁸⁶ (Ver Nota del Editor)

Mecanismos para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

Shell fue requerida legalmente a consultar con la comunidad para ganar la autorización para su proyecto. El Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales¹⁸⁷ de Perú requiere la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para obtener autorización para actividades de desarrollo. El EIA se debe hacer disponible al público. En julio de 1996, el Ministerio de Energía y Minas consolidó los criterios públicos de participación para el EIA, requiriendo una audiencia pública en el nivel local y una notificación previa en un periódico nacional para acciones en el sector energía y minas.¹⁸⁸

El Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue ratificado por el gobierno peruano en 1993 y proporciona un mecanismo adicional para el derecho de una comunidad al consentimiento informado previo. Este convenio estableció los criterios que proveían a las poblaciones nativas del derecho a la consulta antes de la implementación de proyectos que explotan recursos naturales en sus territorios,

integración vertical con el gobierno peruano). *Vea también* Alianza Amazónica, Actualización Amazónica, agosto de 1998, disponible en http://www.amazonalliance.org/update/1998/upd_aug98_en.htm (visitado por última vez el 30 de enero de 2003) (citando el mercado interior limitado y el desacuerdo de tasación del gas natural con el gobierno peruano).

184 Perfil de Riesgo de la Lista Roja: Camisea, nota supra 182.

185 Identificación

186 *Proyecto Camisea: Proceso público de Participación y de Consulta: Resumen y Estado del Proyecto*, agosto de 2002, disponible en pdf de www.camisea.com.pe/docs_mAmbiente/Camisea_sum-mary (visitado por última vez el 1 de febrero de 2003).

187 Decreto Legislativo No. 613 (1991) (Perú).

188 Resolución Ministerial No. 335-96-EM/SE, Julio de 1996 (Perú). *Vea que* Meter May, Papeles y Recompensas Corporativas en Promover el Desarrollo Sostenible: Lecciones aprendidas de Camisea, I I, fn. las regulaciones I I. Estas regulaciones fueron modificadas substancialmente en las nuevas reglas de diciembre 2002. Las nuevas reglas requieren consultas públicas antes de las audiencias públicas, el acceso creciente a los estudios de impacto ambiental, y la participación creciente de las autoridades regionales y del público. *Vea* Mary Powers, Perú busca más info ambiental de Manhattan Minerals, Servicio de Noticias de Reuters 1/10/2002, disponible en <http://www.planetark.org/avantgo/dailynewsstory.cfm?newsid=19353> (visitado por última vez el 30 de enero de 2003).

176 *Ibid.*

177 AaronGoldzimer, Consentimiento Informado Previo de Pueblos Indígenas afectados por Proyectos, disponible en http://www.ksg.harvard.edu/ksr/article_AG.htm (visitado por última vez el 30 de enero de 2003).

178 IPIECA/E&P, La Industria De Petróleo: Funcionando en Ambientes Sensibles, Estudio de Caso: Shell en Camisea, Perú, disponible en <http://www.ipieca.org/publications/biodiversity.html> (visitado por última vez el 10 de Mrz. de 2003) (en adelante «IPIECA Estudio de Caso Shell»).

179 *Ibid.*

180 *Ibid.*

181 Camisea: Ambiente y comunidades, disponibles en <http://www.camisea.com.pe/envi-ron.ASP> (visitado por última vez el 30 de enero de 2003).

182 Perfil De Riesgo De la Lista Roja: Servicio Informativo Financiero de la Amazonía, gas de Camisea y Proyecto de tubería, 25 de enero de 2001 (en adelante «Perfil de riesgo de la Lista Roja: Camisea»).

183 *Ibid.* (citando sobrantes de coste y una incapacidad de resolver un acuerdo de

189 Sin embargo, algunos observadores han señalado que la implementación de

así como el derecho de participar en los procesos de toma de decisión que implican tales proyectos.¹⁸⁹

Definiciones Principales

Para lograr identificar a la comunidad para la consulta, Shell condujo en 1995 un estudio de identificación de interesados directos.¹⁹⁰ Así, Shell identificó y entró en contacto con cerca de 200 organizaciones que representaban a interesados directos en las áreas que el proyecto afectaría.¹⁹¹

Shell involucró a la comunidad en varios niveles. Primero, trabajó de cerca con las federaciones indígenas. Las federaciones se constituyen legalmente para representar a grupos de comunidades nativas y para hacer progresos respecto de sus intereses comunes referidos a los derechos territoriales, educación, salud pública, manejo de recursos y desarrollo económico. Casi todas las comunidades en la región afectada pertenecen a una de las tres federaciones. La toma de decisión en estas federaciones refleja de cerca la toma de decisiones tradicional en comunidades nativas. La mayoría de las decisiones, más que ser tomadas por los oficiales de las federaciones, son adoptadas por la comunidad en congresos anuales o semestrales a nivel comunitario.

Shell hizo contacto inicial con las comunidades en reuniones durante los congresos de las federaciones, celebró reuniones con los oficiales de la federación e invitó a líderes de la federación a seminarios nacionales e internacionales sobre el proyecto Camisea, donando a menudo fondos para sus costos. Sin embargo, los viajes pagados de los oficiales de las federaciones originaron resentimiento y tensión, ya que las comunidades nativas sentían que no habían obtenido ningún resultado tangible de los viajes realizados y que los oficiales no habían logrado diseminar adecuadamente la información. Para mejorar el vacío de comunicación entre los oficiales de la federación y las comunidades nativas, el personal de Shell tomó notas de las reuniones para que dichos representantes las diseminasen entre las comunidades, les proveyeron de computadoras portátiles y de impresoras para apresurar la difusión, les proporcionaron una radio de dos vías para mejorar la comunicación y les suministraron combustible de barco para permitirles que puedan viajar a las comunidades locales. Para

esta Convención es limitada en Perú, en donde los impedimentos sociales desalientan típicamente a individuos de identificarse como indígenas. Comunicación de email con Rachel Kyte (Corporación Internacional de Finanzas) y Martin Scurrell (Oxfam América) (En archivo con el autor).

190 IPIECA Estudio de Caso Shell, nota supra 178.

191 May, nota supra 188 p. 11.

evitar otros problemas relacionados con los viajes, Shell celebró reuniones dentro de la región e hizo la asistencia a la reunión tan abierta como fue posible.¹⁹²

Adicionalmente, Shell inició una consulta directa con las comunidades locales y sus asociaciones individuales. Los Oficiales de Enlace con la Comunidad de Shell (OECs) participaron en centenares de reuniones de comunidades y asociaciones.¹⁹³

En la negociación de los contratos, Shell buscó llegar a un acuerdo con los líderes locales creyendo que representaban legítimamente a la comunidad.¹⁹⁴ Sin embargo, las tensiones y las divisiones que sobrevenían entre miembros de la comunidad pronto hicieron que se diera cuenta de que un acercamiento participativo más amplio era necesario para proporcionar soporte legal a las operaciones de la compañía en tierras de la comunidad.¹⁹⁵ Así, Shell determinó que los miembros de la comunidad debían estar involucrados en los acuerdos a través de sus asambleas comunales.¹⁹⁶ Al mismo tiempo, debido a los costos de transacción implicados en el acercamiento participativo, Shell intentó aumentar la capacidad de las organizaciones locales representativas de la comunidad y de las federaciones indígenas que podían enfrentar problemas específicos mientras estos se iban presentando.¹⁹⁷

Marco para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

Shell utilizó una variedad de técnicas para educar a comunidades locales sobre diversos temas. Primero, diseminó material escrito relevante entre los interesados directos. Esta información incluyó 13 informes bilingües, publicados cada tres meses, que contuvieron los resúmenes de informes y de actualizaciones técnicas del proyecto.¹⁹⁸ También proporcionó la información escrita a través del web site de Camisea, el mismo que puso al día regularmente.¹⁹⁹ Segundo, Shell intercambió información con los interesados directos a través de una serie de seis talleres participativos en diferentes niveles (regional, federaciones indígenas, nacional e internacional).²⁰⁰ Estos talleres fueron pensados para facilitar el diálogo y para evitar malentendidos.²⁰¹ Finalmente, Shell

194 *Ibid.*, p. 38.

195 *Ibid.*

196 *Ibid.*

197 *Ibid.*, pp. 38-39.

198 *Ibid.*, p.40. IPIECA Estudio de Caso Shell, nota supra 178.

199 May, nota supra 188 p. 11.

200 *Ibid.*, p. 12.

201 *Ibid.*, p. 13.

192 *Ibid.*, pp. 18-19.

193 *Ibid.*, p. 19.

202 IPIECA Estudio de Caso Shell, nota supra 178.

203 May, nota supra 188 p. 15.

informaba directamente a las comunidades a través de sus OECs.

El que los OECs se involucren directamente se convirtió en la pieza central del esfuerzo de consulta de Shell.²⁰² Los OECs destilaban información en una forma más simple y la presentaba a las comunidades.²⁰³ Utilizaron una gama de técnicas para comunicar planes complejos del proyecto a las comunidades nativas, incluyendo: pequeñas notas (papeles simplificados del informe del proyecto traducidos a Machiguenga); carteles; videos; paquetes de cuadros (que demuestran varios componentes del proyecto, metodología de la construcción, y medidas de mitigación); y modelos a escala de los componentes del proyecto.²⁰⁴ Sin embargo, la eficacia de este esfuerzo de difusión de información fue limitada por la carencia de entrenamiento de los OECs' en comunicación intercultural.²⁰⁵

Shell inició la participación pública desde la fase inicial de exploración y de valoración de su proyecto. Durante la base del proceso de consulta para el completo desarrollo de campo, Shell consultó con un aproximado de 30 comunidades nativas en seis reuniones.²⁰⁶ Shell intentó identificar los puntos con la comunidad antes o durante la fase de diseño del proyecto, en vez de luego de haber iniciado sus operaciones.²⁰⁷

Para cuando Shell realizó consultas extensas con la comunidad para la determinación del alcance del proyecto, no estuvo enteramente claro que Shell se hubiera retirado del proyecto si la ayuda de la comunidad no se encontraba próxima.²⁰⁸ Por consiguiente, el consentimiento informado previo en este caso –más que en la facultad de vetar el proyecto– consistió en el poder de imponer condiciones sobre el mismo. Shell formalizó estas condiciones a través de contratos con las comunidades.²⁰⁹

Las consultas incluyeron a líderes del gobierno y a terceros, tales como ONGs nacionales e internacionales, y a instituciones científicas.²¹⁰ Los terceros desempeñaron un papel importante para hacerse una idea so-

bre la situación social y ambiental de Perú, así como una vasta experiencia técnica y científica valiosa.²¹¹ Shell invitó a un número de ONGs para que trabajen en sociedad con la compañía en actividades relacionadas con las comunidades locales. Por ejemplo, firmó un contrato con una red de las organizaciones ambientales nacionales (que consisten en 38 ONGs) para conducir una evaluación independiente del proyecto y para monitorear los procedimientos socio-ambientales y los impactos del proyecto.²¹²

Los terceros eran también instrumentales en el proceso de planeamiento que se centró en ayudar a comunidades locales a manejar su futuro. Los terceros realizaron estudios o diagnósticos de base, sobre los cuales se elaboró el planeamiento del proyecto. Después del estudio de campo, un informe que contenía los resultados y recomendaciones fue llevado a las comunidades para su discusión en talleres organizados para validar los hechos y establecer las prioridades de la comunidad. Los resultados fueron revisados nuevamente por los gobiernos regionales y nacionales para ganar su compromiso con la implementación del proyecto.

Implementación del Proceso

Shell facilitó las inspecciones de ONGs para asegurar que estaba cumpliendo con sus compromisos. Por ejemplo, desarrolló un arreglo con la Red Ambiental Peruana (RAP) para emprender un monitoreo trimestral independiente. Durante cada visita, dos miembros del RAP visitaron a comunidades afectadas, para evaluar mejor las actitudes y preocupaciones. El RAP publicó informes sobre cada visita realizada, los mismos que fueron hechos públicos. Shell acordó encargarse de todos los costos ocasionados por estas visitas de monitoreo y pagaba a RAP una pequeña suma para uso interno.²¹³

PROYECTO MINERO DE TAMBOGRANDE (PERÚ)

Manhattan Minerals Corporation (MMC) comenzó la exploración en el distrito municipal de Tambogrande en la provincia de Piura (Perú) en 1997, encontrando depósitos extensos de cobre, zinc, plata y oro. Desde el inicio, hubo gran oposición al proyecto

El consentimiento informado previo en el caso Camisea - más que en la facultad de vetar el proyecto - consistió en el poder de imponer condiciones sobre el mismo.

204 Ibid.

205 Ibid, p. 16.

206 Ibid, p. 11.

207 Ibid, p. 16.

208 Goldzimer, nota supra 177.

209 May, nota supra 188 p. 38.

210 Ibid, p. 16.

211 Ibid, p. 16.

212 Ibid.

213 IPIECA Estudio de Caso Shell, nota supra 178

214 Stephanie Rousseau y Francois Meloche, Oro y Tierra: Desarrollo Democrático en Juego - informe de la misión de observación del proceso municipal de la con-

de MMC. Muchos residentes locales estaban preocupados de que la mina ocasionara una significativa contaminación ambiental, problemas de salud y daño a la economía agrícola local.²¹⁴ Los planes actuales de la mina desplazarían casi a la mitad de la población de la ciudad (aproximadamente 8.000 residentes) y resultarían en el desmantelamiento de un tercio de hogares de familia, ya que una porción de la mina está localizada directamente debajo de la población.²¹⁵

Los problemas se presentaron desde temprano en el proceso minero, cuando las concesiones mineras fueron otorgadas a MMC por autoridades del gobierno peruano sin haberse consultado a ningún órgano de gobierno local.²¹⁶ El asesinato de uno de los principales opositores a la mina y los informes de que las compañías mineras habían pedido al gobierno peruano que ponga «mano fuerte» frente a las protestas mineras enardecieron aún más la situación.²¹⁷

Opositores locales que representaban diversos intereses organizaron el Frente de Defensa de Tambogrande.²¹⁸ Este grupo consiste en gran parte de individuos que temen que la mina deteriorará la producción agrícola local. El grupo tiene apoyo del alcalde local, de los líderes de la iglesia y de grupos internacionales de defensa.²¹⁹

Para calmar la extensa oposición de grupos locales, MMC inició una serie de acercamientos a las comunidades y de esfuerzos de consulta.²²⁰ En abril de 2001, la compañía anunció que pasaría un año mejorando sus relaciones con la comunidad, y en mayo firmó un acuer-

do para establecer un foro para el diálogo entre interesados directos.²²¹ La compañía también celebró reuniones de reconciliación con grupos locales después de que hubiera protestas violentas contra la mina.²²² Sin embargo, estos esfuerzos eran generalmente fallidos porque los interesados directos de las comunidades locales sentían que la compañía no había brindado información adecuada sobre las consecuencias ambientales y sociales del proyecto.²²³

En respuesta a estos ineficaces esfuerzos de consulta, el 11 de octubre de 2001 el gobierno municipal de Tambogrande adoptó una ordenanza municipal y un acuerdo de consejo en el que se decidió por una consulta municipal (o *consulta vecinal*) para el distrito de Tambogrande.²²⁴ La consulta municipal apuntó a proveer a los ciudadanos de Tambogrande de información sobre el proyecto minero, de una oportunidad de participar en el procedimiento de toma de decisiones mineras y una oportunidad para expresar —a través de un voto comunitario— su posición respecto del proyecto.²²⁵

Cuando el gobierno nacional se dio cuenta de que el municipio buscaba llevar a cabo un voto comunitario como parte de la consulta vecinal, inició su propio diálogo consultivo invitando a 18 representantes de la comunidad a reunirse con el Ministro de Energía y Minas y el Ministro de Agricultura. El proceso estaba pensado para proporcionar apoyo para el estudio de impacto ambiental que estaba siendo elaborado por el gobierno y MMC.²²⁶

Las leyes peruanas requieren a las compañías emplear a terceros para preparar el EIA.²²⁷ Aunque se sugirió que el gobierno proporcionara financiamiento a la comunidad local para conducir una evaluación de impacto independiente, el gobierno decidió tener solamente una revisión independiente del EIA. El EIA había sido preparado por una consultora privada contratada por MMC de acuerdo a la práctica común de ese entonces.²²⁸

El 8 de enero de 2002, el Frente de Defensa de Tambogrande se retiró oficialmente de la discusión, indicando que la última meta del diálogo era la terminación del EIA y la continuación de la propuesta minera, que iba en contra de los objetivos del Frente.²²⁹ Los de-

sulta de Tambogrande en Perú (2002), disponible en <http://www.ichrdd.ca/english/commdoc/publications/demDev/tambograndeReportEng.html> (visitado por última vez el 16 de diciembre de 2002); Perfil de Riesgo de la Lista Roja, Servicio Informativo Financiero De la Amazonía, Perú: Servicio Minero de TamboGrande, enero de 2002, disponible en http://www.redlisted.com/peru_tambogrande.html (visitado por última vez el 10 de Mrz. de 2003) (en adelante «Perfil de riesgo de la Lista Roja: Perú»). Hay una larga historia de los proyectos de mineros en Perú que han excluido a comunidades locales de las ventajas económicas mientras que las dejan con las consecuencias negativas, tales como desplazamiento, contaminación de recursos vitales, y problemas de salud. Vea, e.g., Noticias Mineras, *Comunidades Marchan contra la Industria Minera*, 22 de junio de 2002, disponible en HTML de http://www.theminingnews.org/theminingnews/case_tambo-grande (visitado por última vez el 11 de Marzo de 2003); Negocio Canadiense, *Ciudad del Oro*, 5 de febrero de 2001, disponible en <http://www.charlesmontgomery.ca/tambo.htm> (visitado por última vez el 11 de Marzo de 2003).

215 Noticias Mineras, *Tambogrande suscribe Carta*, disponible en http://www.theminingnews.org/theminingnews/case_tambogrande.html; Perfil de riesgo de la Lista Roja: Perú, *supra* note 214.

216 Rousseau y Meloche, *nota supra* 214.

217 Perfil de riesgo de la Lista Roja: Perú, *nota supra* 214.

218 *Ibid.*

219 *Ibid.*

220 Véase *Relaciones Comunitarias de Manhattan Minerals Corp. — Construyendo una Base para el Crecimiento*, disponible en <http://www.manhattan-min.com/s/CommunityRelations.asp> (detallando los esfuerzos de consulta comunitaria) (visitado por última vez el 30 de enero de 2003).

221 Perfil de riesgo de la Lista Roja: Perú, *supra* note 214.

222 *Ibid.*

223 *Ibid.*

224 Rousseau y Meloche, *nota supra* 214.

225 *Ibid.*

226 *Ibid.*

227 *Ibid.*

228 *Ibid.*

229 *Ibid.*

230 *Ibid.*

231 *Ibid.*

más interesados directos permanecieron en el diálogo.²³⁰

Posteriormente, el gobierno peruano y las autoridades municipales de Tambogrande siguieron caminos separados. El gobierno peruano anunció que la firma empleada para evaluar el proceso del EIA sería aceptable para la sociedad civil de Piura y explicaría su análisis en reuniones y talleres ante los residentes de Piura y de Tambogrande.²³¹ El gobierno precisó que los representantes de la sociedad civil actuarían como observadores del proceso del EIA.²³² Adicionalmente, se llevarían a cabo audiencias públicas para informar al público de los resultados del EIA y la compañía minera estaría en la obligación de contestar de manera suficiente a las críticas hechas durante las audiencias por los ciudadanos o las autoridades del gobierno.²³³

Las autoridades municipales de Tambogrande decidieron continuar con la consulta municipal y el voto comunitario para determinar el futuro de actividades mineras en el área.²³⁴ El 20 de abril de 2002, el municipio adoptó un acuerdo de consejo que fijó el 2 de junio de 2002 como la fecha para el voto municipal.²³⁵ El gobierno peruano expresó su oposición al voto comunitario e indicó que no tendría ninguna fuerza legal en cuanto al conflicto minero.²³⁶ No obstante, las autoridades municipales continuaron con la consulta vecinal el 2 de junio de 2002.²³⁷ Aún cuando la estadística exacta para el acontecimiento varía levemente, el resultado fue la participación del 74 por ciento de la población votante elegible y un abrumador 98 por ciento votó en contra de la mina.²³⁸ Asimismo, se sostuvo un debate entre un biólogo que se opuso al proyecto minero y un representante de la compañía MMC, aunque una estridente muchedumbre produjo una atmósfera que no era lo ideal para un intercambio de puntos de vista.²³⁹ La consulta municipal de Tambogrande fue la primera de su clase en el Perú.²⁴⁰

El gobierno peruano no reconoció la legitimidad del voto de la comunidad y permitió a MMC proceder

232 *Ibíd.*

233 *Ibíd.*

234 *Ibíd.*

235 *Ibíd.*

236 *Ibíd.*

237 *Ibíd.*; John Newcomb, *Prospecto Minero Tela Sobre Granjeros del Norte del Perú*, 29 de mayo de 2002, disponible en <http://csf.colorado.edu/mail/elan/2002/msg00277.html> (visitado por última vez el 16 de Dic. De 2002)

238 Noticias Mineras, *Los Residentes de Tambogrande Votan «No» a la Mina de Oro y Plata propuesta.*, disponible en http://www.theminingnews.org/theminingnews/case_tambogrande.html#No. Pero ver, e.g. Keenan et al., nota *supra* 145 (97% de los votantes en contra la mina); Scott Wilson, *Una Vida vale más que el Oro: Pueblo peruano trata de sacar una Compañía Minera*. Wash. Post, 9 de junio de 2002 (nueve de 10 votantes en contra de la mina).

239 Rousseau y Meloche, nota *supra* 214.

240 *Ibíd.*

con el estudio de impacto ambiental del proyecto minero. La compañía presentó el estudio de impacto ambiental en diciembre de 2002. En enero de 2003, el gobierno peruano le pidió presentar información adicional sobre su estudio de impacto ambiental. El período de 120 días previsto por la ley para aprobar o rechazar el estudio de impacto ambiental fue suspendido hasta que MMC presentara la información en abril de 2003.²⁴¹ Se espera que se lleven a cabo una aproximado de 7 a 10 talleres sobre el EIA en las comunidades de Tambogrande, seguidas por un período de comentarios públicos.²⁴² (Ver Nota del Editor)

Mecanismos para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

Varias preguntas en torno a la legalidad y la legitimidad de las concesiones mineras de MMC, particularmente dentro de las áreas urbanas de Tambogrande, han exacerbado las tensiones que rodeaban el proyecto. MMC indicó que los residentes de la comunidad fueron consultados antes de sus primeras exploraciones en 1997; sin embargo, algunos miembros del consejo municipal de Tambogrande discuten sobre la legitimidad de tales acciones. Estos miembros del consejo demandan que las exploraciones de la compañía comenzaron antes de las consultas y de los acuerdos apropiados y que los acuerdos alcanzados entre la compañía y ciertos terratenientes rurales no eran legítimos porque el consejo no fue correctamente consultado.²⁴³

En mayo de 1999, el gobierno peruano, a través de un Decreto Supremo, concedió a MMC 10 concesiones de derechos mineros en la región de Tambogrande, incluyendo alguno en áreas urbanas y de expansión urbana.²⁴⁴ La Ley 27015 requiere a compañías emprender una consulta con el municipio provincial y el municipio del distrito sobre la viabilidad de las actividades de la exploración en áreas urbanas y de expansión urbana antes de conceder concesiones.²⁴⁵ MMC no consultó con las autoridades municipales de Tambogrande antes de la emisión del decreto presidencial; sin embargo, hasta ese momento, las autoridades no habían terminado los procedimientos administrativos para la identificación de las áreas urbanas y de expansión urbana.²⁴⁶ Las consultas de la compañía con el consejo municipal para comenzar exploraciones en el área comenzaron en mayo

de 2003, disponible en <http://www.bnamericas.com>.

243 Rousseau y Meloche, nota *supra* 214.

244 *Ibíd.*

245 *Ibíd.*

246 *Ibíd.*

241 Powers, nota *supra* 188.

242 Emily Russell, *Tambogrande EIA en Camino*, Business News Americas, 9 de abril

247 *Ibíd.*

248 Decreto Legislativo No. 613 (1991) (Perú).

de 1999. El 18 de noviembre de 1999, el alcalde de Tambogrande autorizó la perforación exploratoria de MMC en el área urbana de Tambogrande a través del Decreto No. 010-99-MDT.²⁴⁷

Para obtener la autorización para las actividades de desarrollo, las leyes de Perú requieren que terceros preparen y presenten una evaluación de impacto ambiental (EIA) y que lo hagan disponible al público.²⁴⁸ Para proyectos de energía y mineros también se requiere una audiencia pública y una notificación previa en un periódico nacional.²⁴⁹ Una división dentro del Ministerio de Agricultura, el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), analiza el EIA y presenta una recomendación no vinculante al Ministerio de Energía y Minas (MEM) referida al impacto sobre los recursos naturales de la acción propuesta.²⁵⁰ El MEM entonces lleva a cabo audiencias públicas sobre el EIA, donde los ciudadanos pueden expresar sus opiniones sobre la propuesta minera.²⁵¹ Los ciudadanos pueden también expresar sus opiniones al MEM por escrito dentro del plazo de dos semanas desde la celebración de las audiencias públicas.²⁵²

En diciembre de 2002, el gobierno peruano anunció nuevos procedimientos para las audiencias públicas sobre estudios de impacto ambiental para proyectos mineros. Estas nuevas reglas requieren consultas con la población local antes de las audiencias públicas, un mejor acceso a las copias de los estudios de impacto ambiental, una mayor participación del ciudadano en las audiencias, incluyendo interpretación de la lengua, y mayores aportes de las autoridades regionales.²⁵³ Aunque estas reglas no estaban en vigencia cuando el EIA de la compañía estaba siendo desarrollado, una cláusula transitoria permitió que estos procedimientos fueran aplicados retroactivamente al proyecto de MMC.

Además de las leyes señaladas anteriormente, los procesos de consulta y acercamiento de Manhattan Minerals Corporation fueron dirigidos por mecanismos extra-legales. La política socio-económica de MMC compromete a la compañía a participar «en el desarrollo social, económico e institucional de las comunidades que rodean el proyecto» y a asegurar «la completa participación e implicación comunitaria en el financiamiento e implementación de las iniciativas de la comunidad.»²⁵⁴

249 Resolución Ministerial No. 335-96-EM/SE, Julio de 1996 (Perú). Véase May, nota supra 188 en 11, fn. 11.

250 Rousseau y Meloche, nota supra 214.

251 *Ibid.*

252 *Ibid.*

253 Powers, nota supra 188.

254 Rousseau y Meloche, nota supra 214.

255 *Ibid.*

El diálogo de la consulta, iniciado por el gobierno peruano (después de tomar conocimiento de la decisión del municipio de emprender un voto comunitario), fue establecido bajo auspicios de la Defensoría del Pueblo.²⁵⁵ El diálogo no fue establecido como un proceso para expresar el consentimiento informado previo de la comunidad al proyecto minero de MMC, sino más bien como foro para discutir algunos temas referidos al proyecto. El retiro del Frente de Defensa de Tambogrande del diálogo proporciona más crédito al argumento de que era, en el mejor de los casos, un proceso consultivo.

La ordenanza municipal N° 012-2001-MDT-C y el acuerdo municipal N° 020-2001-MDT-CM del consejo del 11 de octubre de 2001 crearon la consulta municipal (consulta vecinal) como herramienta para promover la participación del ciudadano en el distrito.²⁵⁶ La siguiente legislación reconoce legalmente la consulta municipal:

- La Ley Orgánica de Municipalidades otorga a la autoridad municipal la responsabilidad en el planeamiento del desarrollo (artículos 62 y 64) y la capacidad de determinar los métodos para aumentar la participación pública en el desarrollo de la comunidad (artículos 10 y 79);²⁵⁷
- La Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos – Ley No. 26300 establece las herramientas para implementar la participación pública a nivel municipal.²⁵⁸

Según las autoridades municipales de Tambogrande, el voto comunitario iniciado por el alcalde también estaba basado en un mecanismo legal legítimo. En 2001, aproximadamente el 75 por ciento de la población votante de Tambogrande (28.000 ciudadanos) firmó una petición circulada por el alcalde que emplazaba el cese de las actividades mineras en la región y el retiro de Manhattan Minerals Corporation.²⁵⁹ Mientras que el congreso peruano y varias instituciones públicas recibieron la petición, el Estado no la reconoció. El 16 de febrero, el consejo municipal acordó por la resolución «hacer cumplir la voluntad de inconformidad de los pobladores en torno a las pretensiones del Gobierno Central de autorizar la explotación minera en el Distrito de Tambogrande»²⁶⁰

El gobierno central de Perú no reconoció la autoridad de la comunidad para rechazar la minería a través

256 *Ibid.*

257 *Ibid.*

258 *Ibid.*

259 *Ibid.*

260 *Ibid.*

261 Newcomb, nota supra 237.

262 Comunicación de email con Rachel Kyte (Corporación Internacional de Finan-

del uso de la consulta vecinal. Así como tampoco, el gobierno encontró significación legal en el voto de la comunidad. De hecho, el gobierno peruano publicó una resolución en febrero de 2002 que indicaba que tales votos son ilegales porque están en conflicto con las leyes (tales como los requisitos de EIA) que disponen el proceso por el cual el desarrollo de depósitos mineros es aprobado.²⁶¹

Finalmente, la consulta vecinal proporcionó los medios para la comunidad de expresar pacífica y formalmente los sentimientos de sus miembros respecto al proyecto minero de MMC. Mientras que no parece haber contravenido ninguna ley que lo hiciera «ilegal» tampoco parece ser un voto legalmente vinculante según lo definido por la ley peruana. Lo que es más, la ley peruana no permite a tales votos locales obstaculizar las decisiones del gobierno nacional. Esto es consistente con la posición del gobierno central —bajo tres gobiernos sucesivos de diversas tendencias políticas— de que las autoridades centrales controlan el proceso de permisos mineros y que las autoridades locales no deben tener el poder al veto minero en sus comunidades.²⁶²

Definiciones Principales

Para el diálogo de consulta con el MEM y el Ministro de Agricultura, la Defensoría del Pueblo en Piura invitó a 18 personas que representarían a la comunidad. Éstos invitados incluyeron al alcalde de Tambogrande y tres líderes del Frente de Defensa de Tambogrande.²⁶³

En el caso del voto de la comunidad, la «comunidad» que era elegible para participar en el mismo incluyó a todos los ciudadanos que se habían registrado para las elecciones del 2001.

Marco para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

Manhattan Minerals Corporation señala que hizo un esfuerzo, en sus consultas iniciales, de proporcionar a las comunidades afectadas los materiales informativos y educativos sobre los impactos de la mina. Difundió información dentro de la comunidad, incluyendo

zas) (en archivo con el autor)

263 Rousseau y Meloche, nota *supra* 214.

264 *Ibid.*

265 *Ibid.*

un boletín informativo mensual, y publicó cartas semanales del presidente de la compañía en los periódicos locales.²⁶⁴ También se organizaron sesiones de información y documentales mineros visuales para el público.²⁶⁵ La compañía pagó un viaje a Chile para algunos líderes de Tambogrande, incluyendo el alcalde y el presidente del Frente de Defensa de Tambogrande, para que observen la coexistencia de la agricultura y de la minería en una mina próxima.²⁶⁶

Sin embargo, el grado en el cual estas acciones diseminaron de manera clara y efectiva la información efectiva sobre los potenciales impactos negativos de la mina es confusa. La información proporcionada se centró en gran parte en los beneficios para la comunidad de la mina y del proceso de la reubicación. Una gran cantidad de miembros de la comunidad y de funcionarios municipales señalaron que no fueron proveídos de información específica sobre los impactos ambientales y sociales de la mina.

Cerca del 75% de la población votante de Tambogrande firmó una petición circulada por el alcalde que emplazaba el cese de las actividades mineras en la región y el retiro de Manhattan Minerals Corporation, pero el Estado decidió desconocerla.

El diálogo de consulta iniciado por el gobierno central ocurrió bajo el patrocinio de la Defensoría del Pueblo. Aunque ésta es altamente respetada entre el público peruano,²⁶⁷ su capacidad y eficacia — particularmente a nivel regional— es limitada debido a la escasez de recursos.²⁶⁸ El gobierno central proporcionó información al público sobre las deci-

siones alcanzadas en el diálogo consultivo a través de una carta al Defensor del Pueblo. En esta carta, el gobierno explicó la propuesta formulada durante el diálogo he hizo un llamado para una mayor participación pública en el proceso del EIA. Sin embargo, los opositores de la mina sintieron que esta propuesta les negó el derecho al consentimiento informado previo limitando los derechos de la comunidad a la simple determinación de condiciones sobre —aunque no a poder vetar— el proyecto minero. El 8 de enero de 2002, el Frente de Defensa de Tambogrande se retiró formalmente del diálogo.²⁶⁹

Durante la consulta municipal, se le informó a la comunidad sobre los temas a través del material difun-

266 *Ibid.*

267 *Ibid.*

268 Comunicación de email con Rachel Kyte (Corporación Internacional de Finanzas) (en archivo con el autor).

269 Rousseau y Meloche, nota *supra* 214.

270 *Ibid.*

271 *Ibid.*

EL PROYECTO MINERO ESQUEL (ARGENTINA)

El 23 de marzo de 2003, los residentes de Esquel – Argentina– votaron en un referéndum no vinculante para determinar el futuro de una mina de oro propuesta por Meridian Gold Inc. Cerca del 75 por ciento de los residentes de Esquel participaron en el referéndum, y aproximadamente 80 por ciento de ellos votaron contra el proyecto minero, el mismo que Meridian Gold Inc. propuso poner en práctica a finales de 2004.

La comunidad ha estado preocupada por los impactos potenciales de la mina en abastecimientos de agua (especialmente por el uso de cianuro), poblaciones de peces, agricultura y la industria local de ecoturismo. La mina propuesta estaría situada cerca de cinco millas de la ciudad de Esquel y a 28 millas del Parque Nacional de Los Alerces, un destino turístico y hogar de especies en peligro.

Inicialmente, Meridian Gold descartó el referéndum, indicando que planeaba continuar con la exploración y el proceso de permiso según lo programado. Sin embargo, los resultados del referéndum aumentaron la presión en oficiales del gobierno local. El Gobernador José Luis Lizurume de la Provincia de Chubut pidió a Meridian Gold parar el trabajo en la mina hasta que se complete un estudio ambiental adicional. Por ello, la compañía contrató a una organización no gubernamental de San Francisco, Business for Social Responsibility, para que le ayude a

comprender mejor las preocupaciones de la comunidad.

Meridian Gold trajo nuevos consultores para reparar su Estudio de Impacto Ambiental (EIA) inicial. El EIA publicado por Meridian Gold fue duramente criticado en un informe por el Dr. Roberto Moran.²⁷⁷ El Dr. Moran indicó que el EIA no sería encontrado aceptable por los reguladores en Europa occidental, América o Canadá. Los nuevos consultores también publicarían un nuevo estudio que determine los impactos potenciales de la mina en las fuentes de agua de la comunidad. Los resultados del estudio serán revisados por el Instituto Nacional del Agua de Argentina. Una audiencia pública está programada para, por lo menos, 30 días después de que el estudio se publique.

Las acciones de Meridian Gold cayeron dramáticamente como resultado de las incertidumbres con respecto a la mina Esquel y la compañía admitió que incurrió en equivocaciones con el proyecto. La compañía cree que fue demasiado impaciente en intentar sacar adelante su proyecto y que debió de haber pasado más tiempo consultando con la comunidad local. La compañía indicó que no continuará con el proyecto a menos que la comunidad cambie su opinión sobre el mismo, pero tiene esperanzas de que sus nuevos esfuerzos construyan el apoyo público para el proyecto.

dido por un grupo de individuos que se oponían a la mina y que fueron registrados colectivamente como el «no» a la campaña.²⁷⁰ Un comité electoral fue establecido para supervisar el voto.²⁷¹ La comunidad votó sobre si se permitía o se prohibía la minería en la región - los términos y las condiciones de aceptación de la mina no fueron tratadas en el proceso de votación.²⁷²

El gobierno nacional y gobierno municipal manejaron diversos acercamientos al proceso del consentimiento informado previo. El gobierno federal se opuso claramente al voto municipal, porque no era un mecanismo legal proporcionado bajo el marco legislativo aplicable para la aprobación o el rechazo de un proyecto minero.²⁷³ Inversamente, el gobierno municipal, al iniciarse el voto de la comunidad, demostró un gran

apoyo al derecho de la comunidad de Tambogrande al consentimiento informado previo.

También hubieron terceros implicados en el proceso del consentimiento informado previo de la comunidad. Desde principios del 2000, un número de ONGs de Piura y Lima formaron el Comité de Soporte Técnico de Tambogrande para proveer al Fondo de Defensa de Tambogrande de herramientas valiosas para sustentar su oposición al proyecto minero.²⁷⁴ ONGs internacionales, sobre todo Oxfam América, proveyó de ayuda financiera, encargó estudios ambientales y llevó a cabo actividades de conocimiento y educación. Un grupo canadiense, Rights & Democracy, envió una misión para observar y supervisar el proceso público de consulta. Oxfam Gran Bretaña proporcionó una ayuda financiera de US \$ 20,000 para llevar a cabo el voto comunitario.²⁷⁵

272 *Ibid.*

273 *Ibid.*

274 *Ibid.*

275 *Ibid.*

276 *Ibid.*

277 El Dr. Moran es un Hidrólogo y Geóquímico que prepare un informe sobre la

Implementación del Proceso

La legislación peruana requirió que el EIA de MMC incluya información sobre los beneficios directos de la mina a las comunidades y la región, las formas de participación del ciudadano y la compensación y otras medidas de mitigación que serían tomadas como resultado de los impactos de la mina en la comunidad y en su ambiente.²⁷⁶ Como ya se señaló anteriormente, la aprobación del EIA se ha suspendido hasta la presentación de la información adicional aplicable.

Puesto que los procesos de consulta discutidos en este estudio de caso todavía no han culminado en un acuerdo entre la compañía minera y la comunidad, no hay acuerdo o proceso a ser implementado. (Ver Nota del Editor).

LA MINA STILLWATER (ESTADOS UNIDOS)

La Stillwater Mining Company (SMC) produce paladio, un metal precioso, en las montañas de Beartooth en el condado de Stillwater, Montana, EE.UU. Esta región es también casa de rancheros, pescadores de la trucha y grandes y ricos terratenientes buscando refugio de las grandes ciudades. Al pasar los años, grupos ambientales y comunidades locales han procurado utilizar muchas herramientas legales tradicionales, incluyendo la participación en el proceso de evaluación de impacto ambiental y demandas civiles, para resolver sus quejas sobre las operaciones mineras de SMC.²⁷⁸ Sin embargo, porque las medidas tradicionales no rindieron resultados, los grupos comenzaron a explorar el uso de una herramienta nueva: el Acuerdo de Buen Vecino. En un Acuerdo de Buen Vecino, la comunidad negocia directamente con la compañía local «para establecer un conjunto de principios y prácticas que gobernarán los aspectos de las actividades económicas de la compañía que afectan en mayor medida a la comunidad.»²⁷⁹ En mayo de 2000, tres grupos locales entraron en un Acuerdo de Buen Vecino con SMC. El acuerdo impone estándares ambientales más rigurosos a SMC que los requeridos por legislación de Montana o la federal, y también contiene provisiones expansivas sobre el acceso del ciudadano a la información y a la participación pública y monitoreo referentes a la mina.²⁸⁰

propuesta minera para Greenpeace Argentina y el Mineral Policy Center. Véase Robert Moran, *Esquel, Argentina: Predicciones y Promesas de un EIA Defectuoso*, (Mar. 2003), disponible en <http://www.mineralpolicy.org/publications/pdf/PredictionsPromisesFINAL.pdf> (visitado por última vez el 18 set. de 2003).

278 Manuel Pulgar-Vidal y Adriana Aurazo, eds., *Mejorando la Participación Ciudadana en el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental en Minería* pp. 137-147 (2003).

279 *Ibid.*, p. 137.

280 *Ibid.*, p. 144.

281 *Ibid.*, p. 145.

282 *Ibid.*, p. 144.

Mecanismos para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

SMC no fue requerida por la ley para negociar un Acuerdo de Buen Vecino. Contrariamente, la decisión de SMC de celebrar el acuerdo provino en parte de la necesidad de proteger su imagen corporativa como compañía socialmente responsable. SMC es una compañía pública y sus inversionistas incluyen fondos mutuos socialmente responsables. Por lo tanto, los precios de sus acciones y su capacidad de atraer a inversionistas eran particularmente sensibles a la crítica pública. Después de que la crítica de las operaciones de SMC fuera publicada en un artículo en el *New York Times*, SMC parecía más dispuesto a negociar el acuerdo.²⁸¹ Por otra parte, en ese momento, SMC también hacía frente a una demanda pendiente de organizaciones locales de la comunidad. La celebración del acuerdo también provino probablemente de la posibilidad de que la demanda pudiera retirarse en intercambio. Las organizaciones de la comunidad de hecho retiraron las demandas a cambio de los compromisos de SMC en el acuerdo.²⁸²

Definiciones Principales

La compañía consultó con tres organizaciones locales: el Consejo de los Recursos de las Llanuras del Norte (CRLLN), la Asociación Protectora de Stillwater (APS) y el Consejo de Recursos de Cottonwood (CRC). El CRLLN es una organización estatal de pueblos con numerosos afiliados locales, incluyendo la APS y el CRC.²⁸³ Varias mujeres participaron en las negociaciones como representantes de organizaciones de la comunidad.²⁸⁴ Estos grupos no pretendieron representar al público en general, pero si iniciaron varios esfuerzos con el resto de la comunidad.

Estas organizaciones tomaron decisiones a través de negociaciones con SMC. Al principio, SMC estaba poco dispuesta a sentarse con los grupos locales, pero cambió eventualmente su curso y apoyó el acuerdo.²⁸⁵ Las negociaciones para el acuerdo comenzaron en mayo y duraron por casi un año.²⁸⁶ El consentimiento de las organizaciones fue expresado a lo largo de las negociaciones, las mismas que condujeron a la firma del acuerdo.

283 *Ibid.*, pp. 139-140.

284 *Ibid.*, p. 143.

285 *Ibid.*, p. 141.

286 *Ibid.*, pp. 141, 143.

287 *Ibid.*, pp. 144-145.

288 *Ibid.*, p. 145.

Marco para el Proceso del Consentimiento Informado Previo

Las organizaciones locales que negociaron el Acuerdo de Buen Vecino tenían una vasta experiencia, educación y acceso a información sobre minería. La APS y el CRC, como miembros del CRLLN, tenían acceso a la experiencia legal, técnica y de defensa del mismo, acumulada por años de organización de comunidades.²⁸⁷ También se beneficiaron de ayuda legal y técnica fuerte del exterior durante las negociaciones, así como de un entrenamiento intensivo de técnicas de negociación llevado a cabo por un experto externo.²⁸⁸

Más aún, mediante el acuerdo, SMC amplió el acceso de los grupos de la comunidad a la información. SMC garantizó el acceso a la información y al aviso de propuestas y de reuniones antes de que se tomen las decisiones finales.²⁸⁹ También prometió divulgar todos los datos, resultados de muestras, estudios, informes, evaluaciones, planes, proyectos, auditorías, transcripciones y otros documentos derivados de o recogidos según los términos del acuerdo.²⁹⁰ Ciertos materiales juzgados confidenciales serían divulgados a un número limitado de representantes designados del consejo.²⁹¹ Adicionalmente, SMC acordó el pago de los costos de varios materiales informativos, para informar sobre los procesos de consulta continuada, monitoreo y revisión previstos según los términos del acuerdo. Por el ejemplo, SMC pagaría los costos de consultores científicos y técnicos independientes que llevarían a cabo auditorías ambientales, una evaluación del plan de recuperación y de vinculación de la compañía, un estudio y plan de monitoreo pesquero, un estudio de línea base de la calidad del agua y un estudio de aguas subterráneas.²⁹²

En este caso, la comunidad intentó ser consultada cuando la mina estaba ya en operación, luego de haberse enterado del plan de la compañía aumentar su producción.²⁹³ Las partes aquí no se oponían a la minería (o necesariamente a su expansión), simplemente deseaban que ésta se practicara de manera ambiental y socialmente responsable.²⁹⁴ En forma correspondiente, el Acuerdo de Buen Vecino garantiza a la comunidad el derecho a la consulta y a la participación en la toma de decisiones

mineras, pero no provee a la comunidad del poder de vetar totalmente un proyecto minero.

Ni los gobiernos federales ni del Estado fueron representados en la mesa de negociación para el Acuerdo de Buen Vecino.²⁹⁵ Las negociaciones no incluyeron a terceros. El acuerdo entre la compañía minera y estos grupos fue formalizado a través de un contrato legalmente vinculante. El acuerdo contiene provisiones para la resolución de conflictos y su consecuente ejecución. Las partes están limitadas a primero negociar en base a la buena fe para resolver conflictos. Si la negociación no consigue resolver el conflicto, las partes pueden hacer cumplir el acuerdo mediante una acción civil en una corte local o pueden someter el conflicto a un arbitraje obligatorio.²⁹⁶

Los términos y condiciones se extienden mientras el acuerdo esté vigente. El acuerdo culminará cuando las operaciones mineras hayan cesado y la compañía haya satisfecho todos los requisitos federales y del Estado para el cierre y recuperación.²⁹⁷

Aunque el acuerdo en sí mismo fue concluido en un proceso a través de una ronda de negociación, prevé la continuación de la consulta comunitaria a través de la participación de la comunidad en el planeamiento y manejo ambiental de la compañía.²⁹⁸

Implementación del Proceso

El acuerdo contiene una variedad de mecanismos que permiten a la comunidad supervisar las operaciones de la compañía e iniciar un diálogo constante respecto de cuestiones clave.²⁹⁹ El acuerdo apoya la creación de comités ciudadanos de vigilancia para establecer un proceso para considerar nuevos asuntos y para supervisar la implementación del acuerdo.³⁰⁰ SMC acordó pagar los costos administrativos y de viajes de los miembros y los consultores del comité, así como los costos del muestreo ciudadano hasta por \$270.000 por los primeros dos años del acuerdo.³⁰¹

Los consejos tienen el derecho de ingresar e inspeccionar las instalaciones de la mina y de conducir el muestreo ciudadano, fotografiar y reunirse con los empleados relevantes de SMC a lo largo de tales inspeccio-

289 Acuerdo del Buen Vecino, May 8, 2000, Sección 1.0(c).

290 *Ibid.*, en Sección 3.0.

291 *Ibid.*

292 Pulgar-Vidal y Aurazo, nota *supra* 278 en 144; Acuerdo del Buen Vecino, nota *supra* 289 en Sección 4.1.

293 Pulgar-Vidal y Aurazo, nota *supra* 278 en 137.

294 *Ibid.*, p. 145.

295 *Ibid.*, p. 139.

296 Acuerdo del Buen Vecino, nota *supra* 289 en Sección 9.

297 *Ibid.*, p. Sección 15.

298 Pulgar-Vidal y Aurazo, nota *supra* 278 en 137.

299 *Ibid.*, p. 137.

300 *Ibid.*, p. 144; Acuerdo del Buen Vecino, nota *supra* 289 en Sección 7.

301 Pulgar-Vidal y Aurazo, nota *supra* 278 p. 144. Acuerdo del Buen Vecino, nota *supra* 289 en Sección 4.3.

302 Acuerdo del Buen Vecino, nota *supra* 289 en Sección 10.

nes. Los consejos están limitados a no más de dos inspecciones por mina por año, y deben terminar cada inspección dentro de un período de tiempo razonable.³⁰²

El acuerdo también impone obligaciones de monitoreo y divulgación a SMC. Por ejemplo, SMC está

obligada a notificar al comité de vigilancia relevante si se excede cualquier nivel del disparador de calidad del agua, y a preparar un horario correctivo que necesita ser aprobado por los grupos de interesados directos identificados.³⁰³

303 Pulgar-Vidal y Aurazo, nota *supra* 278 p. 144.

304 Dentro de los países que han ratificado este tratado están Noruega, México, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Dinamarca, Guate-

ANÁLISIS

Los estudios de caso presentados en la sección precedente detallan variaciones en la conceptualización y práctica del consentimiento informado previo en diversos contextos alrededor del mundo. Dar un paso atrás de los detalles de los estudios de caso individuales y observar el cuadro de manera más general nos permite determinar lo que estos estudios de caso pueden decirnos acumulativamente sobre el derecho de la comunidad al consentimiento informado previo en el contexto minero. ¿Qué podemos aprender de esta información que pueda ser aplicado en otros contextos? Esta revisión analítica proporciona un análisis comparativo de los elementos claves del derecho al consentimiento informado previo presentes en los estudios de caso, destacando los diversos enfoques a estos elementos y el derecho total al consentimiento informado previo y las potenciales ventajas y defectos de estas aproximaciones.

MECANISMOS PARA EL PROCESO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO

Los estudios de caso revelan una gama de diversos mecanismos – tanto legales, como extra-legales – que proporcionan la base para obtener el consentimiento informado previo de una comunidad en el contexto minero. Varios mecanismos legales – tales como la constitución, los estatutos, las regulaciones y tratados celebrados de un país – de hecho incluyen mandatos sobre el consentimiento informado previo y, por lo tanto, han servido como herramientas de gran alcance para grupos comunitarios que buscan una voz en la toma de decisiones mineras. Por otra parte, tales mecanismos legales son un indicador significativo del nivel de importancia que el país da al consentimiento informado previo de una comunidad, y del creciente apoyo para el concepto del consentimiento informado previo a nivel mundial. Resulta interesante que los estudios de caso también revelen que las compañías mineras se hayan comprometido cada vez más con la consulta a las comunidades, incluso cuando no están legalmente requeridas para hacerlo. Muchos de los ejemplos provienen de mecanismos extra-legales, tales como pautas mineras internacionales y nacionales, códigos corporativos de responsabilidad social y ambiental, acuerdos contractuales con la comunidad y votos comunitarios.

MECANISMOS LEGALES

Los mecanismos legales para el consentimiento informado previo toman un número de diversas formas. Una forma de asegurar los derechos de la comunidad es obtener la protección constitucional a través de un sistema judicial. Según lo discutido en el estudio de caso de la Bahía de Voisey, el Tribunal Supremo Canadiense sostuvo que donde los pueblos aborígenes poseen título de sus tierras tradicionales, los gobiernos deben asegurarse de que éstos participen en el desarrollo de los recursos, estén consultadas correctamente y reciban la remuneración justa. Los derechos constitucionales son extremadamente poderosos porque derivan de la ley suprema de la tierra, y por lo tanto no pueden ser eliminados u derogadas por el gobierno. Canadá es el único país en este estudio que proporciona tales derechos a través de la judicatura.

Muchos países tienen estatutos o regulaciones que requieren la consulta de la comunidad en el proceso minero. A diferencia de los derechos constitucionales, los derechos derivados de los estatutos o regulaciones pueden de hecho ser derogadas por acto de un cuerpo legislativo del gobierno. En este estudio, Perú (según lo discutido en los estudios del caso de Camisea y de Tambogrande) y Canadá (según lo discutido en los estudios de caso de la Bahía de Voisey y de Diavik) tienen requisitos estatutarios para la consulta de la comunidad como parte del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Además, Australia ha adoptado un mecanismo estatutario innovador para la consulta de la comunidad, según lo discutido en el estudio de caso de la Ley de Derechos Territoriales Aborígenes. Este estatuto crea un derecho a la consulta de la comunidad que no se arraiga en el proceso de EIA, y es de hecho mucho más extenso. Crea los «Consejos de la Tierra» – cuerpos reconocidos legalmente e integrados por miembros elegidos de la comunidad– para manejar el proceso del consentimiento informado previo. El tener base organizativa tan establecida y legalmente reconocida permite a la comunidad afirmar con mayor eficacia sus derechos. Por otra parte, el estatuto provee a los propietarios aborígenes tradicionales el derecho a consentir las exploraciones en su tierra, lo que incluye el derecho a vetar cualquiera de dichas exploraciones, así como el derecho a negociar acuerdos y los plazos para tal explo-

ración. Es decir, no trata simplemente del derecho «pasivo» a ser consultados como parte de un proceso de EIA, sino de un derecho «activo» para dictar si el desarrollo minero se da o no.

Los tratados internacionales también proporcionan mecanismos legales para los derechos de las comunidades indígenas de ser consultados con respecto a los proyectos de desarrollo que afectan sus tierras y recursos. Por ejemplo, según lo mencionado en el estudio de caso de la Comisión Mundial de Represas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo exhorta a los gobiernos a consultar con los pueblos indígenas y tribales dentro de sus países con respecto los proyectos de desarrollo y a otras actividades que les afectan y establece los criterios para estas consultas. Los países que han ratificado este tratado están legalmente obligados a implementarlo.³⁰⁴ Sin embargo, como agencia intergubernamental, la OIT no tiene ningún poder para hacer cumplir sus normas y debe apoyarse más bien en el diálogo, la presión política, la persuasión y la ayuda financiera para obligar a los países a que cumplan.³⁰⁵ Por lo tanto, aunque técnicamente es legalmente vinculante, este tratado es esencialmente un «tigre de papel» sin ningún verdadero diente para forzar su cumplimiento. Sin embargo, aún así sirve como fuente valiosa de justificación moral y legitimidad para los esfuerzos que promuevan el consentimiento informado previo.

MECANISMOS EXTRA-LEGALES

Los estudios de caso también revelan que las compañías mineras han buscado de vez en cuando el consentimiento de una comunidad incluso cuando no están legalmente requeridas para hacerlo. Un número de factores de motivación podían incitar a una compañía a buscar el consentimiento informado previo de una comunidad a su proyecto. La compañía podría estar actuando en base a un sentido de la responsabilidad o de compromiso a un estándar ético (es decir, un «buen ciudadano corporativo»), o para fomentar una mejor relación con la comunidad y el gobierno locales, prevenir

malestar civil y crear una atmósfera más cómoda para los trabajadores in situ. Una compañía podría también actuar para mantener una imagen pública positiva o para evitar una negativa. También podría reaccionar a las presiones de la comunidad, de la prensa o de sus accionistas. Una combinación de estos factores motiva probablemente la decisión de una compañía para buscar voluntariamente el consentimiento de una comunidad para un proyecto minero.

Aunque técnicamente es legalmente vinculante, este tratado es esencialmente un «tigre de papel» sin ningún verdadero diente para forzar su cumplimiento.

Hay varios tipos de mecanismos extra-legales que apoyan tal consulta voluntaria. Por ejemplo, los lineamientos de la Comisión Mundial de Represas –aunque no legalmente vinculantes y ciertamente polémicos– constituyen un mecanismo extra-legal para el consentimiento informado previo, indican-

do que «todos los países se deben regir por el concepto de consentimiento libre, previo e informado, aún cuando haya sido establecido por ley o no.»³⁰⁶ Igualmente, según lo mencionado en el estudio de caso de la Comisión Mundial de Represas, el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de las Naciones Unidas –aunque todavía no ha sido adoptado– constituye un mecanismo persuasivo para el derecho al consentimiento informado previo. El Proyecto de Declaración indica que los pueblos indígenas pueden requerir a los Estados el obtener su «consentimiento libre e informado antes de la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en conexión con el desarrollo, la utilización o la explotación de minerales, agua o de otros recursos.»³⁰⁷ Adicionalmente, directrices nacionales –tales como aquellas adoptadas por las partes en el estudio de caso de la Iniciativa Minera Canadiense Whitehorse– también constituyen mecanismos extra-legales para el consentimiento informado previo. Finalmente, muchas compañías mineras –tal como en el estudio de caso de Manhattan Minerals en Tambogrande– tienen políticas y códigos de responsabilidad ambiental y social que podrían formar la base para las iniciativas voluntarias de consulta a la comunidad. Aunque todos estos mecanismos son extra-legales en el sentido que son vinculantes y no requieren a la compañía iniciar la consulta a la comunidad, pueden influenciar la acción corporativa.

mala, Los Países Bajos, Ecuador y Fiji. *Introducción al Convenio No. 169 OIT*, disponible en <http://www.ilo.org/public/english/r.../mdtsanjose/indigenou/intro169.htm> (visitado por última vez el 7 de abril de 2003).

305 Véase *Convenio No. 169: Su Naturaleza y Principios Fundamentales*, disponible en <http://www.ilo.org/public/english/employment/strat/poldev/papers/1998/169guide/169guide.htm#C3> (visitado por última vez el 7 de abril de 2003).

306 Comisión Mundial de Represas, nota *supra* 9, p. 219.

307 Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de

las Naciones Unidas -, nota *supra* 8 en Parte VI, Artículo 30.

308 Viviane Weitzner, el North-South Institute, *A través de los Ojos Indígenas: Hacia unos Apropiados Procesos de Toma de Decisiones Referidos a Minería en o Cerca*

Las compañías han utilizado una variedad de mecanismos extra-legales para iniciar consultas con y para obtener el consentimiento informado previo de la comunidad. Varios estudios de caso ilustran el papel potencial de acuerdos contractuales como mecanismos para obtener y formalizar el consentimiento informado previo. Por ejemplo, en el estudio de caso de Stillwater, la compañía consultó con los grupos de la comunidad en el proceso de negociar el «Acuerdo de Buen Vecino.» Aunque el acuerdo sería considerado un mecanismo extra-legal, porque la ley no exigía a la compañía el celebrarlo – éste era un acuerdo legalmente vinculante una vez ejecutado. Los estudios de caso destacan varios otros acuerdos -contratos con la comunidad en el estudio de caso de Camisea, Acuerdos de Participación en el estudio de caso de Diavik, Acuerdos de Beneficios de los Impactos (ABIs) en el estudio de caso de la Bahía de Voisey y de Ekati – siendo éstos diversos nombres para los similares tipos de mecanismos extra-legales usados para consultar con una comunidad y obtener y formalizar su consentimiento informado previo.

Estos mecanismos contractuales tienen una ventaja distinta respecto de las pautas internacionales y nacionales discutidas arriba, y es que son claros, transparentes, reconocidos por el gobierno y, lo que es más importante, son ejecutables en una corte. Sin embargo, pueden haber obstáculos prácticos que limitan la capacidad de una comunidad de hacer cumplir estas provisiones, tales como la carencia de financiamiento, de conocimiento legal, de capacidad para supervisar el cumplimiento o de acceso a la información. Por otra parte, la confianza en la autorregulación corporativa plantea un tema más grande sobre el papel y el deber del estado. ¿Tiene el Estado el deber de proteger a todos sus ciudadanos o puede el estado legítimamente dejar esto a las iniciativas corporativas voluntarias?

Los oficiales del gobierno también han utilizado mecanismos extra-legales para ejercer presión sobre las compañías a ir más allá de lo que puede requerir la ley. Por ejemplo, en el estudio de caso de Ekati, un Ministro Canadiense esencialmente utilizó su autoridad para aprobar la licencia de agua requerida como mecanismo de presión de forzar a la compañía a negociar el Acuerdo Ambiental, el Acuerdo Socio-económico y los Acuerdos de Beneficios de los Impactos con las comunidades afectadas - ninguno de los cuales eran legalmente exigidos. De igual manera, en el estudio de caso de Diavik, las agencias reguladoras canadienses pudieron haber utilizado su autoridad de licencia para ejercer presión sobre la compañía minera para entrar en acuerdos con las comunidades circundantes. Por otra parte, según lo

ilustrado en el estudio de caso de Diavik, aún sin la presión explícita del Estado, las compañías mineras pueden efectuar la consulta pública voluntaria, para evitar el potencial retraso asociado con los requisitos reguladores más severos sobre consultas públicas que se les puede imponer más adelante en el proceso.

El estudio de caso de Tambogrande proporciona uno de los ejemplos más interesantes y más innovadores del uso por parte del gobierno local de un mecanismo «extra-legal» para publicitar y promover el derecho de la comunidad al consentimiento informado previo. En este caso, el municipio de Tambogrande sostuvo un voto comunitario sobre si la mina debía ser desarrollada o no y una abrumadora mayoría de residentes votaron contra la mina. Aunque el municipio cree que se basó en un mecanismo legal legítimo para someter el asunto al voto comunitario, el gobierno nacional no ha reconocido el mismo como legalmente autorizado o vinculante. Aún si el voto de la comunidad no conlleva ningún peso legal, ha servido como un poderoso mecanismo extra-legal para la consulta a la comunidad, permitiendo que las comunidades expresen su voz y que generen el apoyo público para su derecho al consentimiento informado previo.

DERECHOS DERIVADOS DE TÍTULOS DE TIERRA

Los títulos de tierra son un determinante clave de la capacidad de un grupo de la comunidad para afirmar con éxito su derecho a expresar su consentimiento informado previo frente a un proyecto. Según lo documentado en un estudio de campo reciente, los pueblos indígenas sin título de tierra hacen frente a mayores dificultades que aquellos con título de tierra para participar en consultas sobre el desarrollo minero.³⁰⁸ Por otra parte, tener «una base de tierra reconocida» muy probablemente permita a los pueblos indígenas entrar en negociaciones con un «pie más fuerte.»³⁰⁹

Además de proporcionar un mayor poder de negociación, el título de tierra es también la base para ciertos tipos de mecanismos legales para las consultas y el consentimiento informado previo. Por ejemplo, según lo discutido en los estudios de caso de la Bahía de Voisey y de Ekati, Canadá proporciona un derecho constitucional a la consulta de la comunidad para las poblaciones indígenas con título sobre su tierra tradicional. De igual forma, la Ley de Derechos Territoriales Aboríge-

de Tierras Ancestrales. 2002, p. 33.

309 *Ibid.*, p. 25

310 Comunicación de email con Rachel Kyte (Corporación Internacional de Finanzas) y Martin Scurrah (Oxfam América) (en archivo con el autor)

nes de Australia otorga a los terratenientes aborígenes tradicionales el derecho de consentir a las exploraciones en su tierra. La Ley también amplía perceptiblemente el título de tierra indígena, consolidando así la cobertura de este derecho.

Varios estudios de caso demuestran de manera interesante que incluso el potencial título de tierra puede realzar la influencia de la comunidad en decisiones relacionadas con minería. En el estudio de caso de la Bahía de Voisey, la comunidad citó sus demandas territoriales sin resolver en el área a ser explotada como mecanismos para su derecho a consentir al proyecto minero. En última instancia, las comunidades tuvieron la capacidad de influenciar al celebrar consultas y negociaciones con la compañía minera, un MOU en el proceso de la evaluación de impacto ambiental, un acuerdo de manejo ambiental, arreglos interinos sobre los derechos territoriales y ABIs individuales. Asimismo, en el estudio de caso de Ekati, el hecho de que la comunidad tenía derechos de tierra pendientes pudo haber sido un factor en la decisión del ministro para requerir la negociación de ABIs como condición para el consentimiento para emitir la licencia de agua. En ambos casos, porque las comunidades tenían título potencial a la tierra en trámite, ellas pudieron más persuasiva y poderosamente ejercer sus derechos a la consulta y a la participación.

Desafortunadamente sin embargo, el título de tierras en países en vías de desarrollo no está a menudo claro y, en el caso de pueblos indígenas, puede no respetar la propiedad tradicional del terreno. Por otra parte, los gobiernos pueden carecer de tiempo y recursos para clarificar títulos de tierra cuando se propone un proyecto minero. Como resultado de ello, los proyectos mineros a menudo siguen adelante sin clarificar los asuntos subyacentes al título de tierra, negando así a las comunidades afectadas la potencial afirmación de su derecho a consentir.³¹⁰

DEFINICIONES PRINCIPALES

Explorar las definiciones de tres conceptos claves implicados en el derecho al consentimiento informado previo —«comunidad», «consentimiento» y «procesos de toma de decisiones»— es crítico para la comprensión y práctica de este derecho. La siguiente discusión analiza la gama de definiciones dadas a estos conceptos en los estudios de caso.

COMUNIDAD

En examinar cómo definen a la «comunidad» en el contexto del consentimiento informado previo, los estudios de caso examinaron: ¿Quién es la comunidad? ¿Cómo se define el alcance geográfico, étnico u otro de la comunidad? ¿Quién representa legítimamente a la comunidad? ¿Basta con representantes de organizaciones locales de la comunidad o es necesario alcanzar grupos más diversos, tales como las mujeres, para asegurarse de que todos los elementos sean consultados?

La definición de comunidad adoptada o manifestada por la práctica actual en un caso particular delinea el universo de interesados directos con derecho a participar en el proceso del consentimiento informado previo. Este universo debe ser bastante extenso e incluir a todas las partes relevantes e interesadas, «para promover equidad y evitar futuros conflictos resultantes de la falta de inclusión.»³¹¹ Una vez que se sepa quién es incluido dentro de la definición de una comunidad, las partes afectadas podrán identificar mejor quién debe ser consultado.

Definir a la comunidad e identificar representantes legítimos es particularmente desafiante cuando la comunidad afectada contiene elementos diversos con diferentes demandas y necesidades y variadas habilidades para expresar sus voces. Por ejemplo, las mujeres en la comunidad, que a menudo hacen frente a impactos negativos desproporcionados del desarrollo minero,³¹² pueden tener una voz más débil y pueden no ser representadas en organizaciones de la comunidad. Las pautas de la Comisión Mundial de Represas reconocen específicamente la importancia de involucrar a las mujeres y a otros grupos vulnerables en el proceso de toma de decisiones.

La negociación de acuerdos con los representantes de la comunidad o cuerpos de interesados directos pueden ser medios legítimos de obtener el consentimiento informado previo de la comunidad — en tanto que los individuos o las organizaciones sean representantes de la comunidad en su totalidad. El estudio de caso de

en comunidades mineras, en tanto muchos países prohíben el trabajo de las mujeres en las minas; erosión del estado y del papel de las mujeres en la producción de la subsistencia mientras la comunidad va cambiando una economía de caja; mayores impactos de los daños ambientales, ya que las mujeres son a menudo responsables de la agricultura de la subsistencia; la pérdida de ayuda en la agricultura ya que los hombres van a las minas a trabajar; y mayor tensión en la vida de familia ya que los hombres van a minas lejanas a trabajar y dejan a las mujeres para mantener la casa. Véase Instituto Internacional para el Ambiente y el Desarrollo y Consejo Mundial de Negocio para el Desarrollo Sostenible, *Rompiendo Nuevo Suelo: Explotación Minera, Minerales, y Desarrollo Sostenible*, 2002, (en adelante «MMSD») p. 206.

311 Véase Sweeting y Clark, nota *supra* 1 p. 51.

312 Estos impactos pueden incluir: pocas oportunidades de trabajo para las mujeres

313 Esta estadística se calcula basada en la siguiente información del Estudio de Caso de Tambogrande: 74 por ciento de la población de la votación elegible utilizaron

Camisea proporciona un ejemplo de los esfuerzos de una compañía de extracción de recursos de incluir diversos intereses de la comunidad en el proceso del consentimiento informado previo. En este caso, Shell condujo un estudio de identificación de interesados directos, con el cual identificó y consultó con más de 200 organizaciones que representan una variedad de intereses. Por otra parte, Shell no limitó sus esfuerzos a estas organizaciones, sino que además realizó acercamientos directos extensos con las comunidades, proporcionando oportunidades para la consulta de las mujeres y de otros que pudieron no haber sido representados en las organizaciones de la comunidad.

El consentimiento se debe definir de una manera que asegure que el acuerdo es representativo de las comunidades afectadas y sus facciones.

La necesidad de asegurarse de que todos los elementos de una comunidad sean apropiadamente tomados en cuenta es particularmente importante cuando el acuerdo resultante afectará a más de una localidad. La Comisión Mundial de Represas ha reconocido implícitamente la legitimidad del consentimiento representativo, indicando que los interesados directos deben negociar acuerdos sobre el desarrollo de los recursos agua y energía, a través de cuerpos representativos de interesados directos. Sin embargo, se deben tomar precauciones especiales para asegurarse de que la industria no exprese un favoritismo en el proceso de selección de representantes de la comunidad, por ejemplo, consultando solamente con los grupos políticos y económicos de gran poder los que no hacen caso de las voces de otros.

El Consejo de Tierra del Norte, establecido bajo la Ley de Derechos Territoriales Aborígenes, proporciona un ejemplo de tales aseguramientos, al establecer específicamente cinco posiciones del Consejo para las Mujeres. Comparemos esto con el proceso de selección para los representantes aborígenes que participaron en el proceso consultivo para crear las pautas mineras nacionales en la Iniciativa Minera Whitehorse (IMW). En este caso, no había aseguramiento que el proceso de selección ad hoc del anuncio daría lugar a que los participantes aborígenes representaran efectivamente a la comunidad aborígen en Canadá.

CONSENTIMIENTO

Los estudios de caso presentaron una gama de mecanismos para determinar el consentimiento de la comunidad, incluyendo algunos ejemplos de consulta directa a la comunidad con un voto comunitario. La representación directa a través de la votación es una de

las maneras más eficaces de asegurarse de que cada miembro de la comunidad tiene voz en el proceso de proporcionar consentimiento legítimo. Sin embargo, incluso la representación directa requiere la difícil determinación de qué constituye «consentimiento.» En otras palabras, ¿cuánto de la comunidad debe estar de acuerdo para constituir consentimiento?

En el estudio de caso de Tambogrande, se permitió a todos los ciudadanos del municipio que se habían registrado para las elecciones del 2001 participar en el voto de la comunidad. Aproximadamente 74 por ciento de la población elegible votó, y cerca del 72.5 por ciento de

ellos votaron contra la mina.³¹³ En un similar caso, muy reciente, 60 por ciento de los residentes de Esquel, Argentina, votaron en contra del desarrollo de una mina de oro.³¹⁴ En Voisey, todos los miembros de la Asociación Inuit de Labrador (AIL) y las tribus de la nación de Innu votaron sobre si aprobaban o no los acuerdos de beneficios del impacto (ABIs) que sus representantes habían negociado con la compañía minera. Finalmente, 82 por ciento de los miembros de la AIL y 68 por ciento de los miembros de Innu votaron por aprobar los ABIs.

En todos los estudios de caso, el consentimiento informado previo de una comunidad no fue definido como consenso absoluto. En vez de ello, el consentimiento (o la carencia del consentimiento) fue expresado por una mayoría significativa de gente de la comunidad – lo que se juzgó suficiente para constituir expresión del consentimiento informado previo. Si los números hubieran sido más cercanos –teniendo solamente al 50 por ciento de gente para expresar su consentimiento, por ejemplo– la determinación habría sido más difícil.

Cuando la comunidad no es directamente consultada, y en su lugar se consulta con sus representantes o las organizaciones de la comunidad, es incluso más duro definir el umbral para el consentimiento. ¿Todos los representantes o las organizaciones de la comunidad necesitan estar de acuerdo? Si no, ¿cuáles y cuántos, de

una balota en el voto comunitario, y a 98 por ciento de la población votó contra la mina.

314 Esta estadística se calcula basada en la siguiente información: 75 por ciento de los residentes de Esquel participaron en el voto, y 80 por ciento de ellos votaron contra el desarrollo de la mina. Lynne Oliver, *Oro Meridiano del 9%*, *Residentes de Esquel Votan contra la Mina*, Diario de Wall Street, 24 de Mrz. de 2003, disponible en http://online.wsj.com/article/0,BT_CO_20030324_004612,00.html?mod=COMPANY (visitado por última vez el 24 de Mrz. de 2003).

315 Goldzimer, nota *supra* 177.

316 Véase Weitzner, nota *supra* 308 p. 31.

ben estar de acuerdo? Tal como sugiere Goldzimer, no existe un único estándar que sería apropiado en todos los casos.³¹⁵ Así como en el caso de definir a la comunidad que se consultará, el consentimiento se debe definir de una manera que asegure que el acuerdo es representativo de las comunidades afectadas y sus facciones.

PROCESO DE TOMA DE DECISIONES

Los procesos consultivos son la suma de las técnicas usadas por las compañías y gobiernos para involucrar a la comunidad sobre el potencial de un proyecto minero, para educarla sobre las consecuencias del proyecto y para determinar su posición respecto a los asuntos. Los procesos consultivos se dan con frecuencia con conflictos y controversias, puesto que a menudo no se alinean con los procesos de toma de decisiones tradicionales usados por las sociedades indígenas. El proceso de toma de decisiones es clave para la eficacia del proceso del consentimiento informado previo y es discutido de manera más completa en la sección de abajo «Marco para el Proceso del Consentimiento Informado Previo.»

Los procesos consultivos a menudo pueden debilitar y fragmentar comunidades, particularmente a través de las tácticas «divide y vencerás» utilizadas por algunas compañías.³¹⁶ Lo que es más, los procesos consultivos sustituyen a menudo los mecanismos tradicionales de toma de decisiones por formas menos cohesivas de toma de decisión, exacerbando así el problema de fragmentación de la comunidad.³¹⁷ Sin embargo, varios de los estudios de caso revelan esfuerzos realizados por la industria o el gobierno de consolidar los procesos de toma de decisiones de la comunidad y, de tal modo, reducen al mínimo el potencial destructivo del proceso de consulta.

El estudio de caso de la Bahía de Voisey ofrece un mecanismo único a través del cual la comunidad actúa por sí misma para determinar y para articular sus necesidades y demandas de una manera cohesiva e introspectiva. En este caso, la comunidad Innu, cuando primero se enfrentó con las perspectivas del desarrollo minero en su tierra, no esperó simplemente a ser consultada. Mas bien, la comunidad estableció su propio destacamento de fuerzas para formular su posición respecto al desarrollo minero. Este destacamento de fuerzas sirvió como foro para que la comunidad discuta las aplicaciones mineras en las tierras Innu, el potencial para

las oportunidades de desarrollo económico, la probable degradación ambiental y la ausencia de un acuerdo sobre los derechos de la tierra. El destacamento de fuerzas condujo a la producción de un informe que proporcionó un mandato claro para los líderes de confrontar el desarrollo minero. El informe indicó que el pueblo Innu no consentiría al desarrollo minero sin un ABI, una evaluación ambiental y un acuerdo sobre las demandas de tierra.

El estudio de caso de Camisea también proporciona un ejemplo de esfuerzos para comprometer y consolidar – más que sustituir– las estructuras tradicionales de toma de decisiones. En este caso, Shell trabajó de cerca con las federaciones indígenas, donde la toma de decisiones refleja la toma de decisiones tradicional en las comunidades nativas. Shell también dio pasos - tales como abastecimiento de las notas de la reunión, abastecimiento de computadoras portátiles e impresoras, una radio de dos vías y el combustible del barco - para mejorar la comunicación entre los funcionarios de la federación y las comunidades nativas.

Aunque no involucra procesos tradicionales de toma de decisiones, la Ley de Derechos Territoriales Aborígenes crea entidades innovadoras para ayudar a las comunidades indígenas a expresar sus demandas de una manera unificada y cohesiva. La ley crea cuatro Consejos de la Tierra para identificar y para representar los intereses de las comunidades. Los Consejos de la Tierra consultan con la comunidad, negocian en su nombre y manejan el proceso del consentimiento informado previo. Puesto que los Consejos de la Tierra consisten en miembros de la comunidad que son elegidos directamente por la comunidad, la comunidad puede ver las decisiones de Consejo como más legítima que la de un líder de la comunidad o grupos que sean seleccionados por la industria para representar las opiniones de la comunidad. Adicionalmente, los Consejos de la Tierra pueden actuar como vigilantes en las técnicas «divide y vencerás», puesto que se requiere que el Consejo tome en cuenta la decisión de la comunidad en su totalidad para asegurarse de que se está siguiendo el debido proceso, y puede rechazar la decisión si es irrazonable.

ASPECTOS PROCESALES DEL PROCESO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO

ACCESO A LA INFORMACIÓN

Muchas comunidades carecen de información y educación suficientes para permitirles participar con eficacia en los procesos del consentimiento informado

317 Véase *Ibíd.*, p.30.

318 Véase la *Ibíd.*, p. 29. Vea también MMSD, nota supra 312 en 224 (observando que «el sobreeso de la lengua técnica puede formar una barrera inmediata a la

previo. A menudo, las comunidades no tienen ninguna experiencia con proyectos mineros a gran escala, y por lo tanto no pueden utilizar su propia base de conocimiento experimental. Pueden carecer de acceso a la información del proyecto e incluso, cuando se proporciona tal información, ésta puede ser confusa, altamente técnica o no traducida a la lengua local. También pueden carecer de ciertos tipos de información, tales como el valor económico de recursos o de los impactos a corto, mediano y largo plazo del proceso minero, lo que los pone en desventaja en el proceso de negociación.³¹⁸ Estas vallas informativas deben superarse en orden a que las comunidades puedan participar equitativamente.

Según lo discutido en el estudio de caso, los lineamientos de la Comisión Mundial de Represas reconocen esta necesidad, indicando que el acceso a la información y al apoyo legal y otro tipo de ayuda debe estar disponible para todos los interesados directos, particularmente los pueblos indígenas y tribales, mujeres y otros grupos vulnerables, para permitir su participación informada en los procesos de toma de decisiones.

El estudio de caso de Camisea representa un esfuerzo extenso en mejorar el acceso a la información de la comunidad. En este caso, Shell diseminó materiales escritos bilingües relevantes a los interesados directos, creó un web site —regularmente actualizado— del proyecto y sostuvo una serie de talleres participativos. También comunicó la información directamente a las comunidades, a través de sus Oficiales de Enlace con la Comunidad de Shell (OECs). Los OECs destilaban la información en una forma más simple para la presentación a las comunidades, usando las herramientas innovadoras de entrenamiento tales como pequeñas notas, carteles, videos, cuadros y modelos a la escala. Este estudio de caso destaca algunos de los mecanismos que se pueden utilizar para tender un puente sobre el vacío de la información. Sin embargo, debido a que el impacto de estos esfuerzos fue algo limitado por la falta de los OECs' de entrenamiento intercultural, el estudio de caso también señala la importancia del entrenamiento y de la sensibilización cultural en los esfuerzos de difusión de la información.

El momento de proporcionar el acceso a la información es crítico. En contraste con el estudio de caso de Camisea, los esfuerzos educativos en Ekati emergieron solamente después que los acuerdos negociados

estaban ya en vigencia. En el estudio de caso de Ekati, no había esfuerzos especiales para educar a las comunidades sobre los impactos mineros y los derechos de las comunidades durante el período de negociación para los diversos acuerdos.

Los estudios de caso también proporcionan buenos ejemplos de cómo las comunidades pueden utilizar acuerdos negociados para aumentar su acceso a la información. En el caso de Ekati, la comunidad podía crear, con el Acuerdo Ambiental, una Agencia de Monitoreo Ambiental independiente, la misma que ha realizado la educación de las comunidades afectadas en temas mineros con un web site, un boletín de noticias y reuniones. Asimismo, en el estudio de caso de Stillwater, el Acuerdo de Buen Vecino permitió que la comunidad asegurara el acceso a datos y a documentos claves que les permitirían mejorar el monitoreo y hacer cumplir el acuerdo.

Los estudios de caso también destacan varios ejemplos del derecho al consentimiento informado previo siendo fundamentalmente socavado como resultado de la carencia de acceso a la información. Por ejemplo, mientras que la Ley sobre Derechos Territoriales Aborígenes es uno de los pocos ejemplos del derecho a vetar un proyecto minero, es difícil para los Aborígenes ejercitar el mismo, porque la Ley les niega el acceso a la información necesaria. Los requisitos informativos para las propuestas de exploración son bastante mínimos e incluso no requieren a las compañías especificar qué minerales están buscando. Además, en el estudio de caso de Diavik, las comunidades carecieron de información geológica, técnica, comercial y organizativa necesaria, planteándose un obstáculo significativo a la construcción de acuerdos justos.

Es también importante considerar la naturaleza de la información que se está diseminando. Incluso cuando la compañía minera realiza esfuerzos educativos o informativos, la información proporcionada puede siempre no ser equilibrada o efectiva y puede inclinarse injustamente hacia los intereses mineros. Por ejemplo, en el estudio de caso de Tambogrande, Manhattan Minerals Corporation alegó que proporcionó la información sobre los impactos de la mina a las comunidades afectadas. Demandó haber arreglado para que los líderes de Tambogrande visiten un sitio de la mina, haber diseminado un boletín informativo mensual, materiales informativos publicados en el periódico, sesiones organizadas informativas y documentales mineros defendidos para el público. Sin embargo, la información que fue proporcionada se centró en gran parte en las ventajas de la mina para la comunidad y en el proceso de

comunicación,» y que «la disponibilidad de transporte, cuidado de niño, y la sincronización y la localización de reuniones es también críticamente importante para permitir a una sección representativa de la comunidad participar»).

319 Comisión Mundial de Represas, nota *supra* 9, p. 216.

320 Informe Final del Acuerdo, nota *supra* 66 p. 27.

reubicación. Muchos miembros de la comunidad y funcionarios municipales demandaron que no se les había proporcionado información específica sobre los impactos ambientales y sociales de la mina. En este caso, ONGs –y en un menor grado, el gobierno central– se involucraron para llenar el vacío. Las ONGs nacionales e internacionales realizaron extensas actividades de conocimiento y de educación relacionadas con el voto comunitario. Antes del voto, el gobierno central inició su propio diálogo de consulta con la comunidad, y proporcionó información al público respecto de las decisiones tomadas en el diálogo.

MOMENTO DE LA CONSULTA

Tanto las pautas mineras internacionales como las nacionales han reconocido la importancia de incluir a las comunidades en procesos de planeamiento del proyecto desde el comienzo de un proyecto minero. Según los lineamientos de la Comisión Mundial de Represas, los interesados directos deben participar completamente en «todos los acuerdos negociados a través del proceso, desde las opciones de evaluación hasta la implementación, operación y monitoreo finales.»³¹⁹

De igual manera, las pautas de la Iniciativa Minera Whitehorse señalan que la consulta con las comunidades aborígenes debe ocurrir «en todas las fases» del proceso minero.³²⁰ La Iniciativa Minera Whitehorse es un buen ejemplo de una consulta de la comunidad llevada a cabo por el gobierno en una etapa inicial. En este caso, los funcionarios obtuvieron las opiniones de los miembros de la comunidad en el desarrollo de una política mineral nacional, no en el contexto de un proyecto minero real.

Los varios estudios de caso confirman las numerosas razones por las que la consulta y la inclusión tempranas son críticas para permitir a la comunidad actuar como socios genuinos en el proceso. Primero, la consulta temprana es necesaria en orden a que la comunidad pueda ejercitar cualquier aporte significativo sobre si el proyecto es o no de hecho desarrollado. En segundo lugar, la consulta temprana permite que las preocupaciones de la comunidad sean incorporadas sobre una base oportuna en el diseño del proyecto. Tales modifi-

caciones pueden ser difíciles de hacer una vez que un proyecto esté en curso. En el caso de Camisea, Shell intentó identificar temas con la comunidad antes o durante de la fase de diseño, más que después del comienzo de operaciones. Esto permitió a Shell modificar el diseño del proyecto para tratar las preocupaciones de la comunidad relacionadas con la construcción de vías de acceso. El diseño revisado optó en cambio por basarse solamente en el transporte por helicóptero y por río para entregar suministros. Las consultas que tratan las preocupaciones de la comunidad desde temprano en el proceso tienen más posibilidad de generar el apoyo de la comunidad para el proyecto.³²¹

En contraste, la carencia de la inclusión en las etapas iniciales del proceso probablemente gene-

re resentimiento, desconfianza y la resistencia de la comunidad al proyecto. En el estudio de caso de Tambogrande, Manhattan Minerals Corporation no realizó ningún esfuerzo verdadero de consulta hasta que la exploración estaba completa y ya había recibido una concesión minera del gobierno central. La carencia de inclusión de la comunidad en el proceso generó una dura oposición al proyecto y condujo a la comunidad a crear su propio proceso de consulta implementado mediante el voto comunitario.

En suma, es vital que una comunidad esté implicada desde temprano en la concepción de un proyecto para fijar una agenda apropiada para el proceso de consulta. El estudio de caso de Tambogrande es ilustrativo. Allí, los esfuerzos informativos de la compañía se centraron sobre todo en la reubicación de residentes, mientras que las preocupaciones de la comunidad con respecto al efecto del proyecto minero sobre la economía agrícola local fueron dejadas de lado en gran parte. Así, es crucial que consulten a las comunidades afectadas desde temprano y a menudo, de modo que el foco de esfuerzos posteriores de consulta puedan tratar correctamente las prioridades ambientales, sociales, y económicas del residente local.

ALCANCE DEL DERECHO COMUNITARIO

Este punto apunta a la base de la discusión sobre el derecho de una comunidad al consentimiento informado previo – ¿qué conlleva exactamente este derecho?

Las consultas que tratan las preocupaciones de la comunidad desde temprano en el proceso tienen más posibilidad de generar el apoyo de la comunidad para el proyecto.

321 Goldzimer, nota supra 177.

322 Véase MMSD, nota supra 312 en 224 (observando que «actualmente uno de las áreas más grandes para el discusión es el punto hasta el cual la consulta

¿Una comunidad tiene derecho a vetar totalmente el desarrollo minero en su tierra, o puede solamente fijar los términos y condiciones para su implementación? ¿Qué grado de toma de decisión compartida implica realmente este derecho?³²²

Los estudios de caso revelan variedad enorme en el alcance del derecho comunitario a consentir. Mientras que algunas comunidades han afirmado o aún han acordado el derecho a vetar totalmente un proyecto minero sobre su tierra, en la práctica este derecho es reconocido raramente por gobiernos nacionales o compañías mineras.³²³ Más aún, según lo reflejado en los estudios de caso, se permite a la comunidad simplemente participar en discusiones con respecto a cómo manejar los impactos y beneficios de un proyecto. Internacionalmente, el reconocimiento y la promoción del derecho al consentimiento informado previo en el informe de la Comisión Mundial de Represas y en el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas confirman la presión cada vez mayor para el reconocimiento de tal derecho en el nivel nacional.

De todos los estudios de caso, solamente en el caso de la Ley sobre Derechos Territoriales Aborígenes un gobierno nacional reconoce el derecho de una comunidad a vetar un proyecto minero sobre sus tierras. En todos los demás estudios de caso, solamente fue reconocido el derecho a ser consultado o a determinar las condiciones para el desarrollo. Según lo observado en el estudio de caso, las comunidades aborígenes han ejercitado con frecuencia este derecho, habiendo vetado por lo menos 122 solicitudes de licencia de exploración en los últimos 20 años.

Incluso si el derecho al veto no se reconoce explícitamente, las comunidades aún han demandado dicho derecho. Por ejemplo, en el estudio de caso de la Bahía de Voisey, la AIL y los Innu reclamaron que su consentimiento fuera requerido antes de que el proyecto continuara. Sin embargo, el Tribunal Supremo Canadiense reconoció solamente un derecho de ser consultado, no el derecho a vetar un proyecto. En este caso, las comunidades dieron de hecho su consentimiento al proyecto, así que no está claro si la compañía o el gobierno habría respetado el autoproclamado derecho de las comunidades a vetar el proyecto. En el estudio de caso de Tambogrande, la comunidad procuró afirmar su dere-

implica un cierto grado de toma de decisión compartida»).

323 Véase, e.g., la *Ibid.* (observando que «mientras que las compañías mineras reconocen cada vez más que las comunidades y los ONGs deben estar implicados en definir medidas de mitigación o proyectos de desarrollo social, el compartir la toma de decisiones en temas de manejo de base no se acepta fácilmente.»)

324 Business News Americas, *Meridian Detener Trabajos en Esquel – Argentina*, 23 de Mar., 2003.

cho a vetar el proyecto a través del proceso del voto comunitario. Sin embargo, el gobierno nacional negó la legalidad del mismo y no ha reconocido el derecho de la comunidad a vetar un proyecto minero sobre su tierra. En un caso similar subsiguiente, la comunidad de Esquel, en Argentina, afirmó su derecho a vetar el desarrollo de una mina de oro con un voto no vinculante en el cual los residentes votaron de forma aplastante contra la mina. En respuesta, el gobernador provincial ordenó a la compañía minera detener el trabajo hasta que finalice la audiencia pública de evaluación de impacto ambiental del proyecto.³²⁴

En la mayoría de los estudios de caso, el alcance del derecho de la comunidad fue limitado a la participación en la determinación de las condiciones para el desarrollo del proyecto. En algunos casos, la comunidad ejercitó su derecho con la participación en procesos regulatorios, por ejemplo, definiendo cómo el EIA mediría los impactos del proyecto en el estudio de caso de Ekati o participando en las audiencias de licencia de agua en el estudio de caso de la Bahía de Voisey. Las comunidades podían también participar en la negociación de acuerdos entre el gobierno y la industria (i.e., el Acuerdo Ambiental en el estudio de caso de Ekati). En la mayoría de los estudios de caso, sin embargo, el alcance del derecho de la comunidad fue limitado al derecho a negociar un acuerdo directamente con la compañía sobre los términos de la explotación minera y las ventajas a la comunidad. Por ejemplo, en los estudios de caso de la Bahía de Voisey y de Ekati, la comunidad negoció Acuerdos de Beneficios de los Impactos con la compañía. De igual manera, en el caso Stillwater, varios los grupos comunitarios negociaron un Acuerdo de Buen Vecino para salvaguardar intereses locales. En muchos de estos casos, el derecho de la comunidad incluyó el derecho de monitorear estos acuerdos a través de la participación en los cuerpos de monitoreo creados en el acuerdo.

PLAZOS Y LOCALIZACIÓN PARA LAS CONSULTAS

Los plazos y la localización para las consultas pueden ser determinantes claves de la capacidad de una comunidad para participar con eficacia en el proceso del consentimiento informado previo. Según lo revelado en un estudio reciente, la mayoría de las consultas sufren de plazos cortos inadecuados, dejando a las comunidades con la sensación de que no había suficiente tiempo para explorar y entender las implicancias del

325 Weitzner, nota *supra* 308 p. 29.

proyecto.³²⁵ Por otra parte, si las consultas se llevan a cabo en localizaciones inaccesibles o distantes, los miembros de la comunidad no van a poder participar, debido a la carencia de financiamiento o a la incapacidad para viajar.

Las pautas de la Comisión Mundial de Represas reconocen explícitamente la necesidad de un plazo extendido para las negociaciones, indicando que las comunidades necesitan tiempo suficiente para examinar propuestas y para consultar entre ellos mismos. En la mayoría de los estudios de caso repasados, parece no haberse presentado ningún problema evidente con los plazos para la consulta. Es, sin embargo, interesante observar que la Ley de Derechos Territoriales Aborígenes provee al Ministro de Hacienda de autoridad para aumentar el período prescrito de 12 meses para la consulta en caso sea necesario, y que este mecanismo haya sido utilizado regularmente.

En muchos de los estudios de caso, las negociaciones fueron llevadas a cabo en la comunidad local. Por ejemplo, en el estudio de caso de Camisea, los Oficiales del Enlace con la Comunidad de Shell celebraron centenares de reuniones a nivel de la comunidad local. Sin embargo, cuando Shell comenzó a invitar a líderes indígenas selectos de la federación a que asistan a seminarios y a reuniones internacionales, los miembros de la comunidad se resentieron. Shell entonces comenzó a celebrar sus reuniones dentro de la región y a hacer la asistencia a las mismas tan abierta como fuera posible. También, en el estudio de caso de la Bahía de Voisey, las audiencias del Panel de Evaluación Ambiental fueron llevadas a cabo en 10 comunidades en Labrador - no en la capital de la nación. En el caso de la Iniciativa Minera Whitehorse, donde las reuniones a gran escala fueron celebradas en localizaciones distantes, proporcionaron las comunidades el financiamiento para los costos de viaje.

EL PAPEL DEL GOBIERNO EN NEGOCIACIONES

El gobierno puede desempeñar un papel crucial en la nivelación del equilibrio del poder entre la comunidad y la compañía minera en procesos de consulta. Sin embargo, a menudo éste no es el caso. Un estudio reciente sugiere que las comunidades indígenas perciben que «los gobiernos se unen constantemente con las compañías más que satisfacer sus obligaciones con los pueblos indígenas y generalmente incluso no están presentes cuando las consultas y las negociaciones prosi-

guen.»³²⁶ Los estudios de caso revelan las numerosas maneras a través de las cuales los gobiernos pueden consolidar la posición de la comunidad en consultas y negociaciones con las compañías mineras.

Los gobiernos pueden ayudar a nivelar el campo de juego proporcionando el financiamiento a las comunidades para aumentar su capacidad para participar en negociaciones.³²⁷ Bajo la Ley de Derechos Territoriales Aborígenes, el gobierno australiano proporciona el financiamiento a los Consejos de la Tierra, que se componen de los miembros de las comunidades aborígenes elegidos que negocian a nombre de sus comunidades. En el estudio de caso de Diavik, los gobiernos federales y territoriales canadienses proveyeron de fondos al panel consultivo para monitorear y supervisar la implementación del Acuerdo Ambiental. En el estudio de caso de la Bahía de Voisey, los gobiernos provinciales y federales acordaron financiar los gastos relacionados con el Acuerdo de Manejo Ambiental por los primeros cinco años y proveer al consejo consultivo ambiental un presupuesto anual de \$450,000. Igualmente, en el estudio de caso de Ekati, los gobiernos nacionales y territoriales proporcionaron algunos fondos para la Agencia de Monitoreo Ambiental creada según los términos del acuerdo.

Adicionalmente, los gobiernos pueden celebrar acuerdos con las comunidades y/o las compañías mineras para proteger los derechos de las comunidades. Por ejemplo, en el estudio de caso de Ekati, los gobiernos centrales y territoriales suscribieron un Acuerdo Ambiental con la compañía minera para proteger a la comunidad de las consecuencias dañosas para el medio ambiente. En el estudio de caso de la Bahía de Voisey, los gobiernos centrales y territoriales suscribieron un Acuerdo de Manejo Ambiental con las comunidades indígenas para asegurar al co-manejo ambiental. En el

o Cerca de Tierras Ancestrales. 2002 p. 5.

327 Según lo revelado por los estudios de caso, el gobierno que financiaba para los procesos del consentimiento de la comunidad se han limitado en gran parte a los Estados Unidos, Canadá, y Australia. En países donde los recursos públicos son escasos, las compañías mineras han proporcionado la mayoría o toda la ayuda financiera, lo que puede plantear temas sobre la independencia del proceso. Las iglesias y otras instituciones religiosas representan otra fuente de ayuda para los procesos del consentimiento de la comunidad. En Camisea, por ejemplo, la Universidad Católica está sirviendo como facilitador para comprometer a la comunidad con el diálogo. Comunicación de email con Rachel Kyte (corporación de finanzas internacionales) (en archivo con el autor). Sin embargo, la Universidad no parece tener mucha credibilidad en este caso, y hay una seria carencia de instituciones legítimas para facilitar el proceso del consentimiento de la comunidad en Perú. Comunicación de email con Martin Scurrah (Oxfam América) (en archivo con el autor). Éste es probablemente un problema constante a través de los países en vías de desarrollo, y habla sobre la necesidad del gobierno de desempeñar un papel significativo en el abastecimiento de financiamiento y de ayuda para los procesos del consentimiento de la comunidad.

326 Viviane Weitzner, the North-South Institute, A través de los Ojos Indígenas: Hacia unos Apropiados Procesos de Toma de Decisiones Referidos a Minería en

328 Informe Final del Acuerdo, nota *supra* 66 p. 27.

estudio de caso de Diavik, los gobiernos federales y territoriales celebraron un Acuerdo Ambiental con la compañía minera y las comunidades, y el gobierno territorial suscribió un acuerdo de monitoreo socio-económico con la compañía minera.

Alternativamente, más que celebrar acuerdos en sí mismos, el gobierno puede requerir o ejercer presión sobre las compañías mineras para que suscriban acuerdos directamente con la comunidad. Por ejemplo, con la Ley de Derechos Territoriales Aborígenes, el gobierno australiano adquiere intereses mineros de negociar acuerdos con las comunidades locales para obtener su consentimiento a la minería en sus tierras. En el estudio de caso de Ekati, el ministro utilizó su autoridad para aprobar licencias de agua como influencia para forzar a la compañía minera a entrar en negociaciones y acuerdos protectores con las comunidades. Igualmente, en el estudio de caso de la Bahía de Voisey, el gobierno también suscribió acuerdos interinos sobre las demandas de tierras con las comunidades locales, que proveyeron a las mismas de influencia adicional en la negociación de acuerdos con la compañía minera.

Donde las leyes de un país requieren de consulta y audiencias públicas, un gobierno puede promover la consulta a la comunidad haciendo cumplir terminantemente estos requisitos. El estudio de caso de Tambogrande proporciona un ejemplo de las consecuencias negativas de no hacer cumplir estos requisitos. En este caso, el gobierno nacional de Perú otorgó concesiones de explotación minera por Decreto Supremo sin consultar de ninguna manera con los gobiernos locales. Al mismo tiempo, el estudio de caso de Tambogrande también ilustra el potencial para que los gobiernos locales desempeñen un papel significativo en el soporte del derecho de una comunidad al consentimiento informado previo, en este caso, iniciando un voto comunitario. Aunque el gobierno central no reconoció la legalidad del voto, ha puesto, desde entonces, una mayor atención al EIA y al cumplimiento de las regulaciones del mismo.

EL PAPEL DE LOS TERCEROS

Como los gobiernos, terceras partes - tales como ONGs - pueden desempeñar un papel instrumental en ayudar a nivelar el equilibrio de poder entre las comunidades y las compañías mineras en el proceso de consulta a la comunidad. Este papel fue ilustrado en el estudio

de caso de Camisea, donde las ONGs ayudaron a construir la capacidad de la comunidad para participar con eficacia en el proceso de consulta. Las ONGs asistieron a comunidades a establecer sus necesidades y demandas conduciendo estudios de línea base y discutiendo resultados y recomendaciones con las comunidades. También proporcionaron aporte social, ambiental y técnico a Shell, informando y formando así al proceso de consulta de Shell a resolver necesidades de la comunidad. Finalmente, las ONGs desempeñaron un papel crucial en el monitoreo de los impactos socio-ambientales del proyecto, actuando como un «tercer ojo» independiente para la comunidad.

Las ONGs desempeñaron un papel crucial en el monitoreo de los impactos socio-ambientales del proyecto, actuando como un «tercer ojo» independiente para la comunidad

Las ONGs desempeñaron un papel similar de construcción de capacidades en el estudio de caso de Tambogrande. Un número de ONGs domésticas, por ejemplo, formaron un comité para proporcionar ayuda técnica a la comunidad para sustentar su oposición al proyecto minero.

Las ONGs internacionales proporcionaron ayuda financiera, llevaron a cabo estudios ambientales, realizaron actividades educativas y de concientización y monitorearon el proceso público de consulta. Cuando los gobiernos o las ONGs llegan a estar implicados en el proceso, existe un riesgo que no puedan representar adecuadamente los intereses de la comunidad. En algunos casos, pueden tener una agenda diferente a la de la comunidad. Por otra parte, estos terceros pueden tomar diversas posiciones respecto a ciertos temas, debido a su experiencia técnica o acceso a la información que no ha estado disponible para la comunidad. Así, la comunidad debe estar alerta en definir el papel de terceros en el proceso, iniciando un diálogo y un proceso para fijar una agenda común y supervisando las comunicaciones y las acciones de los terceros.

FORMA DEL ACUERDO

Las pautas de la Comisión Mundial de Represas acentúa la importancia de usar acuerdos formales legalmente vinculantes para conmemorar los resultados de las negociaciones del consentimiento informado previo. Los acuerdos formalizados - tales como los contratos - tienen la ventaja de ser más claros, transparentes y ejecutorios que los acuerdos informales.

Este informe examina diversos mecanismos usados para formalizar los términos y las condiciones sobre las cuales fue otorgado el consentimiento informado previo por la comunidad, así como otros acuerdos

entre la compañía minera y la comunidad. En la mayoría de los estudios de caso, los acuerdos fueron formalizados a través de contratos legalmente vinculantes entre la compañía minera y la comunidad. Bajo la Ley de Derechos Territoriales Aborígenes, por ejemplo, la compañía minera negocia acuerdos de arrendamiento legalmente ejecutables con el Consejo de la Tierra. Igualmente, los acuerdos con la comunidad en el estudio de caso de Camisea, el Acuerdo de Participación en el estudio de caso de Diavik, los Acuerdos de Beneficios de los Impactos en los estudios de caso de la Bahía de Voisey y de Ekati y el Acuerdo de Buen Vecino en el estudio de caso de Stillwater, son todos acuerdos contractuales formalizados entre la comunidad y la compañía. En otros casos, la comunidad celebra acuerdos formales con el gobierno, tal como los acuerdos de manejo ambiental y los acuerdos interinos sobre las demandas de la tierra entre la AIL y la nación Innu, y los gobiernos federales y provinciales en el estudio de caso de la Bahía de Voisey. Una categoría final de acuerdos formalizados usados en estos estudios de caso son aquellos suscritos exclusivamente entre la compañía minera y el gobierno, tal como el Acuerdo de Monitoreo Socio-Económico en el estudio de caso de Diavik.

Algunos de los procesos del consentimiento informado previo estudiados aquí adoptaron acuerdos menos formales. Por ejemplo, en la Bahía de Voisey, la AIL y la nación Innu suscribieron un memorándum de entendimiento (MOU) sobre cómo los efectos ambientales del proyecto propuesto serían revisados. Un MOU, aunque es una fuente de dirección y autoridad persuasiva, no lleva el peso legal de un contrato obligatorio. Igualmente, la Iniciativa Minera Whitehorse y la Comisión Mundial de Represas publicaron pautas no vinculantes, ya que la naturaleza de gran escala, del ámbito y de las políticas de estos procesos no se prestó a que se efectúen compromisos legales formales que se alcanzan más fácilmente en el contexto de casos mineros reales. Sin embargo, la ausencia de cualquier requisito para la compañía minera o para el gobierno para celebrar acuerdos formales y vinculantes, puede conllevar que la implementación de estas pautas sea difícil. Por ejemplo, en el caso de la Iniciativa Minera Whitehorse, la implementación post-acuerdo fue muy limitada debido a la carencia de una forma acordada para el resultado, a la ausencia de metas de funcionamiento, y a la carencia de sanciones por incumplimiento.

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DISPUTAS

Para los conflictos que se presenten en el curso de negociaciones, las pautas de la Comisión Mundial de

Represas recomienda el uso de un cuerpo independiente de resolución de conflictos que se cree con la participación y el acuerdo de los interesados directos. Las pautas sugieren que los interesados directos refieran cualquier desacuerdo que tengan sobre las negociaciones a este cuerpo y permitan que examine el asunto y que proporcione ayuda. Ninguno de los otros procesos del consentimiento informado previo examinados en el presente estudio incluyen de manera específica provisiones para la resolución de conflictos y disputas durante el curso de las negociaciones. Algunos estudios de caso, sin embargo, incluyen mecanismos para resolver conflictos y disputas que surgieron fuera de los acuerdos alcanzados en última instancia, según lo discutido en la sección de «Implementación» que sigue.

DURACIÓN DE LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PREVIO

Este informe también analizó el plazo durante el cual los términos y condiciones, establecidos como resultado del proceso del consentimiento informado previo, permanecían vigentes en varios estudios de caso. En la mayoría de los casos, los términos y condiciones dispuestos en los acuerdos del consentimiento eran aplicables durante la exploración, el desarrollo y las fases operacionales de la operación de explotación minera. Algunos estudios de caso también incluyeron específicamente medidas que los extendieron a lo largo del cierre de la mina. Por ejemplo, en el estudio de caso de Ekati, el Acuerdo Ambiental requirió a la compañía minera disponer de seguridad para la recuperación de disturbios relacionados con la tierra a través del encierro de la mina. Igualmente, en el estudio de caso de Diavik, el acuerdo requirió que la compañía proporcione las medidas de seguridad adecuadas para el cierre y la rehabilitación del sitio de la mina.

GRADO DE LA CONSULTA CONTINUADA

La capacidad de una comunidad de consultar con una compañía minera en las fases más extensas del proceso minero puede ser crítica, para asegurar que sus derechos e intereses sean respetados correctamente. Mientras procede la actividad minera, los impactos ambientales, sociales y económicos de la operación pueden cambiar debido a circunstancias imprevistas. A menos que las comunidades tengan oportunidades adicionales de consultar con la compañía y de enmendar los términos y condiciones para el consentimiento, el derecho al consentimiento informado previo puede ser ineficaz para promover el desarrollo sostenible del recurso.

El acuerdo de la Iniciativa Minera Whitehorse establece que la consulta con las comunidades aborígenes debe ocurrir «en todas las fases» del proceso minero.³²⁸ Sin embargo, los estudios de caso indican que la consulta consiste generalmente en una negociación única durante las fases iniciales del proyecto, y es poco probable que continúe en fases posteriores del proceso minero. El estudio de caso de la Ley de Derechos Territoriales Aborígenes ilustra las dificultades de la consulta con una negociación única. Bajo esta Ley, el consentimiento informado previo se requiere solamente en la fase de exploración, no en la fase minera. Por lo tanto, una vez que la comunidad haya consentido a la exploración, también se juzga haber consentido a la subsiguiente explotación minera. La carencia de un derecho a consentir en la fase minera ha hecho difícil que los propietarios tradicionales tomen medidas con las compañías mineras que salvaguardan con eficacia sus derechos, pues fuerzan a las comunidades a negociar un trato sobre la fase minera cuando la viabilidad y el valor de la mina son inciertos.

El estudio de caso de la Bahía de Voisey presenta un innovador, aunque limitado, medio de continuar la consulta de la comunidad a lo largo de fases posteriores del proceso minero. En este caso, los miembros de la comunidad desempeñan servicios en un Consejo de Manejo Ambiental que supervisa la implementación del Acuerdo de Manejo Ambiental entre la AIL y la nación de Innu y el gobierno canadiense y los provinciales. El consejo tiene la autoridad para proporcionar asesoría al gobierno respecto de los usos del permiso, arrendamientos, planes de construcción y de operación, y sobre planes de rehabilitación y de cierre a lo largo de la vida de la mina. Este mecanismo permite que las comunidades proporcionen un significativo aporte en el proceso minero.

Finalmente, el Acuerdo de Buen Vecino de Stillwater Mining Company incluyó varias medidas innovadoras para las consultas comunitarias en curso. Por ejemplo, los grupos de ciudadanos deben ser consultados respecto de las futuras enmiendas al permiso de funcionamiento y de las adquisiciones de propiedad de futuros desechos mineros, respecto de la eliminación de restos de roca y sobre los campos de trabajadores.

IMPLEMENTACIÓN DEL PROCESO A LARGO PLAZO

Los mecanismos institucionales para asegurar que una compañía minera cumpla con los términos y condiciones del consentimiento son esenciales para el ejer-

cio eficaz del derecho al consentimiento informado previo. Los términos y las condiciones del consentimiento – aún si están formalizados en acuerdos contractuales – no son mayormente implementados debido a la carencia de voluntad política o de seguimiento.³²⁹ Este informe examinó los varios mecanismos utilizados en los estudios de caso para asegurar y realzar la implementación del acuerdo de consentimiento, inclusive mecanismos de monitoreo y de aplicación en particular.

Las pautas de la Comisión Mundial de Represas recomienda que los acuerdos del consentimiento provean de «mecanismos institucionales realizables para supervisar el cumplimiento.»³³⁰ Los estudios de caso proporcionan varios buenos ejemplos de tales mecanismos. En el estudio de caso de Camisea, por ejemplo, Shell facilitó inspecciones de ONGs para asegurar el cumplimiento de sus compromisos. La compañía desarrolló un arreglo con la Red Ambiental Peruana (RAP) para emprender un monitoreo trimestral independiente y emitir informes públicos sobre cada visita. Permitir la inspección por parte de ONGs externas para realzar la transparencia es particularmente importante cuando las comunidades locales carecen de la capacidad para supervisar la implementación por sí mismas.

Los mecanismos de monitoreo mayormente encontrados en los diversos acuerdos eran comités independientes de monitoreo o consejos consultivos conformados en parte por los miembros de la comunidad o sus representantes. Por ejemplo, en el estudio de caso de la Bahía de Voisey, el Acuerdo de Manejo Ambiental creó el consejo consultivo ambiental que incluía dos representantes de la comunidad. A través del consejo, los representantes de la comunidad pueden supervisar el cumplimiento por parte de la compañía de sus obligaciones ambientales y socio-económicas.

Igualmente, en el estudio de caso de Ekati, el Acuerdo Ambiental requirió la creación de una Agencia de Monitoreo Ambiental independiente, con siete directores que son designados por el gobierno, BHP y las Primeras Naciones. La Agencia de Monitoreo Ambiental revisa y asesora sobre el manejo ambiental de la compañía y las actividades de monitoreo, así como sobre la actividad reguladora del gobierno; facilita la implicación aborígen en el proceso regulador; y produce informes anuales. Finalmente, el Acuerdo de Buen Vecino de Stillwater crea a comités ciudadanos de negligencia para supervisar la implementación del acuerdo y para establecer un proceso para considerar nuevos temas. El

329 Véase Weitzner, nota *supra* 308 p. 30.

330 Comisión Mundial de Represas, nota *supra* 9, p. 216.

331 Convenio 169 OIT, nota *supra* 7, Artículo 7.

332 *Ibid.*, Artículo 16. El Convenio, sin embargo, se detiene justo antes de conceder

acuerdo también garantiza el acceso a la información necesaria para un monitoreo eficaz – el derecho a entrar e inspeccionar las instalaciones de la mina (hasta dos inspecciones por sitio de la mina por año), el muestreo de conducta del ciudadano, las tomas de fotografías y la reunión con los empleados relevantes de la compañía durante todas las inspecciones.

Varios de los acuerdos también imponen la supervisión y la divulgación de obligaciones a la compañía. Por ejemplo, el Acuerdo Ambiental en el estudio de caso de Ekati requiere a BHP divulgar anualmente sobre su cumplimiento ambiental, programas de monitoreo, investigación, operaciones y actividades futuras, así como sobre la acción remediadora o atenuante. Igualmente, según los términos del Acuerdo de Buen Vecino de Stillwater, se requiere a la compañía notificar al comité de negligencia relevante si se excede cualquier nivel del disparador de la calidad de agua y preparar un horario correctivo que necesita ser aprobado por los grupos identificados de interesados directos.

El monitoreo e implementación eficaces pueden ocurrir solamente cuando hay indicadores de funcionamiento claros. En el estudio de caso de Whitehorse Mining, las partes no pudieron convenir en las pautas específicas para la implementación de las metas establecidas en el acuerdo celebrado. El acuerdo simplemente dispuso que la implementación ocurriría a través de «construir una ayuda más amplia dentro de los distritos electorales basada en el impulso alcanzado y alentando el apoyo de los interesados directos a los principios y metas.» Debido al amplio lenguaje y a la carencia de indicadores mesurables de funcionamiento (o de incumplimiento), la implementación bajo el acuerdo ha sido muy limitada.

Los mecanismos de aplicación eficaz – tales como foros para la compensación, las sanciones por incumplimiento y las medidas de seguridad financiera – son también cruciales para asegurar la implementación de los acuerdos de consentimiento. Varios acuerdos señalan específicamente los foros para los propósitos de aplicación. En los estudios del caso de Diavik y de Ekati, los conflictos resultantes del acuerdo son referidos al arbitraje. En el estudio de caso de Stillwater, las partes están limitadas a primero negociar de buena fe para resolver los conflictos, y fallando esto, se puede hacer cumplir el acuerdo a través de la acción civil en una corte de

distrito o un arbitraje obligatorio. La variedad de acuerdos contractuales – tales como los Acuerdos de Beneficios de los Impactos en los estudios de caso de la Bahía de Voisey o de Ekati, o el acuerdo de arrendamiento en el caso de la Ley de Derechos Territoriales Aborígenes– son ejecutables en corte.

La aplicación eficaz también requiere de sanciones por incumplimiento y de medidas de seguridad financiera para asegurar la capacidad de la compañía de comprometerse con ellas. Por ejemplo, en el estudio de caso de Diavik, el Acuerdo Ambiental especifica que las medidas de seguridad adecuadas para rehabilitar el sitio de la mina deben desarrollarse durante la vida de la mina. Igualmente, en el estudio de caso de Ekati, requirieron a la compañía fijar la seguridad para la recuperación progresiva de los disturbios relacionados con la tierra creados por el proyecto. Estos fondos pueden también ser creados por si la compañía no cumple con los requisitos del acuerdo, incluyendo incumplimiento respecto de los requisitos de divulgación o falta de rectificar malos planes de manejo.

El monitoreo e implementación eficaces pueden ocurrir solamente cuando hay indicadores de funcionamiento claros.

A pesar de la existencia de mecanismos de monitoreo y de aplicación construidos en un acuerdo de consentimiento, una comunidad no puede obligar la implementación si carece de la capacidad para utilizar los mismos. En varios de los estudios de caso, la compañía minera o el gobier-

no proveen fondos para permitir a las comunidades ejercer sus derechos de monitoreo y de ejecución de los acuerdos. Por ejemplo, en el estudio de caso de Stillwater, la compañía minera convino la paga de los costos administrativos de viaje de miembros y de consultores del comité, así como los costos del muestreo a ciudadanos hasta \$270.000 por los primeros dos años del acuerdo. En el estudio de caso de Camisea, Shell acordó asumir todos los costos para las visitas de monitoreo y pagó a la RAP una pequeña suma para uso interno. En el estudio de caso de Diavik, la compañía minera y los gobiernos federales y del estado proporcionaron el financiamiento para los consejos consultivos y los comités de implementación de la comunidad. Finalmente, en el estudio de caso de la Bahía de Voisey, los gobiernos provinciales y federales acordaron financiar los primeros cinco años del Acuerdo de Manejo Ambiental y proveer a su consejo consultivo ambiental un presupuesto anual de \$450.000.

CONCLUSIÓN

Las Comunidades están cada vez más concientes y están afirmando cada vez más su derecho de controlar el desarrollo de los recursos minerales en las tierras que ocupan o usan, por lo tanto están fijando sus propias prioridades para el desarrollo que tiene un impacto en sus vidas, sustentos y cultura. Reconociendo la legitimidad y la importancia de este derecho, los gobiernos están requiriendo cada vez más a las compañías mineras consultar con las comunidades y, en un número limitado de casos, obtener su consentimiento para los proyectos de desarrollo minero. Las compañías mineras también están cada vez más concientes de la consulta y del consentimiento, aún en ausencia de requerimientos legales. Los estudios de caso ilustran el número creciente de contextos en los cuales el derecho al consentimiento de la comunidad se ha exigido, se ha reconocido, y se ha ejercitado, revelando una emergente tendencia hacia incluir a comunidades como socios claves en la toma de decisiones mineras.

Esta tendencia se refleja en varios instrumentos internacionales que han reconocido el derecho al consentimiento de la comunidad. Por ejemplo, el Convenio 169 – un tratado legalmente vinculante - de la Organización Internacional del Trabajo – dispone que los pueblos indígenas y tribales

tendrán el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, (...) y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. [y a] participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.³³¹

También señala que tales pueblos «no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan» a menos que sea «necesario como medida excepcional» y con su «consentimiento libre e informado».³³² Igualmente, varios mecanismos extra-legales – como la Revista de Industrias Extractivas,³³³ las pautas de la Comisión Mundial de Represas,³³⁴ el Proyecto de Declaración de los Dere-

chos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas,³³⁵ y el Proyecto de Declaración Interamericana de los Derechos de los Pueblos Indígenas³³⁶ – prestan legitimidad moral al derecho al consentimiento de la comunidad, particularmente con respecto a los pueblos indígenas.

El reconocimiento del derecho al consentimiento de la comunidad en estos instrumentos internacionales plantea el tema de si el derecho al consentimiento de la comunidad constituye una regla acostumbrada del derecho internacional (o de «costumbre»). Una costumbre ataría no solamente a partes de un tratado particular, sino a todas las naciones.³³⁷ En orden a que una regla se constituya como costumbre, la regla debe ser «generalmente aceptada como una regla de conducta».³³⁸ La aceptación general puede ser probada demostrando que (1) la práctica del Estado es consistente con la regla, y (2) los Estados actúan según la regla debido a la creencia de que es una obligación – más que simplemente moral o política - legal.³³⁹ Debido a que la Corte Internacional de Justicia ha requerido que la práctica del estado sea extensa y virtualmente uniforme,³⁴⁰ puede ser difícil actualmente establecer la práctica constante del Estado con respecto al consentimiento de la comunidad. De hecho, muchos Estados no requieren a las compañías obtener consentimiento de la comunidad en la práctica, incluso si profesan así hacerlo. Por otra parte, aún donde los Estados han requerido a las compañías el obtener consentimiento de la comunidad, ellas han divergido en la interpretación de lo que este derecho realmente implica. El derecho al consentimiento de la comunidad se ha extendido desde simplemente proporcionar la información a las comunidades con res-

consentimiento antes de la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en conexión con el desarrollo, utilización o explotación de mineral, agua u otros recursos.»)

336 Proyecto de Declaración Interamericana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo XVIII (1995) (señalando «que los estados no transferirán ni relocalizarán a pueblos indígenas excepto en casos excepcionales, y en esos casos con el consentimiento libre, genuino e informado de esas poblaciones...»)

337 Una vez que se establece una costumbre, se convierte en vinculante para todos los Estados, sin importar si estos de hecho expresaron su intención de ser obligados por esa costumbre o contribuyeron a su formación. Sin embargo, «un Estado puede excluirse de las obligaciones de una regla acostumbrada particular por una conducta persistente que exhibe un desgano de ser obligado por la regla o una negación a reconocerla como ley.» Nueva Exposición de la Ley de Relaciones Extranjeras de los Estados Unidos, sección 102, comentario b, citado por David Hunter, y otros, *Ley y Política Ambiental Internacional*, 2.º ed., 311 (2002).

338 *El Scotia*, 14 Wall. 170, 187 (1871), citado en *El Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290 (1900).

339 Véase Hunter, nota *supra* 337 p. 311.

340 Véase *Ibid.*, p. 311.

a tales comunidades el derecho al veto absoluto de un proyecto de desarrollo minero, indicando que «donde su consentimiento no puede ser obtenido, tal relocalización ocurrirá solamente siguiendo los procedimientos apropiados establecidos por las leyes y regulaciones nacionales... que proporcionan la oportunidad para la representación eficaz de los referidos pueblos.» *Ibid.*

333 Revista de Industrias Extractivas, nota *supra* 5.

334 Comisión Mundial de Represas, nota *supra* 9, en 219. (indicando que «todos los países deben guiarse por el concepto de consentimiento libre, previo e informado, aún si ha sido recogido ya o no en una ley.»)

335 Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de las Naciones Unidas -, nota *supra* 8 en Parte VI, Artículo 30. (indicando que los pueblos indígenas puede requerir a los estados obtener su «libre e informado

341 El Principio 21 prohíbe a los Estados actuar dentro de su propio territorio de tal forma que cause daño fuera de su territorio. *Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano*. (1972), disponible en <http://www.unesco.org/ia/>

pecto a los impactos de una mina propuesta, a realmente otorgar a las comunidades el derecho a vetar un proyecto minero propuesto. Por lo tanto, la carencia de prácticas consistentes del Estado hace difícil de establecer la existencia de un derecho consuetudinario al consentimiento de la comunidad.

Sin embargo, a pesar de los requisitos tradicionales para probar una ley consuetudinaria, algunas reglas de hecho se han reconocido como ley consuetudinaria incluso donde está la práctica del Estado lejos de ser uniforme. Por ejemplo, ciertos principios legales ambientales encontraron a lo largo de tratados internacionales y declaraciones –tales como el desarrollo sostenible, el principio precautorio, y principio 21 de la declaración de Estocolmo³⁴¹–, se han reconocido en opiniones judiciales y en otros sitios como ley consuetudinaria, aunque los Estados varían enormemente en la interpretación e implementación de estos principios.³⁴²

Involucrar a las comunidades como socios ayuda a asegurar que los intereses mineros a corto plazo no comprometan las necesidades de supervivencia de la comunidad de más largo plazo.

Aunque la discusión sobre si tales principios son reglas consuetudinarias de hecho continúa, la base para el reconocimiento de estos principios como ley consuetudinaria sugiere que una costumbre se pueda formar incluso en el medio de una práctica contraria del Estado, así «reflejando nociones cambiantes sobre cómo se hace la ley consuetudinaria.»³⁴³

Por otra parte, aún si no existe actualmente algún derecho consuetudinario al consentimiento informado previo, tal derecho está posiblemente formándose. Los estudios de caso reflejan los esfuerzos de Estados a través del globo de incorporar mecanismos de consentimiento de la comunidad, sugerir eso en la práctica del Estado en el tiempo puede llegar a ser más extenso y, por lo tanto, «consistente.» Además, las pautas de la Comisión Mundial de Represas representa un esfuerzo internacional concertado de definir el alcance del derecho al consentimiento informado previo, indicando que puede haber un consenso evolutivo sobre la definición de este derecho. Mientras que la práctica del Estado llega a ser más constante, y los procesos internacionales ayudan a crear una definición uniforme del consentimiento informado previo, el argumento de que existe un derecho consuetudinario se convierte cada vez en más fuerte.

tfsd_stockholm.html (visitado por última vez el 28 de mayo de 2003).

342 Véase Hunter, nota *supra* 337 p. 313.

343 *Ibid.*

Incluso en ausencia de un derecho al consentimiento de la comunidad bajo la costumbre internacional, hay numerosas opciones para formalizar el derecho bajo el derecho nacional y con mecanismos extra-legales. Bajo derecho nacional, la base jurídica para los elementos clave del consentimiento de la comunidad se pueden encontrar en la legislación de la evaluación de impacto ambiental y en estatutos innovadores como la Ley de Derechos Territoriales Aborígenes que también se ha basado en mecanismos extra-legales para requerir a las compañías mineras buscar consentimiento de la comunidad, por ejemplo, llamando a los referéndums municipales o usando su autoridad para licencias o permisos como presión para requerir a las compañías suscribir acuerdos con las comunidades. Asimismo, aún cuando no están requeridas para hacerlo, las compañías mineras han buscado el consentimiento de la comunidad y lo han formalizado a través de una gama de mecanismos, incluyendo Acuerdos de Beneficios de los Impactos, Acuerdos del Buen Vecino y Acuerdos de Monitoreo de Impactos Ambientales y Sociales.

Diseñar e implementar procesos eficaces de consentimiento de la comunidad es esencial para proteger los derechos e intereses de la comunidad. Involucrar a las comunidades como socios en la toma de decisiones permite que las comunidades dirijan el desarrollo de la actividad minera, ayudando a asegurar de que los intereses mineros a corto plazo no comprometan las necesidades de supervivencia de la comunidad en un mayor plazo. Por otra parte, como está siendo reconocido cada vez más por las compañías mineras, el consentimiento de la comunidad puede también ayudar a mejorar operaciones mineras en todo el mundo. El aporte de la comunidad puede conducir a proyectos mineros que se condicen mejor con las condiciones locales, a evitar resistencia social y boicoteos publicitarios o de consumo negativos y realzan productividad y moral del trabajador.

Los procesos del consentimiento informado previo constituyen herramientas valiosas para los grupos de la comunidad que intentan proteger sus derechos, para las compañías mineras que intentan ser buenos ciudadanos corporativos y mejorar sus operaciones mineras y para los gobiernos que intentan promover el desarrollo sostenible. Por consiguiente, el reconocimiento formal y el uso de estos procesos es probable que continúe y se amplíe alrededor del mundo.

Nota del Editor

Proyecto Minero de Tambogrande (Perú)

El 1 de diciembre de 2003, Manhattan Minerals Corporation (MMC) presentó a Centromin Perú¹ los documentos de acreditación de un mayor patrimonio y experiencia operativa minera. MMC también entregó el estudio de viabilidad y el plan financiero finales del proyecto. Con dichos documentos MMC esperaba obtener el derecho a exploración y explotación del yacimiento minero de Tambogrande.²

A fines del año 2003 se realizaron diversas protestas y movilizaciones de agrupaciones civiles que conllevaron a la postergación de las audiencias públicas para la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, programadas el 5, 6 y 7 de noviembre de ese año en Tambogrande, Piura y Lima.

El 10 de diciembre de 2003, Centromin Perú informó a MMC que luego del estudio correspondiente de los documentos presentados, dicha empresa no había acreditado la solvencia requerida por lo que el acuerdo de opción entre ambos estaba terminado.

A raíz de que Centromin Perú no aprobara los documentos de acreditación presentados por MMC para obtener el derecho a exploración y explotación del yacimiento minero de Tambogrande, se concluyó con la confrontación social con los agricultores de la zona, sin embargo la MMC decidió llevar el caso ante un panel del arbitraje. Hasta el cierre de este informe, tanto la compañía como Centromin Perú han designado sus árbitros en el procedimiento.

El acuerdo de opción de Tambogrande con Centromin Perú incorpora 10 concesiones mineras que cubren 10.000 hectáreas. Sin embargo, la empresa aún tiene un importante número de petitorios³ en el Valle de San Lorenzo⁴ aprobados por el ministerio

del sector que no son afectados por esta decisión. El contrato de opción de estos petitorios fue extendido del 15 de enero de 2004 al 15 de julio de 2004 y puede constituir problemas futuros entre el gobierno, la empresa y la población de la zona.

El Proyecto del Gas de Camisea (Perú)

En diciembre de 2000, el Consorcio Camisea liderado por la empresa Pluspetrol ganó la concesión para extraer gas natural de Camisea. El acuerdo con Pluspetrol fue resultado de ofertar el mayor porcentaje de regalías derivadas de la operación al Estado peruano⁵, lo que constituirá una fuente importante de ingresos no sólo al Gobierno Central sino también a los Gobiernos Regionales y Locales.

El Proyecto Camisea contempla la explotación de gas del Lote 88, ubicado en la región amazónica del departamento de Cusco y el transporte del mismo hacia la costa, atravesando los departamentos de Cusco, Ayacucho, Huancavelica e Ica. En su recorrido, dos ductos de gas natural y líquido de gas natural, cruzarán tierras de comunidades nativas y campesinas, desembocando uno de ellos en una Planta de Fraccionamiento ubicada en la zona de amortiguamiento de la Reserva Nacional de Paracas y otro en el City Gate de Lurín.

Los trabajos en la Reserva Nahua Kugapakori y en la Planta de Fraccionamiento comenzaron en mayo de 2002 y de acuerdo al contrato las operaciones se iniciarán en agosto del año 2004. Sin embargo, está pendiente la decisión de desembolso del préstamo solicitado al Banco Interamericano de Desarrollo (BID), por un retraso en el cumplimiento de las condiciones sociales y ambientales planteadas por éste a las empresas del Consorcio Camisea y al Estado peruano.

1 Centromin Perú es la empresa estatal con la cual MMC suscribió un acuerdo de opción sobre el derecho al 75% concesiones de Tambogrande. La concesión minera otorga a su titular el derecho a explorar y explotar de los recursos minerales concedidos.

2 MMC debía acreditar un patrimonio neto de US\$ 100 millones y una capacidad de tratamiento superior a las 10 mil toneladas diarias, de acuerdo a la cláusula octava del contrato de opción.

3 El procedimiento minero ordinario se inicia con una solicitud denominada "petitorio minero". El petitorio es la solicitud presentada por un particular a efectos que le sea otorgada una concesión minera. Se trata de un derecho expectatio, ya que aún no se ha otorgado el título de concesión.

4 MMC cuenta con petitorios aprobados en las zonas de Lancones y Papayo (B-5). El petitorio en Lancones comprende 80 concesiones en un área de 73,700 ha. El petitorio de Papayo comprende 7 concesiones, en un área de 3,200 ha.

5 El Contrato de Licencia para la explotación de hidrocarburos en el Lote 88 fue firmado por Pluspetrol y el Estado peruano el 28 de noviembre de 2000, luego de su adjudicación en febrero de ese año.

"... creo firmemente que el Consentimiento Informado Previo es fundamental para el desarrollo sostenible en cualquier proyecto minero. Su estudio verdaderamente refuerza mi convicción.

Espero que este estudio reciba la merecida atención por parte de aquellos que toman las decisiones, en todos los niveles, incluyendo a quienes toman las decisiones en el Grupo del Banco Mundial, para ayudarlos a conseguir un verdadero aligeramiento de la pobreza y el desarrollo sostenible dentro del contexto de los proyectos de minería, petróleo y gas que puedan financiar en el futuro."

Emil Salim

Revista de Industrias Extractivas

Presidente, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sustentable

EL ENVIRONMENTAL LAW INSTITUTE

Por más de tres décadas, el Environmental Law Institute ha jugado un rol primordial en moldear los campos de la legislación, el manejo y las políticas ambientales, tanto a nivel doméstico como exterior.

Actualmente, ELI es un centro de investigación y educación independiente mundialmente reconocido.

A través de sus servicios de información, cursos de entrenamiento y seminarios, programas de investigación, y recomendación de políticas, el Instituto activa un amplio grupo de profesionales ambientales en el gobierno, la industria, el ámbito privado, grupos de interés público, y a nivel académico. Para la misión de ELI es central el convocar este diverso grupo para trabajar cooperativamente en el desarrollo de soluciones efectivas para presionar los problemas ambientales.

El Instituto está regido por una mesa directiva que representa una mixtura balanceada de líderes dentro de la profesión ambiental. El apoyo para el Instituto proviene de individuos, fundaciones, el gobierno, corporaciones, estudios jurídicos, y otras fuentes.



1616 P Street, N.W., Suite 200
Washington, D.C. 20036
Teléfono: (202) 939-3800
Fax: (202) 939-3868
www.eli.org