

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



“LA CONSULTA PREVIA Y LA ACTIVIDAD MINERA EN EL PERÚ”

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA CON  
MENCION EN GESTIÓN EMPRESARIAL

AUTOR

Alfredo Alejandro De la Cuba Benites

ASESOR

Martha Inés Aldana Durán

LIMA – PERÚ

2017

## ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
1. Introducción .....	4
2. Marco legal y jurisprudencia .....	12
2.1 Acerca del régimen legal del aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú..	12
2.2 Acerca del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes - OIT.....	15
2.3 Acerca de la Ley N° 29785, Ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios .....	19
2.4 Acerca del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios .....	22
2.5 Marco jurídico de la participación ciudadana en el sector minero .....	24
2.7 Procesos de consulta previa realizados en el sector minero .....	30
2.8 Sentencias vinculadas a la protección de derechos de las comunidades indígenas, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	35
a) Comunidad Mayanga (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua.....	36
b) Comunidades Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok kásek contra Paraguay .....	37
c) El pueblo Saramaka y la comunidad Moiwana contra Surinam .....	38
d) Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador.....	39
e) Pueblos indígenas Kuna de Mandungandí y Emberá de Bayano, y sus miembros, contra Panamá.....	39
2.9 Sentencias emitidas en el Perú, que están vinculadas a la consulta previa .....	41
3. Peligro en la continuidad de actividades mineras autorizadas entre los años 1995 y 2012 respecto de las cuales no se realizó el proceso de consulta .....	52
4. Conclusión .....	61
5. Bibliografía.....	67

**Resumen:**

Si bien actualmente se encuentran vigentes la Ley y el Reglamento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios (abril – 2012), normas que tienen como sustento el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales ratificado por el Perú (febrero - 1995), éstas no fueron promulgadas oportunamente ni establecieron cómo deberá proceder el Estado – a través de la entidad competente - con relación a las actividades mineras autorizadas durante el período comprendido entre la ratificación del referido Convenio y la aprobación de ambas normas (1995 – 2012). En ese sentido, este documento analiza el marco normativo aplicable y propone un procedimiento para permitir a la entidad competente verificar que se cumplió con proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios a pesar de no haberse realizado el procedimiento de consulta previa.

**Palabras clave:**

Consulta Previa - Participación Ciudadana - Pueblos Indígenas – Principios - Sentencias

## 1. Introducción

La minería es una actividad económica que se ha venido desarrollando en el Perú a lo largo de los diversos momentos de su historia, desde la etapa Preincaica hasta la Republicana. El país cuenta con extensos y valiosos yacimientos auríferos, cupríferos y polimetálicos, cuya explotación —especialmente la efectuada a partir del siglo XVI, cuando la plata peruana inundó las cortes europeas— hizo posible acuñar la frase “*Vale un Perú*”. (PriceWaterhouseCoopers, 2013, p.p. 4)

Lo antes mencionado permite introducir dos ideas: el gran potencial que tiene el Perú, en lo que a la existencia de yacimientos minerales se refiere; así como también, la vigencia de la actividad minera en el tiempo, la misma que actualmente se caracteriza por ser uno de los principales motores del crecimiento económico del país.

En lo que se refiere a este último aspecto, cabe destacar que la minería juega un rol importante en el desarrollo del país, toda vez que contribuye al crecimiento del Producto Bruto Interno (PBI), tanto por su propia actividad, como por los encadenamientos que genera. Su principal contribución viene por el lado tributario y los ingresos que genera al Estado por Impuesto a la Renta, Regalías, Impuesto Especial a la Minería y Gravamen Especial Minero. La minería genera un mayor dinamismo en actividades como transporte, maquinaria, mantenimiento, etc.; asimismo, hace posible el desarrollo de actividades conexas, como la metalmecánica, y el desarrollo de un pequeño grupo de empresas proveedoras. Al comparar zonas mineras con no mineras, se observa que la minería genera mejores indicadores referidos a ingreso familiar, electrificación, acceso a la educación y agua potable, entre otros. (Macroconsult, 2012)

Con el pasar del tiempo la visión y relacionamiento del sector minero con su entorno han dado un giro de 360° grados. Una actitud inicial de total indiferencia ha

dado paso a que el sector adopte un rol social importante en aquellas zonas donde desarrolla actividades. En este contexto, es preciso indicar que, si bien en sus inicios la actividad minera como tal no contaba con un marco jurídico acorde a lo que su naturaleza exige, tal situación ha cambiado drásticamente, toda vez que se ha convertido en una de las actividades más regladas, supervisadas y fiscalizadas. Al respecto, es oportuno señalar también que, a la fecha, el marco jurídico aplicable a la actividad minera busca, sin desmedro del medio ambiente, impulsar la actividad minera tanto como el desarrollo social de las zonas donde esta se realiza.

De lo mencionado hasta aquí se puede inferir que la minería es una actividad de larga data, que genera una serie de beneficios para las poblaciones donde se desarrolla y que cuenta con un marco legal bastante amplio, sin perjuicio de lo cual, en la práctica, en algunas zonas del país el desarrollo de esta enfrenta un alto nivel de oposición.

En virtud de lo establecido por la normatividad vigente, la concesión minera como tal (título de concesión) no faculta a su titular para realizar actividad alguna, razón por la cual, para hacer viable la ejecución de las distintas actividades mineras —cateo, prospección, exploración, desarrollo, explotación, beneficio, labor general, transporte minero, comercialización y almacenamiento de concentrados— reguladas en el Texto Único de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92-EM (Artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 7°, 8°, 17°, 19°, 20°, 21°, 22° y 23°), es preciso tramitar u obtener una serie de permisos y autorizaciones adicionales, los mismos que son otorgados por diversas instituciones públicas.

En ese sentido, el artículo 8° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, TUO de la Ley General de Minería) define la actividad de exploración como aquella mediante la cual se busca identificar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales. En el referido artículo también se hace mención a las actividades de desarrollo y explotación, siendo esta última definida como la extracción de los minerales contenidos en un yacimiento. En cambio, la actividad de desarrollo es definida como la operación que se realiza con la finalidad de hacer posible la explotación de los referidos minerales.

Adicionalmente, para que el titular de una concesión pueda desarrollar actividades mineras, este requiere contar con la titularidad de las tierras o con la autorización del uso superficial de las mismas. En la práctica, ello constituye una de las principales dificultades que se presentan para el desarrollo de las actividades mineras, toda vez que, en algunos casos, la propiedad o posesión de las tierras es ejercida por privados.

Es la Ley N° 26505, Ley de inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas (en adelante, Ley N° 26505) la que establece los principios generales necesarios para promover el desarrollo de actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. En su artículo 7°, dicha norma precisa que la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere de un acuerdo previo con el propietario o de la culminación del procedimiento de servidumbre, para lo cual el titular de la actividad correspondiente debe indemnizar en efectivo al propietario de la tierra, conforme la valorización que deberá incluir, de ser este el caso, el eventual perjuicio; lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas.

En cuanto a la realización de actividades mineras en un terreno superficial cuyo poseedor o propietario es un privado, la primera alternativa es arribar a una servidumbre voluntaria o convencional (lo que no requiere formalidad). De no ser ello posible, en el Capítulo IV del TUO de La Ley General de Minería, se establece como alternativa la posibilidad de recurrir a la Dirección General de Minería, a fin de que esta imponga una servidumbre administrativa que permita la realización de la actividad minera que pretende el aprovechamiento de recursos naturales, a cambio de una compensación justipreciada. La servidumbre también puede ser legal, es decir, impuesta por la ley, por lo que el propietario del predio sirviente está obligado a soportarla, aun contra su voluntad. (Martínez, 2009 p.p. 64, 65 y 68)

En los artículos 130° al 135° del TUO de la Ley General de Minería se desarrolla el procedimiento relativo a la servidumbre administrativa, el cual se inicia mediante la presentación de una solicitud de establecimiento de servidumbre —por

parte del titular de la actividad— ante la Dirección General de Minería (DGM). Esta última citará a las partes, las que, de arribar a algún acuerdo, deberán elevarlo a escritura pública; caso contrario, la DGM designará un perito para determinar el justiprecio o compensación. De declararse fundada la solicitud, se emitirá la resolución correspondiente en donde se consignará el referido justiprecio, así como la indemnización por daños y perjuicios, si ello corresponde.

En el caso de tierras que se encuentran en posesión y/o propiedad de pueblos indígenas y tribales (privados), el tema se dificulta aún más debido a la falta de titulación. Dado que la extensión de dichas tierras no se limita únicamente al espacio geográfico que ellos ocupan, sino también al lugar en donde aquellos desarrollan o practican sus actividades tradicionales, se hace casi imposible identificar los territorios que ocupan o poseen para pedir los permisos correspondientes o adquirirlas.

Actualmente, las empresas que desarrollan actividades mineras en el país son duramente criticadas por un sector de la población, a pesar de todos los beneficios que podría generar su actividad para las poblaciones de la zona. Si bien, muchas de las críticas tienen como sustento temas de índole ambiental y social, también responden a la inconformidad manifiesta de estas poblaciones por la falta de oportunidades para alcanzar un mejor nivel de vida (déficit de oferta laboral, ausencia de servicios básicos y, en general, poco o nulo desarrollo de la zona). Lo mencionado podría parecer contradictorio con relación a lo inicialmente expuesto respecto de los beneficios que genera la actividad minera; pero ocurre que, en la práctica, no todas las zonas donde se realizan actividades mineras se ven finalmente favorecidas con todo aquello que la actividad como tal es capaz de brindar, debido a que los cambios en su situación dependen del Estado. Sin embargo, en la práctica, la responsabilidad es trasladada al titular de la actividad minera.

Al respecto, resulta preciso indicar que las empresas mineras pagan al Estado peruano una contraprestación económica por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos, la misma que se distribuye conforme lo establecido en la Ley N° 28258, Ley de regalía minera, entre los diversos niveles de gobierno del lugar donde se explota el recurso natural. Asimismo, por concepto de canon, conforme lo establecido en la Ley N° 27506, Ley de Canon, del monto ingresado por concepto de

Impuesto a la Renta, se destina 50% para las zonas donde se explota el recurso mineral y el otro 50% va destinado al gobierno central.

La disconformidad a la que ya se hizo mención se incrementa cuando se vuelven de conocimiento público los ingresos que obtienen las empresas mineras en virtud a la concesión que les fue otorgada, sin que, paralelamente, resulten palpables para las poblaciones de la zona los beneficios que la actividad como tal podría generarles en virtud al pago de canon, regalías u otros. Para entender tal situación, cabe indicar que la mayoría de actividades mineras (si bien, no todas) se realizan en zonas donde hay poca o nula presencia del Estado, así como también que en el Perú faltan políticas públicas en lo que a inversión en infraestructura y servicios se refiere. Así pues, frente a dicho contexto, las poblaciones de la zona reclaman y/o exigen al titular minero que asuma obligaciones que, por su naturaleza, corresponden estrictamente al Estado.

Ahora bien, si por los motivos antes señalados ya se convierte en un reto el normal desarrollo de actividades mineras; para iniciar o continuar las mismas se debe, adicionalmente, dar cumplimiento a la normativa en materia de consulta previa que exige el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante, Convenio 169 - OIT), ratificado por el Estado Peruano. Ello implica —para el caso minero— que el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, está obligado a informar y elevar en consulta a los pueblos indígenas y tribales la intención de desarrollar actividades mineras en los territorios que ocupan o, posiblemente, en aquellos donde desarrollan o practican sus actividades tradicionales.

Al respecto, cabe señalar que, tanto el Convenio 169 –OIT, como la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, y su respectivo Reglamento, Decreto Supremo N° 001-2012-MC, tienen como premisa que la realización del proceso de consulta se efectúe de forma previa; razón por la cual, consideramos que su implementación con relación a actividades en curso resulta “extemporánea” y contraria a la naturaleza de la ley.

En tal virtud, el presente trabajo tiene como finalidad analizar el marco legal aplicable a la consulta previa y plantear las bases de un procedimiento que permita al Ministerio de Energía y Minas comprobar que aquellos titulares mineros que iniciaron su actividades durante el periodo comprendido entre el ingreso en vigencia del Convenio 169 - OIT (02 de febrero de 1995) y la aprobación de la Ley N° 29785 (07 de septiembre de 2011) y su respectivo reglamento (03 de abril de 2012) si se hayan realizado respetando los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, cumpliendo así con el objetivo de la consulta previa.

Para ello, consideramos necesario revisar el régimen legal del aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú así como algunas características de la actividad minera; comentar los aspectos más importantes del Convenio 169 – OIT, de las normas aprobadas en el país en virtud de este y de la legislación referida a la participación ciudadana; y, por último pero no menos importante, analizar algunos de los argumentos desarrollados en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional peruano, referidas a la aplicación del proceso de consulta.

Si bien la implementación del proceso de consulta previa en el país ha sido un paso importante en lo que a protección de los derechos de los pueblos indígenas se refiere; consideramos también que ello constituye un gran reto, puesto que no debe afectar la continuidad de actividades mineras. Especialmente la de aquellas que, para ser autorizadas, cumplieron en su oportunidad con el íntegro de los requisitos exigidos por la normatividad vigente, y hoy desarrollan sus actividades con aprobación de las poblaciones de la zona. Cabe indicar que muchas de esas mineras, no solo han mantenido y mantienen una comunicación cercana con las poblaciones aledañas, sino que pueden haber negociado o arribado a acuerdos cuyo fin era, precisamente, lograr esos beneficios que la actividad genera como tal y que la población espera.

A efectos de un mejor entendimiento del presente trabajo de investigación resulta preciso indicar que, en lo que a la participación ciudadana se refiere, esta puede ser definida como el derecho de las personas de participar de forma responsable, de buena fe, con transparencia y veracidad, en la definición y aplicación de las políticas y medidas que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno, y

en el proceso de toma de decisiones públicas, así como en su ejecución y fiscalización. Esta tiene como finalidad contribuir al diseño y desarrollo de las políticas y medidas públicas.

Asimismo, el sujeto de la participación ciudadana es toda persona, incluyendo a las comunidades campesinas y nativas, los pueblos indígenas, etc., debiendo realizarse en todas las etapas del proceso de toma de decisiones públicas, así como en su ejecución y fiscalización. La participación ciudadana no implica el derecho de veto.

De otro lado, en cuanto a la consulta previa se puede precisar que esta es definida como el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. La consulta previa tiene como finalidad alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas.

Los sujetos de la consulta previa son los pueblos indígenas, cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa; siendo el Estado – a través de la entidad competente – el único responsable de realizarla antes de la aprobación de la medida legislativa o administrativa. Tratándose de actividades de exploración o explotación de recursos naturales, antes de aprobar la medida administrativa que faculte el inicio de dichas actividades.

La consulta previa no implica derecho a veto. Sin perjuicio de ello, si como producto del proceso de consulta, el Estado y los pueblos indígenas suscribieran un acuerdo, su contenido es de carácter obligatorio para ambas partes y exigible en sede administrativa y judicial.

Resulta evidente que se pueden analizar otros aspectos en lo que a la aplicación de las normas que rigen el proceso de consulta se refiere, tales como la aplicación de las normas en el tiempo, la seguridad jurídica, los derechos de las empresas versus los derechos colectivos, u otros. Sin perjuicio de ello, somos de la

opinión que más que buscar una aplicación “extemporánea” del proceso de consulta sobre la base de los temas antes mencionados, lo que se necesita es dar continuidad a aquellas actividades mineras que, de una u otra forma, han actuado de buena fe y que, respetando los derechos de las poblaciones involucradas, han compartido y continúan compartiendo con ellas información relevante referida a su actividad.



## **2. Marco legal y jurisprudencia**

Antes de analizar el problema de investigación es necesario conocer los principales aspectos de las normas legales que reglan lo referido aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú, así como también, el desarrollo normativo con relación al Convenio 169 – OIT, las normas de participación ciudadana y algunas sentencia de cortes nacionales e internacionales con relación al tema en cuestión.

### **2.1 Acerca del régimen legal del aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú**

El régimen legal del aprovechamiento de los recursos naturales resulta ser un aspecto fundamental para comprender otras normas vinculadas e inclusive las referidas a consulta previa que han sido desarrolladas.

Siguiendo la definición desarrollada por las Naciones Unidas, Huapaya (2014) señala que los recursos naturales se caracterizan por: (i) ser proporcionados por la naturaleza, (ii) ser capaces de satisfacer las necesidades humanas y (iii) por su apropiación y transformación dependen del conocimiento científico y tecnológico. Indica asimismo que estos incluyen dos variedades: los recursos renovables, esto es, aquellos que tiene la capacidad de reproducirse o generarse; y los recursos no renovables, vale decir, aquellos que no son capaces de renovarse en un determinado periodo de tiempo y que por lo tanto se agotan. (Huapaya, 2014, p.p.328)

Con respecto a la propiedad de los recursos naturales, existen o prevalecen tres teorías. La primera, denominada “accesión o sistema fundario”, se caracteriza por atribuir al propietario del terreno superficial el dominio originario de los yacimientos. Una segunda, denominada “cosas de nadie o *res nullius*”, parte de la premisa de que los yacimientos originariamente no pertenecen a nadie, ni al propietario del suelo ni al Estado, y que es el primero que ocupa o descubre un yacimiento e inicia su explotación el que se convierte en su titular o propietario. Por último, una tercera,

denominada “dominalista”, atribuye el dominio originario de los recursos a la colectividad representada por el Estado, para lo cual distingue entre el propietario del terreno superficial y los yacimientos subyacentes (Belaunde, 2009, p.p. 18-24)

Siguiendo a Huapaya (2014), diremos que el sistema jurídico peruano ha acogido el sistema romano – hispánico (dominalista o de dominio público), el mismo que establece que la propiedad de la tierra no otorga, por sí sola, derecho alguno sobre los recursos del subsuelo, puesto que los mismos pertenecen a todos los peruanos, es decir, a la colectividad, representada por el Estado. Es por ello que, para el desarrollo de cualquier actividad vinculada al aprovechamiento de los recursos naturales, es necesario que el titular obtenga previamente, al inicio de la exploración o explotación, un título habilitante que le permita realizar dichas actividades de acuerdo con la ley. (Huapaya, 2014, p.p.339)

Confirmando lo expresado por Huapaya (2014), el artículo 66° de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que “los recursos naturales renovables y no renovables son patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento”. De ello se puede inferir que los recursos naturales no son patrimonio de un único grupo o colectivo determinado sino de todos los peruanos, razón por la cual la autorización para el acceso a los mismos es potestad del Estado.

En ese marco, la Ley N° 26821, Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, norma de desarrollo constitucional en esta materia, establece que: “El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos”. (Ley 26821, 1997, art 19°). Asimismo, el Artículo 4° de la referida ley señala que: “Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos”. (Ley 26821, 1997, art 4°) Finalmente, el artículo 19° de la misma ley establece que:

“Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el

Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares”. (Ley 26821, 1997, art 19°)

De otro lado, se debe tener en cuenta lo señalado en el Artículo 954° del Código Civil:

“La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos, los restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales”.

En línea con lo antes señalado, además del respectivo derecho de concesión, el sistema legal peruano exige contar también con una serie de permisos (ambientales, administrativos, etc.). Entre ellos, uno de los más importantes para poder llevar a cabo actividades mineras es el referido a los derechos superficiales sobre los predios (propiedad, arrendamiento, usufructo).

En tal virtud, resulta pertinente mencionar que el artículo 7° de la Ley N° 26505, Ley de tierras, señala que la utilización de estas para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere de acuerdo previo con el propietario o de la culminación del procedimiento de servidumbre. Asimismo, el artículo 1° del Decreto Supremo N° 017-96-AG, que reglamenta el artículo 7° de la Ley de tierras, establece que “la utilización de estas para el ejercicio de las referidas actividades, así como para el transporte de hidrocarburos y minerales por ductos, requiere de acuerdo previo con el propietario de las tierras o de la culminación del procedimiento de servidumbre”.

Así pues, podemos concluir que los minerales que extraen los titulares mineros califican como recursos naturales no renovables, toda vez que se agotan con el transcurrir del tiempo. Conforme la normatividad vigente, en nuestro país, el dominio originario se atribuye a todos los peruanos —representados por el Estado—, razón por la cual se distingue entre el propietario del terreno superficial y el de los yacimientos ubicados en este (teoría dominalista). Constituye, por tanto, un requisito esencial —adicional a la concesión otorgada por el Estado y demás permisos— contar con el

título de propiedad del predio, celebrar contratos en virtud de los cuales se arrienda o autoriza el usufructo del mismo, o iniciar el procedimiento de servidumbre administrativa correspondiente.

Siguiendo a De la Puente (XX) y atendiendo al principio de valorar el bien común por encima del bien individual, es destacable la importancia de atender prioritariamente los intereses nacionales de desarrollo y garantizar estabilidad para la inversión minera. En tal sentido, no debe soslayarse el grave problema de falta de seguridad jurídica que surge cuando a los actores mineros legales no se les reconoce, a nivel local, el valor jurídico de las atribuciones que otorga el régimen legal de titulación o la legislación ambiental vigente.

Por lo tanto, y en línea con lo mencionado por de la Puente (XX) —con relación al terreno superficial— es muy importante para el titular minero contar con la titularidad, autorización de uso superficial o servidumbre respectiva, a fin de asegurar la realización o continuidad de la actividad minera.

De otro lado, el trámite para lograr la servidumbre minera —que permite al administrado realizar sus actividades en terrenos propiedad de terceros— es un tema que debe analizarse, por cuanto iniciar actividades dentro de un contexto negativo no puede ser la mejor ni la primera opción. Ello se ve reflejado en los hechos, toda vez que —según especialistas en la materia— es mínimo el número de servidumbres otorgadas a la fecha.

## **2.2 Acerca del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes - OIT**

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es una agencia tripartita de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) “que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de los estados miembros, con el objetivo de establecer normas de trabajo, formular políticas y elaborar programas que promuevan el trabajo decente para todos, mujeres y hombres” (OIT, 2007). De forma consecuente con la definición

antes citada, en 1957 la OIT generó un primer instrumento internacional vinculante, el Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes. Más adelante (junio de 1989) la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT adoptó en forma tripartita el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el mismo que se asienta en dos postulados “el respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas” y “la consulta y participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan”. (OIT, 2007).

Si bien en el Convenio 169 se desarrollan diversos aspectos vinculados a los pueblos indígenas y tribales, que deben ser analizados e interpretados de forma integral; cabe señalar que para efectos del presente trabajo nos centraremos solo en algunos artículos del mismo. No obstante, cuando sea necesario entender o esclarecer algún tema en concreto, se hará referencia a otros artículos.

Para el caso del Perú, resulta relevante lo establecido en el artículo 1° del citado convenio, toda vez que: (i) El Perú es un país independiente en cuyo territorio viven pueblos considerados indígenas, (ii) los pueblos considerados indígenas descienden de “poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales” y (iii) algunos pueblos conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o al menos parte de ellas. Al respecto, cabe recordar que un criterio importante a tener en cuenta para determinar los grupos a los que se aplica el Convenio 169 de la OIT, es la conciencia que estos tengan respecto de su identidad indígena o tribal (OIT, 2007, 16 -17)

Adicionalmente, el artículo 4° del Convenio 169 de la OIT señala que es responsabilidad de los gobiernos la adopción de medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Este artículo se complementa con lo señalado en el artículo 6° del mismo convenio, donde se establece que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, se deberá consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas.

Por su parte, el artículo 7° del citado convenio enfatiza “el derecho de los pueblos indígenas y tribales para decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, o las tierras que ocupan o utilizan; así como su derecho a controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. Asimismo, en el artículo 8° del Convenio 169 de la OIT se establece al aplicar la legislación nacional a dichos pueblos, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Respecto al tema de tierras, el artículo 13° del Convenio 169 de la OIT, establece que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que, para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados, reviste su relación con las tierras o territorios —o con ambos, según sea el caso— que ocupan o utilizan de alguna u otra manera; en particular, los aspectos colectivos de esa relación”. Resulta importante señalar que en la última parte del referido artículo se precisa que *“la utilización del término tierras en los artículos 15° y 16° deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”* (OIT, 2007, 27-28).

Por otro lado, el artículo 14° del Convenio 169 de la OIT vela por el reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión de los pueblos sobre las tierras que tradicionalmente ocupan; así como también salvaguarda “su derecho a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que han tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Asimismo, establece que deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional, con el fin de solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” (OIT, 2007, 27-28).

Por su parte, el artículo 15° del Convenio 169 de la OIT, de vital importancia para la presente investigación, establece el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Ahí se señala que:

*“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.* (OIT, 2007, 15).

Adicionalmente el artículo 16°, si bien señala que los pueblos no deben ser trasladados de las tierras que ocupan; indica también que, excepcionalmente, ellos podrán ser trasladados y reubicados si se cuenta con su expreso consentimiento. El citado artículo establece que los pueblos tienen “el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación y que, cuando ello no sea posible, deberán recibir, en todo caso, tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente. Asimismo, el artículo precisa que en caso de que los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, se indica que deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. (OIT, 2007, 30).

El Convenio 169 de la OIT también desarrolla otros aspectos vinculados a los pueblos indígenas (contratación y condiciones de empleo, formación profesional, seguridad social y salud, educación y administración). Al respecto se establece que, en caso de que se pretenda implementar una medida administrativa o legislativa que pueda afectarlos, se debe realizar un proceso de consulta previa.

De todo lo antes mencionado, concluimos que el Convenio 169 de la OIT tiene como premisa central proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales, para lo cual es necesario que el gobierno adopte medidas especiales e implemente procedimientos adecuados, a través de los cuales sea posible consultarles bien sea de forma directa, o bien a través de sus instituciones representativas, cada

vez que se quiera implementar una medida administrativa o legislativa que pueda afectar sus derechos de forma directa o indirecta. Asimismo, en lo que respecta a los recursos naturales que existan en sus tierras, el Convenio 169 de la OIT precisa que, cuando los mismos pertenezcan al Estado (caso peruano), los gobiernos son los que deben desarrollar los procedimientos necesarios a efectos de hacer viable la consulta.

### **2.3 Acerca de la Ley N° 29785, Ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios**

El objetivo de este apartado es dar a conocer cómo lo establecido en el Convenio 169 de la OIT ha sido incorporado a la legislación nacional.

Empezaremos por precisar que el citado convenio fue suscrito con fecha 27 de junio de 1983 por el Estado Peruano. Cabe señalar que el artículo 38° del Convenio 169 de la OIT establece que este entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de los miembros hayan sido registradas por el Director General. En tal sentido, recordamos que el Convenio 169 de la OIT fue aprobado por el Congreso de la República mediante la Resolución Legislativa N° 26253, publicada en el diario oficial El Peruano el 05 de diciembre de 1993; y ratificado por el Estado Peruano el 17 de enero de 1994. Así pues, entró en vigencia el 02 de febrero de 1995.

Antes de la aprobación de la Ley N° 29785 —mejor conocida como Ley de Consulta Previa— y su respectivo reglamento, se realizaron una serie de mesas de trabajo en las que participaron diversas entidades del Estado, gremios empresariales y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios. Ello, con la finalidad de arribar a un consenso en lo que al texto de la norma se refiere. Luego de un largo período de revisión del proyecto de ley, con fecha 07 de septiembre de 2011, se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La Ley de Consulta Previa, en sus artículos 1° y 3°, precisa que esta tiene como objetivo establecer el procedimiento para la aplicación del derecho a ser

consultados de los pueblos indígenas, respecto de aquellas medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, con la finalidad de alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios sobre dichas medidas legislativas o administrativas.

En su artículo 4°, la citada norma establece la serie de principios en los cuales se deberá basar el proceso de consulta: interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, oportunidad. Este último establece que el proceso de consulta se debe realizar de forma previa a la medida legislativa o administrativa que va a ser implementada por las entidades estatales (Ley N° 29785, 2011). Hay otros dos principios a los que se hace referencia en dicho artículo y que consideramos bastante importantes: el denominado “principio de información oportuna” referido al derecho de los pueblos a recibir, de parte del Estado, toda la información que sea pertinente con anticipación al inicio mismo del proceso de consulta; y el denominado “ausencia de coacción o condicionamiento”, en función del cual la participación de los pueblos indígenas u originarios debe realizarse en un contexto libre de toda influencia (Ley N° 29785, 2011). Sobre el particular, cabe destacar que, si bien somos de la opinión que cualquier procedimiento de consulta que se pretenda realizar debe cumplir con todos los principios mencionados en la norma, consideramos que los principios de “información oportuna” y “ausencia de coacción o condicionamiento” son de especial interés para efectos de la presente investigación.

Ahora bien, en el artículo 5° de la Ley de Consulta Previa se precisa como sujetos de la norma a los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos puedan verse afectados de forma directa o indirecta por una medida administrativa o legislativa. Asimismo, en el artículo 7° se establece que para poder ser calificado como pueblo indígena u originario se tiene que cumplir con los criterios objetivos y subjetivos. En ese sentido, los criterios objetivos a los que se hace referencia en son: **(i)** Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional, **(ii)** Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que ocupan o usan tradicionalmente usan u ocupan, **(iii)** Instituciones sociales y costumbres propias, **(iv)** Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional (Ley N° 29785, 2011). En cuanto al criterio subjetivo, el artículo 7° de la Ley N° 29783, efectúa una importante precisión respecto de la importancia que tiene la

autoconciencia del grupo, como tal, respecto de su identidad cultural. En tal sentido, explícitamente la norma señala en este artículo que cualquier comunidad (campesina, andina, amazónica, etc.), consciente de su identidad cultural como pueblo indígena u originario, tiene expedito el derecho a ser identificada como tal y reclamar los derechos que le atribuye la ley.

A nuestro parecer, un primer problema que se presenta está vinculado a la calificación de algunos pueblos como indígenas u originarios. En lo que se refiere a la comprobación de los criterios objetivos, a través de una presentación efectuada en el 2015 por funcionarios del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura a diversos asociados de la Sociedad Nacional de Minería Petróleo y Energía (SNMPE), tuvimos conocimiento de que la base de datos de pueblos indígenas u originarios estaba siendo elaborada sobre la base de información recabada —en gabinete— por otras instituciones (Directorio de Comunidades Campesinas de COFOPRI y las DRAS, XI Censo de Población y de Vivienda – INEI 2007 y IV Censo Nacional Agropecuario) y que, por tanto, no era resultado de un trabajo en campo.

Adicionalmente, en lo que respecta a la comprobación del cumplimiento del criterio subjetivo, podemos mencionar que en el Informe N° 812-2016-MEM-DGAAM—CP-Explotación-Apumayo-DNA-DGAM, correspondiente al informe final del proceso de implementación de consulta previa sobre el proyecto de explotación Apumayo - Apumayo S.A.C., en la autorización de inicio de las actividades de explotación minera se señala que la Comunidad Campesina de Para estaba en desacuerdo por haber sido calificados como pueblo indígena por el Ministerio de Cultura.

De otro lado, es oportuno señalar que la Ley de Consulta Previa establece en su artículo 8° que las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa son las responsables de la realización del proceso de consulta, y que es preciso que se cumplan las siguientes etapas mínimas:

- (i) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
- (ii) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.

- (iii) Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- (iv) Información sobre la medida legislativa o administrativa. Esta etapa dura entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario, según establezca la autoridad promotora (Art 18°, D.S. N° 001-2012-MC).
- (v) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente. Debe completarse dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario (Artículo 19°, D.S. N° 001-2012-MC).
- (vi) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios. El período máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes (Art. 20°, D.S. N° 001-2012-MC)
- (vii) Decisión. En el D.S. N° 001-2012-MC no se establece plazo alguno.

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde asimismo a la autoridad competente. En caso de que se alcance un acuerdo, este será de carácter obligatorio para el Estado y los pueblos indígenas u originarios. En caso contrario, el Estado deberá asegurar que los derechos de los pueblos indígenas y originarios sean debidamente garantizados (Artículo 15, Ley N° 29783).

Por último, pero no menos importante, la Segunda Disposición Complementaria Final, se señala que la ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.

#### **2.4 Acerca del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios**

A continuación, a fin de complementar lo establecido en la Ley de Consulta Previa, desarrollaremos los aspectos —en nuestra opinión— más importantes del

Decreto Supremo N° 001-2012 – MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el mismo que fue aprobado con fecha 03 de abril de 2012 y entró en vigencia el 04 de abril del 2012. En adelante, nos referiremos a dicha norma como “el Reglamento”.

A fin de complementar los alcances de la Ley de Consulta Previa, cabe señalar que en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 001-2012 – MC, que aprobó el Reglamento, se señala que este mismo será de aplicación a aquellas medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de su vigencia. Ello, complementa lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa y evidencia la preocupación del Poder Ejecutivo por dar continuidad a aquellas actividades que hubieran sido autorizadas por el Estado, sin haber pasado previamente por el proceso de consulta previa. Debemos tener en cuenta que, si bien las actividades minero energéticas son las que más han avanzado en lo que a cumplimiento de lo establecido en la Ley N° 29785 y su Reglamento se refiere, el proceso de consulta es de aplicación a cualquier actividad que se pretenda realizar en el país y que requiera de la aprobación de una medida administrativa o legislativa cuya implementación pueda afectar de forma directa o indirecta los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Como se indica en el artículo 1° del Reglamento, el objetivo de la norma es regular el procedimiento de consulta, sus características esenciales y la formalización de los acuerdos tomados; así como también, garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos por como tales por el Estado Peruano en la Constitución, en los tratados internacionales ratificados por el Perú y en las leyes. En dicho artículo también se indica que el resultado de la consulta no es vinculante salvo en de aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes (Decreto Supremo N° 001-2012 – MC, 2012).

En virtud de lo indicado en su artículo 2°, el Reglamento es aplicable, tanto a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, mediante decretos legislativos que emita en virtud a la delegación de facultades otorgadas por el Congreso de la República (Artículo 104° de

la Constitución Política del Perú); como a medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban, planes, programas y proyectos de desarrollo.

Cabe indicar que el artículo 3° del reglamento referido a las definiciones se señala que “las medidas administrativas son normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas” (Decreto Supremo N° 001-2012 – MC, 2012). Por su parte, el referido artículo también define a “las medidas legislativas como aquellas normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”. Asimismo, en el artículo bajo comentario se define como “entidad promotora a aquella entidad pública responsable de dictar la medida administrativa o legislativa que debe ser objeto de consulta”.

Ahora bien, en lo que respecta a los recursos naturales, en el artículo 6° del Reglamento se precisa que se deberá realizar consulta previa antes de aprobar la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas (Decreto Supremo N° 001-2012 – MC, 2012).

Por último, cabe señalar que el Reglamento desarrolla asimismo otros temas referidos al proceso de consulta y las funciones del Viceministerio de Interculturalidad —ente rector— sobre el derecho a la consulta y la base de datos oficial.

## **2.5 Marco jurídico de la participación ciudadana en el sector minero**

En esta sección pretendemos hacer una breve reseña de la historia de la participación ciudadana en el Perú, un repaso del desarrollo de las normas de participación ciudadana relevantes para el sector, así como también, mencionar algunos aspectos de las mismas que consideramos importantes.

Podemos señalar que una primera etapa de la participación ciudadana se dio en 1983, a raíz de las elecciones de autoridades locales, en virtud de las cuales algunos alcaldes consideraron que una forma de fortalecer la institución municipal era involucrando a las organizaciones locales en asuntos públicos.

La segunda etapa se dio en la década de los noventa, período en el que país se reinsertó en el sistema financiero internacional y se establecieron relaciones de cooperación con el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, situación que implicó la implementación de una agenda internacional en donde la participación ciudadana se constituía como una herramienta importante. Es así que en la Constitución Política del Perú de 1993 (numeral 17, Artículo 2) se establece que todo ciudadano tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, así mismo, el 03 de mayo de 1994 se publicó en el diario oficial El Peruano Ley N° 26300, Ley de los Derechos y Participación Ciudadanos, norma que tiene por objeto regular el ejercicio de los derechos de participación y control ciudadanos. Dicha norma en su artículo 2 precisa que son derechos de participación del ciudadano: (i) Iniciativa de reforma Constitucional, (ii) Iniciativa en la formación de leyes, (iii) referéndum, (iv) iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y ordenanzas municipales y (v) otros mecanismos de participación establecidos en la legislación vigente.

La tercera y última etapa se dio durante el gobierno del presidente Valentín Paniagua en donde se impulsó a la participación ciudadana como una política de Estado, la misma que fue adoptada por posteriores gobiernos. En el año 2002, se aprobaron normas como la Ley de Bases de Descentralización, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades, que fortalecieron la participación ciudadana en el Perú. (Jurado Nacional de Elecciones, p.p. 8-9)

Luego de este breve análisis respecto de la historia de la participación ciudadana en el Perú, podemos centrarnos analizar la diversa normativa vinculada al sector que ha sido desarrollada sobre la materia.

La Resolución Ministerial N° 335-96-SG (28.07.96), Reglamento de participación ciudadana mediante el procedimiento de audiencias públicas en el

trámite de aprobación de estudios de impacto ambiental establecía que, una vez presentado el Estudio de Impacto Ambiental, las Direcciones Generales competentes fijarían el lugar, día y hora para que los responsables de su elaboración y los representantes de la empresa que iba a desarrollar actividades, lo sustentaran en audiencia pública. Asimismo, dicha norma determinaba que en la mencionada audiencia pública podían participar representantes inscritos y público en general, quienes podrían presentar preguntas para ser absueltas por los expositores. También precisaba que todo lo actuado se sentaría en un acta.

La norma a la que se hace referencia en el párrafo precedente fue derogada por la Resolución Ministerial N° 728-99-EM-VMM (09.01.00), Reglamento de Participación Ciudadana en el procedimiento de aprobación de los Estudios Ambientales presentados al Ministerio de Energía y Minas. En dicha norma se señalaba que la participación ciudadana formaba parte del procedimiento de evaluación en el trámite de aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental, el mismo que debía estar a disposición del público y debería exponerse en audiencia pública, cuyo lugar día y hora sería establecido por la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros. La audiencia pública debía estar a cargo de los responsables de su elaboración y de los representantes de la empresa que iba a desarrollar las actividades. La Resolución Ministerial N° 728-99-EM-VMM también estableció que el respectivo resumen ejecutivo debía permitir a los interesados conocer la ubicación del proyecto, los aspectos referidos a su infraestructura, espacio y cantidad de gente involucrada, los impactos directos e indirectos y las medidas para mitigar o eliminar los mismos. En este caso, lo actuado en la Audiencia Pública también debía constar en un acta.

Más adelante, con fecha 21 de diciembre de 2002 se publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución Ministerial 596-2002-EM-DM, Reglamento de consulta y participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, que derogaba la Resolución Ministerial N° 728-99-EM-VMM. La citada Resolución tenía como objeto “normar la participación de personas naturales, organizaciones sociales, titulares de proyectos mineros o energéticos y autoridades, en el procedimiento por el cual el Ministerio de Energía y Minas desarrollaba actividades de información y diálogo con la población involucrada

en proyectos mineros o energéticos, Programas de Adecuación de Manejo Ambiental (PAMA) para pequeños mineros y mineros artesanales e Instrumentos de gestión Ambiental que eran requeridos para la autorización de las actividades del sector” (Resolución Ministerial 596-2002-EM-DM, 2002).

Al respecto, cabe señalar que en el artículo 3° de la referida norma se consideraba a la consulta previa como una modalidad del procedimiento de consulta. Dicha modalidad estaba “constituida por talleres previos, convocados por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, en coordinación con la autoridad regional del lugar donde se pretendía desarrollar el proyecto minero o energético, que serán realizados dependiendo de la magnitud e importancia del proyecto”. Su organización quedaba a cargo del Estado y debía realizarse con anterioridad al inicio de los Estudios Ambientales, durante la elaboración del EIA o EIAsd; “siendo que una vez presentado el EIA o EIAsd al Ministerio de Energía y Minas, el titular del proyecto debía explicar a las autoridades sectoriales, regionales y a la ciudadanía en general, los componentes del estudio, especialmente los posibles impactos sociales, culturales y ambientales, así como los planes de manejo ambiental y social para el control de tales impactos, además de recoger los aportes e interrogantes sobre los mismos” (Resolución Ministerial 596-2002-EM-DM, 2002).

Siguiendo con la revisión de las normas relativas a participación ciudadana, cabe señalar que la Resolución Ministerial 596-2002-EM-DM fue derogada por el Decreto Supremo N° 028-2008-EM (27.05.08), Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero. Esta última norma “tiene como objetivo normar la participación de toda persona —natural o jurídica, en forma individual y colectiva— en la toma de decisiones de la autoridad relativas al aprovechamiento sostenible de los recursos minerales en el territorio”.

En el séptimo párrafo de los considerandos del Decreto Supremo N° 028-2008-EM, Reglamento de participación ciudadana en el sector minero, se expresa lo siguiente:

“Que, respecto del derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el proyecto de nuevo

Reglamento señala que éste se ejerce y se implementa en el subsector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento. En tal sentido, los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida”. (D.S.008-2008-EM, séptimo párrafo de los considerandos)

Nos parece pertinente asimismo, citar íntegramente el artículo 4 de la referida norma, a fin de evidenciar que la misma contempló –posiblemente no de la mejor manera - el velar por la no afectación de los intereses de los pueblos indígenas:

**“Artículo 4.- De la consulta**

El derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento. En tal sentido, los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 numeral 72.2 de la Ley General del Ambiente N° 28611, en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, el procedimiento de participación ciudadana se orienta preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres

tradicionales, así como para establecer los beneficios y medidas compensatorias que les corresponda según la legislación de la materia.

La consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad.”

(D.S. 008-2008-EM, art 4°)

Con relación al antes citado artículo 4°, cabe señalar que el Instituto de Defensa Legal interpuso un recurso de apelación contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de Proceso de Acción Popular (Expediente 2232-2012) contra el Ministerio de Energía y Minas, en virtud de la cual se solicitó declarar la inconstitucionalidad y derogatoria de, entre otros, el artículo 4° del Decreto Supremo N° 028-2008-MEM, Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero. Como resultado, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República revocó la sentencia apelada y se derogó el artículo 4° antes señalado, por considerar que el mismo contravenía una norma de rango constitucional, toda vez que, conforme lo establecido en el artículo 55° de la Constitución Política del Perú, los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional; vale decir, lo establecido en este decreto supremo era contrario a lo señalado por una norma de rango constitucional.

De forma complementaria se aprobó la Resolución Ministerial N° 304-2008-EM (26.06.08), que regula el proceso de participación ciudadana en el sector minero. Esta norma tiene por objeto desarrollar los mecanismos de participación a los que se refiere el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, así como establecer las actividades, plazos y criterios específicos para el ejercicio de la participación ciudadana en cada una de las actividades mineras. En ese sentido, la norma establece que entre los mecanismos de participación ciudadana se encuentran: “**(i)** El acceso de la población a los resúmenes ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales, **(ii)** La publicidad de avisos de participación ciudadana en medios escritos, radiales, **(iii)** Las encuestas, entrevistas o grupos focales, **(iv)** La distribución de materiales informativos, **(v)** Las visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto, **(vi)** La interacción con la población involucrada a través de equipo de facilitadores, **(vii)** Los talleres participativos, **(viii)** La

audiencia pública, **(ix)** La presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente, **(x)** La oficina de información permanente, **(xi)** El monitoreo y la vigilancia ambiental participativos y **(xii)** Las mesas de diálogo”

La Resolución Ministerial N° 304-2008-EM también considera como mecanismo de participación ciudadana el uso de medios tradicionales entendidos estos como aquellos empleados por las poblaciones involucradas y que deben ser consideradas por el titular minero en la propuesta de su Plan de Participación Ciudadana.

A partir de lo expuesto en este apartado concluimos que, desde el año 1996, el Estado ha venido desarrollado un marco normativo que promueve la implementación de mecanismos de participación ciudadana en lo que respecta a decisiones referidas a determinadas materias. Dicho marco normativo ha evolucionado con el tiempo tratando de adecuar o equiparar el proceso de consulta previa con los mecanismos de participación ciudadana; no obstante, no se ha reparado en el hecho de que éste último mecanismo no puede ser aplicable a poblaciones indígenas, toda vez que las mismas presentan características, usos y costumbres distintos a los de aquellas poblaciones a las que le son de aplicación los procesos de participación ciudadana.

## **2.7 Procesos de consulta previa realizados en el sector minero**

La Ley de consulta previa, conforme lo establecido en su artículo 1°, desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto de las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente.

En el artículo 3° del Reglamento de consulta se define a las medidas administrativas como normas reglamentarias de alcance general. En ese marco, se definen el acto administrativo como “aquel que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”.

Dicho reglamento, en su artículo 6°, adicionalmente señala que antes de aprobar la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o la explotación de recursos naturales ubicados en tierras de pueblos indígenas u originarios, es obligación del Estado peruano consultarles a fin de poder identificar, de ser el caso, en qué grado y que derechos colectivos podrían verse afectados.

En ese sentido, se debe tener en consideración que el artículo 23 del Decreto Supremo N° 018-92-EM, Reglamento de procedimientos mineros, establece que el título de concesión no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, sino que previamente el concesionario deberá, entre otras cosas, obtener las demás licencias, permisos y autorizaciones que son requeridos en la legislación vigente; encontrándose entre estos, la autorización de inicio de actividades de exploración y la autorización de inicio de actividades de explotación.

Adicionalmente a ello, resulta preciso indicar que mediante la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM se modificó el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas, estableciendo 3 momentos para realizar la Consulta Previa:

- Antes de la Autorización de actividades de exploración en concesiones mineras metálicas y no metálicas) o
- Autorización de actividades de explotación (antes de la aprobación del Plan de Minado) o
- Antes de la Autorización de Construcción (en el otorgamiento de la Concesión de Beneficio).

Si se revisa el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas, en el procedimiento N° 41 del sector minero se establece que, de ser el caso, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros realizará la consulta previa antes de la autorización de construcción, en el otorgamiento de la concesión de transporte minero.

De lo antes mencionado, se puede inferir la complicación que afronta el sector minero puesto que en primer lugar, la normatividad vigente exige la realización del proceso de consulta respecto de aquellas medidas administrativa que faculten el inicio de la actividad de exploración o explotación de recursos naturales y, segundo, en vista que la normatividad del sector minero va más allá, sometiendo a consulta la autorización de exploración, autorización de explotación, autorización de construcción para concesión de beneficio y la autorización de construcción para la concesión de transporte minero.

Sin perjuicio de las complicaciones que implica lo antes mencionado, resulta interesante conocer a la fecha qué procesos de consulta se han realizado y respecto de que tipo de autorizaciones. En ese sentido, en la página web del Ministerio de Energía y Minas obra información relacionada con los procesos de consulta previa, tanto en proceso como terminados (<http://www.minem.gob.pe/detalle.php?idSector=4&idTitular=6981&idMenu=sub6980&idCateg=1208>). De acuerdo con los datos allí consignados, podemos señalar que actualmente solo se encuentra en trámite un proceso de consulta, relacionado con el proyecto de exploración Pantería – Minería Antares Perú S.AC.

Adicionalmente, existen 10 procesos de consulta cuyos trámites han concluido, los mismos que se detallan en el siguiente cuadro: Cabe señalar que, a la fecha en la que se recabó la información, solo existía un proceso de consulta concluido que guarda relación con actividades de explotación (proyecto Anama - Anabi S.A.C.). Todos los demás están referidos a proyectos mineros que efectuaban actividades de exploración.

Falta título de tabla

PROYECTO	LUGAR	PUEBLO INDÍGENA	FECHA DE TÉRMINO
<b>Proyecto de exploración Aurora - Minera Focus S.A.C</b>	Provincia de Calca, departamento de Cusco	Comunidad campesina de Parobamba, del distrito de Yanatile	Noviembre 2015

<b>Proyecto de exploración Toropunto - SMC Toropunto LTD</b>	Provincia de Huaylas, departamento de Ancash	Comunidad campesina de Santa Rosa de Quikakayan, del distrito de Pamparomas	Noviembre 2015
<b>Proyecto de exploración Misha - Minera Barrick Misquichilca S.A.</b>	Provincia de Aymaraes, departamento de Apurímac	Comunidad campesina de Cotarusi, del distrito de Cotaruse	Marzo 2016
<b>Proyecto de Exploración La Merced - Minera Barrick Misquichilca S.A.</b>	Provincia de Huaraz, departamento de Ancash	Comunidad campesina de Quilla Ayllu, distrito de Huacllan y comunidad campesina de Llactun-Aija, distritos de Aija y La Merced	Junio 2016
<b>Proyecto de exploración Apumayo - Apumayo S.A.C</b>	Provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho	Comunidad campesina de Para, distrito de Chaviña	Octubre 2016
<b>Proyecto de explotación Apumayo - Apumayo S.A.C</b>	Provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho	Comunidad campesina de Para, distrito de Chaviña	Octubre 2016
<b>Proyecto de exploración Corcapunta - Anglo American Perú S.A</b>	Provincia de Recuay, departamento de Ancash	Comunidad campesina de Huacyon y comunidad campesina de Llacllin, distrito de Llacllin	Noviembre 2016
<b>Proyecto de exploración Guadalupe - Compañía Minera Milpo S.A.A</b>	Provincias de Huarmey y Recuay, departamento de Ancash	Comunidad campesina de Pararín	Febrero 2017

<b>Proyecto de exploración Puquiopata - Compañía Minera Ares S.A.C.</b>	Provincia de Parinacochas, departamento de Ayacucho	Comunidad campesina de Sauricay, distrito de Coronel Castañeda	No figura fecha
<b>Proyecto de exploración Anama - Anabi S.A.C.</b>	Provincias de Huarmey y Recuay, departamento de Áncash	Comunidad campesina de Pararín	No figura fecha

Al revisar el antes mencionado informe N° 812-2016-MEM-DGAAM - CP-Explotación-Apumayo-DNA-DGAM —correspondiente al informe final del proceso de implementación de consulta previa sobre el proyecto de explotación minero “Autorización de inicio de las actividades de explotación minera”— observamos que allí se señala que, en cumplimiento de la Resolución Ministerial N° 362/-2015/MEM/DM, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM) deberá implementar el proceso de consulta previa con las comunidades campesinas de Para y Sancos, antes de la autorización de inicio de actividades de exploración minera.

En dicho informe se refiere también que, con fecha 06 de junio de 2016, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros recibió la visita de representantes de la comunidad campesina de Para, los cuales manifestaron su asombro, desconcierto y desacuerdo respecto de la identificación de su comunidad —realizada por el Ministerio de Cultura— como pueblo indígena u originario, motivo por el cual solicitaron que no se lleve a cabo el proceso de consulta previa en dicha comunidad. Asimismo, en el citado informe se señala que, mediante memorial de fecha 20 de julio de 2016, la comunidad campesina de Sancos comunicó al Ministerio de Energía y Minas su preocupación por haber sido identificados como pueblo originario por el Ministerio de Cultura, y su intranquilidad porque gente ajena a la comunidad campesina se encontraba utilizando tal situación en contra de los legítimos intereses de la misma (crecimiento económico y desarrollo sostenible).

Más adelante, en el referido informe se indica que en la comunidad campesina de Para se desistió del proceso de consulta, en tanto, en la comunidad campesina de

Sancos se decidió continuar con el procedimiento. El informe concluye señalando que, en ambos casos, las autoridades realizaron el proceso de consulta de conformidad con la normatividad vigente y que los derechos de ambas comunidades (territorio, prioridades de desarrollo y conservar instituciones distintivas) no se verán afectados por la medida administrativa de autorización de inicio de actividades de explotación minera del Proyecto de explotación minera Apumayo.

Como puede verse, la consulta previa presenta dificultades que van más allá del ámbito legal. Tal es el caso de la identificación que se hace, por parte del Estado, de algunos pueblos como indígenas, aun cuando hay grupos económicos que se consideran afectados por ello y/o población que no se considera indígena.

En síntesis, la mayoría de procesos de consulta han sido realizados respecto de proyectos mineros que se encuentran en etapa de exploración. El único relacionado con un proyecto vinculado a actividades de explotación ha enfrentado serios cuestionamientos en cuanto a lo oportuno de su realización y toda vez que las comunidades consultadas declararon no considerarse “pueblo indígena”. Ello significaría que no se está cumpliendo con uno de los criterios — el criterio subjetivo— que exige el Convenio 169 de la OIT y la Ley de Consulta Previa.

## **2.8 Sentencias vinculadas a la protección de derechos de las comunidades indígenas, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El principal argumento de los pueblos indígenas para oponerse al desarrollo, tal como lo entendemos en nuestro marco cultural, es que este viene devastando sus tierras y cultura. Por otra parte, existen sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que condenan a diferentes Estados por no haber efectuado apropiadamente las consultas previas. En tales casos, la nueva actividad económica proyectada tiene que parar hasta que la consulta se realice, lo cual termina por afectar gravemente al Estado y a las industrias. Hernández (2014)

Siguiendo a Hernández (2014) diremos que, no solo las industrias no son sujetos de jurisdicción de la CIDH, sino también que el argumento de que los derechos de

los pueblos indígenas forman parte del derecho consuetudinario en derechos humanos resulta controversial, puesto que los derechos humanos fueron creados para proteger a las personas de los Estados.

Coincidimos asimismo con Hernández (2014) cuando indica que el término “territorio” resulta ser el elemento más apropiado para entender el vínculo que tienen los pueblos indígenas con su tierra; toda vez que ellos asocian su conocimiento con la tierra, por lo que la destrucción de su territorio implicaría la destrucción de su conocimiento. No obstante, hay pueblos indígenas que se encuentran divididos, pues un grupo de ellos se encuentra atraído por el estilo de vida moderno o por lo que el desarrollo conlleva. Sin perjuicio de lo antes mencionado, cabría considerar entonces que lo que buscan los pueblos indígenas es desarrollo con identidad; es decir, el desarrollo de sus territorios, con ellos incluidos. En tal sentido, la consulta previa debe ser vista como un mecanismo mediante el cual los pueblos indígenas buscan mantener su raza, cultura, historia e identidad; pero no como un mecanismo que favorezca el desarrollo por encima de los derechos de los pueblos indígenas. Hernández (2014)

De otro lado, Iglesias-Vásquez (2016), tras señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido construyendo una doctrina de carácter proteccionista referida al derecho a la propiedad de la comunidad sobre sus tierras ancestrales, a las garantías judiciales y a la vida, analiza diversos casos en los cuales la referida corte se ha pronunciado. A continuación, resumiremos algunos de ellos:

**a) Comunidad Mayanga (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua**

Este caso está referido a la concesión forestal en tierras de la comunidad.

Como resultado de la demanda interpuesta, se concluyó que hubo:

- ✓ Violación del derecho a la protección judicial, toda vez que las autoridades no respetaron un plazo razonable para la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por la comunidad.
- ✓ Violación del derecho a la propiedad, toda vez que la ausencia de título de propiedad de la tierra no constituye impedimento para reconocer la propiedad de los indígenas sobre la tierra, en virtud del derecho consuetudinario que se desprende de la posesión sobre aquellas.

En la sentencia se señala también que la violación de una obligación internacional conlleva el deber de una reparación adecuada, razón por la cual se obligó al Estado a efectuar una inversión (US\$ 50,000) en bienes y servicios que repercutieran en bien de la comunidad. Por último, cabe precisar que la CIDH desestimó la violación del derecho a la vida, protección de la honra y la dignidad, libertad de conciencia y religión, libertad de asociación, protección a la familia, circulación y residencia, por no haberse probado su vulneración.

## **b) Comunidades Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok kásek contra Paraguay**

### **b.1. El asunto Yakye.-**

El caso tiene su origen en la reivindicación de la “Tierra del Chaco”. La comunidad Yakye fue obligada a abandonar ese territorio en la década del ochenta, puesto que sus tierras fueron vendidas a empresas británicas. El traslado de la comunidad a otra zona resultó calamitoso, toda vez que el hábitat y modo de vida diferían del tradicional que ellos tenían en el Chaco.

La CIDH, luego de analizar en el año 2000 una denuncia efectuada por organizaciones no gubernamentales, otorgó al Estado un plazo de dos meses a fin que informara sobre las medidas adoptadas para: (i) hacer efectivo el derecho de propiedad y posesión de la comunidad indígena Yakye respecto a su territorio ancestral – ordenar y delimitar sus tierras -, (ii) garantizar el ejercicio de sus actividades ancestrales de subsistencia, (iii) adoptar medidas para cautelar el hábitat reclamado, (iv) establecer normas que tutelen el derecho de los pueblos indígenas a reivindicar y acceder a sus territorios, (v) ordenar la reparación, individual y colectiva, de los derechos violados.

La respuesta del Estado ocasiona la interposición de una demanda por violación al derecho a la vida, garantías judiciales, a la propiedad y protección judicial, respecto de la cual:

- ✓ Con relación al derecho a la vida, la CIDH establece la obligación del Estado de proteger y garantizar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona.

- ✓ En lo que respecta al derecho a la propiedad, la CIDH cita el Convenio 169 (arts. 13 y 16.4) donde se establece que cuando el retorno de un pueblo indígena no es posible, se les debe entregar otras tierras cuyas características sean iguales a las que ocupaban anteriormente, asegurar su desarrollo, e incluso darles la posibilidad de ser indemnizados, si fuera el caso.

#### **b.2) El asunto Sawhoyamaya y Xákmok kásek**

La comunidad se vio obligada a abandonar las tierras que habitaba en el Chaco paraguayo, toda vez que las mismas fueron individualizadas como fincas que figuraban a nombre de dos compañías privadas. En 1991 la comunidad inició el proceso de reivindicación de sus tierras. En 1996 ratificaron su solicitud, remitiendo inclusive la oferta respectiva a los propietarios de dichos inmuebles, sin obtener respuesta alguna.

Luego de un largo proceso, la CIDH señala que el Estado tiene que entregarles sus tierras tradicionales, a fin de alejarlos de las condiciones de vida infrahumana en las que viven, debido a que se vieron obligados a ocupar un territorio que no presentaba las mismas (o mejores) características del que ancestralmente ocupaban.

#### **c) El pueblo Saramaka y la comunidad Moiwana contra Surinam**

En este caso, el Estado otorgó una serie de concesiones a favor de terceros para la realización de actividades madereras y de minería en la zona del río Suriname y el territorio del pueblo Saramanka, lo que ocasionó daños al medio ambiente.

En la sentencia la CIDH:

- ✓ Hace extensivos los derechos de las comunidades indígenas a las comunidades tribales, en vista de que estas últimas se asemejan a las primeras en cuanto su percepción de la tierra y los recursos como fuente necesaria para la continuidad de la vida, la identidad cultural y la relación espiritual entre sus miembros.

Cabe señalar al respecto que la legislación de Surinam no reconocía el derecho a la propiedad comunal de los pueblos tribales ni había ratificado el Convenio 169 de la OIT. No obstante, Surinam sí había suscrito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que los pueblos tribales disfrutaban del goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.

**d) Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador**

El pueblo Kichwa de Sarayaku habita en el Ecuador Amazónico, dedicado a la caza, pesca y recolección. En la década del sesenta, Ecuador adjudicó el territorio a la Compañía General de Combustibles S.A. y la petrolera Argentina San Jorge S.A., a fin de que estas realizaran actividades hidrocarburíferas. Las empresas a cargo debían elaborar un Estudio de Impacto Ambiental; que nunca llegó a realizarse.

En este caso, se concluye que:

- ✓ La violación del derecho a la propiedad conlleva la violación de otros derechos, como son, el de informar, el de tutela judicial efectiva y el derecho a la vida e integridad de las personas.
- ✓ Por esta razón, la CIDH consideró que el Estado debió garantizar el derecho a la consulta de los planes, la realización de un Estudio de Impacto Ambiental y, como forma de indemnización, el compartir razonablemente los beneficios obtenidos.

**e) Pueblos indígenas Kuna de Mandungandí y Emberá de Bayano, y sus miembros, contra Panamá.-**

Debido a la construcción de un complejo hidroeléctrico en el área del Bayano, las comunidades indígenas fueron trasladadas a otras áreas, en virtud de lo cual se les ofreció el otorgamiento y titulación de nuevas tierras de mejor calidad, así como el pago de indemnizaciones. En la década del noventa, terceros invadieron las tierras que les fueron otorgadas, las mismas que no habían sido objeto de delimitación y demarcación.

Al respecto, la CIDH estableció que cuando la posesión de las tierras no fuera ancestral y prolongada, por haber tenido que abandonar aquellas forzosamente, la titulación debió realizarse tan pronto como el Estado procedió a efectuar la asignación de tierras.

De la revisión de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —recogidas por Iglesias-Vásquez, M. (2016) —, se concluye que hay uniformidad respecto al criterio empleado para entender la relación que existe entre las comunidades indígenas y las tierras que ocupan.

Asimismo, mediante las sentencias se reconoce a los pueblos indígenas u originarios el derecho a:

- (i) La propiedad sobre la tierra y;
- (ii) Recibir otras tierras cuyas características sean iguales o mejores a las que ocupaban anteriormente en caso no sea posible el retorno y a su vez.

En esa misma línea, dichas sentencias también reconocen la obligación del Estado de:

- (i) Cuando corresponda, realizar una reparación adecuada a favor de los pueblos indígenas y;
- (ii) Garantizar el derecho a la consulta.

Si bien, lo antes mencionado no abarca el universo de derechos que se reconocen a los pueblos indígenas u originarios, es prueba fehaciente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve en estricto cumplimiento de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

Por último, reconocemos la claridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a señalar directamente que es obligación del Estado el garantizar a los pueblos indígenas u originarios el acceso a la consulta previa; situación que no se repite en el ámbito nacional y que evidenciaremos en el siguiente apartado.

## **2.9 Sentencias emitidas en el Perú, que están vinculadas a la consulta previa**

Revisaremos a continuación diversas sentencias nacionales relacionadas con la consulta previa, no tanto para discutir los argumentos empleados por las partes involucradas, sino más bien con el fin de identificar aquellos planteamientos desarrollados por el juzgador que, en nuestra opinión, resultan importantes para esta investigación.

### **a) Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N° 03343-2007-PATC**

El señor Jaime Hans Bustamante Johnson interpuso recurso de agravio constitucional contra la resolución emitida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia, que declaró infundada la demanda de amparo mediante la que se solicitó se repongan las cosas al momento en que se inició la amenaza de violación de sus derechos (ambiente equilibrado, a la vida, aire libre, salud) y, a su vez, se suspendan las actividades de exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el Área de Conservación Regional denominada “Cordillera Escalera”, por parte de empresas privadas (Talismán, Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A.)

La demanda fue declarada fundada. El Tribunal prohibió la realización de la última fase de exploración y la etapa de explotación dentro del área antes indicada, hasta que se cuente con un plan maestro; pero indicó la posibilidad de reiniciar actividades una vez que se haya establecido la compatibilidad entre estas y los objetivos de la referida área.

En el Considerando 31 de la sentencia, el Tribunal Constitucional se pronunció respecto del Convenio 169 de la OIT y los recursos naturales. En tal sentido, señala “que los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, estos ostentan rango constitucional” (STC N° 0025-2005-PI, Fundamento 33). Asimismo, en el Considerando 32 se indica que “el término tierras, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de territorio, ya que la unidad de la comunidad con su territorio excede la noción de propiedad patrimonial”.

En cuanto a normatividad, en el Considerando 37 se hace mención al Decreto Supremo N° 012-2008-EM, “que regula lo referente a la participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos. En dicha norma se establece que la consulta es una forma de participación ciudadana de aquellas poblaciones que podrían verse afectadas por un proyecto de hidrocarburos”; sin perjuicio de lo cual, en el Considerando 40 se precisa que “no existe una norma general que desarrolle lo referido al derecho de consulta, tarea que se encuentra en manos del Poder Legislativo”.

**b) Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 06316-2008-PA/TC**

La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) interpuso recurso de agravio constitucional contra la resolución emitida por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que declaró infundada la demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas, Petroperú S.A., Barrett Resource Perú Corporation y Repsol YPF, por la celebración de los contratos de licencia de exploración y explotación de los Lotes 39 y 67, sin realizar el correspondiente proceso de consulta previa.

En este caso, se declaró “improcedente la demanda de amparo por no haberse acreditado la existencia de la comunidad en aislamiento voluntario o no contactado, sin perjuicio de reconocer el derecho inalienable de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados conforme el Convenio 169 de la OIT”. Al respecto, en el Considerando 67, el Tribunal Constitucional expresa que, “conforme obra en el expediente, desde la aprobación de dichas concesiones se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas vinculadas a estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello”. Asimismo, en el Considerando 71 se señala que el derecho a la consulta previa “debe ser puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes”.

Por otro lado, en el Considerando 71 se señala que es necesario “se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, quienes tampoco pueden renunciar a sus derechos, los mismos que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible”. Con relación a esto último, consideramos necesario precisar que la realización de la consulta previa es íntegramente responsabilidad del Estado y no de particulares. Por esta razón, si bien coincidimos con la continuidad de las actividades que se propone, discrepamos en cuanto a pretender que las empresas asuman el proceso de consulta, situación que contraviene lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la Ley de consulta Previa y su respectivo reglamento.

**c) Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N° 0022-2009-PI/TC**

En representación de 5,000 ciudadanos, Gonzalo Tuanama Tuanama interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, por haber sido promulgado sin efectuar consulta previa. La demanda fue declarada infundada toda vez que se concluyó que el DL 1089 no era de aplicación a los pueblos indígenas.

Cabe destacar que el Tribunal Constitucional señala también que, a la fecha de la sentencia bajo comentario, el Estado no había cumplido con regular el Convenio 169 de la OIT —suscrito por el Estado Peruano en 1994 y vigente desde 1995—, situación que no se constituye en una excusa para que el Estado incumpla su obligación de aplicar el derecho a la consulta (Considerandos 11, 12 y 13)

**d) Sentencia Tribunal Constitucional – Expediente N° 00024-2009-PI**

Una demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta por 6226 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 994, mediante el cual se promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola, con excepción de aquellas comunidades que no tengan títulos de propiedad privada o comunal respecto de sus tierras; situación que desprotege a las comunidades que no cuenten con títulos de propiedad. La demanda fue declarada improcedente por

considerarse que la norma no contiene, directa ni indirectamente, una regulación que afecte la propiedad comunal.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, en el Considerando 18 de la sentencia el Tribunal Constitucional se señala que la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de “propiedad” sobre el que se basa el Derecho Civil, pues para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc.

**e) Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 05427/2009-PC/TC**

La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDESEP) interpuso recurso de agravio constitucional contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas a fin que adecue sus normas a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. El recurso fue declarado fundado y el Tribunal ordenó a dicho Ministerio emitir un reglamento que desarrolle el derecho a la consulta.

Al respecto, cabe señalar que los magistrados, al margen de analizar si la acción de cumplimiento constituye la vía idónea, concluyen que el Ministerio de Energía y Minas ha incumplido parcialmente su deber de reglamentar el derecho a la consulta previa, toda vez que ha emitido normativa infralegal con el fin de implementar el derecho a la consulta. Se detalla dicha normativa: **(i)** Decreto Supremo N° 020-2008-EM, Reglamento de participación ciudadana en actividades mineras, **(ii)** Decreto Supremo N° 071-2006-EM, Programa minero de solidaridad con el pueblo, **(iii)** Decreto Supremo N° 012-2008-EM, Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos y **(iv)** Decreto Supremo N° 015-2006-EM, Reglamento para la protección ambiental en las actividades de hidrocarburos (Considerando 50). Asimismo, el Tribunal exhorta al Congreso de la República a aprobar la Ley de derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, observada por el Presidente de la República (Considerandos 66 y 68)

**f) Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N° 01126-2011-  
HC/TC**

La señora Juana Griselda Payaba, presidenta de la comunidad nativa Tres Islas (conformada por los pueblos indígenas Shipibo y Ese'ejá) interpuso demanda de *hábeas corpus*, contra la sentencia contenida en la Resolución N° 8 que ordenó el retiro inmediato del cerco de madera y de la vivienda construida en el centro del camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante, por vulnerar el derecho al libre tránsito de las empresas Los Mineros S.A.C. y Los Pioneros S.R.L. La demandante afirma que dicha resolución vulnera el derecho a la autonomía de la comunidad nativa, pues la autorización de la Municipalidad Provincial de Tambopata para circular por la ruta se emitió sin haber consultado a la comunidad.

El Tribunal Constitucional, tras observar que el elemento que genera el conflicto es la supuesta afectación del derecho a la propiedad del territorio de la comunidad nativa Tres Islas, indicó que, por tratarse principalmente de la vulneración de un derecho de propiedad y no del derecho de libertad individual, era conveniente convertir el proceso de *hábeas corpus* en uno de amparo

La demanda fue declarada fundada, toda vez que en virtud del artículo 18 del Convenio 169 de la OIT, la ley debe prever sanciones apropiadas contra toda intrusión o uso no autorizado en las tierras de los pueblos interesados, por personas ajenas a ellos. En tal sentido, resulta claro que las comunidades nativas y campesinas tienen el legítimo derecho de controlar intrusiones en su propiedad (Considerando 25).

Tras indicar que en el expediente no se apreciaba ningún documento que acreditara el inicio de un proceso de expropiación o servidumbre o la programación de mecanismos de consulta (Considerando 33), quedaba acreditada la vulneración del derecho a la propiedad del territorio de la comunidad nativa Tres Islas, al haberse permitido a las empresas de transporte ingresar al territorio de esa comunidad (Considerando 34).

De otro lado, en el Considerando 24 de la sentencia emitida del Tribunal Constitucional también señala que —en virtud de los principios interpretativos de unidad de la Constitución y en concordancia con la STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 12—, la Constitución debe estar orientada como un “todo” armónico, en el cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resueltas “optimizando” su interpretación. En virtud de ello, lo referido al territorio indígena no puede ser interpretado sin considerar que el Estado peruano es uno e indivisible, conforme lo establece el artículo 43 de la Constitución.

Por último, en el Considerando 25 dicha sentencia se precisa que las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras. De ello se desprende que tienen la facultad de decidir quiénes ingresan a sus territorios, no obstante, tal derecho de propiedad —como cualquier otro derecho en el marco del estado democrático y social de derecho— se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como lo son los recursos naturales, ambiente, propiedad.

**g) Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia – Acción Popular N° 2232 – 2012**

El Instituto de Defensa Legal interpuso recurso de apelación contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de acción popular contra el Ministerio de Energía y Minas. La demanda solicitaba declarar inconstitucional toda norma que, en vía de interpretación, permita la ampliación y utilización de los procesos de participación ciudadana en lugar de los procesos de consulta previa.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró fundada en parte la demanda y nulo, entre otros, el artículo 4° del Decreto Supremo N° 028-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, en el que se señalaba que el derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la OIT, se ejerce y se implementa a través del proceso de participación ciudadana.

Un aspecto que se debe resaltar en el análisis de la Sala es que esta ha precisado que es responsabilidad del Estado verificar que se efectivicen los derechos que el convenio reconoce a favor de los pueblos indígenas y tribales; dado que la mala aplicación del proceso de consulta viene generando conflictos sociales y afectando la economía nacional, como indica el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicaciones de Convenios y Recomendaciones de la OIT del año 2013 (Considerando 10.3)

**h) Sentencia del Cuarto Juzgado Constitucional – Expediente N° 32365-2014**

Zebelio Kayak Jempekit, Santiago Manuin Valer, Wrays Pérez Ramírez, Ananía Shawit Kasen interpusieron ante el 4° Juzgado Constitucional de Lima una demanda de acción de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas (Ministro), Ministerio de Energía y Minas (Procurador Público) y PetroPerú S.A.C, y como litisconsortes a Maruel et Prom Perú S.A.C y Pacific Stratus Energy S.A. Sucursal Perú (Expediente N° 32365-2014). La demanda considera que hay violación al derecho constitucional a la consulta previa, consentimiento, territorio, salud, identidad cultural y ambiente, en relación con las autorizaciones de exploración y explotación de hidrocarburos otorgadas por el Estado, en favor de empresas privadas, en el llamado “Lote 116”, ubicado en territorio ocupado por comunidades nativas de Amazonas y Loreto.

En la sentencia el juzgado señala que, desde febrero de 1995, con la entrada en vigencia en el Perú del Convenio 169 de la OIT, es obligación del Estado Peruano realizar la consulta previa en cada ocasión en la que estén involucrados pueblos indígenas. (Considerando 49). Asimismo indica que, si bien el convenio internacional no establece procedimientos específicos sobre cómo realizar dicha consulta, lo cierto es que sí brinda lineamientos jurídicos claros y suficientes para que su aplicación por parte de los Estados fuera inmediata (Considerando 50). También se precisa que ningún Estado podrá alegar causa de justificación para el incumplimiento de sus obligaciones internacionales sobre la base de alguna norma de su derecho interno o, como pretenden en este caso los demandados, de una supuesta omisión de derecho interno (Considerando 53).

En tal sentido precisan que en la Constitución Política del Perú vigente desde 1993, fecha anterior a la incorporación al derecho interno del Convenio 169 de la OIT, “ya se había configurado un primer bloque de constitucionalidad del derecho fundamental de participación de pueblos indígenas en todo aquello que los pudiese afectar “(Considerando 59). Adicionalmente se recuerda que, en defensa de este derecho, se suman varias otras normas de primer grado —como el Código del Medio Ambiente de 1990, cuyo artículo VI, Título Preliminar, consagró el derecho de participación ciudadana en toda actividad que afecte el ambiente— y el propio Convenio 169 de la OIT (vigente desde 1995), así como sus normas reglamentarias (desde 1996), para regular las audiencias públicas previas a la aprobación de proyectos mineros. Cabe señalar que toda esta última normativa mencionada es anterior a la Ley de Consulta Previa de 2011, la cual los demandados pretenden interpretar como un primer hito de la legislación interna, a partir del cual el Convenio recién puede ser exigible directamente (Considerando 64).

Por lo expuesto, concluyen que si desde 1995 hasta 2011 no existió en nuestro ordenamiento jurídico “una norma legal expedida por el Poder Legislativo ni una norma de jerarquía equivalente (decreto de urgencia, decreto legislativo, resolución legislativa o incluso decreto ley, que los demandados consideran constituye la norma de desarrollo requisito esencial para aplicar el Convenio sobre consulta previa), nada impedía que las entidades estatales incorporasen cualquier mecanismo de participación en los términos claros y vinculantes del Convenio 169 de la OIT” (Considerando 64).

De otro lado, la Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29785 (Ley de Consulta Previa), establece: “La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia”. En vista de ello, la referida resolución señala que esta norma complementaria establece que aun cuando la Ley N° 29785, entró en vigor el 2011, ello no implica cambiar o dejar sin efecto cualquier otro mecanismo de participación ciudadana que se haya aplicado anteriormente respecto de los

pueblos indígenas u originarios que podrían verse afectados con proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos. (Considerando 58)

Por último, dicha resolución también precisa que la Ley General del Ambiente dio lugar a dos normas: (i) Decreto Supremo N° 012-2008-EM, Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos y (ii) Decreto Supremo N° 028-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana del Sector Minero. (Considerando 70)

**i) Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima – Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional – Expediente N° 32645-2013**

Proceso de Amparo iniciado por la Comunidad Nativa de Supayacu y Organización Fronteriza Awajun de Cajamarca – sede central de Supayacu contra el Ministerio de Energía y Minas.

Los demandantes solicitan que: (i) se declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 229-2013-MEM/DGM que aprobó el proyecto de exploración “Yagku Entsa” que autorizó el inicio de actividades de exploración minera a favor de Exploraciones Águila Dorada S.A.C; (ii) se declare la nulidad de la constancia de aprobación automática N° 042-2012-MEM-AAM; (iii) se suspenda de manera inmediata la ejecución de las actividades de exploración del proyecto “Yagku Entsa”; (iv) se declare que la comunidad de Sapayaku se encuentra dentro del área de influencia del proyecto “Yagku Entsa”, y por tanto, que se realice el proceso de consulta previa.

En el análisis efectuado por el Juez se señala que no es materia de discusión si el inicio de actividades de exploración minera del proyecto “Yagku Entsa” se desarrolla o desarrollará dentro de los territorios de la Comunidad Nativa Los Naranjos toda vez que esta ha brindado su autorización, según consta en la Resolución Directoral N° 229-2013-MEM/DGM; siendo lo realmente importante determinar si la demandante se encuentra dentro de la zona de influencia del referido proyecto a fin de poder establecer si debía ser consultada o no (Sexto).

En ese sentido, advierte negligencia por parte de la demandada toda vez que no advierte que la consulta previa – su exoneración – no solo debía llevarse a cabo con la titular de los terrenos donde se realizará la exploración y/o explotación del proyecto sino también con las comunidades aledañas que podían ser afectadas directamente (Octavo).

Por las razones expuestas el Juez expide la Resolución N° 14 de fecha 02 de agosto de 2016 mediante la cual decide: (i) Declarar fundada la demanda por afectación al derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas; (ii) suspende los efectos de la Resolución Directoral N° 229-2013-MEM/DGM, precisando que la suspensión de la fase de exploración del proyecto “Yagku Entsa” se dará en la etapa que se encuentre hasta que la demandada tome las medidas necesarias para determinar la viabilidad de la continuación del proyecto previa consulta de la actora y otros pueblos indígenas que podrían ser afectados.

En base a los argumentos desarrollados en las sentencias a las que se hecho referencia se puede concluir que:

- ✓ Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, estos ostentan rango constitucional.
- ✓ En la oportunidad en la que se autorizaron determinadas actividades no existía una norma general que desarrolle lo referido al derecho de consulta, tarea que se encontraba a cargo del Poder Legislativo
- ✓ Se reconoce el derecho inalienable de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados conforme el Convenio 169 de la OIT
- ✓ En algunos casos se ha comprobado la realización de una serie de actos de buena fe por parte de la empresa titular del proyecto, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza.
- ✓ La no regulación oportuna de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT no constituye una excusa para que el Estado incumpla su obligación de aplicar el derecho a la consulta
- ✓ Si bien desde 1995 hasta 2011 no existió en nuestro ordenamiento jurídico una norma legal expedida por el Poder Legislativo ni una norma de jerarquía equivalente para la implementación del proceso de consulta, nada impedía

- que las entidades estatales incorporasen cualquier mecanismo de participación en los términos claros y vinculantes del Convenio 169 de la OIT
- ✓ La no realización del proceso de consulta previa ocasiona la suspensión de actividades.

Queremos hacer énfasis en dos de las conclusiones a las que se ha hecho referencia. La primera, en el sentido que, si bien el juzgador manifiesta que no se ha efectuado el proceso de consulta en su oportunidad, reconoce la realización de actos de buena fe por parte de la empresa titular del proyecto. Ello evidencia que el juzgador reconoce que, a pesar de no haberse realizado el proceso de consulta previa en su debida oportunidad, es posible comprobar que se adoptaron las medidas necesarias a efecto de no afectar de forma alguna los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

De otro lado, la segunda, referida al hecho que este tipo de demandas ya están generando la paralización de actividades y ordenándose la aplicación extemporánea del proceso de consulta, situación – que en nuestra opinión - en la práctica más que una reivindicación de derechos colectivos ocasionara un gran enfrentamiento entre las partes afectadas, es decir, los pueblos indígenas y los titulares de actividades mineras podrían defender sus propios intereses y ambos identificar al Estado como el único responsable de dicha situación.

Por último, pero no menos importante, resulta preciso manifestar que el juzgador incurre en un error al ordenar que la consulta previa deba ser puesta en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes, no teniéndose en consideración que su implementación es única y exclusiva responsabilidad del Estado.

3. **Peligro en la continuidad de actividades mineras autorizadas entre los años 1995 y 2012 respecto de las cuales no se realizó el proceso de consulta**

En un período relativamente corto, en el Perú se han avanzado diversos aspectos en lo que se refiere a implementación de la consulta previa. No obstante, aún existen temas que deben ser mejorados, tales como la debilidad y la limitada capacidad de negociación del Viceministerio de Interculturalidad y su Dirección de Consulta Previa, frente al Ministerio de Economía y Finanzas y Ministerio de Energía y Minas; así como también, la falta de recursos para una mejor implementación del tema, y la ausencia de profesionales y personal de origen indígena en organismos del Estado. (Sanborn, Hurtado y Ramírez, 2016, p.p. 51 – 55)

Si se quiere implementar el proceso de consulta previa y que este cumpla con su objetivo deben atenderse los temas antes mencionados; caso contrario, ninguna estrategia podrá hacerse efectiva, con lo cual quedarán desprotegidos los derechos de los pueblos indígenas y podría desestabilizarse o verse afectada la continuidad de las actividades productivas que se desarrollan en el país.

Recordemos que el objetivo del presente trabajo es establecer los pilares de un procedimiento sustentado en algunos de los principios que rigen el procedimiento de consulta y, que en nuestra opinión son los más relevantes, a fin de poder determinar si las actividades mineras que fueron autorizadas por el Estado peruano —a través del Ministerio de Energía y Minas—, entre el inicio de la vigencia del Convenio 169 de la OIT y la aprobación de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, vale decir, en el periodo comprendido entre 1995 y 2012, se ejecutaron respetando los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Ello debido a que durante dicho lapso, el Estado peruano autorizó la realización de actividades mineras sin que se hubiera realizado el proceso de consulta correspondiente. Dichas autorizaciones se respaldaron en normas referidas a participación ciudadana, razón por la cual el otorgamiento de esos títulos habilitantes podría ser objeto de cuestionamiento, aun cuando los titulares de

actividades mineras cumplieron en su oportunidad con tramitar y obtener todo permiso, licencia o autorización exigido por el marco legal vigente.

Cabe señalar que, de la observación de las sentencias emitidas —tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional— que forman parte del marco teórico de la presente investigación, se infiere que es el Estado el obligado a desarrollar los mecanismos o procedimientos necesarios para una correcta aplicación del derecho de consulta. En este contexto, si se analiza la legislación aprobada durante el período 1995–2012, es posible verificar que el Estado peruano cumplió con desarrollar un marco normativo que permitiera y/o viabilizara la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones. Por esta razón, y posiblemente de forma errada, se ha considerado la posibilidad de que la implementación de esta normativa en materia de participación ciudadana constituya un equivalente válido a la realización de los procesos de consulta.

En ese sentido, además del marco jurídico comentado en la segunda sección del presente trabajo, se debe tener presente que el artículo 68° del Decreto Supremo N° 019-2008-MINAM, Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (25.09.09) establece, de manera general, que “la participación ciudadana es un proceso inclusivo orientado al intercambio de información, la consulta, el diálogo, la construcción de consensos, la mejora de proyectos y las decisiones en general, para contribuir al diseño y desarrollo responsable y sostenible de los proyectos de inversión, así como de las políticas, planes y programas de las entidades del sector público”. Se indica asimismo, en el artículo 68 del Decreto Supremo N° 019-2008-MINAM, que la participación ciudadana es aplicable a todas las etapas del proceso de evaluación de impacto ambiental, lo que comprende la DIA, el EIA-sd, el EIA-d y la EAE, de acuerdo con la legislación sectorial, regional o local que corresponda; y que esta se regirá supletoriamente por la Ley N° 28611, por el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM y demás normas complementarias.

En cuanto al Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM se puede mencionar que el mismo tiene por finalidad: (i) establecer las disposiciones sobre acceso a la información pública con contenido ambiental para facilitar el acceso ciudadano a la misma y (ii) regular los mecanismos y procesos de participación y consulta ciudadana en los temas de contenido ambiental.

En el artículo 21° de la norma antes citada se define a la “participación ciudadana ambiental” como el proceso mediante el cual los ciudadanos intervienen responsablemente, de buena fe y con transparencia y veracidad, en forma individual o colectiva, en la definición y aplicación de las políticas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno, y en el proceso de toma de decisiones públicas sobre materias ambientales, así como en su ejecución y fiscalización.

Asimismo, en el artículo 29° se precisa que constituyen mecanismos de consulta en materias con contenido ambiental los siguientes: (i) Audiencias públicas; (ii) Talleres participativos; (iii) Encuestas de opinión; (iv) Buzones de sugerencias; (v) Comisiones ambientales regionales y locales; (vi) Grupos técnicos y (vii) Comités de gestión; los mismos que deberán llevarse a cabo en idioma español y en el idioma o lengua predominante en la zona de influencia del respectivo proyecto o de realización de la audiencia o taller.

Resulta preciso indicar, de otro lado, que en el Artículo III del Título Preliminar referido a Derechos y Principios de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (15.10.05), se establece que toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. El Estado concierta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental.

Las normas antes mencionadas muestran cómo el tiempo y un determinado contexto influye en la evolución de la legislación sobre diversas materias. Claro ejemplo de ello lo encontramos en las normas en materia ambiental, al igual que en las

de participación ciudadana, normas estas últimas que se han visto complementadas con las vinculadas a la consulta previa.

Debemos recordar que la identificación de una medida administrativa pasible de afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas es competencia exclusiva de la entidad que promueve la misma. En tal sentido, la realización del proceso de consulta como tal es responsabilidad del Estado, mas no del titular minero. No obstante, es factible que este último participe del proceso en caso se lo soliciten, tan solo para explicar o aclarar algún tema vinculado a la actividad o proyecto que pretende desarrollar.

En este contexto, cabe indicar que el Convenio 169 de la OIT, la Ley N° 29783 y su respectivo Reglamento buscan evitar la afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, vale decir, su naturaleza es preventiva. Ahora bien, si revisamos en el Diccionario de la Lengua Española<sup>1</sup> la definición de la palabra “previo”, la encontraremos precisada en estos términos: “anticipado, que va delante o que sucede primero”. En vista de ello, nos parece razonable afirmar que toda aplicación del proceso de consulta previa, que sea posterior a la autorización concedida, resulta contradictoria con la definición y naturaleza misma del concepto. Por lo tanto, consideramos posible afirmar que aplicar la consulta previa respecto de actividades de exploración y/o explotación iniciadas durante el periodo 1995-2012, más que lograr una reivindicación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, podría convertirse en un foco de posibles controversias y conflictos.

Recordemos lo que establece la normatividad vigente aplicable al sector minero, en lo que a la aplicación de la consulta se refiere: dependiendo de la etapa en la que se encuentre el proyecto, la consulta es exigida antes de que se solicite la correspondiente autorización de exploración, o la de explotación, o la de construcción para concesión de beneficio, o la de construcción para la concesión de transporte minero. Consideramos que las autoridades han ido más allá de lo estrictamente establecido en el Reglamento de consulta previa, es decir, realizar la consulta antes de

---

<sup>1</sup> Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española. (2014). Diccionario de la Lengua Española. 23.ª edición. (en línea). Recuperado de: <http://www.rae.es>

aprobar la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de recursos naturales.

Cabe señalar que en el numeral 4.22 del artículo 4 del D.S. N° 040-2014-EM, Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las actividades de explotación, beneficio, labor general, transporte y almacenamiento minero, se define como “proyecto minero” al conjunto de actividades mineras interrelacionadas que propone realizar el titular minero en una unidad minera. En ese sentido, como ya se ha mencionado, la actividad minera se caracteriza por desarrollarse a través de diversas actividades, respecto de cada una de las cuales es necesario contar con la autorización correspondiente. En nuestra opinión, creemos que la actividad debe ser entendida como una continua, marco en el que la de exploración se constituye en una de las principales actividades del sector, toda vez que esta da pie a que se realicen otras actividades mineras de (explotación, beneficio, labor general, transporte y almacenamiento minero), ya que estas son posteriores en el tiempo.

Ahora bien, en los últimos años, los desacuerdos entre las poblaciones locales y los operadores de actividades minero energéticas vienen produciendo la postergación de inversiones y la pérdida de oportunidades en cuanto a generación de trabajo e ingresos para las regiones se refiere. Ello se acentúa debido a la ausencia del Estado como autoridad proveedora de servicios básicos. En este contexto, la consulta previa tiene como objetivo dar legitimidad al desarrollo de proyectos de inversión, a través de la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisión del Estado para autorizar o no el desarrollo de estas actividades.

Coincidimos con Soto (2013) cuando afirma que la principal causa del surgimiento de conflictos sociales radica en la escasa participación de la población y escaso conocimiento de la misma respecto de las implicancias de la actividad que se pretende desarrollar. No informar oportunamente pone en peligro obtener la denominada licencia social. Asimismo, llevar a cabo la consulta durante el procedimiento de autorización de inicio de actividades es tardío, toda vez que el nivel de injerencia del pueblo indígena en la decisión sería mínimo.

Es necesario detenerse a analizar con cuidado la problemática ocasionada por el propio Estado, toda vez que este ha afectado —en principio— derechos colectivos de los pueblos indígenas al no haber realizado el proceso de consulta en su momento, lo cual abre la posibilidad de que aquellos exijan ser indemnizados, obligación que el Estado tendría que asumir.

Adicionalmente, el Estado podría encontrarse obligado a indemnizar a las empresas que se vean afectadas por las pérdidas económicas que se generen por la implementación tardía de un proceso de consulta. Cabe indicar que la entidad responsable cuenta con un plazo de 120 días para cumplir con las etapas del proceso de consulta, no estableciéndose un plazo máximo dentro del cual dicha entidad deberá tomar una decisión final. Sea cual sea el tiempo que implique dicha decisión, ello —se quiera o no— generará efectos negativos para el Estado, como dejar de percibir todo aquello que la actividad paga (impuesto a la renta, impuesto general a las ventas, regalías, canon, gravamen especial minero, impuesto especial a la minería, entre otros); además de la pérdida de puestos de trabajo y demás consecuencias colaterales que una implementación tardía de la consulta podría generar.

Por otro lado, y de acuerdo con Vargas K. (2016), los procesos de consulta están siendo utilizados por los pueblos como un mecanismo para presentar sus requerimientos al Estado, toda vez que hay una demanda social en temas relacionados a la titulación de tierras, acceso al agua, salud, educación, empleo, entre otros. Estas mismas demandas vienen siendo trasladadas a las empresas mineras, debido a la débil presencia estatal en dichas zonas, a la mínima calidad de los servicios y a las promesas de desarrollo incumplidas por el Estado (Vargas K , 2016, p.p. 198-199).

En tal virtud, consideramos razonable ponderar qué resulta más conveniente para las partes involucradas: ¿poner en riesgo la relación existente desarrollada durante años a fin de cumplir, tardíamente, con la aplicación del proceso de consulta previa o adecuar la consulta —siempre y cuando no haya evidencia de abuso de derechos— a cómo mejorar la relación existente entre las partes y, a su vez, procurar que cada una de estas obtenga un beneficio real generado por la actividad. Hacemos notar que al referirnos a “partes involucradas” no solo estamos hablando de los

pueblos indígenas y los titulares mineros, sino también del Estado, principal responsable del tema en cuestión. La obligación del Estado, no debería centrarse en tratar de cumplir de forma tardía con lo establecido en un tratado; sino más bien, en buscar un mayor acercamiento entre las comunidades y el titular minero para evitar que se generen conflictos.

Al margen de otros motivos por los cuales puedan generarse tensiones entre los pueblos indígenas y los titulares de actividades mineras, el proceso de relacionamiento implementado por estos últimos no es un trabajo de días, semanas o meses; se trata de varios años invertidos en acercarse a las poblaciones en busca de la tan ansiada “licencia social”. Es por esta razón por lo cual —insistimos— poner en peligro todo lo avanzado por el hecho de cumplir con una implementación a destiempo de la consulta previa puede resultar arriesgado y costoso a nivel social.

Hasta aquí, va quedando en evidencia que el accionar del Estado peruano no ha sido históricamente del todo claro u homogéneo. Desde esta perspectiva, el Estado resulta ser el principal responsable de situaciones que —como ocurre con una convocatoria a destiempo de la consulta previa— generan incertidumbre respecto de la continuidad de las actividades mineras. Como ya se ha mencionado, en muchos casos los titulares mineros autorizados ya han desarrollado vínculos con las poblaciones, por lo que antes de pensar en implementar un proceso tardío de “consulta previa”, tal vez sería más pertinente verificar si en cada uno de los casos se ha cumplido, o no, con dos de los principios que regulan el proceso de consulta: información oportuna y ausencia de coacción, a los cuales bien podría añadirse el principio de buena fe.

De los siete principios que se desarrollan en la Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785, destacamos estos tres, porque, si uno revisa los demás (flexibilidad, plazo razonable, interculturalidad y oportunidad), puede apreciar que los mismos guardan o tienen mayor relación con el procedimiento en sí y la manera en la que ha sido presentada la información. Consideramos que es fácilmente demostrable si el desarrollo de las actividades autorizadas durante el período 1995 - 2012 se han realizado en cumplimiento de esos tres principios y respetando los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Finalmente, ¿por qué adicionar el principio referido a la buena fe? Ello, en razón de que en una sentencia del Tribunal Constitucional antes comentada (Expediente N° 06316-2008-PA/TC) se pone en valor dicho principio, toda vez que permite calificar el accionar de la empresa. Es sobre la base de dicho principio que el Tribunal, más que imponer la aplicación del proceso de consulta, propone “(...) se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible (...)”. (TC, 2008)

Cabe preguntarse entonces de qué manera se debería proceder en aquellos casos en los que las partes hayan arribado a acuerdos y, a su vez, a obligaciones mutuas; o hayan ido imponiéndose compromisos a corto, mediano o largo plazo. Consideramos que lo establecido en la sentencia antes citada (TC, 2008) evidencia la preocupación de ese colegiado en cuanto a la continuidad de las actividades y problemas mayores muchos de los cuales tendrán su origen en intereses particulares de terceros o en demandas que nada tienen que ver con la actividad minera que se viene realizando, sino que son respuesta más bien a la inoperatividad del Estado.

A mayor abundancia, se puede señalar que en la página web del Ministerio de Energía y Minas es posible ubicar la Resolución Directoral N° 043-2012-MEM/DGM de fecha 22 de marzo de 2012, mediante la cual se aprueba el plan de minado del proyecto Breapampa (Compañía Mineras Buenaventura S.A.A.) y se autoriza el inicio de actividades de explotación que comprende el tajo y el botadero, ubicados en el distrito de Chumpi, provincia de Parinacochas, región Ayacucho. Dicha resolución directoral se emitió con anterioridad al 03 de abril de 2012, fecha en la que se publicó el Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Asimismo, cabe señalar que según la base de datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura, la zona donde se autorizó la referida actividad se encuentra ocupada por las comunidades Acos, Carhuanilla, Pinahua, Santa Cruz de Chumpi pertenecientes al pueblo quechua. Ahora bien, si existe una autorización de actividades de explotación del año 2012, resulta factible deducir que la actividad minera en la zona está presente desde hace varios años, dado que, en promedio, las actividades de pre inversión (exploración y

factibilidad) demoran aproximadamente diez años, y la construcción de la unidad minera entre uno y tres años.

Es preciso terminar con la incertidumbre que afecta a aquellas actividades mineras que comparten las características antes descritas (iniciadas durante el periodo 1995–2012) a fin de asegurar su continuidad, puesto que algunas aún siguen en operación. Pero sin perjuicio de tal razonamiento, consideramos asimismo indispensable que se demuestre que tales actividades se han desarrollado con respeto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, vale decir, que se determine si, dentro de lo posible, por lo menos han cumplido con los principios de buena fe, información oportuna y ausencia de coacción.

Sin perjuicio de reconocer la importancia de permanecer atentos a la reivindicación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas involucrados; como ya explicamos, en nuestra opinión, la aplicación extemporánea del proceso de consulta carece de motivación alguna y puede generar más bien incertidumbre y varios problemas por resolver para el Estado en función del tiempo que involucra el desarrollo de la consulta. Por tanto, nos ratificamos en que debe evitarse hacer extensiva su implementación a aquellos casos donde ya existen acuerdos u obligaciones generadas por ambas partes, para lo cual deberá verificarse el cumplimiento de los principios que, en nuestra opinión, son los más importantes (buena fe, información oportuna y ausencia de coacción).

#### 4. Conclusión

Inicialmente, se ha descrito en el presente trabajo la regulación de la consulta previa a nivel nacional. En ese orden de ideas, han sido mencionadas las principales normas vinculadas con el tema, como son la Ley de Consulta Previa y su respectivo Reglamento; no sin antes haber hecho referencia al régimen legal de los recursos naturales, al régimen de la actividad minera y a las normas de participación ciudadana específicas para el sector.

Para complementar todo lo anterior se mencionaron aspectos, en nuestra opinión relevantes, de diversas sentencias emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional del Perú en lo que se refiere a derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En cuanto a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cabe precisar que, si bien en su mayoría estas reconocen el derecho a la consulta previa, también se hace referencia a inversiones/indemnizaciones que se ha visto obligado a efectuar el Estado —en un monto que consideramos ínfimo— en favor de los pueblos indígenas, por el hecho de no haber realizado en su oportunidad el proceso de consulta.

En primer lugar, concluiremos señalando que reconocemos el derecho de todo pueblo indígena a ser consultado. Ello, por cuanto la Constitución Política del Perú (Const., 1993, art. 55°) establece que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

No obstante, surgen algunas interrogantes: ¿Cómo exigir a un titular minero el cumplimiento de una obligación que es responsabilidad exclusiva del Estado? ¿Cómo contravenir un derecho adquirido – el de los titulares mineros –, otorgado por el Estado en base a normas que, en principio, suponían la aplicación supletoria del proceso de consulta a través del proceso de participación ciudadana? ¿Cómo aplicar el proceso de consulta sin afectar los derechos de las partes involucradas? No debe olvidarse

que el Estado es el principal responsable de la situación que se presenta y, por tanto, debe velar por que ambas partes no vean afectados sus derechos en forma alguna.

Es por todo ello que, en segundo lugar, consideramos que antes de la aplicación de la consulta resulta necesario efectuar un análisis de cada caso y preguntarse si es viable implementar la misma respecto de los proyectos autorizados entre 1995 y 2012. Sobre este aspecto, nuestra respuesta es negativa, toda vez que no implementar la consulta en la debida oportunidad puede traer como resultado que las poblaciones involucradas la consideren extemporánea, o que las medidas adoptadas sean tildadas de insuficientes. En cualquier caso, ello conlleva la posibilidad de que dichas poblaciones interpongan demandas o denuncias ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y/o Poder el Judicial. La postura final de estos colectivos —como ya se ha visto— suele ser favorable a que se efectúe la consulta previa y se indemnice a los pueblos afectados.

Respecto de la imposición de una indemnización, consideramos que esta constituye tan solo una salida fácil al tema en cuestión, ya que no persigue lo que el Convenio 169 de la OIT y las normas complementarias nacionales regulan, esto es, velar por los derechos de estas poblaciones y lograr que mantengan o cuenten con una mejor calidad de vida. En tal virtud, somos de la opinión que lo esencial es que el Estado asegure la continuidad de actividades —a las que se pretende dar un tratamiento distinto en virtud del contexto normativo dentro del cual se iniciaron—, siempre y cuando estas hayan cumplido con lo que en el apartado 3 hemos propuesto considerar como característica primordial exigible a las mismas: que se hayan realizado respetando los principios de buena fe, información oportuna y ausencia de coacción.

Cabe señalar, de otro lado, que mantener la continuidad de las operaciones aseguraría al Estado contar con las herramientas y recursos necesarios para cumplir con su obligación de atender a la protección y permanencia en el tiempo de los pueblos indígenas —uno de los fines primordiales del Convenio 169 de la OIT—, sin que ello implique trasladar dicha responsabilidad a los titulares de la actividad minera.

Consideramos un gran paso, en lo que a la protección de los derechos de los pueblos indígenas se refiere, la incorporación de la consulta previa en nuestra legislación, tanto como la emisión de normas complementarias que buscan su efectiva aplicación. En este contexto, nos parece asimismo oportuno que se analice, caso por caso, la pertinencia de su aplicación a las actividades respecto de las cuales no se ha efectuado consulta previa (periodo 1995-2012).

Dicho análisis debe tener en cuenta que, si bien durante ese largo periodo no se contó con ninguna ley, reglamento ni procedimiento que viabilizara la implementación del proceso de consulta previa por parte del Estado, sí se contó con normativa que regulaba la participación ciudadana en el desarrollo de proyectos mineros, en cuya aplicación se contaría con un mecanismo de diálogo intercultural en relación a los derechos posiblemente afectados de estas poblaciones. También se debe tener presente que muchas de las actividades autorizadas durante el referido periodo actualmente continúan siendo ejecutadas, y que incluso se evidencia una sólida relación construida entre los titulares mineros y los pueblos indígenas. Por sus características, consideramos que en estos casos no sería preciso exigir la realización de un proceso de consulta previa, toda vez que las partes involucradas ya han generado acuerdos y obligaciones mutuas, además de disfrutar de beneficios que son producto de su interrelación a lo largo del tiempo.

El análisis de la situación nos muestra que la aplicación del procedimiento de consulta previa no debe partir de posturas que busquen *a priori* suplir deficiencias o carencias que no fueron atendidas por el Estado —y que no constituyen de forma alguna obligación para los titulares mineros—, dado que las actividades desarrolladas por estos pueden generar los recursos necesarios para que dichas brechas sociales y económicas sean superadas. Concluimos que se debe procurar que las poblaciones indígenas y los titulares mineros vayan de la mano, sin que ello implique en forma alguna que los pueblos pierdan su identidad, o alguna de las partes vea afectados sus derechos.

La propuesta aquí planteada en este documento es la de asegurar la continuidad de las actividades autorizadas durante el periodo 1995–2012, pese a que no se implementó el proceso de consulta previa en su oportunidad; siempre y cuando

se pueda comprobar que, durante el tiempo en que se han venido realizando dichas actividades, los derechos de los pueblos indígenas no se han visto afectados.

Como ya se indicó, insistir en la aplicación de la consulta previa resulta extemporáneo; más aun teniendo en consideración que dichas actividades, de una u otra forma, ya han generado sinergias que son parte del día a día de la comunidad, o que significan incluso el sustento de la misma.

La consulta previa no puede ser usada como una plataforma para exigir inversiones sociales o temas similares, que son obligación exclusiva del Estado; caso contrario, más que una solución o herramienta de protección de derechos colectivos de los pueblos indígenas, ello se convertirá en un mecanismo bastante útil para imponer voluntades y, por qué no, en una herramienta política a ser empleada para beneficios particulares.

En nuestro concepto, el Estado debe velar porque el proceso de consulta se ciña a su verdadera y única naturaleza, que es proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas y dar voz a esos grupos de personas que hasta antes de la aprobación de la ley de consulta previa a pueblos indígenas u originarios y su respectivo reglamento habían sido postergados; pero que merecen todo el respeto como ciudadanos. En tal sentido, insistimos en que, para el caso peruano, se tenga en cuenta que hay dos momentos en lo que a la consulta previa se refiere: después del 2012 y antes del 2012. Este último periodo es el que consideramos debe ser analizado y tratado de forma distinta, puesto que el contexto era otro y las normas que se debían cumplir también.

Hay muchos aspectos legales que podrían jugar en contra o a favor de la posición planteada en el presente trabajo. Si bien el tema normativo ha ido evolucionado, también lo han hecho las relaciones entre las partes involucradas. Es por esa razón que una aplicación extemporánea de la consulta previa, más que facilitar la reivindicación de derechos colectivos, puede significar el rompimiento de relaciones que han tomado años en estructurarse, así como también un retraso respecto del anhelo de las poblaciones de desarrollarse manteniendo sus costumbres

e identidad, situación que hoy es perfectamente posible de la mano de una actividad como la minería.

La alternativa propuesta representa tan solo un primer paso para solucionar la problemática de las actividades autorizadas entre 1995 y 2012, sin que se hubiera efectuado consulta previa. El sustento de nuestra postura es que, por tratarse de un mecanismo tan importante, como lo es la consulta previa, este solo debe ser empleado para proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas (intención primigenia) y no debe permitirse, de ningún modo, que sea utilizado como pretexto para encubrir otro tipo de intereses que pretenden retrasar el desarrollo.

Consideramos que el marco normativo debe ajustarse a la realidad. No estamos en la década del noventa, y posiblemente ese contexto —dentro del cual se desarrolló el Convenio 169 de la OIT— era otro. El tiempo pasa y las coyunturas cambian. Lo mismo debe ocurrir con las normas. Así pues, podría contemplarse, por ejemplo, la emisión de un marco jurídico complementario al vigente, que permita la implementación de un procedimiento basado en los principios antes señalados que permita identificar si las actividades autorizadas e iniciadas durante el período 1995 - 2012 se realizaron con respeto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Es de suma importancia que el Estado —en lugar de emitir normas que hagan más complejo solucionar el caso que se analiza en el presente documento— desarrolle cuanto antes un marco legal que viabilice la propuesta que aquí se ha planteado, a fin de poner punto final a la incertidumbre que hoy afrontan varios de los pueblos indígenas, tanto como titulares de actividades mineras autorizadas entre 1995 y 2012.

Si bien una modificación a la Ley de consulta o a su respectivo Reglamento implicaría la realización de un proceso de consulta, consideramos que, respecto de las actividades desarrolladas entre 1995 y 2012 —más que cuestionarse el no haber realizado el procedimiento de consulta— el legislador debería pensar en desarrollar un procedimiento que permita verificar si se han respetado los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo cual hará posible, a su vez, dar continuidad a las actividades que ya se vienen desarrollando.

En un primer momento, la norma podría centrarse en analizar si las relaciones existentes entre las partes se han desarrollado en cumplimiento de tres de los siete principios que inspiran la Ley de consulta previa (buena fe, información oportuna y ausencia de coacción). Si de dicha revisión o análisis se desprende que se ha cumplido cabalmente con dichos principios, la implementación de la consulta no precisará ser vehiculizada. Es más, si a pesar de comprobarse el cumplimiento de dichos principios, aún existieran reclamos por parte de los pueblos indígenas involucrados, no cabría discutir la necesidad de implementar una consulta, sin antes asegurarse de que el Estado atienda demandas sociales que nada tienen que ver con la actividad en concreto ni con la consulta como tal.

Por todo lo antes expuesto, concluimos que desde un punto de vista netamente jurídico podría resultar válida la implementación extemporánea del proceso de consulta; pero desde un punto de vista práctico esta podría no ser siempre viable

Por último, si bien excede los límites del presente trabajo proponer cualquier normativa puntual al respecto, destacamos la importancia de que el Estado evidencie su preocupación por proteger los derechos de ambas partes. Sin duda, ello permitirá terminar con un foco de posibles conflictos que no ayudan en lo más mínimo al desarrollo del país ni a la integración de los pueblos. Una vez cerrado ese ciclo (1995 – 2012), podremos mirar hacia adelante y contar con reglas más claras y transparentes respecto de lo que hoy implica verdaderamente la implementación del derecho a la consulta.

## 5. Bibliografía

Belaunde Moreyra, M. (2009). Derecho minero y concesión. Tercera edición Régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. Lima: Circulo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Corte Superior de Justicia de Lima. Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional. (2013). Proceso de Amparo n° 32645 – 2013. Comunidad Nativa de Supayacu y Organización Fronteriza Awuajun de Cajamarca – sede central de SUPayacu contra el MINEM.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. (2012) Acción Popular N° 2232 – 2012. IDL contra el MINEM. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793/Sentencia+A.P.N%C2%B0+2232-2012+LIMA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793>

Cuarto Juzgado Constitucional de Lima. (2017). Expediente N° 32365-2014. Representantes de diversas comunidades nativas de la Amazonía contra el MINEM y Petroperú. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/343584494/Lote-116-Sentencia-1ra-Instancia>

de la Puente Brunke, L. (2005) Medio ambiente, conflictos y seguridad jurídica en la minería peruana. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. 20 (59),.23-46. Recuperado de [http://www.delapuerta.com.pe/admin/recursos/libros/lorenzodelapuerta\\_medioambiente\\_mineriaperuana.pdf](http://www.delapuerta.com.pe/admin/recursos/libros/lorenzodelapuerta_medioambiente_mineriaperuana.pdf)

Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas.(2016?) Informe N° 812-2016-MEM-DGAAM—CP-Explotación-Apumayo-DNA-DGAM. Recuperado de <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/informe%20final.pdf>

Hernández, A. (2014). Pueblos indígenas y desarrollo: El rol de la consulta previa en los países andinos. Pensamiento Americano, 7(13), 39-63. Recuperado de <http://www.coruniamericana.edu.co/publicaciones/ojs/index.php/pensamientoamericano/article/view/231/210>

- Huapaya, Tapia, R. (2014) Régimen Constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014 (14). 327-339. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13455/14082>
- Iglesias-Vásquez, M. (2016). La protección de los derechos de las comunidades indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Principia Iuris, 13 (26), 261-298. Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1145/1111>
- Jurado Nacional de Elecciones. (2008) Guía de Participación Ciudadana en el Perú. Dirección Nacional de Educación y Formación Cívica Ciudadana. 2008. 8-9. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B3465D6F1868627205257CD7005DE4B8/\\$FILE/1\\_pdfsam\\_Guia\\_de\\_participacion\\_ciudadana.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B3465D6F1868627205257CD7005DE4B8/$FILE/1_pdfsam_Guia_de_participacion_ciudadana.pdf)
- Macroconsult. (2012) Impacto económico de la minería en el Perú. Lima: Sociedad Nacional de Minería y Petróleo. Recuperado de: <https://www.convencionminera.com/perumin31/images/perumin/recursos/OLD/Economom%20B1a%20SNMPE%20Impacto%20econ%20B2mico%20de%20la%20miner%20B1a%20en%20el%20Per%20B3.pdf>
- Martínez Aponte, H. (2009) Comentarios sobre la servidumbre en minería. Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009(8).63-78. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13985/14607>
- Ministerio de Cultura (s/f) Base de datos de pueblos indígenas u originarios. En: Página web oficial del Ministerio de Cultura. Recuperado de <http://bdpi.cultura.gob.pe/lista-de-pueblos-indigenas>
- Ministerio de Energía y Minas (s/f) Procesos terminados– Consulta previa. En: Página web oficial del Ministerio de Energía y Minas. Recuperado de [http://www.minem.gob.pe/\\_detalle.php?idSector=4&idTitular=6981&idMenu=sub6980&idCateg=1208](http://www.minem.gob.pe/_detalle.php?idSector=4&idTitular=6981&idMenu=sub6980&idCateg=1208)
- OIT Organización Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (2007) Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. 2da. edición. Lima: OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. 160 p.p

- PriceWaterhouseCoopers.(2013) 2013 - Industria minera- Guía de negocios en el Perú  
Recuperado de: <https://www.pwc.pe/es/doing-business/assets/pwc-doing-business-mining-espanol.pdf>
- Sanborn C., Hurtado V. y Ramírez, T. (2016) La consulta previa en el Perú: avances y retos. Lima: Universidad del Pacífico. DOI: <http://dx.doi.org/10.21678/978-9972-57-366-8-2016> (E-book disponible en: [www.up.edu.pe/fondoeditorial](http://www.up.edu.pe/fondoeditorial))
- Soto Palacios, M. (2013) Consideraciones para la implementación del derecho a la consulta previa en el sector minero. Revista Derecho & Sociedad de la Asociación Civil Derecho & Sociedad. 2013(40), 143–158 Recuperado de:<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12796/13353>
- Tribunal Constitucional. (19 de febrero de 2009.) Expediente N° 03343-2007-PA/TC. Jaime Hans Bustamante contra Occidental Petrolera del Perú; LLC, LLC Sucursal del Perú, Repsol y Petrobras. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/tc/public/causas/exp-eb4d50b6888f07f769c477354f20c6c1>
- Tribunal Constitucional. (11 de noviembre de 2009) Expediente N° 06316-2008-PA/TC. AIDSESEP contra Ministerio de Energía y Minas, Perupetro S.A., Barrett Resource Perú Corporation y Repsol YPF. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (09 de junio de 2010). Expediente N° 0022-2009-PI/TC. Gonzalo Tuanama Tuanama contra el Decreto Legislativo N°1089. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (30 junio de 2010). Expediente N° 05427/2009-PC/TC. AIDSESEP contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (26 de julio de 2011). Expediente N° 00024-2009-PI Ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 994.. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (1 de septiembre de 2012). Expediente N° 01126-2011-HC/TC. Comunidad nativa Tres Islas contra la División de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.pdf>

Vargas. K. (comp.) (2016). La implementación del derecho a la consulta previa en el Perú – Aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Lima: Cooperación Alemana – GIZ. Recuperado de: [http://www.consulta-previa.org.pe/publicaciones/Consulta\\_Previa\\_paginas.pdf](http://www.consulta-previa.org.pe/publicaciones/Consulta_Previa_paginas.pdf)

### **Normas legales citadas**

#### **Leyes**

1. Constitución Política del Perú (30 de diciembre de 1993). Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
2. Código Civil. Decreto Legislativo N° 295. (25 de julio de 1984). Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
3. Congreso de la República del Perú. (10 de julio de 1995). Ley N° 26505, Ley de inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
4. Congreso de la República del Perú. (18 de julio de 1995). Ley N° 26845, Ley de tierras. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
5. Congreso de la República del Perú. (29 de junio de 1997). Ley N° 26821, Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
6. Congreso de la República del Perú. (23 de abril de 2001). Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ).
7. Congreso de la República del Perú. (10 de julio de 2001). Ley N° 27506, Ley de Canon. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
8. Congreso de la República del Perú. (24 de junio de 2004). Ley N° 28258, Ley de Regalía Minera. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)

9. Congreso de la República del Perú. (15 de octubre de 2005). Ley N° 28611, Ley General del Ambiente. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ).
10. Congreso de la República del Perú. (07 de septiembre de 2011). Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)

### **Decretos Supremos.**

1. Ministerio de Energía y Minas (MINEM). (03 de junio de 1992). Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único de la Ley General de Minería. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
2. Ministerio de Energía y Minas. (08 de septiembre de 1992). Decreto Supremo N° 018-92-EM, Reglamento de Procedimientos Mineros. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
3. Ministerio de Agricultura y Riego. (19 de octubre de 1996). Decreto Supremo N° 017-96-AG, Reglamento del Artículo 7 de la Ley N° 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
4. Ministerio de Energía y Minas. (27 de mayo de 2008). Decreto Supremo N° 028-2008-EM (27.05.08), Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
5. Ministerio de Cultura. (03 de abril de 2012). Decreto Supremo 001-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
6. Ministerio de Energía y Minas. (12 de noviembre de 2014). Decreto Supremo N° 040-2014-EM, Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las actividades de explotación, beneficio, labor general, transporte y

almacenamiento minero. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ).

### **Resoluciones Ministeriales.**

1. Ministerio de Energía y Minas. (28 de julio de 1996). Resolución Ministerial N° 335-96-SG (28.07.96), Reglamento de participación ciudadana mediante el procedimiento de audiencias públicas en el trámite de aprobación de estudios de impacto ambiental. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
7. Ministerio de Energía y Minas. (09 de enero de 2000). Resolución Ministerial N° 728-99-EM-VMM. Reglamento de participación ciudadana mediante el procedimiento de audiencias públicas en el trámite de aprobación de estudios de impacto ambiental. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
8. Ministerio de Energía y Minas. (21 de diciembre de 2002). Resolución Ministerial 596-2002-EM-DM, Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
9. Ministerio de Energía y Minas. (26 de junio de 2008). Resolución Ministerial N° 304-2008-EM, Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
10. Ministerio de Energía y Minas. (05 de agosto de 2015). Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM, Modifican y actualizan el TUPA del Ministerio de Energía y Minas. Recuperado de: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)
11. Ministerio de Energía y Minas - Dirección General de Minería. (22 de marzo de 2012) Resolución Directoral N° 043-2012-MEM/DGM que aprueba el plan de minado del proyecto Breapampa (Compañía Mineras Buenaventura S.A.A.). Recuperado de:  
<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/REGISTROS/PM/2073871.PD>