

Consulta Previa, Minería y Regulación Ambiental en la Legislación Nacional

Iván Lanegra Quispe*

Resumen:

El presente artículo busca describir y analizar el estándar nacional establecido para el desarrollo de procesos de consulta previa en el ámbito de la minería y su relación con la legislación ambiental. Estos procedimientos han sido establecidos con el objeto de cumplir con la obligación que el Estado Peruano asumió en el año 1995, tras la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Se pasa revista a los principales componentes del proceso de consulta peruano, incluyendo aspectos cruciales como la identificación de los pueblos indígenas, de las medidas de consultar así como la definición del momento en el cual realizar la consulta en el ámbito minero. Finalmente se destaca la no realización de consultas en los proyectos mineros hasta la fecha y las implicancias de dicho hecho.

Palabras clave:

Consulta previa – Pueblos indígenas – Convenio 169 – Evaluación de impacto ambiental – Minería

Abstract:

This article describes and analyzes the national standard established for the prior consultation proceedings in mining and its relationship with environmental law. These procedures have been created in order to comply with the liability contracted by the Peruvian State in 1995, after the ratification of ILO Convention 169. The article reviews the main elements of Peruvian prior consulting process, including key aspects such as the identification of indigenous peoples, as well as defining the moment at which consulting should be made in the mining area. Finally, the author stresses the no consultations in mining projects at the time and the implications of that fact.

Keywords:

Prior consulting – Indigenous people – Convention 169 – Environmental impact assessments – Mining activity

Sumario:

1. Introducción – 2. Los pueblos indígenas: sujetos del derecho a la consulta – 3. Medidas estatales objeto de consulta – 4. Entidad gubernamental y legislativa a cargo de la consulta – 5. Procedimiento de consulta – 6. Resultados del proceso – 7. Supuestos de consentimiento y el «veto» – 8. Decisión Final – 9. Consulta en el ámbito minero – 10. Evaluación de impacto ambiental – 11. Efectos del incumplimiento de la obligación de consultar – 12. Papel de los titulares de las empresas del sector minero – 13. Efectos de la Ley de Consulta Previa y su reglamento sobre la legislación y medidas administrativas ya adoptadas – 14. Conclusiones

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magister en Ciencia Política por la misma universidad. Egresado del Programa de Derecho Ambiental Internacional y Comparado del Instituto de las Naciones Unidas para la Capacitación y la Investigación (UNITAR) y de la Universidad Católica de Budapest. Ha trabajado en el Ministerio de Salud, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y en el Consejo Nacional del Ambiente. Es profesor de Derecho Ambiental y de Política Ambiental en la Pontificia Universidad Católica. Ha publicado artículos y libros sobre el tema.

1. Introducción

El presente artículo busca describir y analizar el estándar nacional establecido para el desarrollo de procesos de consulta previa en el ámbito de la minería y su relación con la legislación ambiental. Salvo de manera referencial, no nos referiremos aquí a los instrumentos internacionales que sirven de marco a dichas regulaciones.¹

La Consulta previa a los pueblos indígenas, constituye la piedra angular –junto a la participación– del Convenio 169 de la OIT. Este, en su artículo 6, establece que, «...los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente».² El citado artículo también indica que «las consultas (...) deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas».³

Como ha subrayado la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, la obligación de consulta; dada la amplitud alcanzada en lo que toca al número de países que lo aplican –incluso fuera del ámbito de aquellos que son parte del Convenio 169–; no solo constituye una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.⁴

No obstante, la diversidad de pueblos indígenas –y tribales– involucrados hace indispensable establecer a un nivel nacional los mecanismos específicos de aplicación de dicha obligación internacional. En dicho orden de ideas, el estándar nacional del proceso de consulta previa se encuentra regulado en el Perú por 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* –

en adelante, la Ley de Consulta-, publicado el 7 de setiembre de 2011, así como el 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)*, publicado el 3 abril de 2012.

El Tribunal Constitucional, a su vez, ha dado un conjunto de sentencias que aluden al derecho a la consulta previa, en particular la STC 00022-2009-PI, del 9 de junio de 2010. Sin embargo, el desarrollo legal y reglamentario ha sobrepasado en buena medida a la jurisprudencia indicada en las precisiones del estándar. Por tal razón utilizaremos dichas sentencias solo para ilustrar algunos aspectos de dicho desarrollo. A continuación describiremos y analizaremos los principales componentes de la regulación nacional.

2. Los pueblos indígenas: sujetos del derecho a la consulta

De conformidad con la Ley y su reglamento, el sujeto del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios.⁵ En las definiciones del Reglamento se ha precisado que ambos términos deben considerarse equivalentes.⁶ En consonancia con el marco internacional, el sujeto de la consulta es el pueblo indígena, cuyos derechos colectivos pudiesen ser afectados por la medida administrativa o legislativa que adopta el Estado.⁷ Dicho pueblo indígena participará en el proceso de consulta, mediante sus «instituciones y organizaciones representativas» elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.⁸ El Reglamento de la Ley ha precisado reglas para la definición de los representantes de los pueblos indígenas⁹, así como los mecanismos de acreditación¹⁰. Dichos representantes son quienes deben participar directamente en el proceso de consulta.

Con relación a los criterios de identificación de los pueblos indígenas, la Ley repite básicamente los criterios establecidos en el Convenio 169, es decir,

1 Una discusión amplia de los actuales componentes del estándar internacional lo puede encontrar en Merino, Beatriz y Lanegra, Iván. *Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. El Desafío del Diálogo Intercultural en el Perú*. (2013). Lima, CENTRUM, GIZ, CENGAGE Learning.

2 Esto también se encuentra establecido en el Artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas al disponer que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

3 Asimismo, estos principios se encuentran recogidos en el artículo 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo texto indica lo siguiente: «Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (...)».

4 Párrafo 164.

5 Artículo 5 de la Ley.

6 Artículo 3, k, del Reglamento.

7 Artículo 5 de la Ley.

8 Artículo 6 de la Ley.

9 Artículo 3, n, del Reglamento.

10 Artículo 10 del Reglamento.

los que definen por un lado la diferencia cultural y étnica (criterio objetivo) y la conciencia de dicha diferencia (criterio subjetivo). Así, considera como parte de los criterios objetivos los siguientes:

- i) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- ii) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que 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.

Debido a que el Convenio 169 se refiere expresamente, en lo que concierne al criterio objetivo, a conservar en todo o en parte las instituciones indígenas, esta lista solo puede ser entendida con un carácter complementario de lo señalado en dicho tratado internacional. Es por ello que el Reglamento ha precisado que esta disposición de la Ley debe ser interpretada conforme lo indica el artículo 1 del Convenio 169.¹¹ En lo que concierne al criterio subjetivo, la ley lo define como el «(...)relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria».¹²

Por su parte, el reglamento de la Ley precisa que la población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas, podrá ser identificada como un pueblo indígena, o parte de él, si responde a los criterios señalados anteriormente, sin que sea relevante la denominación empleada para designar al pueblo indígena.¹³ Esto es crucial, pues el reglamento, con corrección, distingue entre la figura del pueblo indígena de lo que constituyen sus organizaciones o instituciones representativas –las comunidades campesinas y las comunidades campesinas, por ejemplo-. Así, por ejemplo, pueden existir pueblos indígenas que no estén organizados como «comunidad campesina» o «comunidad nativa», como es el caso de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial. Lo relevante es determinar si encontramos presentes –o no– los criterios ya indicados. Por ello resulta particularmente pertinente considerar lo señalado por la Directiva N° 03-2012/MC, de mayo de 2012, Directiva que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios. Dicha norma indica, en línea con lo explicado anteriormente, que los criterios objetivos incluyen:

- i) Continuidad histórica: permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado
- ii) Conexión territorial: ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas
- iii) Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas: conservadas total o parcialmente por las poblaciones en cuestión.

La Base de Datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes:

- i) Lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo
- ii) Tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial.¹⁴

Nuevamente, lo señalado en estos instrumentos solo puede ser interpretado en línea con lo señalado por el Convenio 169. Por lo tanto, solo constituyen indicadores que deben ayudar al Estado en el proceso de identificación de la diversidad cultural y étnica. En dicho marco, el Ministerio de Cultura ha identificado 52 pueblos indígenas¹⁵, 4 de los cuales son de origen andino: quechua, aymara, uro y jacaru. Sin embargo, el proceso de identificación de las instituciones u organizaciones representativas y los titulares de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sigue pendiente en lo que concierne a los indicados 4 pueblos andinos¹⁶. La Base, desde luego, no es «constitutiva de derechos», en tanto solo reconoce un estatus jurídico preexistente: el de pueblo indígena y sus organizaciones.

La Base, cuyo funcionamiento es responsabilidad del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, debe contener la siguiente información:

- i) Denominación oficial y auto denominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
- ii) Referencias geográficas y de acceso.
- iii) Información cultural y étnica relevante.
- iv) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.

11 Artículo 3, k, del Reglamento.

12 Artículo 7 de la Ley.

13 Artículo 3, k, del Reglamento.

14 7.1.3 y 7.1.5 de la Directiva N° 03-2012/MC.

15 Puede consultarse en: <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

16 En el caso de los Pueblos Indígena Uro y Jacaru, la información publicada no hace referencia expresa a ninguna institución representativa. Los Pueblos Indígenas más importantes son las de origen Quechua y Aymara, que estarían conformados por miles de comunidades campesinas.

- v) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.
- vi) Organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.

Aquí podemos encontrar uno de los principales escollos para el avance del proceso de consulta en el ámbito de la minería. Aunque el gobierno ha reconocido formalmente la existencia de pueblos indígenas en el ámbito andino, en la práctica la decisión gubernamental pareciera ser la de evitar el reconocimiento de las comunidades campesinas como parte de las organizaciones locales pertenecientes a los pueblos indígenas. Desde luego, una decisión de este tipo puede llevar eventualmente a demandas contra el Estado Peruano y sus autoridades en caso estas adopten medidas que afecten a los pueblos indígenas y no hayan sido objeto de consulta previa.

3. Medidas estatales objeto de consulta

La Ley no ha incluido una lista detallada de los tipos de medidas legislativas o administrativas que deben ser consultadas. Un esfuerzo de esa naturaleza hubiera resultado, por cierto, siempre incompleto. Cualquier medida que pudiera afectar directamente a los pueblos indígenas debiera ser consultada. Al respecto el Reglamento ha definido que dicha afectación ocurre cuando la medida estatal contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.¹⁷

Por otra parte, en su artículo 2° extiende el ámbito de las medidas por consultar a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El Reglamento ha agregado detalles al respecto, pues considera que deben ser consultadas las 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 a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.¹⁸

Del mismo modo se podrán consultar las medidas legislativas, normas con rango de

ley como las leyes, resoluciones legislativas, decretos legislativos, ordenanzas regionales o municipales.¹⁹ En cambio, los decretos de urgencia, en tanto limitados a materia financiera o económica, no podrían, constitucionalmente, modificar derechos colectivos, por lo que no requerirían ser consultados.²⁰

El Reglamento ha establecido que algunas medidas estatales no requerirán ser consultadas. Estas son:

- i) Las normas de carácter tributario o presupuestario;
- ii) Decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas que requieren una intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas
- iii) Medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias
- iv) La persecución y control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes.²¹

En lo que concierne al primer supuesto (i), debe entenderse que estamos frente a medidas que tienen como único objetivo la definición de tributos o de decisiones presupuestales, por lo que no implicarían un cambio en el contenido ni en el ejercicio de un derecho colectivo de los pueblos indígenas. No obstante, si, por ejemplo, se incluyera en la Ley del Presupuesto alguna medida que implicara dicha afectación, esa parte de la ley no podría ser aprobada sin antes someterla a consulta previa. Por otra parte, respecto de los otros tres supuestos, aunque es claro la racionalidad de la decisión constituye una medida conveniente discutir con los pueblos indígenas protocolos generales para la intervención en dichos casos.

Adicionalmente, el reglamento también ha indicado que la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no

17 Artículo 3, b, del Reglamento. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se usa la expresión de «afectación» sin referencia a «directa». Consideramos que la definición del Reglamento sería incluso adecuada dentro de lo señalado por la Declaración. Algunos han señalado que es mejor referirse también a la «afectación indirecta» –un símil de los «impactos indirectos» en la terminología ambiental–. Sin embargo ese término –afectación indirecta– no es utilizado en ningún instrumento internacional.

18 Artículo 3, i, del Reglamento.

19 Artículo 3, j, del Reglamento.

20 Artículo 27,7, del Reglamento.

21 Artículo 5, k y l, del Reglamento.

requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en dicha norma. Desde luego, no nos encontramos frente a un supuesto similar a los anteriores, pues aquí se necesita establecer un proceso de diálogo con los pueblos indígenas, que debiera incluir la calificación del carácter benéfico de las indicadas obras²². Al respecto, la Guía Metodológica publicada por el Ministerio de Cultura, indica que para determinar dicho beneficio, los funcionarios deben coordinar de modo previo con los pueblos indígenas, a fin de conocer su posición y lograr acuerdos para la provisión del servicio.

Debe tenerse en cuenta que, si bien en este supuesto no es obligatorio realizar el procedimiento de consulta establecido en el Reglamento, la adopción de las decisiones estatales –en los casos que corresponda– debe considerar la participación de los pueblos indígenas y el pleno respeto de sus derechos colectivos. Los funcionarios tendrán en cuenta que los pueblos indígenas podrán solicitar la provisión o mantenimiento de dichos servicios. En este caso, el funcionario considerará que el servicio público solicitado es beneficioso para dichos pueblos indígenas. En cualquier caso, se deben respetar los derechos colectivos y los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.²³

La Ley introduce en su artículo 2° detalles sobre los aspectos de la vida de los pueblos indígenas que pueden ser afectados:

- i) Derechos colectivos
- ii) Existencia física
- iii) Identidad cultural
- iv) Calidad de vida
- v) Desarrollo

Del mismo modo, el reglamento introduce una lista abierta de los derechos colectivos que pudieran ser afectados. Entiende que los mismos son aquellos reconocidos en la Constitución, por el Convenio 169, así como por otros tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Identifica los siguientes derechos colectivos:

- i) a la identidad cultural;
- ii) a la participación de los pueblos indígenas;
- iii) a la consulta;
- iv) a elegir sus prioridades de desarrollo;
- v) a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos;

- vi) a la jurisdicción especial;
- vii) a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente-;
- viii) a la salud con enfoque intercultural;
- ix) a la educación intercultural.²⁴

Por otra parte, el Reglamento, en su Décima Disposición Transitoria, Complementaria y Final, toca el tema de la participación en los beneficios, recogiendo lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169, estableciendo que los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.

Es claro, por lo tanto, que cualquier decisión del Estado sobre un proyecto minero –en cualquiera de sus etapas– que pudiera implicar una afectación, en los términos aquí descritos, debería ser objeto de consulta previa.

4. Entidad gubernamental y legislativa a cargo de la consulta

A la entidad encargada del proceso de consulta se le denomina en la Ley y el Reglamento «entidad promotora». De conformidad con el Reglamento, estas es la entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento. De acuerdo con dicha disposición, las entidades promotoras son:

- i) La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.
- ii) Los Ministerios, a través de sus órganos competentes.
- iii) Los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes.

Adicionalmente, también se reconoce que los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras.²⁵ Finalmente, debe también considerarse al Congreso de la República en lo que compete a la emisión de Leyes.

22 Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento.

23 Ministerio de Cultura. *Consulta previa a los pueblos indígenas. Guía Metodológica*. Lima, Ministerio de Cultura, 2013. p.29-30. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/guia-ley-consulta-previa-1-5.pdf>

24 Artículo 3, f.

25 Artículo 3, g.

De otro lado, tanto la Ley como el Reglamento le han otorgado al Viceministerio de Interculturalidad la función de rectoría del proceso de consulta. Esto implica asumir funciones de concertación, articulación y coordinación de la política estatal de implementación del derecho a la consulta, brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular. Tiene también la facultad de emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas a ser consultados²⁶. También cumple un rol de última instancia administrativa para resolver los petitorios que se planteen ante los procesos de consulta²⁷.

Considerando las actuales responsabilidades en la regulación de la minería, las autoridades responsables de llevar adelante los procesos de consulta previa serían el Ministerio de Energía y Minas y los Gobiernos Regionales (minería de pequeña escala). No obstante, la entrada en funcionamiento del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (SENACE), puede implicar la intervención de esta nueva entidad para el caso de proyectos mineros que requieran evaluaciones de impacto ambiental detallados, es decir, para aquellos de gran complejidad y escala.

5. Procedimiento de consulta

El procedimiento de consulta previsto por la Ley y desarrollado por el Reglamento, considera un conjunto de principios ya previstos en el marco internacional sobre el derecho a la consulta. De acuerdo con la Ley, éstos son:

- i) Oportunidad (o carácter previo de la consulta).
- ii) Interculturalidad. Esto implica el mutuo reconocimiento de las culturas que dialogan, reconociendo y respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre ellas, así como su valor.
- iii) Buena fe. Un deber que se revelaría en las siguientes acciones: clima de confianza, colaboración, respeto mutuo, prohibición del proselitismo partidario (es decir, el proceso de consulta no es un proceso político-partidario) y de las conductas antidemocráticas (no se debe afectar el corazón de la democracia: la igualdad, así como el respeto de los derechos de todos los participantes del diálogo)²⁸.
- iv) Flexibilidad a las condiciones particulares que plantea cada pueblo indígena²⁹.
- v) Plazos razonables para las etapas del proceso.
- vi) Ausencia de coacción o condicionamiento en el proceso de consulta y en los mecanismos de coordinación.
- vii) Información oportuna (y apropiada) disponible para los pueblos indígenas.

La Ley establece un conjunto de etapas mínimas para los procesos de consulta. La normativa de desarrollo de la Ley, o los acuerdos adoptados durante algún proceso particular, podrían agregar nuevas etapas. Las etapas mínimas³⁰ son:

- i) Identificación de las medidas legislativas o administrativas que deben 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.
- v) Evaluación interna en las organizaciones de los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente.

²⁶ Artículo 28 del Reglamento.

²⁷ Artículo 9, 2 del Reglamento.

²⁸ El Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta (determinación de la afectación directa, la consulta en sentido estricto, y la implementación de la medida). Sentencia del EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. Fundamento 27.

²⁹ Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha indicado que debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretenda consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una «manera apropiada a las circunstancias». Sentencia del EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. Fundamento 31.

³⁰ Se entiende que el carácter de «mínimo» alude a lo que el Estado debería estar en condiciones de ofrecer. Sin embargo, como es lógico, cabe la posibilidad de que alguna de las etapas no se lleven a cabo, sea por decisión del pueblo indígena. Por ejemplo, si las partes consideran que ya tienen un acuerdo –fin último del proceso– tras recibir la información del Estado y evaluarla, no tiene sentido «obligarlas» a llevar adelante un proceso de diálogo.

- vi) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas.
- vii) Decisión³¹.

Las etapas de identificación, de las medidas estatales y de los pueblos indígenas son mutuamente dependientes, por lo que se deberían realizar juntas. Como señala el artículo 10º de la Ley de Consulta, la identificación de los pueblos indígenas se hace sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance. El responsable de identificar la medida que sea objeto de consulta, así como los pueblos indígenas, es la entidad estatal que emitiría dicha medida. Ésta debe garantizar los recursos que demande el proceso de consulta, a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas.

Si la entidad estatal no realizase la consulta, cuando debía hacerlo, o cuando no considera a pueblos indígenas que deberían ser considerados, las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden presentar una reclamación, en primer lugar, ante la entidad estatal promotora de la medida. Si ésta fuese parte del Poder Ejecutivo y desestimase el pedido señalado, su decisión podría ser impugnada ante el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura. Agotada la vía administrativa ante este órgano (o en un Gobierno Regional o Municipalidad), cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

El Reglamento ha introducido aquí una etapa nueva que, aunque no es obligatoria, adquiere la mayor importancia para el diseño de la consulta: las reuniones preparatorias. En ellas se puede producir la construcción participativa del Plan de Consulta entre la entidad promotora de la medida a consultar y los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas. Esto será particularmente útil en el caso de proyectos de gran escala o de especial complejidad.

En la etapa de publicidad se debe entregar tanto la propuesta de medida a consultar como el Plan de Consulta, con lo cual, a la vez, se produce el punto de inicio de la etapa de información. En esta última, las entidades promotoras de las medidas propuestas deben poner el contenido de estas en conocimiento de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan. Además,

deben brindarles información sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la adopción de la medida estatal sometida a consulta. Estas consideraciones, incluyendo el uso del idioma de la población indígena, son realmente aspectos transversales a todo el proceso y no solo pertenecen a esta etapa.

Luego se debe desarrollar la etapa de evaluación interna, cuya dirección se encuentra en manos de los propios pueblos indígenas, pudiendo contar con el apoyo de las entidades estatales. El plazo para la evaluación interna debe ser razonable, considerando la necesidad de efectuar un análisis sobre los alcances e incidencias de las medidas a adoptar y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.

A continuación se produce la etapa de diálogo, la cual resulta crucial. Debemos recordar que, en este momento, el proceso se asemeja a la figura de una mesa de diálogo, de contenido deliberativo y orientado hacia la búsqueda de consensos. No responde, en cambio, al modelo de «audiencia pública» o de «talleres», ni al de los procesos «electorales». El proceso de diálogo intercultural se realiza sobre los fundamentos de las medidas estatales y sus efectos sobre el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Las sugerencias y recomendaciones que estos últimos formularán deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta.

Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contendrá todos los actos y ocurrencias que se produzcan durante su desarrollo. El reglamento ha introducido plazos máximos para las etapas de información (entre 30 y 60 días calendario), evaluación interna (hasta 30 días calendario) y diálogo (hasta 30 días prorrogables por acuerdo de las partes). Las actividades preparatorias a cargo del Estado no están sometidas a plazos pre establecidos.

6. Resultados del proceso

En línea con lo establecido en los estándares internacionales sobre el proceso de consulta, la finalidad del mismo es obtener un acuerdo o consentimiento. En caso de llegar a un acuerdo, el contenido de los mismos resultará obligatorio para las partes³².

Si se llegase a adoptar acuerdos (totales o parciales), estos serán obligatorios para ambas

31 Artículo 8 de la Ley.

32 Artículo 15 de la Ley. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del EXP. N.º 0022-2009-PI/TC, al indicar que «el consenso al que arriben las partes será vinculante». Fundamento 25.

partes, siendo exigibles en sede administrativa y judicial. En caso de que no se obtenga un acuerdo, corresponderá a las entidades estatales adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, la integridad y el pleno desarrollo, así como la supervivencia de dichos pueblos. Es decir, el Estado solo puede adoptar medidas que correspondan a su ámbito de competencia, y no podrá disponer de derechos que corresponden a terceros o que son indisponibles, respetando las normas de orden público, incluyendo las de contenido ambiental y social. En síntesis, la acción del Estado no puede ser arbitraria, y debe respetar los límites que la propia Constitución y los derechos colectivos de los pueblos indígenas que se han reconocido.

7. Supuestos de consentimiento y el «veto»

De conformidad con el Reglamento, «el resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes»³³. De esta manera se ratifica que no puede entenderse la consulta como un «veto».³⁴

Sin embargo, el Reglamento, en consonancia con los estándares internacionales, referidos a los supuestos de consentimiento previstos en el Convenio 169, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los derivados del respeto de la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha incorporado dichos supuestos, en su Séptima Disposición Transitoria, Complementaria y Final.

Con relación a lo establecido por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación al respeto de la propiedad (tierras y territorios) de los pueblos indígenas, el Reglamento señala que el Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal.

Asimismo, el Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del

Convenio 169, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, incorpora expresamente los dos supuestos de consentimiento:

- i) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.
- ii) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos, recogiendo lo establecido en la Declaración.

8. Decisión final

La decisión final sobre la aprobación de la medida consultada corresponde a la entidad estatal. La decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos, reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano³⁵.

9. Consulta en el ámbito minero

En línea con lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169, el artículo 6° del Reglamento señala que es obligación del Estado peruano consultar a los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican los pueblos indígenas.

33 Artículo 1, 5 del Reglamento.

34 Esto reafirma lo sostenido por el Tribunal Constitucional, el cual indicó que del Convenio 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. «Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo «con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas», ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural». Sentencia del EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. Fundamento 24.

35 Artículo 15 de la Ley.

Desde luego corresponderá a las autoridades responsables de dictar las medidas de este tipo definir en qué momento previo debe realizarse la consulta, debiendo tener en cuenta el garantizar que se elija uno en el cual exista información suficiente para garantizar la debida información a los pueblos indígenas sobre el contenido de la medida y las posibles afectaciones que produciría.³⁶

En dicho marco, el Ministerio de Energía y Minas ha fijado mediante la Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM/DM, que modifica a su vez la Resolución Ministerial N° 020-2012-EM, tres tipos de medidas:

- i. Autorización de inicio de actividades de Exploración. La consulta se realizará luego que el titular cuente con la certificación ambiental, es decir luego de la presentación de la Solicitud de Autorización de Inicio de Actividades de Exploración, que realiza el titular minero, y antes de que el MINEM expida la Resolución Directoral de autorización de dicha solicitud.
- ii. Autorización de inicio de actividades de Explotación. La consulta se realizará luego que el titular cuente con la certificación ambiental, es decir luego de la presentación de la Solicitud de Autorización de Inicio de Actividades de Explotación, que realiza el titular minero, y antes de que el MINEM expida la Resolución Directoral de autorización de dicha solicitud.
- iii. Otorgamiento de Concesión de Beneficio. Este procedimiento tiene tres etapas: a. Evaluación de solicitud y autorización para publicación de los carteles (conteniendo las coordenadas en donde se realizará el Proyecto). b. Autorización de Construcción (Requiere de Instrumento Ambiental aprobado). c. Inspección de verificación, otorgamiento del Título y Autorización de funcionamiento. De acuerdo a lo señalado en el TUPA, se establece que el Proceso de Consulta Previa se realizará antes de aprobarse la Autorización de la Construcción, la cual estará a cargo de la Dirección Técnico-Minero. Cabe indicar que al momento de realizar la consulta previa, el titular minero ya contará con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado.

Dado que consideramos crucial conectar la regulación ambiental con la protección de los derechos de los pueblos indígenas, y la

certificación ambiental es un momento crítico para dichos fines, dedicaremos un apartado específico al tema.

10. Evaluación de impacto ambiental

Ni la Ley ni el Reglamento vinculan necesariamente los procesos de consulta al desarrollo de los procesos de evaluación de impacto ambiental. En cambio, las normas de desarrollo que hemos citado en el acápite anterior, ubica los procesos de consulta con posterioridad al desarrollo de los procesos de evaluación de impacto ambiental.

Esta decisión del Ministerio de Energía resultaría inadecuada considerando los fines del proceso de consulta. Es claro que tanto en la exploración como la explotación es necesario constar con un instrumento que brinde la información básica para la toma de decisiones. Este sería, claro está, el proceso de evaluación de impacto ambiental. Pero resultaría crucial incluir en la certificación ambiental los resultados del proceso de consulta, a fin de adquirir un carácter vinculante para el titular del proyecto minero. En cambio, realizar la consulta cuando dicha certificación ambiental ya fue emitida, introduciría una rigidez en el proceso innecesaria. La autoridad estatal se vería obligada a buscar acuerdos con los pueblos indígenas sin poder incluirlos posteriormente en las obligaciones asumidas con la certificación ambiental. Eventualmente podrían producirse tensiones entre ambos procesos, lo que generaría mayor incertidumbre al titular del proyecto minero

En línea con lo expresado, en la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento, se señala que el contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental previstos en el artículo 11° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión. De esta manera, podrá vincularse la evaluación de impacto ambiental a los procesos de consulta, dentro del marco de los estándares internacionales descritos anteriormente. La norma también nos alerta de no confundir las afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas del análisis de los impactos ambientales y la protección de los estándares ambientales. Desde luego ambos pueden estar interrelacionados. Por

³⁶ El Tribunal Constitucional ha señalado que la consulta procede tanto en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación, reconociendo, no obstante, que en principio la intervención (del proyecto) será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados. Sentencia del EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. Fundamento 32.

ejemplo, un río puede ser objeto de protección ambiental por su valor en el funcionamiento del ecosistema, pero al mismo tiempo por ser fuente de alimento tradicional de un pueblo indígena, o como elemento conformante de la cosmovisión de dicho pueblo. Estos dos últimos son aspectos que deben ser parte del proceso de consulta.

11. Efectos del incumplimiento de la obligación de consultar

Conforme lo señalado por la jurisprudencia peruana y lo establecido en la Ley y el Reglamento, el incumplimiento de la obligación de consultar o el desarrollar un proceso de consulta que no cumpla con las exigencias establecidas en la normativa nacional, puede implicar la nulidad de la medida que se apruebe, afectando los derechos de los pueblos indígenas, sin haber sido previamente consultada, sin perjuicio que puedan utilizarse las garantías constitucionales previstas en la Constitución. Los daños que podrían ser ocasionados por la aplicación de una medida estatal emitida, sin cumplir la obligación de consultar, generarán responsabilidad a cargo del Estado, en tanto constituye la entidad que tiene a su cargo dicha obligación.

De otro lado, tanto la Ley como el Reglamento establecen la posibilidad de acudir a la vía judicial frente al incumplimiento de los acuerdos alcanzados durante el proceso de consulta. Sin embargo, en este punto es necesario distinguir los casos en que el incumplimiento no es responsabilidad del Estado sino del titular del proyecto minero. En dicho caso, corresponde al Estado vigilar y fiscalizar que la empresa cumpla con sus responsabilidades, sancionar el incumplimiento, y exigir la reparación de los daños generados. En caso no cumpliera con dicho deber de protección el Estado sería también responsable.

12. Papel de los titulares de las empresas del sector minero

El modelo peruano de consulta no permite delegar la conducción del proceso de consulta a los actores privados, es decir, a los titulares de las empresas mineras. Sin embargo, de conformidad con el Reglamento, los interesados en la aprobación de las respectivas medidas administrativas –por ejemplo, la autorización para explorar o explotar los recursos minerales– puede ser invitado en cualquier momento del proceso, y a pérdida de

cualquiera de las dos partes, a brindar información o realizar aclaraciones sobre el contenido de la medida, sin por ello constituirse en parte del proceso.³⁷ De otro lado, el Estado podrá cargar a administrado los costos del proceso de consulta a través del pago de los derechos de tramitación de la respectiva medida.³⁸

Como ha observado el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, en muchos casos, las empresas negocian directamente con los pueblos indígenas sobre los proyectos extractivos que pudieran afectarlos. En algunos supuestos, los Estados pueden haber delegado a las empresas la ejecución de la obligación que les incumbe de consultar a los pueblos indígenas antes de autorizar las actividades extractivas.

En virtud de su derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas son libres de entablar negociaciones directamente con las empresas si así lo desean. De hecho, las negociaciones directas entre las empresas y los pueblos indígenas pueden ser la forma más eficiente y conveniente de llegar a acuerdos para la extracción de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas que respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas, y pueden proporcionar a dichos pueblos oportunidades de promover sus propias prioridades de desarrollo.³⁹ Esto último, desde luego, no exonera al Estado de su deber de protección de los derechos de los pueblos indígenas.

En otros supuestos, estos procesos de negociación no derivan de la obligación de consultar respecto de medidas legislativas o administrativas a cargo del Estado, sino de la necesidad de las empresas de conseguir la autorización de los pueblos indígenas para la utilización de sus tierras u otros derechos colectivos. Estas negociaciones no se encuentran reguladas bajo el régimen de la consulta previa. No obstante, en virtud del respeto de los derechos de los pueblos indígenas, es esperable que dichos procesos de negociación se desarrollen bajo principios procedimentales similares.

En algunos casos, el consentimiento, como exigencia a cargos de las empresas, parte del reconocimiento de la titularidad de los pueblos indígenas sobre un conjunto derechos, los cuales no pueden dispuestos ni afectados sin el consentimiento de sus titulares. Este es, por

37 Artículo 12 del Reglamento.

38 Artículo 26, 2 del Reglamento. Conforme al artículo 26, 3 de la misma norma, las entidades promotoras identificarán o modificarán en sus TUPA los procedimientos a los que se le aplique dicho artículo.

39 *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, párrafo 61. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf>*

ejemplo, el principio que gobierna la disposición de las tierras bajo propiedad colectiva, el conocimiento tradicional, entre otros.

De otro lado, los mecanismos de participación que la empresa pone a disposición de los pueblos indígenas, está vinculada a un enfoque de responsabilidad social corporativa y forma parte de las buenas prácticas corporativas que no son exclusivas de los pueblos indígenas, extendiéndose a las poblaciones locales en general.

13. Efectos de la Ley de Consulta Previa y su reglamento sobre la legislación y medidas administrativas ya adoptadas

Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, el Convenio 169 forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada⁴⁰. Además, dicho Convenio constituye un tratado internacional sobre derechos humanos, por lo que ostenta rango constitucional⁴¹. Por dicha razón, el Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo la existencia de la obligación de consultar desde el momento en el cual el Convenio 169 entró en vigencia.⁴² Por lo tanto, con la dación de la Ley de Consulta y su reglamento no se origina la obligación de consultar a cargo del Estado Peruano, sino que la misma inició en febrero de 1995. Por dicha razón es importante mencionar los efectos de la Ley de Consulta sobre aquellas medidas estatales adoptadas con anterioridad a su vigencia.

La propia Ley de Consulta y su Reglamento, precisan que ellas no derogan ni modifican las normas sobre el derecho a la participación ciudadana, que constituye, lógicamente, un instrumento diferente. Tampoco ha modificado o derogado medidas legislativas previamente

promulgadas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia. Sin embargo, esto no implica que no se pueda iniciar acciones legales en contra de aquellas medidas que debieron ser consultadas y no lo fueron, ante las instancias administrativas o judiciales correspondientes. En dicho supuesto, las autoridades no podrán utilizar como estándar procesal del proceso de consulta lo contenido en la Ley y el reglamento, debiendo usarse, según sea el caso, lo establecido en el Convenio 169, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sentencias emitidas con anterioridad por el Tribunal Constitucional, no pudiendo realizarse una aplicación retroactiva de las normas.

De otro lado, la Ley derogó el Decreto Supremo N° 023-2011-EM, Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero-Energéticas. La Ley entró en vigencia el 6 de diciembre del 2011. El Reglamento entró en vigencia el 4 de abril del 2012, constituyendo esta última una norma de aplicación inmediata.

Finalmente, cada indicar que en la Sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al Expediente 05427-2009-PC/TC, se estableció que el Ministerio de Energía y Minas había incurrido en un incumplimiento parcial de su deber de reglamentar el derecho a la consulta, en materias específicas de su competencia, como concesiones mineras y de hidrocarburos; en consecuencia ha ordenado a esta entidad estatal cumpla con reglamentar, en el más breve lapso posible, el derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas reconocido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169. Posteriormente, se impuso una Acción Popular en contra de los citados reglamentos, la cual fue declarada fundada, derogándose los artículos de dichas normas que confundían los estándares de participación ciudadana con los de consulta.⁴³

40 STC 03343-2007-PA/TC. Fundamento 31.

41 STC N.º 0025-2005-PI/TC. Fundamento 33.

42 Sentencia del EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. Fundamento 11. No obstante, en el fundamento 8 del Expediente N.º 06316-2008-AA Aclaración, del 24 de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional señaló que precisamente la anterior sentencia aquí citada «debe ser tomado como una pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta. Así, en virtud de la función ordenadora y pacificadora del Tribunal Constitucional es que debe establecerse que la obligatoriedad del derecho de consulta debe considerarse como vinculante desde la publicación en la página web, tomando en consideración los principios desarrollados en la referida sentencia». Luego, en la Sentencia correspondiente al EXP. N.º 00025-2009-PI/TC 23, fundamento 23, el Tribunal Constitucional volvió a su posición anterior, señalando que «la exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38.3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento». Similar argumento aparece en el fundamento 7 de la sentencia del EXP. N.º 00024-2009-PI, del Tribunal Constitucional.

43 Nos referimos a la Sentencia A.P. N.º 2232-2012, LIMA, del 23 de mayo de 2013, emitida por la Sala de Derecho Social y Constitucional Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Establece nulidad a partir de la sentencia, sin efectos retroactivos, el artículo 2.1 del Decreto Supremo N.º 012-2008-MEM (Reglamento de Participación Ciudadana en actividades de hidrocarburos), y al artículo 4 del Decreto Supremo N.º 028-2008-MEM de Participación Ciudadana en actividades mineras. Disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793/Sentencia.+R+A.P.N%C2%BD+2232-2012+LIMA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3281fc0040b6a3268819c9726e1ea793>

14. Conclusiones

Hasta la fecha no se ha realizado en el país ni un solo proceso de consulta previa en el marco del nuevo estándar nacional descrito. Sería lamentable que las decisiones gubernamentales terminaran formalizando mecanismos que significarían en la práctica la evasión de la obligación de consultar que tiene el Estado. Sin embargo, la

consulta de los proyectos mineros requerirá de una mejora de las capacidades institucionales de las autoridades estatales a cargo del proceso, de los pueblos indígenas así como del apoyo leal del sector empresarial minero. Al mismo tiempo, será necesario entender que estamos frente a un proceso de aprendizaje no solo nacional, sino también regional. Un proceso que se encuentra, aún, en sus primeras etapas. ☒