

Consideraciones Para la Implementación del Derecho a la Consulta Previa en el Sector Minero

Miguel Ángel Soto Palacios*

RESUMEN:

El Derecho a la consulta previa, no debe ser entendido solo como una obligación legal, sino debe ser entendido principalmente como una herramienta de dialogo intelectual y reconciliación. Asimismo, debemos entender que el mencionado derecho es complejo en tanto que incluye diversos derechos conexos como la participación ciudadana. Dentro del artículo, se mencionan diversas dificultades para poder regular y aplicar la consulta previa; asimismo, se recalca que no debe ser entendido como el único instrumento para alcanzar sus fines acordes; así, el autor propone la evaluación ambiental como un espacio de dialogo e información.

PALABRAS-CLAVE:

Consulta Previa - Minería - Participación - Pueblos Indígenas - Gestion Ambiental - Actividades Extractivas

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.
2. FUNDAMENTO NORMATIVO: DE LA REGLA AL PRINCIPIO.
3. TRANSPARENCIA CORPORATIVA, PARTICIPACIÓN Y CONSULTA PREVIA.
4. IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR ENERGÍA Y MINAS.
5. OPORTUNIDAD DE LA CONSULTA PREVIA.
6. LA CONSULTA PREVIA EN ACTIVIDADES MINERAS.
7. A MODO DE CONCLUSIÓN.

* Asociado del Área de Recursos Naturales en Rubio Leguía Normand. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la misma casa de estudios. El autor agradece el valioso aporte de Carmen Rubiños en la elaboración del presente artículo.

1. INTRODUCCIÓN

Aún cuando los indicadores macroeconómicos muestren un crecimiento de nuestra economía, producto principalmente de la evolución positiva de los sectores minería e hidrocarburos, es innegable que en los últimos años se ha evidenciado con mayor claridad una serie de conflictos entre las poblaciones locales y los operadores de dichos sectores, manifestándose a través de enfrentamientos que, lejos de generar beneficios, producen la postergación del calendario de inversiones y, por consiguiente, la pérdida de oportunidad en la generación de trabajo e ingresos para las regiones y el país.

Según el Reporte Mensual de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo, en abril de 2013 se registraron 154 conflictos socio ambientales (67.2 % del total), de los cuales 112 corresponden a conflictos relacionados con actividades mineras y 20 con actividades de hidrocarburos.

El conflicto en torno al aprovechamiento de recursos naturales y la desconfianza hacia los operadores son de larga data en el Perú, teniendo su origen principalmente en aquella percepción de exclusión que el desarrollo de las actividades extractivas pudo haber generado en los pobladores del área de influencia de los proyectos. Y es que en un escenario donde la presencia del Estado, como autoridad y proveedora de servicios básicos, es casi nula; la relación de los operadores con la población se inicia bajo demandas que pueden resultar desbordadas.

El rechazo hacia un proyecto puede manifestarse de manera total o parcial; sin embargo, el reclamo de las poblaciones locales por lo general gira en torno al temor de una inadecuada gestión de los recursos naturales, que pueden ser escasos, así como los impactos en su vida y costumbres.

Ahora bien, es claro que el Perú es un país con un enorme potencial geológico por explotar, lo cual trae consigo el deber de desarrollar operaciones de manera sostenible, en armonía con el ambiente y, principalmente, con el entorno social; preocupación que se ha visto plasmada en una serie de dispositivos legales y políticas internas de los operadores que desarrollan actividades en nuestro país.

En ese contexto, la reivindicación de los derechos, individuales y colectivos, de los pueblos indígenas, ha cobrado un creciente interés que ha sido canalizado a través de movimientos sociales que han propugnado la aprobación de una serie de instrumentos legales, tanto a nivel nacional como de organizaciones internacionales.

Al respecto, debe tenerse en consideración que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales («Convenio 169 de la OIT») así como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas («Declaración ONU») constituyen los principales instrumentos internacionales que definen y garantizan el respeto de los derechos de dichos pueblos, siendo uno de ellos –y no el único que garantiza la participación en la toma de decisiones por parte del Estado– el de la consulta, en caso se prevea la aprobación de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente

Siendo así, la consulta previa se erige como una herramienta de diálogo intercultural y reconciliación que, en nuestra realidad, tiene como uno de sus objetivos 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 su emprendimiento; buscando superar de ese modo aquella desconfianza generada en los pueblos indígenas y reducir la incidencia de conflictos sociales.

En ese sentido, en el presente artículo analizaremos las principales consideraciones a tomar en cuenta para la aplicación práctica de la herramienta de la consulta previa en el caso de actividades mineras, así como los problemas que actualmente enfrenta su implementación en el país. La pregunta clave que guiará nuestro análisis es: ¿cuándo y cómo debe llevarse a cabo un proceso de consulta previa?.

2. TRANSPARENCIA CORPORATIVA, PARTICIPACIÓN Y CONSULTA PREVIA

En el ámbito de las industrias extractivas, la principal causa del surgimiento de conflictos sociales radica en la escasa importancia que se le ha dado a la participación de la población que podría verse afectada por la puesta en marcha de un proyecto, desde una etapa temprana que posibilite un conocimiento claro y cabal acerca de las implicancias de la actividad a desarrollar.

2.1. El Contexto Internacional y su Incidencia en las Regulaciones Nacionales

En primer lugar, resulta importante resaltar que es a partir de las últimas décadas que se incorporaron los conceptos de responsabilidad social ambiental así como de desarrollo sostenible, producto de los procesos globales que permitieron que la opinión pública internacional tome conocimiento de muchos de los conflictos sociales y ambientales que ocasionaba el desarrollo de actividades mineras.

Es así que en el Perú, como en muchos países de Latinoamérica, la regulación nacional se nutrió, en un primer momento, de los estándares exigidos por tres de los bancos multilaterales¹ más influyentes en la región, los cuales establecieron marcos de desarrollo para las operaciones a las cuales financiaron y que buscaban la mitigación de la degradación ambiental, el inadecuado manejo de recursos naturales así como de impactos negativos sobre las poblaciones involucradas

Conforme a lo indicado en el párrafo anterior, es válido resaltar que fueron las ocho Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social del IFC², vigentes desde el año 2006³, las que generaron altos estándares en el desarrollo de las operaciones de industrias extractivas

Así, por ejemplo, la Norma de Desempeño 7 establece que las empresas que accedan al financiamiento de dicha entidad, deben fomentar la negociación de buena fe con los Pueblos Indígenas y su participación informada en proyectos que vayan a ubicarse en sus tierras o ámbito de influencia.

Por ello, el IFC busca que sus clientes desplieguen una relación continua con las comunidades afectadas, tan pronto como sea posible, en la planificación del proyecto y durante toda la vida del mismo, facilitando su participación informada en asuntos que las afectan de manera directa, tales como medidas propuestas para mitigación, la distribución de los beneficios y oportunidades del desarrollo y temas de ejecución.

Asimismo, existen organizaciones de carácter global que agrupan a distintos operadores mineros, que tienen por finalidad que sus miembros mejoren su rendimiento en el desarrollo sustentable y la producción responsable de los recursos minerales

Una de dichas organizaciones es el Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM por su sigla en inglés), la cual agrupa a empresas como Anglo American, Barrick, BHP Billiton, Newmont, Xstrata, entre otras, y que en mayo del 2003 comprometió a sus miembros corporativos a implementar 10 Principios de Desarrollo Sustentable, uno de los cuales está

referido a efectuar mecanismos de información, comunicación y participación que sean efectivos, transparentes y verificables independientemente

Por otro lado, existen también regulaciones de carácter internacional, de adscripción voluntaria, cuyo objetivo es reglamentar la aplicabilidad de políticas corporativas de responsabilidad social. Ejemplo de ello son los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, la Iniciativa para la Transparencia de la Industria Extractiva (EITI) y los Principios del Ecuador del Banco Mundial

Sin perjuicio de lo señalado, la mayoría de operadores poseen Políticas y Principios Corporativos cuyo fin es implementar prácticas de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) y la implementación de Sistemas de Gestión Social.

2.2. Participación Ciudadana

En el Perú, la Constitución Política de 1993 establece que todo ciudadano tiene el derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.

El derecho en mención fue por primera vez recogido en la Constitución de 1979 –anterior a la vigente–, como consecuencia de las transformaciones sociales y económicas ocasionadas por la irrupción de las grandes masas nacionales a la vida social y política⁴.

De ese modo, surgió la democracia participativa como un medio para superar las limitaciones de la democracia representativa, a la cual se le atribuía la permanente exclusión en la toma de decisiones, de amplias mayorías afectadas por políticas y proyectos implementados.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que «la democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado, por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales»⁵

1 Banco Mundial, el Banco Inter-Americano de Desarrollo y la Corporación Andina de Fomento.

2 Norma de Desempeño 1: Evaluación y gestión de los riesgos e impactos sociales y ambientales

Norma de Desempeño 2: Trabajo y condiciones laborales

Norma de Desempeño 3: Eficiencia del uso de los recursos y prevención de la contaminación

Norma de Desempeño 4: Salud y seguridad de la comunidad

Norma de Desempeño 5: Adquisición de Tierras y Reasentamiento Involuntario

Norma de Desempeño 6: Conservación de la biodiversidad y gestión sostenible de los recursos naturales

Norma de Desempeño 7: Pueblos indígenas

Norma de Desempeño 8: Patrimonio cultural

3 Actualizadas en el año 2012.

4 RUBIO, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima : PUCP. Fondo Editorial, 1999. p. 369

5 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0030-2005-AI/TC, fundamento 22.

Es así que toda persona tiene el derecho, en forma individual o colectiva, de poder presentar opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones u aportes, en los procesos de toma de decisiones y en las políticas y acciones que incidan sobre ella, así como en su posterior ejecución, seguimiento y control.

Ante ello, el Estado tiene, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) promover el acceso oportuno a la información relacionada con las materias objeto de la participación ciudadana; (ii) capacitar, facilitar el asesoramiento y promover la activa participación de los ciudadanos, y; (iii) velar por que cualquier persona, sin discriminación de ninguna índole, pueda acceder a los mecanismos de participación ciudadana.

La Ley General del Ambiente No. 28611 se ha encargado de desarrollar dicho precepto constitucional, estableciendo 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.

Una de las oportunidades en las cuales debe garantizarse el derecho a la participación ciudadana es en la etapa previa al desarrollo de una actividad de aprovechamiento de recursos naturales, lo cual se materializa en el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto.

Por ello, en los procedimientos para la elaboración y aprobación de Estudios de Impacto Ambiental que establezca el sector competente en coordinación con la Autoridad Nacional Ambiental –el Ministerio del Ambiente–, se deberá especificar en qué casos es obligatorio realizar, por ejemplo, talleres participativos anteriores y audiencias públicas, para lo cual se deberá tener en cuenta el tamaño de los proyectos y la magnitud de sus impactos ambientales potenciales.

De ese modo, la participación ciudadana es entendida como una herramienta de desarrollo que permite asegurar la sostenibilidad y la legitimidad de políticas y programas de intervención social, así como el desarrollo de nuevos proyectos de inversión. Cabe señalar que el presente concepto nos servirá de insumo para abordar lo que definiremos más adelante como participación indígena.

2.3. Participación, Consulta y Consentimiento Previo

El concepto de Consentimiento Previo, Libre e Informado (CPLI) corresponde a una concepción por la cual la Participación Ciudadana es entendida

en términos de consenso social; es decir, el hecho de que la población del área de influencia esté de acuerdo con el desarrollo de un nuevo proyecto de inversión que afectará, directa o indirectamente, sus modos de vida.

Así, por ejemplo, se evidencia un consenso entre los operadores de industrias extractivas en cuanto a que el apoyo de la comunidad indígena, definido ampliamente, es un objetivo primordial de los procesos de compromiso comunitario y brinda la «licencia social» para operar.

En suma, el referido consentimiento debería ser alcanzado en una etapa previa al desarrollo e incluso del planeamiento del proyecto, sin ningún tipo de coercimiento y habiéndose obtenido la información idónea respecto a los eventuales impactos de la actividad.

En ese sentido, resulta válido sostener que el consentimiento de las poblaciones, entendido como la opinión favorable de éstas hacia el proyecto y no como un derecho de veto, termina siendo una herramienta válida para alcanzar el desarrollo sustentable de la actividad a desarrollarse.

Por ende, resulta claro que el CPLI permite el desarrollo, por parte de inversionistas, de actividades en armonía con el entorno social, ya sean éstos pueblos indígenas o comunidades locales. Sin embargo, dicho concepto cobra especial relevancia en el caso de pueblos originarios e indígenas, toda vez que la consulta a estos grupos sociales constituye una obligación legal en virtud del Convenio OIT 169.

De ahí que el CPLI consista, en general, en un escenario deseado para operar en armonía con las poblaciones de las áreas de influencia; sin embargo, en caso dichas poblaciones sean indígenas, el CPLI es una finalidad a alcanzar por medio de procesos de consulta de obligatorio cumplimiento.

Sobre el particular, el artículo 6 del Convenio OIT 169 precisa que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas, 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. Asimismo, dicho artículo prevé también la obligación para los Estados celebrantes de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente y a todos los niveles en la adopción de decisiones.

Por su parte, el artículo 32 de la Declaración ONU establece que los Estados deberán celebrar

consultas con los pueblos indígenas interesados a fin de obtener su CPLI 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.

En ese sentido, la consulta va más allá de los mecanismos de participación ciudadana contemplados en la normativa del sector energético⁶ y minero⁷, los cuales se aplican durante la evaluación ambiental y consisten por lo general en avisos radiales, talleres informativos y una audiencia pública.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado indicando que ninguno de los reglamentos emitidos por el Ministerio de Energía y Minas ha logrado desarrollar el derecho a la consulta previa en los términos consignados por el Convenio 169 de la OIT, en virtud de que dichos dispositivos se limitan a habilitar «talleres informativos» con las poblaciones afectadas, convirtiéndose éstas en meros receptores de una información otorgada por el Estado⁸.

En ese sentido, el Tribunal ha señalado claramente que existen diferencias entre el derecho a la participación ciudadana y el de la consulta previa, en tanto éste último supone una garantía para que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de una decisión gubernamental y no una simple intervención en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación.

Ahora bien, lo indicado en el párrafo precedente no significa que los conceptos de consulta y participación se encuentren en contraposición sino, como lo veremos más adelante, son complementarios.

Y es que «notificar al público en general y recibir sus observaciones refuerzan a menudo en forma apropiada los procesos democráticos representativos de adopción de decisiones del Estado»; sin embargo, ello no resulta suficiente cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de poblaciones indígenas, requiriéndose procedimientos especiales –como la consulta– que se justifican por la naturaleza

de esos intereses particulares y que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los referidos pueblos⁹.

Sin embargo, debemos recalcar que la implementación de procesos de consulta en otras jurisdicciones se ha servido de los mecanismos de participación existentes en el ordenamiento legal, tales como los previstos en los procedimientos de evaluación ambiental, en los cuales las poblaciones aborígenes son integradas con la finalidad de coordinar y discutir la toma de decisiones y evaluar si son necesarias actividades de consulta adicionales¹⁰.

En suma, la consulta es un mecanismo de participación ciudadana particular aplicable a los pueblos indígenas, en tanto grupo humano diferenciado, cuya finalidad es alcanzar un consenso frente a una decisión gubernamental que afecte sus intereses; es decir, la consulta garantiza la participación de dichas poblaciones a través de un proceso que tenga por objetivo alcanzar un CPLI.

2.4. Naturaleza del Derecho a la Consulta Previa

Como ya advertimos en la sección anterior, la implementación de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio OIT 169, Siendo así, la consulta constituye una garantía para la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones.

En virtud de ello, el referido Convenio interrelaciona los principios de consulta y participación en la medida que «la consulta no implica sólo el derecho de reaccionar sino, también el derecho de proponer; los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural»¹¹.

Por ello, es evidente que la consulta resulta ser un medio determinante para garantizar la protección de aquellos derechos humanos propios de poblaciones indígenas, que les permitirá pervivir acorde con un modelo propio de desarrollo, como

6 El Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de los Estudios Ambientales se aprobó mediante Resolución Ministerial No. 535-2004-MEM-DM

7 El Reglamento de Participación Ciudadana en el Sub-sector minero se aprobó mediante Decreto Supremo No. 028-2008-EM.

8 STC 05427-2009-PC/TC, fundamentos 62 y 63.

9 ANAYA, James. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*. A/HRC/12/34. ONU, Julio 2009. p.16.

10 Cfr. GOVERNMENT OF CANADA, Minister of the Department of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada. *Aboriginal Consultation and Accommodation: Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult*. Marzo, 2011.

11 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio OIT num. 169 de la OIT*. OIT, 2009. p. 60.

un colectivo poseedor de una identidad cultural particular, por lo cual es determinante analizar su contenido y fundamento.

Al respecto, vale la pena recalcar el punto de quiebre que significa el reconocimiento de derechos colectivos, en virtud de que la tradición jurídica fundamenta los derechos humanos en una ideología individualista teniendo como sustento la noción de derecho subjetivo; sin embargo, ha quedado demostrado que «en el devenir histórico de la sociedad capitalista occidental, reivindicaciones de grupos sociales con propia identidad política, social, cultural étnica, lingüística, nacional, etc. se han amparado en derechos humanos nuevos, con valoraciones morales propias (...)»¹².

Cabe precisar que la obligación de los Estados de crear espacios de participación para los pueblos indígenas en las políticas de desarrollo nacional y regional así como de consultarles antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas concretas, nace del derecho de aquellos pueblos a existir de una determinada manera conforme a sus propias costumbres, tradiciones y modelos de desarrollo¹³.

En ese sentido, el reconocimiento de los derechos de poblaciones indígenas cobra vital importancia debido a que, desde la época colonial, estos grupos humanos fueron considerados como seres inferiores, lo que conllevó a su pérdida de autonomía y autodeterminación, quedando sujetos a la tutela del Estado que era quien trazaba el camino de su «desarrollo» a través de políticas asimilacionistas.

Cabe recalcar que el antecedente del Convenio OIT 169 fue el Convenio OIT 107, el cual siendo aprobado en 1957, «reflejó la política que era dominante en aquel tiempo, es decir, la del paternalismo y la integración o asimilación, en el marco de un ideal proteccionista»¹⁴. Ello empujó a que las políticas estatales tiendan a asimilar a los miembros de los pueblos indígenas como ciudadanos, y consecuentemente fomenten su desaparición como colectivos.

Sin embargo, el Convenio OIT 169 tiene dentro de sus considerandos el eliminar la orientación hacia

la asimilación de las normas anteriores, a diferencia de| su antecedente, y reconocer las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico.

De ese modo, la consulta constituye un deber corolario a «un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad, (...) y; «de manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular»¹⁵.

La determinación de los referidos pueblos implica el deseo y la conciencia de «mantener, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones y sus sistema legales»¹⁶.

Cabe recalcar que el artículo 3 de la Declaración ONU establece que los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación en virtud del cual acuerdan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Ello se desprende del hecho de reconocer a las poblaciones indígenas la misma dignidad e igualdad reconocida a todos los pueblos y culturas.

Al respecto, el derecho a la libre determinación es definido como aquel «derecho que tienen los pueblos indígenas por el hecho de ser pueblos» y a través del cual «deciden cómo quieren vivir y qué destino quieren escoger para su pueblo; es decir, su autonomía para decidir sobre su desarrollo y sobre todos los aspectos que les interesen y afecten»¹⁷.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho a la libre determinación constituye un «derecho fundamental, sin el cual no pueden ejercerse plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto los colectivos como los individuales», de ahí que su respeto les permita «prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados»¹⁸.

12 GAMBOA BALBÍN, Cesar. *Libertad vs. Identidad: Fundamento jurídico de los derechos humanos «colectivos»*. Aportes Andinos No. 11 –Aportes sobre diversidad, diferencia e identidad. Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador. En: <<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista11/articulos/cesar%20gamboa.htm>>

13 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Op. Cit.* p.373.

14 GÓMEZ, Magdalena. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En: *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. p. 135.

15 ANAYA, James. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo*. A/HRC/12/34. ONU, Julio 2009. p.15.

16 GÓMEZ, Magdalena. *Op. Cit.* p. 142.

17 URTEAGA CROVETTO, Patricia. Fundamentación Jurídica del Derecho a la Consulta y al Consentimiento Libre, Previo e Informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso del Perú. En: *El Derecho a la Consulta Previa en América Latina*. Bogotá: ILSA, 2009. p.130.

18 *Ib.* p. 16.

Siendo así, dejar atrás el modelo clásico de tutela «hizo necesario contar con mecanismos, como el de la consulta, que permitieran la materialización del derecho a la autodeterminación, ya sea mediante la toma de decisiones o interviniendo en los espacios de discusión»¹⁹. Por ende, el derecho a la consulta y participación se erigen como los medios que posibilitan el ejercicio cabal del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

El propio Tribunal Constitucional Peruano precisa que si bien la autodeterminación no debe ser confundida con pretensiones autárquicas o separatistas, puesto que debe considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa²⁰.

En la medida que el derecho a la consulta surge ante la necesidad de promover la inclusión de un sector importante de la población que ha sido históricamente excluido del proceso de toma de decisiones estatales, no debe ser «entendido solamente como una obligación derivada del Convenio 169, sino también como parte de la cultura de diálogo que debe primar en la gestión del Estado para el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática»²¹.

Ello resulta determinante debido a que la consulta tiene como finalidad primordial garantizar que las decisiones estatales tomen en consideración los puntos de vista de las poblaciones indígenas en tanto se encuentren vinculadas a políticas públicas que les conciernen y, consecuentemente, se garantice la protección de sus derechos.

Así, el relator especial de la ONU sobre Pueblos Indígenas, James Anaya, ha recalado la importancia del deber estatal de consultar a los pueblos indígenas, toda vez que permite el goce de otros derechos humanos por parte de dichos pueblos, en particular los derechos de participación y derechos sobre las tierras y recursos naturales²².

Debemos indicar que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

de la OIT ha señalado que la consulta es el instrumento previsto por el Convenio OIT 169 para institucionalizar el diálogo con los pueblos indígenas, asegurar procesos de desarrollo incluyentes así como prevenir y resolver conflictos²³.

En la experiencia colombiana, la Corte Constitucional expresamente ha señalado que «la comunidad debe tener un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como sobre los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. Que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera en que la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política»²⁴.

Asimismo, en la medida que lo que se encuentra en juego al reconocer la consulta es el derecho a la supervivencia de un grupo como pueblo, dicho proceso tiene como finalidad alcanzar su consentimiento, lo cual supone desplegar los esfuerzos que sean necesarios para lograr dicho cometido. Así lo establece tanto el Convenio OIT 169 y la Declaración ONU; sin embargo, ello no confiere poder de veto a las poblaciones indígenas, dado que dicho derecho está orientado a evitar conflictos a través del arribo a consensos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado señalando que, si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio OIT 169 establece 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 medida²⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, el hecho que los pueblos indígenas no tengan el poder unilateral de vetar las decisiones estatales sin una justificación idónea, no significa que «el Estado tenga la libertad o la facultad de tomar decisiones que afecten sus derechos»²⁶. Como sostiene

19 SEVILLANO ARÉVALO, María del Rosario. *El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en el Perú. Últimos Avances*. Lima: DAR, 2010. p.42.

20 *STC 03343-2007-PA/TC, fundamentos 32 y 33.*

21 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial No. 011-2009-DP/AMASPPI-PPI. Lima, 2009. p. 7.

22 ANAYA, James. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición: *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*. A/HRC/12/34/Add.6. ONU, 2009. p.6.

23 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe de la CEACR 2004/75ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Ecuador, párrafo 3.

24 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-891 de 2002.

25 *STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 24.*

El TC ha establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta implica: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, y; iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta.

26 OXFAM y DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION. *El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informado de los Pueblos Indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima: Oxfam, 2011. p.23.

James Anaya, «la cuestión del poder estatal en relación con la consulta con los pueblos indígenas no se agota, ni a juicio del Relator Especial, se puede tratar apropiadamente, enfocándose en la cuestión de que si existe o no un poder de veto por la parte indígena»²⁷. La herramienta de la consulta previa no puede ser entendida como un plebiscito entre un «sí» y un «no».

En ese sentido, independientemente de que exista o no un derecho de veto, el deber de los Estados de consultar constituye un límite al ejercicio de su poder que debe ser respetado mediante la implementación de procesos de buena fe que tengan por finalidad lograr el CPLI, y en donde se tomen las decisiones mediante consenso.

De lo indicado hasta el momento, se puede inferir que la consulta tiene una naturaleza doble en virtud de que, por un lado, se erige como un derecho independiente que tiene su fundamento en el derecho a libre determinación de los pueblos indígenas mientras que, por otro, constituye a su vez un principio que tiene por finalidad viabilizar otros derechos reconocidos a dichas poblaciones²⁸.

Por tanto, queda claro que la consulta resulta una obligación de los Estados que no supone un mero acto procedimental, sino un proceso continuo de buena fe que tiene por finalidad arribar a consensos y a un consentimiento por parte de los pueblos indígenas, respecto a medidas que, como veremos en la siguiente sección, pueden afectar sus intereses.

3. IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR ENERGÍA Y MINAS

En el Proceso de Cumplimiento iniciado por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP) contra el MINEM²⁹, el Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda por haberse acreditado el incumplimiento parcial por parte de dicho Ministerio de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio 169 de la OIT, ordenándole que emita un reglamento especial que desarrolle el referido derecho.

Como consecuencia de ello, mediante Decreto Supremo No. 023-2011-EM se aprobó el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas

para las Actividades Minero Energéticas. Dicha norma contemplaba como medidas objeto de consulta previa, en el sector minería, el otorgamiento de concesiones mineras, concesiones de beneficio, de labor general y de transporte minero; mientras que en el sector hidrocarburos, el proceso previo a la suscripción de los Contratos de exploración y explotación, el otorgamiento de concesiones para el transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos así como las autorizaciones para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos.

Sin embargo, con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley de la Consulta Previa, dicho Reglamento fue derogado.

Posteriormente, en julio de 2012, se aprobó la Resolución Ministerial No. 350-2012-MEM/DM –la cual nunca fue publicada–, en la que se precisan los procedimientos administrativos del sub sector Energía en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa así como la oportunidad en las que será realizada. En dicha norma se contempló que serían objeto de consulta, entre otros, el Decreto Supremo que apruebe la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes de hidrocarburos y las concesiones para transporte y distribución.

Por su parte, en el sub sector Minería, mediante Decreto Supremo No. 020-2012-EM se modificó el TUPA del MINEM incluyéndose una referencia en la que se indicaba que para el trámite de autorización de inicio de actividades de explotación y beneficio, el Estado debiera realizar la consulta previa a los pueblos indígenas que puedan verse afectados directamente. Sin embargo, en enero de 2013 ello fue modificado nuevamente mediante Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM-DM, precisándose que los procedimientos de autorización de inicio de actividades de exploración, de inicio de actividades de desarrollo y preparación así como la autorización de construcción de una planta de beneficio, se encuentran sujetas a un proceso de consulta previa, en tanto existan pueblos indígenas que puedan verse afectados.

Siendo así, hoy en día la implementación de la consulta previa en el Sector Energía y Minas constituye un reto fundamental para las autoridades involucradas, más aún cuando existen

27 Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la «Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo» aprobada por el Congreso de la República del Perú. 7 de julio de 2010.
En: < <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=S> >

28 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia*. Informe elaborado por la Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los Pueblos Indígenas. Lima, mayo 2009.

29 STC 05427-2009-PC/TC

una serie de dificultades vinculadas a su aplicación en una coyuntura social y política donde es vista como la solución a todos los conflictos.

Entre algunas de las dificultades se encuentra la poca preparación de las autoridades que estarían encargadas de llevar a cabo los procesos de consulta así como la falta de un presupuesto adecuado que garantice su implementación.

Sin embargo, un aspecto clave que haría peligrar el éxito de los primeros procesos de consulta en el Sector son las propias inconsistencias al interior del Ejecutivo, como por ejemplo la falta de consenso en cuanto a los criterios para la identificación de pueblos indígenas.

Sobre el particular, vale la pena señalar el caso del Proyecto de Exploración Minera Angostura, ubicado en el departamento de Apurímac en tierras de la comunidad campesina Nueva Esperanza de Mollepiña y de titularidad de la empresa Aguila American Resources Limited S.A., el cual en diciembre del año 2012 parecía ser el primer proyecto objeto de un proceso de consulta previa, como parte del procedimiento iniciado para la obtención de la Autorización de Inicio de Actividades de Exploración.

Sin embargo, y a pesar de la aprobación del Plan de Consulta de dicho proyecto por parte de la Dirección General de Minería, nunca se llevó a cabo proceso alguno debido al cuestionamiento de la existencia de pueblos indígenas en los Andes.

Al respecto, cabe precisar que el referido cuestionamiento ha generado el retraso de la publicación de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas, instrumento clave que –aún cuando no constituye una lista taxativa– es determinante a efectos de tener una primera aproximación en la identificación de los pueblos indígenas que debieran participar en un proceso de consulta.

En el sub sector hidrocarburos, la empresa estatal PERUPETRO S.A. se encuentra preparando el proceso de consulta para la adjudicación del Lote 192 (ex Lote 1 AB), ubicado en la Región de Loreto, cuyo contrato de licencia se encuentra próximo a vencer. Este sería el primer proceso de consulta en actividades petroleras, pese a que por su naturaleza no constituiría un precedente para posteriores procesos, tomando en consideración que las operaciones en el referido Lote datan de más de 35 años atrás y la consulta estaría enfocada a las condiciones en que el nuevo operador asumiría la actividad ya iniciada.

De lo señalado precedentemente, se advierte que la implementación de la consulta previa en

el Sector Energía y Minas ha tenido avances y retrocesos, quedando pendiente el reforzamiento de las capacidades institucionales para que se lleven a cabo los primeros procesos de consulta, los cuales a final de cuentas constituirán las pruebas cruciales para medir la capacidad del Estado para incluir el punto de vista indígena al momento de la toma de decisiones.

4. OPORTUNIDAD DE LA CONSULTA PREVIA

4.1. Medida Administrativa objeto de Consulta

La oportunidad para implementar un proceso de consulta está muy vinculada con la definición de «medida administrativa» contenida en el Reglamento de la Ley de la Consulta Previa, aprobado mediante Decreto Supremo No. 001-2012-MC, aunque no podrá agotarse en ella a fin de garantizar efectivamente los derechos de los pueblos indígenas.

Así, dicho Reglamento define como medida administrativa a las normas reglamentarias de alcance general así como al 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.

Sin embargo, es claro que la definición citada podría ser restrictiva en determinados casos, ya que se condicionaría a que se lleven a cabo procesos de consulta en una etapa tardía o durante un procedimiento que no resulte oportuno debido a que técnica o económicamente no haya una posibilidad real de diálogo en torno a las condiciones en que se desarrolle una actividad; lo cual podría conllevar a que se desnaturalice los alcances del derecho a la consulta, convirtiéndola en una herramienta de «sí» o «no».

Como hemos visto precedentemente, para las actividades mineras y de hidrocarburos el Sector Energía y Minas ha seguido al pie de la letra la definición antes mencionada a fin de implementar el derecho a la consulta previa, identificando a la Autorización de Inicio de Actividades, la Autorización de Construcción de una Planta de Beneficio así como los Contratos de Licencia de Exploración y Explotación, entre otras, como las medidas administrativas que podrían implicar una eventual afectación directa a los pueblos indígenas.

Ahora bien, consideramos que hay argumentos claros para concluir que una definición restrictiva de medida administrativa –como lo ha efectuado el MINEM– podría generar la desnaturalización de la consulta previa convirtiéndole en un mero procedimiento formal dentro de una gran matriz

de permisos para el emprendimiento de un proyecto.

Siendo así, en el caso de actividades de hidrocarburos, podría considerarse que el proceso de contratación para la exploración o explotación no es el único momento en que deba implementarse un proceso de consulta, tomando en consideración que los derechos que pudieran verse afectados en dicha etapa son distintos a los que se identifiquen una vez propuesto un proyecto a nivel factibilidad.

De igual modo, en el caso de actividades mineras, la Autorización para el Inicio de Actividades (Exploración o Construcción) sería una oportunidad tardía tomando en cuenta que para dicha etapa el titular ya cuenta con un proyecto a nivel de factibilidad, cuya variación sería técnica y económicamente poco viable, implicando además que se desconozca la viabilidad ambiental y social otorgada a través de la certificación ambiental.

Por ello, es oportuno indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que los procesos de consulta previa a los pueblos indígenas deben efectuarse «en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado»³⁰.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha precisado que la misma debe efectuarse «en forma previa a la toma de la decisión», toda vez que «trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta» y además, «generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe»³¹.

Lo anterior cobra relevancia en el caso de las industrias extractivas, ya que la puesta en marcha de un proyecto amerita que los titulares obtengan una serie de autorizaciones sectoriales que permitan el inicio de actividades, para lo cual deberán previamente iniciar una serie de procedimientos administrativos, los cuales en muchos casos se encuentran vinculados.

Siendo así, el análisis de la oportunidad incluye factores como: (i) ciclo de vida de los proyectos de inversión; (ii) considerar una etapa temprana para el desarrollo de una consulta previa; (iii) si

en esa etapa se cuenta con información suficiente que pueda ser objeto de consulta, y; (iv) si el procedimiento se encuentra vinculado con otros procedimientos conexos.

Para tales efectos, deberá considerarse además los espacios de participación previstos en la regulación vigente, a fin de determinar si resulta factible incluir en ellos procesos de consulta, tomando en cuenta si en dicha etapa se pueden advertir los eventuales impactos que pueda tener la actividad propuesta.

Ahora bien, el hecho que en el ciclo de un proyecto de inversión sea necesaria la obtención de una serie de autorizaciones sectoriales, implica el análisis de cuáles son los instrumentos y procesos que la regulación actualmente contempla, a fin de poder determinar si resulta posible servirse de ellos para implementar el derecho a la consulta previa y, en consecuencia, identificar espacios oportunos para crear espacios de diálogo intercultural que sean efectivos para incidir en la determinación de viabilidad de una actividad.

Tomando en consideración lo anterior, resultará necesario determinar cuándo es la oportunidad idónea para llevar a cabo un proceso de consulta previa para su correcta aplicación y a fin de garantizar la participación activa de los pueblos indígenas u originarios que podrían ver afectados sus derechos por la emisión de medidas administrativas y/o legislativas.

4.2. El Procedimiento de Evaluación Ambiental como oportunidad para la Consulta Previa en Actividades Extractivas

En atención a lo indicado en la sección anterior, una de las etapas identificada para la implementación de procesos de consulta previa en actividades extractivas como minería e hidrocarburos, ha sido el procedimiento de evaluación ambiental.

Sobre el particular, el contar con una Certificación Ambiental para el desarrollo de un proyecto de inversión responde a la necesidad de prever los efectos directos o indirectos que la actividad propuesta podría ocasionar en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, a fin de implementar medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables.

Es así que el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental («SEIA») clasifica a los proyectos en función a su potencial impacto en las siguientes categorías: (i) Categoría I – Declaración de Impacto Ambiental; (ii) Categoría II – Estudio de

30 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Fundamento 133.

31 STC del 9 de junio de 2010, Exp. 0022-2009-PI/TC, fundamento 36.

Impacto Ambiental Semidetallado, y; (iii) Categoría III – Estudio de Impacto Ambiental Detallado.

Al respecto, el artículo 48° del Reglamento de la Ley del SEIA, aprobado mediante Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM, considera que los Estudios de Impacto Ambiental («EIA») deben ser elaborados sobre la base del proyecto de inversión diseñado a nivel de factibilidad; es decir, una vez que el titular cuente con criterios de diseño y su factibilidad tecnológica, económica, comercial, e institucional.

Ahora bien, de acuerdo a lo previsto por la Sexta Disposición Final del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, aprobado mediante Decreto Supremo No. 001-2012-MC, todo instrumento del SEIA deberá incluir información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generado por el desarrollo de proyectos extractivos.

Es claro que la evaluación ambiental no concluye con la emisión de un acto administrativo que constituya un título habilitante, sino con una declaración del Estado que certifica la viabilidad ambiental y social de un proyecto; razón por la cual la definición de medida administrativa, contemplada en el Reglamento de la Ley de la Consulta Previa, no abarcaría a las certificaciones ambientales.

Ello en virtud de que la aprobación de un instrumento de gestión ambiental no afecta *per se* derecho alguno de los pueblos indígenas, toda vez que no autoriza el inicio de la actividad. Es más, hay muchos casos de proyectos mineros en los cuales aún cuando tengan aprobado un EIA, no inician las actividades correspondientes por no haber obtenido un permiso o autorización clave.

Sin embargo, como ha sido señalado, la consulta debe ser informada. Es así que el EIA –como instrumento preventivo ambiental y social– se erige como una herramienta determinante de información para llevar a cabo un diálogo intercultural. Cabe recalcar que lo anterior no supone en modo alguno que el EIA sea sometido a consulta, sino que la información sirva de sustento para un consentimiento informado para el emprendimiento del proyecto o, de ser el caso, para su adecuación a las condiciones que el Estado imponga producto del diálogo y la negociación con los pueblos indígenas.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado claramente, en el caso del Pueblo Saramaka, que la «Convención Americana de Derechos Humanos no prohíbe *per se* la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales». Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos de pueblos indígenas, debe: (i) consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente; (ii) compartir los beneficios razonables con ellas, y; (iii) realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social³².

Cabe recalcar que, en la mencionada decisión, la Corte también señaló que el Estado debía consultar sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental³³. Es más, en la Sentencia Interpretativa del referido caso, la Corte consideró que los EIA sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión.

Siendo así, el objetivo de los EIA no es sólo tener una medida objetiva del posible impacto sobre el ambiente y las personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo indígena tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria³⁴. En ese sentido, la Corte propone incluso seguir los directrices voluntarias Akwé: Kon, adoptados por las Partes de la Convención en Diversidad Biológica en mayo 2000, que son uno de los más completos y utilizados en el contexto de pueblos indígenas y tribales.

En concordancia con lo anterior, el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT dispone que los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

La implementación del proceso de consulta durante la evaluación ambiental crea un espacio

32 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Fundamento 143.

33 En el Punto Resolutivo 9 de la Sentencia, leído conjuntamente con el párrafo 133 de la misma, la Corte ordenó al Estado «asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria»

34 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Fundamento 40.

de diálogo intercultural en el que se pueden discutir determinados aspectos derivados de los efectos del proyecto a implementarse, lo cual es fundamental a efectos de determinar si la consulta debe llevarse a cabo en un solo momento durante todo el ciclo de un proyecto o si, por el contrario, es factible que se de en más de una oportunidad en función a la etapa propuesta, tomando en cuenta que la herramienta de la consulta debe ser entendida como un dialogo intercultural que incida en la toma de una decisión del Estado.

Ahora bien, es claro que en el transcurso de la evaluación ambiental se determinará si el proyecto propuesto podría afectar directamente a los derechos de pueblos indígenas; por lo cual, a partir de ese momento, podría existir una «superposición» respecto a cómo implementar mecanismos de participación ciudadana y de consulta previa.

En dicha situación, los procedimientos de participación ciudadana deberían seguir siendo llevados a cabo por el titular del proyecto, con la supervisión del Estado; a efectos de que en adición a ello se implemente un proceso de consulta a cargo del Estado que sea dirigido específicamente a los pueblos indígenas, tomando en consideración que los estándares son distintos.

Como ha sido mencionado anteriormente, la participación ciudadana y la consulta previa deben ser complementarias como mecanismos que persiguen un mismo fin, el cual es la participación activa de la población en la toma de decisiones del Estado.

5. LA CONSULTA PREVIA EN ACTIVIDADES MINERAS

La Constitución Política de 1993, en su artículo 66°, declara que los recursos naturales, renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento.

Cabe indicar que, si bien nuestra Constitución no atribuye la propiedad de los recursos naturales al Estado, sí lo constituye en garante de los mismos, atribuyéndole la responsabilidad de proteger los intereses de la nación, lo cual incluye también el de las generaciones futuras.

En ese sentido, el referido artículo precisa que por ley orgánica se fijarán las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares, señalando además que la concesión otorga a su titular un derecho real sujeto a dicha norma legal.

Es así que, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales No. 26821 establece que

la concesión otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. Asimismo, se precisa que la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesaria la obtención de una serie de permisos y autorizaciones adicionales para la puesta en marcha de un proyecto. Por ello, a continuación analizaremos tres de las principales medidas administrativas que son necesarias obtener previo al emprendimiento de un proyecto minero.

5.1. La Concesión Minera

El artículo 7° del Texto Único de la ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo No. 014-92-EM, establece que las actividades de exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte minero son ejecutadas por personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras, a través del sistema de concesiones.

Asimismo, el artículo 9° de la referida norma señala que la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos en una determinada área. La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.

En concordancia con lo anterior, se considera a la concesión minera como el acto administrativo por medio del cual el Estado confiere a su titular el derecho real de explorar y explotar recursos minerales dentro de un área determinada; derecho que le otorga al titular la propiedad de los recursos minerales que extraiga dentro del área concesionada. Asimismo, la concesión minera, entendida como un título habilitante, otorga a su titular determinados atributos con la finalidad de que pueda llevar a cabo la actividad minera.

Sin embargo, la concesión minera no es el único instrumento habilitante para el desarrollo de un proyecto minero, siendo necesaria la obtención de una serie de permisos y autorizaciones tales como: certificación ambiental, autorización de inicio de actividades, derechos de acceso sobre los terrenos superficiales, licencia de uso de agua, certificado de inexistencia de restos arqueológicos, certificado de uso de sustancias controladas, entre otros

Así, el artículo 23° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado mediante Decreto Supremo No. 018-92.EM, 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: (i) gestionar la aprobación del Ministerio de Cultura de las declaraciones, autorizaciones o certificaciones que sean necesarias para el ejercicio de las actividades mineras; (ii) contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad ambiental competente; (iii) obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o la culminación del procedimiento de servidumbre administrativa, y; (iv) obtener las demás licencias, permisos y autorizaciones que son requeridos por la legislación vigente, de acuerdo con la naturaleza y localización de las actividades que se van a desarrollar.

De lo señalado, puede concluirse que la concesión minera per se no autoriza el desarrollo de actividades mineras; no siendo en puridad un título habilitante sino que se encuentra condicionado a la obtención de otros permisos y autorizaciones, de los cuales el más importante es la certificación ambiental, ya que en el procedimiento de evaluación ambiental será a fin de cuentas donde la autoridad certifique la viabilidad ambiental y social de un proyecto minero.

En ese sentido, resulta útil efectuar un análisis de oportunidad donde se tome en cuenta factores como: (i) ciclo de vida del proyecto minero; (ii) considerar una etapa temprana para el desarrollo de una consulta previa; (iii) si se cuenta con información suficiente que pueda ser objeto de consulta, y; (iv) si se encuentra vinculado con otros procedimientos conexos

Como consecuencia de ello, la medida administrativa consistente en el otorgamiento de una concesión minera no sería objeto de consulta previa al no ser susceptible de generar afectación alguna a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios; debido a que dicho título no faculta el inicio de actividades de exploración o explotación de recursos minerales y, en consecuencia, no sería capaz de producir alguna variación en la situación jurídica de dichos derechos.

Ahora bien, resulta pertinente detenernos un momento a analizar las decisiones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁵, en donde se ha determinado que el otorgamiento de derechos de explotación

de recursos naturales –como concesiones forestales o concesiones mineras de oro– debe estar sujeto a un proceso de consulta previa.

Al respecto, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, el Estado de Nicaragua no había reconocido –mediante un título– el derecho de propiedad del pueblo indígena sobre sus territorios; lo cual determinaba que, al ser bienes estatales, no sea necesaria la obtención de derecho adicional alguno sobre la tierra para que el titular de una concesión forestal pueda aprovechar el recurso.

Sin embargo, en la sentencia de interpretación del caso del Pueblo Saramaka, la Corte recaló que el Estado de Surinam no debió haber otorgado concesiones madereras dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que hubiese cumplido con las tres garantías de: participación efectiva, beneficios compartidos y evaluaciones previas de impacto ambiental y social³⁶. Asimismo, con relación a las concesiones mineras para operaciones de pequeña escala, la Corte señaló que las mismas se emitieron sin realizar o supervisar evaluaciones previas de impacto ambiental y social, sin consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones, y sin garantizarles a sus miembros una participación razonable de los beneficios³⁷.

En ese sentido, no podemos negar que el criterio interpretativo de la Corte se dirige en el sentido de que el otorgamiento de una concesión de aprovechamiento de recursos naturales –como puede ser una concesión minera– debe ser objeto de un proceso de consulta previa.

Pese a ello, consideramos que el análisis debe efectuarse en el contexto de nuestra propia realidad jurídica, en donde el título de concesión minera no habilita por sí mismo a la extracción del recurso; siendo necesaria previamente la aprobación de una herramienta clave, como lo es el EIA.

En esa línea, el Comité de Expertos de la OIT ha establecido, al examinar una reclamación en que se alegaba el incumplimiento por Colombia del Convenio 169 de la OIT, que el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades³⁸. Es así que podríamos señalar que un Estado cumple con su obligación de consultar

35 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 12 de agosto de 2008.

Caso de Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de

36 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Fundamento 52.

37 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Fundamento 53.

38 Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90.

a los pueblos indígenas, cuando lo hace antes de que se inicie el proyecto y en una etapa en donde es aún oportuna la injerencia en la decisión de determinar la viabilidad o no del proyecto.

Siendo así, en el particular caso de las concesiones mineras en el Perú, llevar a cabo un proceso de consulta previa en el procedimiento de otorgamiento de una concesión llevaría al sinsentido de pretender exigir al administrado una «Información básica del Proyecto» –como se estableció en el derogado Decreto Supremo No. 023-2011-EM–, en una etapa donde se desconoce totalmente las características del yacimiento, el método de extracción que se emplearía o los eventuales impactos que la actividad pudiese causar.

Ahora bien, ello no supone en modo alguno desconocer una eventual injerencia en el derecho de los pueblos indígenas a elegir sus prioridades de desarrollo, pues al otorgarse una concesión minera es implícita la decisión del Estado de que en un determinado periodo de tiempo se inicie la explotación en el área concedida; ello en virtud de que, como garante del aprovechamiento de los recursos naturales, no es posible que avale el otorgamiento de derechos con fines especulativos³⁹.

Sobre el particular, cabe precisar que en un escenario ideal, el otorgamiento de concesiones mineras debiera responder a un ordenamiento del territorio en donde se tenga información suficiente para advertir la actividad cuyo desarrollo se ha priorizado en cada área. Siendo así, la decisión de otorgar un derecho para el aprovechamiento de recursos minerales tendría que tomar en cuenta la aptitud del área para el desarrollo de otras actividades que pudieran entrar en conflicto con la minería, estableciendo determinadas condiciones que podrían detallarse posteriormente en la evaluación ambiental, con la finalidad de compatibilizarlas.

Sin embargo, la realidad es otra, motivo por el cual el Estado se encuentra en la obligación de implementar medidas que protejan los derechos de los pueblos indígenas, al menos hasta que se cuente con un adecuado ordenamiento del territorio. Por ello, consideramos que la participación indígena en esta etapa jugaría un rol preponderante.

Pero, ¿Qué sería la participación indígena? ¿Cómo se implementaría?. Frente a dichas interrogantes, debemos partir de la premisa que la consulta

previa no es el único derecho de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio 169 de la OIT. Como hemos señalado precedentemente, la participación es otro de los derechos que tiene por finalidad la incorporación del parecer de los pueblos indígenas en las decisiones del Estado.

Lo que ha sucedido al pretender implementar el derecho a la consulta es que, frente a una inacción del Estado de larga data, se pretende «consultarizar» todas aquellas medidas que implicarían un eventual riesgo a la integridad de los pueblos indígenas, pues existe un gran temor y desconfianza. Sin embargo, a efectos de generar instituciones y procesos que se sustenten en el largo plazo, es necesario identificar concienzudamente –haciendo un debido análisis que incluye una ponderación de pros y contras– sólo aquellas medidas que deban ser objeto de consulta previa, pues para las demás podrían implementarse mecanismos como la participación indígena.

En ese sentido, si bien es claro que el otorgamiento de la concesión no debiera ser objeto de consulta por ser una etapa temprana en donde no se tiene información alguna acerca de la actividad a desarrollar, el Estado tiene la obligación de informar acerca del alcance del derecho de concesión, de las obligaciones ambientales, de la normativa vigente que regula la actividad, de los derechos y obligaciones de las poblaciones involucradas, de las etapas de la actividad, las tecnologías aplicables, entre otros temas generales que permitan a la población tener información cierta, oportuna e imparcial sobre la actividad minera.

Lo anterior ha sido recogido en las Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, aprobadas mediante Resolución Ministerial No. 304-2008-MEM-DM, para una etapa posterior al otorgamiento de la concesión; sin embargo, en el caso específico de pueblos indígenas, lo ideal es que sea previo al otorgamiento. Ello en respuesta a una realidad que es evidente: la población no sabe que una concesión minera por sí sola no autoriza legalmente a desarrollar actividad minera.

En ese sentido, la participación de los pueblos indígenas no debiera responder a cada procedimiento de titulación de concesiones mineras; sino a un deber continuo del Estado de informar y de conocer el parecer de los pueblos indígenas respecto al eventual desarrollo de una actividad minera en sus territorios, lo cual será

39 Con la modificación del TUO de la LGM mediante los Decretos Legislativo No. 1010 y 1054, la producción no podrá ser inferior al equivalente a 1 UIT por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias metálicas y del equivalente al 10% de la UIT por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias no metálicas. Dicha producción deberá obtenerse no más tarde del vencimiento del

objeto de consulta una vez que un proyecto cuente con estudio ambiental a nivel de factibilidad que sea materia de un procedimiento de evaluación.

5.2. Instrumento de Gestión Ambiental

Sin ánimo de entrar en detalle, la realización de toda actividad minera de exploración o explotación requiere de la previa aprobación de un instrumento de gestión ambiental, el cual en función a la magnitud de la operación podrá ser una Declaración de Impacto Ambiental⁴⁰, un Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado⁴¹ o un Estudio de Impacto Ambiental⁴².

Al respecto, como se ha indicado precedentemente, consideramos que el instrumento idóneo para la implementación de la consulta previa es el EIA –entendido en su acepción general–, aún cuando en principio no constituya un título habilitante o medida administrativa según la definición contenida en el Reglamento de la Ley de la Consulta Previa; en la medida que dicho instrumento prevé a nivel de factibilidad la magnitud del proyecto y cada una de los impactos que pudiese ocasionarse, siendo el insumo necesario para que el Estado determine su viabilidad ambiental y social.

En cuanto a la idoneidad, cabe indicar que la herramienta de la evaluación ambiental juega un rol clave, toda vez que tiene por finalidad advertir cuáles serían los eventuales impactos ambientales y sociales que podrían ser generados por el emprendimiento de un proyecto o actividad concreta.

Sobre el particular, el artículo 25° de la Ley General del Ambiente No. 28611 establece que los EIA son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos; debiendo indicar las medidas

necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables.

Siendo así, algunos de los aspectos a ser discutidos con los pueblos indígenas en dichos espacio involucrarían: (i) potenciales impactos ambientales y sociales que incidan en su modo de vivir, y como ellos han sido incluidos en el correspondiente instrumento de gestión; (ii) potenciales impactos del proyecto en sus derechos; (iii) medidas de mitigación, y; (iv) programas de monitoreo y seguimiento.

Por ello, de dicha evaluación y en atención del diálogo que genera la consulta, podría considerarse que se implementen ciertas medidas de «adecuación» del proyecto. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Canadá ha considerado que cuando el proceso de consulta sugiere un cambio en la propuesta del Estado, se llega a una etapa de adecuación; es decir, cuando existe una fuerte presunción de que la decisión propuesta por el gobierno pueda afectar negativa y significativamente los intereses indígenas, puede requerirse la adopción de medidas para evitar daños irreparables o para minimizar los efectos⁴³.

Por otro lado, la oportunidad juega un rol clave en la implementación del derecho a la consulta, pues de ser tardía –y aún previo al inicio de la actividad– no habría forma alguna en que el punto de vista de los pueblos indígenas sea tomado en consideración para efectos de la decisión sobre la viabilidad del proyecto.

Siendo así, por ejemplo, llevar a cabo procesos de consulta durante el procedimiento de Autorización de Inicio de Actividades –que veremos en el punto siguiente– sería demasiado tarde pues con la certificación ambiental previa el Estado ya dio su opinión favorable para el emprendimiento del proyecto, con lo cual el nivel de injerencia del pueblo indígena en la decisión sería mínima.

décimo año, computado a partir del año siguiente en que se hubiera otorgado el título de concesión. Si el concesionario no alcanza la producción mínima durante el primer semestre del décimo primer año, entonces deberá pagar una penalidad equivalente al 10% de la producción mínima exigible al año y por hectárea otorgada hasta el año en que el concesionario alcance dicha producción mínima. Si el concesionario no ha alcanzado la producción mínima en un plazo de quince años o si el concesionario no ha realizado los pagos de las penalidades, la concesión minera caducará, salvo que debido a hechos no atribuibles al concesionario (incluyendo fuerza mayor y casos fortuitos), el concesionario no haya podido recibir dicha producción mínima. En dicho escenario, la concesión seguirá vigente por un plazo adicional de cinco años luego del cual, si aún no se ha alcanzado la producción mínima, la concesión minera caducará automáticamente.

40 Comprende proyectos de exploración que impliquen cualquiera de los siguientes aspectos:

- a) Un máximo de 20 plataformas de perforación;
- b) Un área efectivamente disturbada menor a 10 hectáreas considerando en conjunto dichas plataformas, trincheras, instalaciones auxiliares y accesos;
- c) La construcción de túneles de hasta 50 metros de longitud, en conjunto.

41 Comprende proyectos que impliquen cualquiera de los siguientes aspectos:

- a) Más de 20 plataformas de perforación;
- b) Un área efectivamente disturbada mayor a 10 hectáreas considerando en conjunto dichas plataformas, trincheras, instalaciones auxiliares y accesos;
- c) La construcción de túneles de más de 50 metros de longitud.

42 Comprende proyectos de explotación de minera.

43 Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests), November 18, 2004. párrafo 49.

Por tanto, es claro que la oportunidad de la evaluación ambiental constituye un espacio idóneo para que el parecer de los pueblos indígenas sea tomado en consideración por el Estado al momento de determinar la viabilidad de un proyecto y, de ser el caso, contemplar determinadas medidas de adecuación.

5.3. Autorización de Inicio de Actividades y Concesión de Beneficio

Con la reciente modificación del Reglamento de Procedimientos Mineros, mediante Decreto Supremo No. 020-2012-EM, se estableció que no solo las actividades de desarrollo y explotación requerían una Autorización de Inicio de Actividades sino también las actividades de exploración.

Al respecto, debemos indicar que la Autorización de Inicio de Actividades es un procedimiento que se inicia –una vez obtenida la certificación ambiental– con la finalidad de iniciar efectivamente las labores de exploración, desarrollo (construcción) o explotación mineras en una determinada concesión minera.

Por otro lado, en el procedimiento de otorgamiento de una concesión de beneficio –que concluye con una autorización que faculta el funcionamiento de una planta en la cual se realizan los procesos mecánicos, físicos, químicos y otros para la obtención del mineral en un estado más puro o concentrado–, se contempla una primera etapa en la que se autoriza su construcción.

En ese sentido, el TUPA del MINEM, modificado mediante Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM/DM, considera que el Estado deberá llevar a cabo un proceso de consulta previa, cuando corresponda, previo a la Autorización de Construcción de la Planta de Beneficio y la Autorización de Inicio de Actividades de Exploración o Desarrollo (construcción de la mina).

Es claro que las referidas autorizaciones constituyen medidas administrativas conforme a la definición contenida en el Reglamento de la Ley de la Consulta Previa y es por ello que el MEM ha seguido dicha directriz; sin embargo, como lo venimos señalando, ello no implica necesariamente que la oportunidad sea la idónea a la luz del propio Convenio OIT 169 y las decisiones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre el particular, cabe indicar que en los procedimientos indicados, el titular minero

deberá presentar la propuesta de construcción de los componentes de una mina o de una planta de beneficio, a un nivel de ingeniería de detalle, que sin embargo no podrá diferir de lo contemplado en el correspondiente EIA elaborado a nivel de factibilidad.

De lo anterior se desprende que la magnitud y alcances del proyecto ya han sido determinados en el EIA, cuya viabilidad ha sido aprobada a través del otorgamiento de la correspondiente certificación ambiental; es decir, ya hay una decisión del Estado referida a que un proyecto sea implementado de una determinada manera.

En ese sentido, llevar a cabo un proceso de consulta durante los procedimientos de autorización de inicio de actividades o de otorgamiento de concesión de beneficio, conllevaría a que se convierta en una mera formalidad, pues no habría el espacio idóneo para que se genere un espacio de diálogo, cuyos resultados puedan incidir en la decisión del Estado. Caso contrario, si la discusión se abre en dicho momento, se generaría el riesgo de que se desconozca la viabilidad del proyecto concedida a través de la certificación ambiental, generando incertidumbre legal y falta de confianza en una herramienta como el EIA.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

La implementación del derecho a la consulta previa abre una gran oportunidad para la participación activa de los pueblos indígenas u originarios – en su calidad de grupo social diferenciado– en la toma de decisiones por parte del Estado; sin embargo, no debe ser considerada como el único instrumento para su participación o como el único medio de solución de conflictos sociales, en tanto su finalidad radica en generar espacios de diálogo.

En ese contexto, la herramienta de la evaluación ambiental constituye un espacio idóneo y oportuno para llevar a cabo procesos de consulta, pues en dicha etapa se cuenta con la información suficiente para dialogar, en base a los alcances e impactos de un proyecto; siendo posible que los resultados del diálogo intercultural incidan en la decisión del Estado con respecto a la viabilidad del proyecto propuesto, posibilitando incluso la implementación de medidas de adecuación.

Lo anterior, sin embargo, requiere algunos cambios en la redacción actual del Reglamento de la Ley de la Consulta Previa, lo cual es una tarea pendiente para la implementación del derecho a la consulta. ☒