



PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y PROPUESTAS DE MODIFICACION DE LA LEGISLACIÓN PERUANA EN EL SECTOR MINERO

1. INTRODUCCIÓN

La participación ciudadana relacionada a las actividades extractivas de recursos naturales como es el caso de la minería tiene particular incidencia en los conflictos que en esta actividad se producen, la visibilidad de los conflictos socioambientales se ha incrementado en los últimos tiempos, los reportes mensuales de la Defensoría del Pueblo así lo acreditan variando aproximadamente entre el 47% y 51% del total de los conflictos registrados cada mes. Muchos de los reclamos que sostienen diversos sectores de nuestra población, especialmente las comunidades campesinas y nativas asentadas alrededor de proyectos u operaciones mineras, tienen que ver con preocupaciones que no son tomadas en cuenta, no son reconocidas a tiempo y que luego se desbordan en protestas e incluso violencia.

Estamos ante procesos extractivos de recursos minerales (oro, plata, cobre, molibdeno, zinc, etc) que cuentan con la autorización del Estado y que se realizan generalmente en zonas alejadas del país, que tienen como principales habitantes comunidades campesinas y nativas, es decir grupos de comuneros en su mayoría

pobres, que realizan actividades de cultivo o ganadería de subsistencia, no articuladas adecuadamente al Gobierno Local o Regional, lo cual implica que muchas veces no cuenten con servicios básicos adecuados (luz, agua, educación, salud, etc.), y que además en su gran mayoría carecen de información relacionada a la actividad minera.

Por ello es objetivo de este artículo analizar en que medida las normas que regulan la participación ciudadana en la actividad minera toman en cuenta la realidad social de los proyectos extractivos, así como los objetivos que se tienen con relación a que las personas vivan en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de su vida como lo señala el artículo primero de la Ley General del Ambiente. Toda vez que las normas de participación ciudadana deberían contribuir a que las comunidades se encuentren debidamente informadas, conozcan de sus derechos y deberes; y sobre todo sean consultadas, de forma tal que su participación refleje realmente sus necesidades, preocupaciones y dudas frente a la actividad extractiva, además que estas sean realmente considerados al tomarse las decisiones de llevar adelante un proyecto minero en todas sus etapas.

Muchos de los reclamos que sostienen diversos sectores de nuestra población, especialmente las comunidades campesinas y nativas asentadas alrededor de proyectos u operaciones mineras, tienen que ver con preocupaciones que no son tomadas en cuenta, no son reconocidas a tiempo y que luego se desbordan en protestas e incluso violencia.

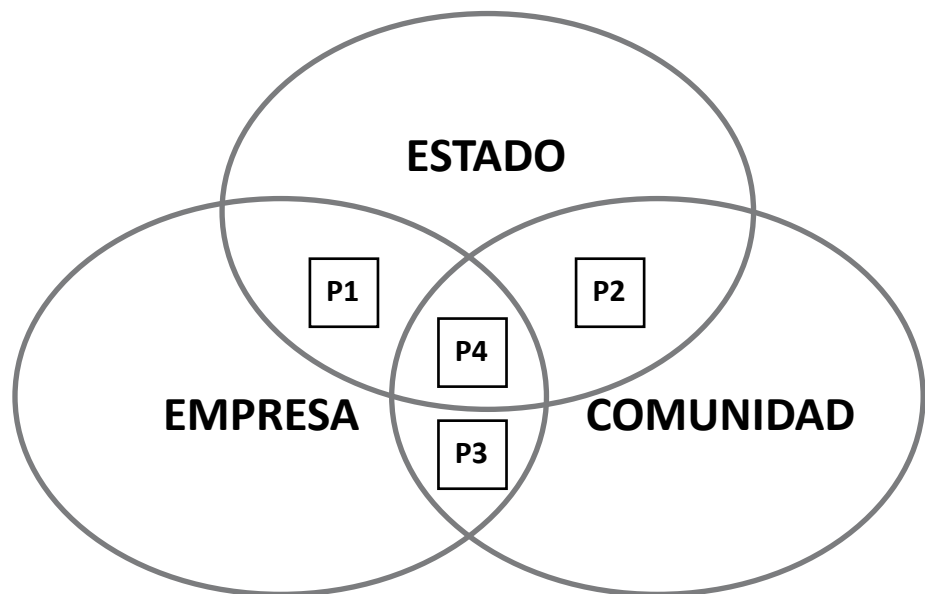
2. ALCANCES DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ACTIVIDAD MINERA Y LA NORMATIVIDAD VIGENTE

La participación ciudadana implica en términos generales el involucramiento de los ciudadanos en el quehacer del país, tanto del gobierno nacional como de los gobiernos regionales y locales para lograr una real interacción de la sociedad civil y el Estado. Como quiera que la actividad minera supone el disponer de un bien público que es entregado en concesión por el Estado a empresas privadas, el involucramiento de los titulares de las tierras donde se encuentra la riqueza mineral es esencial, pero implica una

característica sui géneris, propia de esta actividad, la sociedad civil representada por la comunidad titular de la tierra no solo se involucra en una relación con el Estado sino que además se involucra con la empresa.

Por tanto la participación se da a partir de la interacción de tres esferas. Como se puede apreciar en el siguiente gráfico, la primera como resultado de la interacción Estado-empresa (P1), la segunda en el espacio de interacción Estado-comunidad (P2), la tercera en el ámbito de las relaciones entre la comunidad-empresa (P3) y por último en el espacio que genera el relacionamiento de los tres actores Estado, comunidad y empresa (P4).

Gráfico: Ámbitos de la Participación Ciudadana



Mientras que, en el caso de la interacción de las esferas Estado-empresa resulta central el proceso donde el Estado otorga una concesión minera a una determinada empresa.

En la interacción de las esferas Estado-comunidad, un tema central es el ordenamiento territorial, vale decir cuando el Estado define las zonas del país donde se pueden desarrollar actividades extractivas, sin que aun participe la empresa. Mientras que, en el caso de la interacción de las esferas Estado-empresa resulta central el proceso donde el Estado otorga una concesión minera a una determinada empresa. Adicionalmente una tercera interacción entre la comunidad y la empresa se da casi exclusivamente en el ámbito privado y aquí un asunto clave es

la atención de quejas y reclamos, así como las actividades del plan de participación donde el Estado solo vela porque se realice. Por último, producto de las interacciones Estado-comunidad-empresa surge un espacio común, que se evidencia a lo largo del desarrollo de un proyecto desde la exploración hasta el cierre. Es en este tiempo y espacio en que se materializa un proyecto minero donde la participación ciudadana cobra especial importancia, ya que por un lado se dan un conjunto de acciones que involucran al Estado, empresa y comunidad; y por otra parte la

participación ciudadana se presume como un derecho y un deber de la comunidad involucrada y el reconocimiento de este derecho por parte de ambos, del Estado y la empresa resulta fundamental.

En los ámbitos de interacción de las tres esferas Estado-comunidad y empresa en la actividad minera, la participación ciudadana es un derecho y una obligación reconocido por la legislación en los niveles y formas que la legislación señala, de información, de consulta y de participación activa.

Es así como la participación ciudadana en la actividad minera supone el ejercicio del poder reconocido por la legislación aunque no plenamente en todos los niveles, que debe permitir dar voz a los excluidos, en tanto dicha actividad generalmente se desarrolla en zonas de pobreza y extrema pobreza. Y a su vez implica el ejercicio de la política. En tanto que el ejercicio de la democracia no solo se produce como resultado de votar sino al estar presente en actividades que involucran la vida de los ciudadanos.

La participación ciudadana debe ser entendida como un proceso que tiene como objetivo identificar, recoger y responder a las preocupaciones, dudas y/o comentarios que tiene una población o un ciudadano respecto de un proyecto u operación minera que pudiera afectarlo, de tal forma que se incorpore sus opiniones en el proceso de aprobación de los instrumentos de gestión ambiental y social relacionado con el proyecto u operación en cuestión. Sin embargo, producto del análisis de cada mecanismo en la normatividad vigente, se puede advertir que no responden a uno de los aspectos más importantes resultantes de su participación, y es la escasa consideración de las opiniones, dudas u observaciones o propuestas de las comunidades.

Esta escasa consideración de las comunidades implica que los mecanismos de participación ciudadana en la práctica no son útiles para influir en la toma de

decisiones, razón por que además no gozan de mayor credibilidad en las poblaciones. Por ello, el desafío que nos planteamos y de allí las propuestas que presentamos a continuación consisten en incorporar en nuestra legislación ajustes y variantes a los mecanismos de participación existentes que contribuyan a lograr una participación ciudadana activa y eficiente por parte de las comunidades en zonas de actividad minera.

Conforme a las normas que regulan los mecanismos de participación aplicables en cada una de las etapas de la actividad minera, se considera como tales a los talleres participativos, orientados a brindar información, establecer un diálogo y conocer percepciones, preocupaciones e intereses de la población respecto del proyecto minero, antes y durante la elaboración o evaluación del estudio ambiental, y a la Audiencia Pública, donde se les alcanza el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) de proyectos de explotación y beneficio minero para que presenten sus aportes, comentarios u observaciones que pueden o no ser incorporadas en el Estudio.

Es así que, la autoridad convoca y dirige. El titular del proyecto presenta y el interesado participa escuchando y luego presentando preguntas que, al igual que las respuestas formuladas en la Audiencia, deberán ser meritadas por la autoridad, pero sin que sean determinantes en la toma de sus decisiones.

Como puede observarse, se trata de una definición explicativa del proceso participativo que luego se desarrolla a lo largo del reglamento, pero que en el fondo mantiene las mismas deficiencias que el texto que le precedió porque no apunta a los temas centrales: entender la participación como un derecho de opinar para que las observaciones sean tomadas en cuenta y en todo caso respondidas con derecho a réplica, y así el nivel de participación no se quede solo en lo informativo, de opinión, sino que realmente se dé una participación real

La participación ciudadana debe ser entendida como un proceso que tiene como objetivo identificar, recoger y responder a las preocupaciones, dudas y/o comentarios que tiene una población o un ciudadano respecto de un proyecto u operación minera que pudiera afectarlo, de tal forma que se incorpore sus opiniones en el proceso de aprobación de los instrumentos de gestión ambiental y social relacionado con el proyecto u operación en cuestión.

que involucre a los interesados y que de alguna manera conlleve a que se sientan responsables de los resultados de un EIA aprobado o no.

3. CON RELACIÓN A LOS NIVELES DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Tanto en la legislación nacional aunque no de manera expresa, como en los organismos como la OECD y diversos autores se advierte que existe un consenso en reconocer que la participación ciudadana implica niveles distintos que van desde la información, consulta a la participación activa o co decisión, aplicada en función de la actividad concreta objeto de la participación. Así siempre habrá un derecho de ser informados de manera oportuna, transparente y acorde a las diferencias culturales por parte del Estado y de la empresa, de ser consultados antes de tomar una decisión y en algunos casos incluso de reconocer el derecho de participar en la decisión, por lo que cuando nos referimos a participación ciudadana no estamos aludiendo a un concepto estático sino a un proceso dinámico, con distintos niveles de intensidad y por ende con diferentes grados de participación ciudadana reconocida o no en la legislación.

2.1. Participación a nivel de información

Considerado como el derecho de la población a estar informada, y la responsabilidad de las empresas y el Estado de brindar la información, que sea oportuna, culturalmente entendible, pertinente y a lo largo de todo el proceso de una actividad minera.

Y a su vez implica que la comunidad pueda dar una opinión debidamente informada con relación por ejemplo, a un proyecto extractivo, o a normas y resoluciones del Gobierno nacional, regional o local que atañen a sus intereses en relación a la actividad minera.

En este nivel se han logrado legalmente los mayores avances, tanto en la amplitud

de mecanismos a utilizar como en la regulación como un derecho expreso reconocido a favor de las comunidades. Sin embargo, se hace necesario perfeccionar el mecanismo de participación durante la etapa de exploración que comprenda este derecho en todas las distintas categorías consideradas en la legislación.

Es indispensable que la información difundida sea no solo entendida por la población receptora, sino también, le sirva eficazmente para la toma de decisiones frente a las actividades de los proyectos.

2.2. Participación a nivel de consulta

Definido como el derecho de la comunidad de expresar su opinión debidamente informada sobre un proyecto extractivo desde la concesión hasta después del cierre del proyecto minero (en sus distintas fases), y la obligación tanto del Estado como de la empresa de recoger apropiadamente dicha opinión, tomarla en cuenta, dar una respuesta formal frente a las opiniones emitidas antes de resolver; y la necesidad que la comunidad este en el derecho de reconsiderar o apelar en caso de trate de un procedimiento formal como es la aprobación del EIA. Situación que no está recogida en estos términos en nuestra legislación vigente.

Consideramos, por tanto que no basta contar en la legislación con procedimientos de consulta, sino que es indispensable que lo opinado por la comunidad se vea reflejado en la decisión adoptada por el Estado o en un tema más importante aún, vale decir el propio proyecto. Es así que se irá desarrollado un verdadero proceso participativo. Si la comunidad ve reflejada su opinión en la construcción misma del proyecto, considerará que sus intereses son recogidos y podrá haber incluso un sentimiento de participación del siguiente nivel, vale decir, participación activa.

Si bien la legislación contempla formalmente la obligación de consultar, mucho dependerá también del

En este sentido a participación ciudadana puede ir e menor a mayor grado, lo que implica el reconocimiento de una gradualidad en el proceso mismo desde la perspectiva del ciudadano, que por tanto es progresivo.

convencimiento de la empresa de considerar como la aplicación de opinado por la comunidad implica el ir construyendo participativamente un proyecto minero desde sus inicios y luego en su ejecución. Más aún cuando se trate de aquellos casos en que hubieren o están previstos que pudieran producir impactos ambientales a la comunidad, previstos o no en el EIA.

Sin embargo, se advierte del análisis de las normas legales que la participación es entendida solo a nivel informativo dado que nuestra legislación se ha preocupado más en legislar y establecer mecanismos sobre entrega y recepción de información, y no se ha regulado sobre como incorporar y realmente tener en cuenta lo opinado por la población en todo el proceso de un proyecto minero.

Es muy importante, en aras a la prevención de conflictos, que tanto las comunidades involucradas en un proyecto minero y la población en general adviertan que sus opiniones son tomadas en cuenta tanto por la empresa como por el Estado; y que por tanto los mecanismos de participación son efectivos y no una mera formalidad.

Existe la necesidad de lograr procesos de participación exitosos bajo la lógica “ganadora-ganadora”, que supone la disminución en las asimetrías de información y, por tanto, que la población conozca y entienda también la forma como la empresa funciona, sus objetivos y sus expectativas (Participación Ciudadana, OXFAM, 2009: 33). Esta lógica implica reciprocidad en los procesos participativos.

2.3. Nivel de participación activa.

La participación activa no es solo el derecho de la comunidad a manifestar en un momento determinado su conformidad o no con un proyecto minero sino que principalmente implica un proceso de participación gradual donde las opiniones de las comunidades deben ser permanente tomadas en cuenta aunque no sean finalmente determinantes, como se señala en los documentos de la OIT al comentar los alcances del Convenio 169.

En el inicio de la actividad se debe considerar dentro del nivel de participación activa el derecho de la comunidad en el proceso de negociación sobre sus tierras superficiales a exigir si así fuera necesario tierras de cultivo similares o equivalentes como última opción, y respetando los alcances del Convenio 169.

Resulta necesario llegar a aspectos de conformidad consensuada al inicio del proyecto y luego de mantenerse esta situación en los procesos participativos a lo largo del proyecto. Considerándose naturalmente que tal proceso implique una comunidad debidamente informada y consultada según los niveles descritos.

A este mismo nivel se encuentra el denominado “consentimiento previo.” Que suele entenderse como aquel que implica que un proyecto extractivo no se podrá realizar si antes no cuenta con el consentimiento expreso de la comunidad involucrada. Este consentimiento debe ser obtenido en una manera libre de coerción, previa al comienzo de las actividades de un proyecto, e informada, es decir que las comunidades involucradas tengan acceso a información adecuada sobre los impactos potenciales, positivos y negativos del proyecto como para tomar una decisión apropiada.

Sin embargo no implica necesariamente el consentimiento previo como un “veto” de una sola persona o grupo. Más bien, significa que las comunidades potencialmente afectadas tengan el derecho de participar de manera significativa en la toma de decisiones sobre un proyecto que podría impactarles y sus opiniones influyan en la decisión que se toma. El derecho al consentimiento previo libre e informado para pueblos indígenas es ahora reconocido por instrumentos del derecho internacional, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas que ha sido adoptada por las Naciones Unidas el 13 de setiembre del 2007 (Participación ciudadana, OXFAM, 2009: 36).

Es muy importante, en aras a la prevención de conflictos, que tanto las comunidades involucradas en un proyecto minero y la población en general adviertan que sus opiniones son tomadas en cuenta tanto por la empresa como por el Estado; y que por tanto los mecanismos de participación son efectivos y no una mera formalidad.

Y por último, luego del análisis de la participación ciudadana en el marco de nuestro ordenamiento legal, podemos señalar que si bien existe un reconocimiento de la necesidad de generar una participación ciudadana efectiva en los tres niveles de información, consulta y de participación activa (aquí solo enunciado en la Ley General del Ambiente, pero no implementado); sin embargo en los términos concretos de la actividad minera básicamente la participación ciudadana se orienta a la entrega de información y en algunos casos llega al nivel de consulta para escuchar opinión, pero no se alcanza el nivel de participación en la toma de decisiones.

3. PROPUESTAS DE MODIFICACIONES EN LA LEGISLACIÓN SOBRE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ACTIVIDAD MINERA

Las propuestas que presentamos a continuación, apuntan al objetivo que la normatividad debe garantizar y promover que las comunidades del área de influencia de los proyectos mineros, estén efectivamente involucradas desde los inicios de un proyecto, vale decir, desde los planes de desarrollo de prospección y de exploración de la compañía minera, pasando por todo el proceso de evaluación de impacto ambiental, y terminando con el monitoreo.

3.1. En cuanto al concepto de participación ciudadana

3.1.1. Incluir en el concepto de participación ciudadana el fortalecimiento de capacidades y la participación hacia un desarrollo humano de las comunidades

La norma ha definido la participación ciudadana como un proceso flexible público y dinámico que en términos generales promueve los tres niveles de participación ciudadana: información,

opinión y participación en la toma de decisiones. Sin embargo en la práctica, en la legislación específica sólo se queda en los dos primeros niveles.

Es necesario entonces ampliar la forma en que se conceptualiza la participación ciudadana en la legislación, incorporando dos conceptos importantes relacionados específicamente a la actividad minera que nos aproximan al tercer nivel.

Por una lado la participación como fortalecimiento de capacidades. Entender que un eje fundamental de la participación está directamente relacionado con el fortalecimiento de capacidades, es un asunto crucial para los proyectos extractivos. Desde esta perspectiva, la participación estaría estrechamente relacionada con las nociones de equidad y respeto mutuo en las relaciones, igualdad de oportunidades e inclusión social.

En ese sentido, consideramos importante que el fortalecimiento de capacidades, se entienda como condición necesaria para de la participación ciudadana. Lo cual debe producirse a lo largo de todo el proceso minero, y con mucha mayor incidencia en etapas claves, como por ejemplo en la elaboración y aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, a fin que sea verdaderamente participativo.

El otro concepto que proponemos incorporar es el de participación ciudadana desde una perspectiva de desarrollo, lo que implica definirla como la capacidad política y jurídica de la ciudadanía de intervenir individual o colectivamente directamente o por medio de sus representantes legítimos en los procesos de gestión del desarrollo local, especialmente en aquellos que afectan las condiciones de vida de la población, sean estas materiales, sociales, políticas, económicas o culturales.

Derecho al desarrollo que se encuentra expresamente incluido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas cuando en su Artículo 23 estipula que los pueblos

Desde esta perspectiva, la participación estaría estrechamente relacionada con las nociones de equidad y respeto mutuo en las relaciones, igualdad de oportunidades e inclusión social.

indígenas tienen derecho a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho a desarrollo, el mismo que es un derecho humano inalienable.

En los mismos términos se pronuncia el Convenio 169 de la OIT en su Artículo 7 cuando establece que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que este afecte a sus vidas...y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y...de controlar su propio desarrollo.

Estos dos conceptos suponen por un lado, el necesario fortalecimiento de capacidades de las poblaciones para que puedan tener una participación ciudadana eficaz, y por otro implica participar hacia un fin último de la comunidad, su desarrollo.

Enfocada así la participación podremos contribuir a prevenir o gestionar conflictos, de manera que no desborden los canales institucionales respectivos, pero también se contribuiría a generar una participación más efectiva de las comunidades al ser consultadas, para los posteriores procesos de toma de decisiones que deberán seguir las autoridades competentes.

3.1.2. Incorporar el principio de la comunicación eficaz como rector de la participación ciudadana

Proponemos se incluya como principio rector a aplicar en los procesos de participación ciudadana, el de la comunicación eficaz, para lo que sugerimos el siguiente texto a añadir en el Artículo 5º del DS 028-2008-EM:

5.7. Del principio de la comunicación eficaz Los mecanismos de participación ciudadana deben proveer espacios y procedimientos que permitan llevar adelante un proceso comunicativo eficaz, donde la autoridad y el titular minero no solo informe, sino que además reciba las observaciones, las analice y responda con fundamento,

y al decidir consideren el derecho de la ciudadanía de presentar formalmente reconsideraciones sustentadas antes de que se adopte la decisión final.

Esta comunicación debe por tanto permitir la comprensión de los proyectos, la participación informada y una adecuada toma de decisiones.

Y por tanto debe ser:

- Oportuna: en los momentos adecuados.
- Pertinente: referida a temas de interés, negociación y/o impacto.
- Física y culturalmente accesible: cercana y entendible para la población
- Continua: no debe circunscribirse a las etapas iniciales o evaluación de los EIAs.

3.2. Reglamentar el derecho a la consulta establecido en el Convenio 169

Si bien el Reglamento sobre Participación Ciudadana en la actividad minera, establece expresamente en su Artículo 4 que “el derecho a la consulta a que se hace referencia en el Convenio 169 de la OIT, se ejerce y se implementa en el subsector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el Reglamento”; sin embargo no existe un procedimiento legal preestablecido para consultar a las comunidades campesinas o indígenas sobre el diseño de políticas o dación de normas, o cualquier medida, incluso un eventual proyecto que pudiera afectarlas.

Por tanto, se propone que se reglamenten en particular los artículos sexto y décimo quinto que aborda específicamente el tema de la consulta a los Pueblos Indígenas y Tribales (comunidades nativas y campesinas). El nivel de la norma propuesta debiera ser el de una Ley; y así sería de aplicación y necesaria concordancia con los reglamentos vigentes en la materia. La reglamentación debe regular los siguientes aspectos:

Enfocada así la participación podremos contribuir a prevenir o gestionar conflictos, de manera que no desborden los canales institucionales respectivos,

a. Alcances y nivel de la consulta

1. Precisar en la norma que el derecho a la participación ciudadana contemplada en el artículo 6º corresponde al de la consulta obligatoria. Señalándose que es obligación del Estado consultar a los pueblos indígenas y tribales (comunidades nativas y campesinas), mediante el procedimiento que se establezca en el Reglamento; a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

2. La norma debe precisar que la consulta supone el derecho de los pueblos indígenas de expresar su punto de vista, y de influenciar el proceso de la toma de decisiones. La norma debe aclarar que si bien corresponde al Estado adoptar la decisión final sobre las medidas administrativas, legislativas, programas y proyectos, esta no debe realizarse sin agotar el procedimiento respectivo destinado a lograr el consentimiento o el acuerdo con los representantes de los pueblos indígenas.

b. Cuando consultar:

1. La norma debe precisar en primer lugar, que la consulta tendrá lugar siempre que se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados. Entre tales medidas deben mencionarse:

- Enmiendas a la Constitución
- Nueva legislación agraria;
- Decretos relativos a los derechos sobre la tierra o procedimientos para obtener títulos sobre las tierras;
- Programas y servicios nacionales de educación o de salud;

- Proyectos legislativos y administrativos que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas.
- Medidas especiales destinadas a salvaguardar su patrimonio material y cultural
- Programas y proyectos de desarrollo económico, social, cultural, nacionales o regionales que puedan afectarles directamente
- Prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras
- Traslado de comunidades de las tierras que ocupan y su relocalización

2. La norma también debe precisar que dentro de los alcances de la consulta se incluyen los procesos de aprobación de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

c. Principios y requisitos de validez de la consulta

1. La norma debe precisar que la consulta debe efectuarse de buena fe respetando los intereses, valores y necesidades de los pueblos indígenas.

2. El proceso de consulta debe ser específico a cada caso y de una manera apropiada a las circunstancias del tema a consultar, buscando el llegar a un acuerdo con las poblaciones consultadas.

3. Debe respetarse el principio de representatividad, lo cual es un componente esencial de la obligación de consulta.

4. La consulta debe realizarse de forma tal que los consultados se encuentren efectivamente informados y se establezca un medio de verificación que tal principio se ha cumplido.

La norma debe aclarar que si bien corresponde al Estado adoptar la decisión final sobre las medidas administrativas, legislativas, programas y proyectos, esta no debe realizarse sin agotar el procedimiento respectivo destinado a lograr el consentimiento o el acuerdo con los representantes de los pueblos indígenas.

d. A quiénes consultar

Se propone precisar en la norma lo siguiente:

i) Que la representatividad de las instituciones pueden ser tanto tradicionales (consejos de ancianos, consejos de aldea, etc.), como estructuras contemporáneas (asociaciones de pueblos indígenas y tribales o de comunidades nativas y campesinas, dirigentes locales electos y reconocidos como genuinos representantes de la comunidad o del pueblo interesado).

ii) Normarse sobre la forma de acreditación y criterios de representatividad.

iii) Que tendrán derecho a participar en la consulta aquellas comunidades ubicadas dentro de la zona de influencia del tema objeto de la consulta.

e. Reglas o procedimiento para realizar la consulta

iii) Que el procedimiento debe exigir que antes de la consulta el pueblo a ser consultado esté debidamente informado, de modo tal que esté en condiciones de opinar sobre los alcances del proyecto y las implicancias en su comunidad.

iv) Debe establecerse en la norma que cuando se trate de consultas relativas al aprovechamiento de recursos naturales, la información que se suministre, debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Naturaleza, alcances, objetivos y duración del proyecto.
- Los lugares de las zonas que se verían afectados.
- Una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa.
- Las instituciones o sectores que probablemente intervendrán en la ejecución del proyecto.

Toda vez que este proceso debe facilitar en la medida de lo posible llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento.

Tomando en cuenta en parte la propuesta de la Defensoría del Pueblo (2009:12) se propone incluir como reglas las siguientes:

i) Que el procedimiento de consulta a precisarse en la reglamentación específica debe permitir que los interesados expresen libremente y con conocimiento de causa sus puntos de vista.

ii) Que la consulta es un proceso de diálogo que debe considerar instancias, ello implica que una vez tomada la decisión por la autoridad que la comunidad indígena o campesina esté facultada a presentar un recurso de reconsideración debidamente sustentado. Toda vez que este proceso debe facilitar en la medida de lo posible llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento.

Si bien la reglamentación será un paso fundamental como bien se señala en la Guía de la OIT del Convenio (117), será conveniente desarrollar medidas adicionales específicas para aplicar eficientemente el Convenio, como por ejemplo:

- Eliminar toda incompatibilidad entre las disposiciones del Convenio y leyes y prácticas nacionales anteriores, derivadas de la reglamentación propuesta;
- Desarrollar e implementar acciones gubernamentales coordinadas y sistemáticas, tal como se contempla en el Convenio;
- Establecer instituciones y mecanismos pertinentes, en particular, los que conciernen a la consulta, la participación y el consentimiento, de tal forma que se constituya un espacio institucionalizado para la consulta

que sea aplicable tanto a todo el proceso extractivo desde la concesión a un privado hasta el post cierre de los proyectos y a los demás casos que deben ser objeto de consulta.

3.3. Derecho de las comunidades a manifestar su negativa a un proyecto minero. Procedimiento previo a iniciar una exploración para que las comunidades puedan manifestar sus preocupaciones frente a un probable proyecto minero

Para esta primera etapa, la participación ciudadana de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 12º del Reglamento de Participación Ciudadana aplicable a la actividad minera, se reduce a la obligación del MINEM como el titular de la concesión de informar a las poblaciones de las áreas con concesiones mineras, acerca del alcance del derecho de concesión otorgado por el Estado, de las obligaciones ambientales, de la normativa vigente que regula la actividad, de los derechos y obligaciones de las poblaciones involucradas, de las etapas de la actividad, las tecnologías aplicables, entre otros temas que permitan a la población tener información cierta, oportuna e imparcial sobre la actividad minera.

Para ello, el MINEM debe promover la realización de diversos eventos informativos, tales como foros, conferencias, talleres, etc., de manera periódica a nivel regional o provincial, en coordinación con las autoridades regionales o locales respectivas y los titulares de concesión minera. En la experiencia algunos de estos eventos se han limitado a ser de carácter informativo. Además que no tienen necesariamente que realizarse en la relación a una determinado proyecto y con una determinada comunidad, por permitirse que sean de carácter general. Es más señala la norma que los titulares pueden cumplir esta obligación en forma individual o conjunta con otros titulares mineros y en coordinación con

las autoridades nacionales, regionales o locales del Estado.

Es precisamente al tomar información sobre el proyecto, que la comunidad advierte que existe la probabilidad de que se produzca la extracción de minerales u otros recursos contenidos en el subsuelo de sus tierras. Asimismo, se enteran de esta posibilidad otros grupos de la sociedad civil, autoridades locales, entre otros. En la experiencia hemos encontrado que esta información tan genérica, da lugar a una serie de preocupaciones por ejemplo vinculadas con el impacto negativo en el agua así como a las actividades productivas de las comunidades. A todo lo cual se suman preocupaciones por impactos negativos al ambiente generadas por actividades mineras u otros proyectos antiguos, denominados como pasivos ambientales negativos.

En esta etapa, donde aún no se han producido estudios de impacto ambiental pero se conoce que un proyecto minero supone determinados impactos que pueden afectar la vida de la comunidad. como por ejemplo el proyecto minero a desarrollarse en Tambogrande (Piura), el proyecto minero a realizarse en el cerro Quillish en Cajamarca o el proyecto minero Río Blanco en Huancabamba y Ayabaca (Piura), donde la comunidad se opuso al proyecto. Todos ellos terminaron en una decisión de suspensión o cancelación de la concesión, luego de largos enfrentamientos que terminaron en violencia, incluso con resultados de vidas, suspensión de garantías, etc.

En estos y muchos casos más la solución inmediata fue conformar mesas de diálogo o de concertación, incluso en Tambogrande y Majaz se llevaron a cabo referendums, o consultas no necesariamente vinculantes, y además no institucionalizadas.

De acuerdo al Convenio 169, artículo 6 y 15, esta etapa debería ser de consulta. ¿Es suficiente que el Estado y el titular minero informen de modo general a través de foros y conferencias de carácter general?.

De acuerdo al Convenio 169, artículo 6 y 15, esta etapa debería ser de consulta. ¿Es suficiente que el Estado y el titular minero informen de modo general a través de foros y conferencias de carácter general?.

En realidad no se realizó una consulta. Por ello en el Manual de la OIT sobre el tema se señala que las consultas deberían aplicarse aún antes de comenzar la prospección, en concordancia con lo establecido en el inciso 2 del artículo 15 .

En el Manual de la OIT se continúa expresamente señalando que es precisamente mediante las consultas cuando los pueblos interesados puedan tener la oportunidad de expresar sus preocupaciones. Si los pueblos interesados no desean ninguna clase de extracción, pueden dar las razones por las cuales no deben realizarse prospecciones o explotaciones, como por ejemplo, destrucción ambiental, problemas de salud, pérdida de la base de su economía de subsistencia, etc.

Este es un derecho muy importante, porque los autores del Manual del OIT, si bien expresan que no hay derecho a veto frente a la realización de un proyecto minero, si interpretan el artículo en el sentido que las comunidades tienen el derecho de expresar las razones por las que consideran que el proyecto no debe realizarse. Entendemos que concordando con lo expresado de carecer derecho a veto, la opción es que la respuesta de las autoridades y de la empresa, ante estas preocupaciones debe ser sustentada y no una simple formalidad. Con lo cual debemos entender que el nivel de participación en este aspecto es trascendente y va más allá de la simple formalidad de informar

Por tanto, debe establecerse un procedimiento previo a la exploración, como una opción, no obligatoria sino facultativa, donde una comunidad o población que no acepte un proyecto se encuentre en la posibilidad de manifestarlo formalmente.

De existir este procedimiento, se abriría la posibilidad para que la población manifieste expresamente las razones a su negativa, lo que implicaría a su vez que se vea precisada a ordenar sus argumentos, darles sustento y comprometería a sus representantes con la posición planteada.

A partir de este procedimiento, además el Estado, seguramente a través del MINEM, así como el titular minero, se verían también precisados a dar respuesta formal a los argumentos y producto de este proceso concluir en una resolución que le dé término. Y antes de ello evaluar los argumentos, contestar y decidir con fundamento.

Consideramos que solo la existencia de esta posibilidad, es ya una ayuda en el proceso, porque se diluyen los canales informales. Asimismo, esto permitiría una vigilancia ciudadana a lo largo del proceso de exploración, así como de aprobación del EIA, que comprometería al Estado a asumir su aprobación, conociendo de esta vigilancia, y por tanto dando argumentos técnicos y legales de mayor sustento antes de aprobar un EIA.

3.4. Propuestas de participación ciudadana durante la etapa de exploración: Derecho de las comunidades de obtener de titular minero tierras de cultivo similares o equivalente como última opción y obligación del titular

El acceso a las tierras a ser destinadas al proyecto minero nos coloca, de acuerdo a la legislación minera, frente a distintas opciones. En primer lugar, cuando la tierra es de propiedad de comunidades nativas y campesinas que cuentan con título de propiedad, se podrían dar las siguientes situaciones:

- f. El propietario decide vender las tierras al titular minero;
- g. El propietario decide alquilar las tierras al titular minero;
- h. El propietario en el proceso de negociación podría eventualmente solicitar o conseguir que en lugar de dinero le paguen vía la transferencia de otras tierras, ello depende de su capacidad de negociación.
- i. Si no hay acuerdo el concesionario tiene el derecho a recurrir a una

Consideramos que solo la existencia de esta posibilidad, es ya una ayuda en el proceso, porque se diluyen los canales informales.

servidumbre obligatoria, impuesta por el Estado a su solicitud.

Por tanto, la participación de las comunidades no incluye su real capacidad de elección. Se le consulta para que opte sí o sí por vender o sino alquilar. Muy difícil será el pago en tierras, porque depende de su capacidad de negociación, el titular minero no está obligado a aceptar “pagarle” con tierras.

No existiendo capacidad de elegir, nos encontramos con una participación que solo incide en el ejercicio de un derecho, pero con un poder limitado. La comunidad si pretendiera seguir viviendo de esas tierras no podría, simplemente tiene que dejarlas. Este no tener opciones sobre un tema tan trascendente no se condice con lo dispuesto en el Convenio 169 cuando señala que los pueblos tienen el derecho de decidir sobre sus propias prioridades.

Es por ello que consideramos fundamental se agregue una opción en la propia norma que se desarrolla a continuación:

“El propietario tiene el derecho a obtener del titular minero tierras de cultivo similares o equivalentes a las que está dejando en poder o uso de dicho titular. Este derecho se constituye para el titular minero en una obligación que no puede eludir si el propietario decide que se le pague con tierras.”

Este es un derecho que resulta de una aplicación adecuada y equitativa del concepto referido al derecho de las comunidades de elegir acerca de sus prioridades de vida.

Para la comunidad la tierra no es solo donde se vive, como su hogar, sino que es de qué se vive. Es como el centro laboral para el ciudadano, es como la fábrica para el empresario industrial, es como la planta de tratamiento de harina de pescado para la empresa pesquera, etc. Es su medio de vida. Por tanto, cuando se expresa que puede vender y si no se aplica la servidumbre obligatoria, se está limitando

su derecho a elegir y esto atenta contra su derecho humano a la vida. Esta propuesta le da la posibilidad de elegir, porque si bien no puede negarse a la realización de la actividad minera, no lo hará hasta en tanto el titular minero no le consiga y entregue, como una obligación de dicho titular, terrenos equivalentes a lo que dejaría, a lo que habrá que añadir una legítima indemnización por el daño ocasionado por el desplazamiento.

Esta propuesta se fundamenta también en lo dispuesto en el Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT y en el Artículo 28 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

3.5. Propuestas durante la etapa de evaluación del EIA

Consideramos que el EIA debe ser realmente participativo, ello implica que desde las primeras etapas del estudio, por ejemplo, al elaborar las líneas de base, se incorpore verdaderamente los conocimientos, opiniones y observaciones de las comunidades. Para lo cual pasamos a proponer mecanismos que no solo sean de nivel informativo (talleres o audiencias), sino también que busquen crear en las comunidades conciencia de opinión, fortaleciendo sus capacidades y organizaciones, así como legitimando sus líderes, siempre dentro de un marco de diálogo.

En el EIA se han identificado los impactos ambientales y sociales tanto directos como indirectos, tanto positivos como negativos: así como se especifican las medidas de prevención, control y mitigación y otras; que se aplicarán con relación a los impactos identificados, así como se establece la línea base social y las características geográficas el área donde se desarrollará el proyecto.

Por tanto, esta es una etapa fundamental en la actividad minera y en particular debiera serlo de la participación ciudadana. Si la participación de las comunidades

“El propietario tiene el derecho a obtener del titular minero tierras de cultivo similares o equivalentes a las que está dejando en poder o uso de dicho titular. Este derecho se constituye para el titular minero en una obligación que no puede eludir si el propietario decide que se le pague con tierras.”

ubicadas dentro del área delimitada en el propio EIA como de influencia directa e indirecta ambiental y social, han sido efectivamente consultadas, partiendo del reconocimiento de una línea base que refleja su realidad; si adicionalmente el proyecto puede realmente mitigar los impactos, y si como consecuencia de ello las comunidades valoran el proyecto como una oportunidad de desarrollo, es probable que el futuro del proyecto sea el que genere beneficio para todos. Sin embargo, si los mecanismos previstos en la normatividad son insuficientes y el nivel de participación también, es muy probable que el proyecto no logre los resultados esperados y a su vez se pueden generar conflictos.

Si bien las normas han ido mejorando y por ejemplo, se preocupan en forma muy especial por exigir que el EIA y su resumen ejecutivo comprenda los contenidos señalados apropiados para que las comunidades se encuentren informadas, ello debiera suponer que en el dialogo producido en los talleres y audiencia pública se han podido recoger y realmente tenido en cuenta los intereses, aportes, comentarios y observaciones de las comunidades. Por ello presentamos las siguientes propuestas:

3.5.1. Validación de la línea base por parte de las comunidades

La información obtenida en las líneas de base, comprende entre otros, aspectos relativos a la organización social, productiva, valores, recursos naturales, que debieran ser un reflejo de la realidad de las comunidades. Sin embargo, en la practica se produce que los datos contenidos en las líneas base no necesariamente reflejan los que la comunidad percibe como aquella que corresponden a su realidad. Es más esta situación ha generado conflictos derivados de las diferencias entre lo explicitado en la líneas base y los impactos o daños producidos. Por ello, se propone se utilice una mecanismo de validación de las líneas

base con las comunidades, de forma tal que confirmen la información a partir de percibirla conforme a su realidad, sobre en todo en temas tan sensibles como la cantidad y la calidad del agua, el nivel de cultivos y niveles de producción. Si la comunidad participa de un mecanismo de validación podrá confirmar por ejemplo, si en efecto existen determinados ojos de agua, el nivel del caudal de agua, etc.

Un mecanismo de validación contribuirá incluso a que de producirse algún incidente, se cuente con información que permita deslindar responsabilidades de la empresa minera, o contar con elementos para atribuir el incidente a una situación pre-existente dado que el hecho estaba identificado en las líneas base, como por ejemplo el referido a la calidad o la cantidad de agua.

3.5.2. Mecanismo de verificación de la información sobre impactos sociales y ambientales contenidos en el EIA, así como de las medidas de mitigación a aplicar

A lo largo de los talleres y en particular de la Audiencia Pública programada para explicar los alcances del EIA, la participación de las comunidades tiene dos momentos importantes, primero al recibir información y luego en la posibilidad y el derecho de presentar observaciones, opiniones y aportes. Ante ello, nos preguntamos si ¿serán los medios de información y la forma de los contenidos suficientes? o ¿cómo se asegura que el receptor comprendió en forma eficiente y suficiente?. El riesgo es quedarnos en el cumplimiento de las formalidades y por ello proponemos perfeccionar el primer momento estableciendo mecanismos que garanticen que el receptor en efecto comprendió.

Hay para ello técnicas adecuadas de comunicación que pueden utilizarse como mecanismos de verificación de la comunicación y que proponemos se

Esta propuesta se fundamenta también en lo dispuesto en el Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT y en el Artículo 28 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

incorporen en la norma. Es decir, que el receptor, la comunidad a través de estas técnicas acredite haber comprendido lo comunicado. Más aún si tenemos en cuenta que en muchos casos los EIA presentan deficiencias de contenido, metodológicas o de información que sólo se manifiesta una vez iniciado el proceso de evaluación.

A este nivel la aplicación de un mecanismo de verificación de comprensión por parte de las comunidades resulta crucial, porque facilitaría la disminución de la incertidumbre. Pero lo que es más importante aún, permitiría aumentar el grado de involucramiento de las comunidades. Ello abre oportunidades para que la comunidad proponga medidas de prevención o mitigación de los impactos priorizados localmente. A partir de estas experiencias de verificación entre proponentes y comunidades durante la realización de la etapa de evaluación del EIA, será posible establecer relaciones de colaboración que resultarán fundamentales para la prevención y/o resolución de conflictos.

3.5.3. Procedimiento que permita reconsiderar ante la decisión de aprobación de un EIA

Ahora bien, durante o después de culminada la Audiencia Pública la comunidad tiene el derecho de presentar observaciones y sugerencias. Entonces cabe preguntarnos: ¿Qué sucede con ellas? y ¿Cual es su tratamiento?.

La norma establece claramente que la autoridad competente, vale decir el MINEM tiene la obligación al “merituar” las observaciones de la comunidad, y si no se toman en cuenta, de informar y fundamentar la razón de ello a las comunidades que las hubieren formulado.

Esta disposición es muy importante, porque de alguna manera estaría cerrando el circuito de la comunicación. El titular

minero presenta en la Audiencia el EIA, la comunidad escucha y luego presenta sus observaciones y recomendaciones, el MINEM les da mérito y remite al titular minero las que considere pertinentes; pero luego el MINEM debe emitir un informe donde está obligado a sustentar porque no incluye determinadas observaciones y recomendaciones. No queda claro en la norma si la referencia al literal h) del artículo 51 de la Ley General del Ambiente implica que deberá informarles directamente, lo que se lee del texto es que con el informe es suficiente.

De esta forma el receptor estará en condiciones de conocer porqué no se consideró su observación. Y ante ello se habría producido la retroalimentación al observante. Sin embargo, la comunidad al tomar conocimiento de la aprobación del EIA y producto del informe del MINEM de las razones por que no tomaron en cuenta sus observaciones, carece del derecho de reconsideración o apelación, aún cuando los fundamentos del informe que no toma en cuenta sus observaciones pudieran no tener sustento suficiente y por tanto, la comunidad considere tener el legítimo derecho de reconsiderar a esta decisión del MINEM.

El mecanismo de participación vigente al no contemplar esta opción no considera la doble instancia que es un principio básico en todo procedimiento.

Absuelta la observación o recomendación de la comunidad, ésta simplemente tiene que atenerse a lo resuelto, esté de acuerdo o no. Por tanto en aras a un proceso adecuado y no unilateral, llamado “debido proceso”, proponemos se contemple en la norma la posibilidad que la comunidad apele o reconsidere, naturalmente con fundamento y dentro de plazos razonables que no detenga inadecuadamente la actividad minera objeto del EIA. Ello ayudaría a hacer mas transparente el proceso.

3.6. Propuestas durante la ejecución del proyecto minero: Monitoreo basado en el fortalecimiento de capacidades y mecanismo permanente de atención de quejas

Los mecanismos previstos en la legislación tienen como objeto que la comunidad participe en el monitoreo de los impactos ambientales de la actividad y la vigilancia en el cumplimiento de los compromisos asumido por el titular minero en el EIA. Para ello, se deja en libertad al titular minero a escoger los mecanismos que considere mas apropiados sugiriendo la implementación de una oficina de información o la conformación de un comité de monitoreo y vigilancia ambiental participativo en el cual deberán participar tanto el titular como la población.

A través de la oficina el titular minero brinda información sobre el desarrollo del proyecto minero, el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos que están en el EIA y atiende las observaciones, denuncias o aportes de la población respecto a su desempeño ambiental y social.

A través del Comité de Monitoreo y Vigilancia Ambiental se realizarán con participación de la comunidad y el propio titular monitoreos que permitan verificar el cumplimiento de compromisos u obligaciones del EIA, previéndose un reglamento donde se puede incluir el tema de la capacitación del Comité. Además el Comité puede enviar la entidad fiscalizadora, los resultados del monitoreo y vigilancia para que procedan en el marco de sus competencias.

Consideramos que si bien la norma facilita la participación en forma apropiada, deja a la decisión del titular minero proponer cualquier mecanismo, cuando en verdad es conveniente que se que establezca como obligatorios, uno u otro mecanismo en función a la magnitud y área de influencia del proyecto.

Como bien señala Oxfam (2009:48) la oficina de quejas y reclamos debe ser concebido como un mecanismo permanente, con protocolos y procedimientos que establezcan plazos y de ser necesario instancias, acordados con la comunidad. Ello implicaría a su vez una atención oportuna y rápida, sino obligatoria. A lo que además se sugiere añadir que se traten las formas de compensación de comprobarse daños a la comunidad o miembros de la misma. Para lo cual sería conveniente contar con la participación de un tercero independiente que goce de suficiente credibilidad.

Asimismo resulta indispensable que para lograr una participación efectiva la comunidad esté debidamente capacitada con los recursos del fondo previsto en el artículo 9º del DS 028-2008-EM, que para estos afectos debe ser ampliado en sus alcances.

Finalmente, la norma debe modificarse señalando, no como una opción sino como una obligación, que se remitan los resultados del monitoreo a OSINERGMIN; a fin que se proceda a la aplicación de sanciones si hubiere lugar. En esta medida la participación de la comunidad tendrá mayor sentido.

4. APRECIACIONES FINALES

Los cambios normativos propuestos, no garantizarán de por sí la eficacia de la participación ciudadana o que no se generen conflictos en el Perú. Es necesario que la participación ciudadana sea efectiva, es decir como todo derecho es en su eficacia y efectividad que se materializa, que se vuelve legítimo frente a la ciudadanía, en este caso las comunidades. Ahora bien como hemos señalado las normas en la actividad minera han avanzado en términos de promover la participación ciudadana, pero como hemos propuesto deben necesariamente mejoradas. Sin embargo, como toda norma dependen siempre de la aplicación que se les dé, es decir está en su cumplimiento su verdadero valor o trascendencia.

En otras palabras, no basta el buen deseo de participar de parte de una población o comunidad, ni tampoco que se establezca explícitamente en una norma, lo indispensable es que el Estado articule a sus instancias, y también a las comunidades, y a las propias empresas extractivas para que puedan organizarse y coordinar adecuadamente.

Finalmente consideramos que la incorporación de las modificaciones propuestas permitirá desde un enfoque de prevención, que no escalen conflictos a nivel de violencia; y sobretodo que las comunidades participen activamente en el proceso de decisiones y sean por ende protagonistas de su desarrollo.



BIBLIOGRAFIA

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2009 Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual. OIT.

2003 Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual. OIT.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACION Y DESARROLLO ECONOMICO

2006 Manual sobre información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas.

< www.oecd.org >

SALAS CARREÑO, Guillermo

2008 Dinámica social y minería: familias pastoras de puna y la presencia del proyecto Antamina. Lima. Instituto de Estudios Peruanos, octubre 2008.