REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSULTA PREVIA Y SU APLICACIÓN EN EL PERÚ (2011-2016)

Tesis presentada por la Bachiller:
Rivera Orihuela Cynthia Kelly

Para optar el Título Profesional de Abogado

Asesor: Dr. Nil Tejeda Pacheco

Arequipa - Perú
2018

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

DICTAMEN BORRADOR DE TESIS (001-2017)

Arequipa, 30 de octubre del 2017

Sr. Doctor
Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Presente.-

Ref. Resolución N° 006-FCJYP-AP/T-2017

Por medio de la presente lo saludo cordialmente y a la vez hago de su conocimiento que la señorita **CYNTHIA KELLY RIVERA ORIHUELA**, quien presentó su Borrador de Tesis, denominado: "LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSULTA PREVIA Y SU APLICACIÓN EN EL PERÚ (2011-2016)" ha cumplido con tomar en cuenta las observaciones efectuadas por el suscrito, por ende, encontrándose conforme al Plan de Estudios, dada la importancia y metodología del tema elegido, emito informe aprobatorio y soy de la opinión que puede pasar a la etapa de sustentación oral del mismo.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterar los sentimientos de mi estima personal.

Atentamente,

Dr. Neil Tejada Pacheco
Docente - Asesor

30 OCT.
8391

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

DICTAMEN BORRADOR DE TESIS (001-2017)

Arequipa, 30 de octubre del 2017

Sr. Doctor
Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Presente.-

Ref. Resolución N° 006-FCJYP-AP/T-2017

Por medio de la presente lo saludo cordialmente y a la vez hago de su conocimiento que la señorita **CYNTHIA KELLY RIVERA ORIHUELA**, quien presentó su Borrador de Tesis, denominado: "LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSULTA PREVIA Y SU APLICACIÓN EN EL PERÚ (2011-2016)" ha cumplido con tomar en cuenta las observaciones efectuadas por el suscrito, por ende, encontrándose conforme al Plan de Estudios, dada la importancia y metodología del tema elegido, emito informe aprobatorio y soy de la opinión que puede pasar a la etapa de sustentación oral del mismo.

La presente investigación cumple con tratar los aspectos más importantes en relación al derecho a la consulta previa en el Perú y su implementación, hasta hoy no eficiente para la solución de conflictos socio-ambientales.

Es una investigación descriptiva y comparativa, que se lleva a cabo en un marco metodológico que guarda relación con los objetivos de la Facultad y aporta, desde la perspectiva de una investigación de pregrado, al desarrollo de la normativa jurídica existente en el país.

Las partes de dicha investigación reflejan un orden y correlación para el cumplimiento de objetivos puntuales previamente señalados en el índice de la misma y reafirman la enseñanza-aprendizaje de la alumna o graduando.

Finalmente, las conclusiones de dicha investigación, abren el debate para la búsqueda de posibles soluciones a nuevos proyectos de interés social y tratan de demostrar como objetivo principal el establecimiento de una real consulta con acuerdos vinculantes que garanticen el orden y paz social.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterar los sentimientos de mi estima personal.

Atentamente,

Dr. Neil Tejada Pacheco
Docente - Asesor

30 OCT 2017

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Universidad Católica de Santa María
(51 54) 382038 Fax:(51 54) 251213 ucsm@ucsm.edu.pe http://www.ucsm.edu.pe Apartado: 135
AREQUIPA - PERÚ

"IN SCIENTIA ET FIDE EST FORTITUDO NOSTRA"
(En la Excelencia y en la fe está en nuestra fortaleza)

SE NOMBRA COMISIÓN DICTAMINADORA DEL BORRADOR DE TESIS PRESENTADO POR LA BACHILLER CYNTHIA KELLY RIVERA ORIHUELA

RESOLUCIÓN N° 024–Coord. –FCJYP–2017

Arequipa, 22 de noviembre del 2017

VISTOS: El Borrado de Tesis titulado **"La Naturaleza Jurídica de la Consulta Previa y su Aplicación en el Perú (2011-2016)"**, presentado por la señorita Bachiller en Derecho **CYNTHIA KELLY** , y el Informe presentado por el señor Asesor Dr. Neil Tejada Pacheco;

CONSIDERANDO:

Que, conforme al Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Título III, Capítulo III, Art. 12, Inc. i); se deberá proceder a designar a la Comisión integrada por dos docentes que se pronunciarán sobre el trabajo, si se sujeta al Plan de Tesis y si tiene el mérito para la sustentación oral;
Estando a las facultades concedidas al Decano por el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

SE DECRETO:

Primero: Designar a los señores docentes **Gerardo Zegarra Florez y Gloria Angélica Achata Gonzales,** para que integren la **COMISIÓN DICTAMINADORA** del Borrador de Tesis titulado **"La Naturaleza Jurídica de la Consulta Previa y su Aplicación en el Perú (2011-2016)"**, presentado por la señorita Bachiller en Derecho **CYNTHIA KELLY RIVERA ORIHUELA**, para que de acuerdo al inciso i), Art. 12, Cap. III del Título III del Reglamento indicado, se deberán pronuncia sobre el trabajo propuesto y si tiene el mérito para la sustentación oral.

Segundo: El Decanato de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, se encargará del cumplimiento e implementación de la presente.

Regístrese y comuníquese.

Dr. GABRIEL TORREBLANCA LAZO
Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Católica de Santa María

Drl.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Arequipa, 23 de noviembre 2017

SEÑOR:

DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICS Y POLITICAS

DR. GABRIEL TORREBLAANCA LAZO

PRESENTE.-

Que, habiendo realizado el análisis del borrador de Tesis "LA NATURALEZA JURDICA DE LA CONSULTA PREVIA Y SU APLICACIÓN EN EL PERU (2011-2016)", presentada por la bachiller en Derecho Cynthia Kelly Rivera Orihuela, se han llegado a las siguientes conclusiones:

Que conforme al análisis en cuestión se tiene que el mismo cumple con sus objetivos planteados y que el tema es innovador y pertinente; por lo considero que tiene mérito necesario para la sustentación oral del borrador de tesis titulado LA NATURALEZA JURDICA DE LA CONSULTA PREVIA Y SU APLICACIÓN EN EL PERU (2011-2016)

Sea la oportunidad para expresarle mi aprecio, y estima persona.

Atentamente

Gerardo Zegarra Flores

Gloria Angelica Achata Gonzales

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
RECIBIDO
24 NOV 2017
Regis...

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

INTRODUCCIÓN

El problema jurídico es el siguiente: “Existen dificultades en cuanto a la aplicación de la consulta previa en el Perú”. Es un problema jurídico porque es posible verificar vacíos y/o deficiencias en la legislación sobre la materia, lo que dificulta la aplicación de la consulta previa en el Perú. Así, es un problema jurídico porque existiría una relación directa entre los vacíos y/o deficiencias en la legislación sobre la materia, y las dificultades en la aplicación de la consulta previa. Por tanto, en el planteamiento del problema se cuestiona la aplicación de la consulta previa en el Perú, posiblemente causada por los vacíos y/o deficiencias en la legislación sobre la materia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

RESUMEN

La aprobación e implementación de la Ley de Consulta Previa en el Perú marca un hito, para el país y para Latinoamérica, pues la consulta previa es, hoy por hoy, una de las propuestas más importantes para lograr conciliar estas visiones y aspiraciones locales con las necesidades de las mayorías nacionales.

La generación de conflictos nos a puesto sobre el debate dos temas importantes, con considerables connotaciones políticas y jurídicas. Uno es , el tema de la participación y consulta previa a los pueblos indígenas (tal como lo dispone el Convenio 169 de la OIT) cuando se van a realizar actividades que pudieran afectarlos a ellos y a sus tierras y territorios, y en segundo lugar, el concepto de consentimiento fundamentado previo o de participación informada que implica un grado de interacción que le permita a la parte más débil (en este caso, las comunidades y pueblos indígenas, por razones de asimetría de información) adoptar decisiones debidamente fundamentadas y con pleno conocimiento de sus consecuencias e implicancias en términos de pérdida de oportunidades y de alejamiento de inversiones potencialmente sostenibles, entre otros aspectos.

Se llegó a la conclusión que el desarrollo y contenido del derecho a la consulta a los pueblos indígenas se debe basar en las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de la OIT, tratado ratificado por el Gobierno Peruano mediante la resolución legislativa 26253, así como en los principios rectores que establece la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Del mismo modo, se llegó a un consenso sobre las definiciones de: (i) derecho a la consulta, precisando que este no otorga a las poblaciones indígenas el derecho a veto; (ii) afectación directa; (iii) entidad responsable de ejecutar la consulta y (iv) representantes e instituciones; y sobre los principios de legalidad, libertad, oportunidad, representatividad, inclusividad, igualdad de oportunidades y recursos, interculturalidad, buena fe, transparencia, flexibilidad, accesibilidad, igualdad y no discriminación, protección efectiva, legitimidad, participación, imparcialidad y procedimiento apropiado.

Sobre el sujeto del derecho a la consulta, se acordó que deben ser los pueblos indígenas cuyos derechos se vean afectados directamente por una medida legislativa o administrativa.

En ese sentido, se convino que los pueblos indígenas deben ser los facultados para solicitar el inicio de un proceso de consulta, así como su inclusión en un proceso ya iniciado en caso consideren que se verán afectados directamente. Asimismo, se acordó que la entidad del Estado que prevea emitir una norma o una medida susceptible de afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas pueda solicitar el inicio de un proceso de consulta.

A su vez, se señaló que los criterios para determinar el nivel de afectación de las medidas legales o administrativas son: (i) el ámbito geográfico, es decir el hábitat tradicional de los pueblos indígenas de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

acuerdo a los criterios territoriales establecidos por el Convenio 169 de la OIT y (ii) los derechos que podrían verse afectados, identificando a los titulares de dichos derechos. Se precisó que el proceso de consulta es uno de diálogo de buena fe, en el que se busca llegar a un acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas respecto de las medidas administrativas o legislativas que se les consulta.

Sobre la entidad responsable de ejecutar la consulta, esta deberá realizar las siguientes funciones: (i) verificar si las medidas administrativas o legislativas son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, calificando la procedencia o no de realizar un proceso de consulta; (ii) establecer el ámbito de aplicación del proceso de consulta; (iii) solicitar al organismo técnico especializado en materia indígena la identificación de los pueblos afectados y que deberían ser consultados; (iv) garantizar que la información sobre la materia a ser consultada sea puesta en conocimiento de los pueblos indígenas; (v) proponer una metodología para que el diálogo sea acorde con las costumbres y características de los pueblos indígenas y (vi) llevar a cabo el proceso de consulta en todas sus etapas: identificación de la posible afectación directa, difusión, evaluación y cumplimiento de los acuerdos.

Del mismo modo, el organismo técnico especializado en materia de consulta deberá brindar asistencia técnica y capacitar a la entidad responsable de ejecutar la consulta, así como a los pueblos indígenas a ser consultados. Asimismo, deberá brindar las facilidades de accesibilidad necesarias para garantizar la participación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta.

Se precisó que, como resultado del proceso de consulta, se puede llegar a un acuerdo total, parcial o no consentimiento. En los dos últimos casos, la entidad responsable de ejecutar la consulta deberá adecuar la medida o desistirse de ella.

Se señaló que el proceso de consulta debe garantizar la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que reporten las actividades de aprovechamiento de recursos naturales y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir.

Con relación al aprovechamiento de los recursos naturales, los pueblos indígenas señalan que bajo el amparo del Convenio 169 de la OIT, se les deberá consultar antes de autorizar cualquier actividad que como parte de un proyecto de desarrollo pueda afectar sus intereses y derechos.

Los gobiernos regionales y locales que cuenten con pueblos indígenas en su ámbito territorial, deberán promover el establecimiento de pautas y mecanismos de consulta de acuerdo a los principios que establezca la ley.

En marzo de 2010 se publicó el informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, que entre otras recomendaciones plantea que el Perú suspenda la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

exploración y explotación de recursos naturales que pueda afectar a las poblaciones indígenas en las tierras que ocupan hasta que no se cumpla con la consulta previa.

Palabras Clave: Consulta, Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas, Mediador, Facilitador, Culturas, Etnias, Lenguas, Medios.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ABSTRACT

The approval and implementation of the Law of Prior Consultation in Peru marks a milestone for the country and for Latin America, since prior consultation is, today, one of the most important proposals to reconcile these visions and local aspirations with the needs of national majorities.

The generation of conflicts put us on the debate two important issues, with considerable political and legal connotations. One is the issue of participation and prior consultation of indigenous peoples (as provided for in ILO Convention 169) when activities that could affect them and their lands and territories are going to be carried out, and secondly, the concept of prior informed consent or informed participation that implies a degree of interaction that allows the weakest party (in this case, indigenous communities and peoples, for reasons of information asymmetry) to take duly informed decisions and with full knowledge of its consequences and implications in terms of loss of opportunities and withdrawal of potentially sustainable investments, among other aspects.

It was concluded that the development and content of the right to consultation of indigenous peoples should be based on the provisions contained in ILO Convention 169, a treaty ratified by the Peruvian Government through legislative resolution 26253, as well as in the guiding principles established by the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

In the same way, a consensus was reached on the definitions of: (i) the right to consultation, stating that this does not grant indigenous populations the right to veto; (ii) direct affectation; (iii) entity responsible for executing the consultation and (iv) representatives and institutions; and on the principles of legality, freedom, opportunity, representativeness, inclusiveness, equality of opportunities and resources, interculturality, good faith, transparency, flexibility, accessibility, equality and non-discrimination, effective protection, legitimacy, participation, impartiality and appropriate procedure.

Regarding the subject of the right to consultation, it was agreed that indigenous peoples whose rights are directly affected by a legislative or administrative measure should be.

In this regard, it was agreed that indigenous peoples should be empowered to request the initiation of a consultation process, as well as their inclusion in a process already started if they consider that they will be directly affected. Likewise, it was agreed that the State entity that expects to issue a norm or measure likely to directly affect the rights of indigenous peoples may request the initiation of a consultation process.

At the same time, it was pointed out that the criteria for determining the level of impact of legal or administrative measures are: (i) the geographical scope, that is, the traditional habitat of

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

indigenous peoples according to the territorial criteria established by Convention 169 of the ILO and (ii) the rights that could be affected, identifying the holders of those rights. It was specified that the consultation process is one of good faith dialogue, in which an agreement or consent of the indigenous peoples is sought with respect to the administrative or legislative measures that are consulted.

Regarding the entity responsible for executing the consultation, it must perform the following functions: (i) verify whether the administrative or legislative measures are likely to directly affect indigenous peoples, qualifying whether or not to conduct a consultation process; (ii) establish the scope of application of the consultation process; (iii) request the technical body specialized in indigenous matter to identify the affected peoples and that they should be consulted; (iv) guarantee that the information on the matter to be consulted is brought to the attention of the indigenous peoples; (v) propose a methodology so that the dialogue is in accordance with the customs and characteristics of the indigenous peoples and (vi) carry out the consultation process in all its stages: identification of possible direct involvement, dissemination, evaluation and compliance of agreements.

In the same way, the specialized technical body in the matter of consultation must provide technical assistance and train the entity responsible for carrying out the consultation, as well as the indigenous peoples to be consulted. Likewise, it must provide the necessary accessibility facilities to guarantee the participation of indigenous peoples in the consultation process.

It was specified that, as a result of the consultation process, a total, partial or no consent may be reached. In the last two cases, the entity responsible for executing the consultation must adapt the measure or desist from it.

It was specified that, as a result of the consultation process, a total, partial or no consent may be reached. In the last two cases, the entity responsible for executing the consultation must adapt the measure or desist from it.

It was pointed out that the consultation process should guarantee the participation of indigenous peoples in the benefits that activities of natural resource use may provide and receive an equitable compensation for any damage they may suffer.

With regard to the use of natural resources, indigenous peoples indicate that under the protection of ILO Convention 169, they should be consulted before authorizing any activity that, as part of a development project, may affect their interests and rights.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Regional and local governments that have indigenous peoples in their territorial scope, should promote the establishment of guidelines and consultation mechanisms according to the principles established by law.

In March 2010, the report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations of the ILO was published, which among other recommendations states that Peru suspends the exploration and exploitation of natural resources that may affect indigenous populations in lands that They occupy until the previous consultation is not fulfilled.

Keywords: Consultation, Indigenous Peoples, Peasant and Native Communities, Mediator, Facilitator, Cultures, Ethnic Groups, Languages, Media.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN i

RESUMEN ii

ABSTRACT v

ABREVIATURAS xv

CAPÍTULO I

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS 1

1. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA 1

1.1. CONVENIO 169 DE LA OIT 1

1.1.1. POLÍTICA GENERAL 3

1.1.1.1. APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 (PUEBLOS APLICABLES) 3

1.1.1.2. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS Y RESPETO DE SU INTEGRIDAD 3

1.1.1.3. PROCEDIMIENTO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS 5

1.1.1.4. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL A LOS PUEBLOS 8

1.1.2. TIERRAS 9

1.1.2.1. DERECHO DE PROPIEDAD Y DE POSESIÓN SOBRE LAS TIERRAS TRADICIONALES (DERECHO DE REIVINDICACIÓN) 9

1.1.2.2. DERECHO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES EXISTENTES EN LAS TIERRAS TRADICIONALES (CONSULTA PREVIA) 10

1.1.2.3. TRASLADO Y REUBICACIÓN DE LOS PUEBLOS (DERECHO DE RETORNO) 11

1.1.2.4. TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS SOBRE LAS TIERRAS 13

1.1.3. DISPOSICIONES EN MATERIA LABORAL 13

1.1.3.1. PROTECCIÓN A LOS TRABAJADORES PERTENECIENTES A LOS PUEBLOS 13

1.1.3.2. FORMACIÓN PROFESIONAL PARA MIEMBROS DE LOS PUEBLOS 14

1.1.3.3. RECONOCIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LOS PUEBLOS 15

1.1.4. . OTRAS DISPOSICIONES 16

1.1.4.1. SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD 16

1.1.4.2. . EDUCACIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN 16

1.2. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 17

1.2.1. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN 19

1.2.2. DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN (RELACIONES INTERNACIONALES) 20

1.2.3. DERECHO SOBRE LAS TIERRAS Y LOS RECURSOS NATURALES (CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO DE LOS PUEBLOS) 22

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.2.4. DERECHOS CULTURALES Y EDUCATIVOS 25
1.2.5. DERECHO DE CONSULTA PREVIA 27
1.2.6. . OTROS DERECHOS 29
2. MARCO NORMATIVO NACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA 31
2.1. LEY N° 29785 (LEY DE CONSULTA PREVIA) Y SU REGLAMENTO (DECRETO SUPREMO N° 001-2012-MC) 31
2.1.1. ASPECTOS GENERALES 32
2.1.1.1. . DERECHO A LA CONSULTA PREVIA: CONCEPTO Y FINALIDAD 33
2.1.1.2. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO A LA CONSULTA 33
2.1.2. PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A SER CONSULTADOS 34
2.1.2.1. SUJETOS DEL DERECHO A LA CONSULTA (CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN) 34
2.1.2.2. . FORMA DE PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS 35
2.1.2.3. DERECHO DE PETICIÓN RESPECTO A LA CONSULTA 35
2.1.3. ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA 37
2.1.3.1. IDENTIFICACIÓN DE MEDIDAS OBJETO DE CONSULTA (AFECTACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS) 37
2.1.3.1.1. RELACIÓN DIRECTA ENTRE LAS MEDIDAS Y LOS DERECHOS COLECTIVOS . 38
2.1.3.1.2. MEDIDAS QUE NO SON OBJETO DE CONSULTA 42
2.1.3.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS A SER CONSULTADOS (ORGANIZACIÓN REPRESENTATIVA) 43
2.1.3.3. . ETAPA DE PUBLICIDAD DE LA MEDIDA 46
2.1.3.4. ETAPA DE INFORMACIÓN A LOS PUEBLOS 47
2.1.3.5. ETAPA DE EVALUACIÓN INTERNA DE LOS PUEBLOS 48
2.1.3.6. ETAPA DE DIÁLOGO INTERCULTURAL 49
2.1.3.6.1. DIÁLOGO CON LOS PUEBLOS 50
2.1.3.6.2. PRINCIPIO DE BUENA FE 52
2.1.3.6.3. . SUSPENSIÓN Y ABANDONO DEL PROCESO DE DIÁLOGO 53
2.1.3.7. ETAPA DE DECISIÓN 54
2.1.4. OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES RESPECTO AL PROCESO DE CONSULTA 57
2.1.4.1. ENTIDAD COMPETENTE EN EL PROCESO DE CONSULTA 57
2.1.4.2. FUNCIONES DEL ÓRGANO TÉCNICO ESPECIALIZADO EN MATERIA INDÍGENA DEL PODER EJECUTIVO 59
2.1.4.2.1. VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD DEL MINISTERIO DE CULTURA ... 59
2.1.4.2.2. BASE DE DATOS OFICIAL DE LOS PUEBLOS Y SUS REPRESENTANTES 61
2.1.4.3. . PARTICIPACIÓN DE FACILITADORES, INTÉRPRETES Y ASESORES EN EL PROCESO DE CONSULTA 61
2.2. PROCESOS DE CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR ENERGÍA Y MINAS 63

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.2.1. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DEL MINEM EN LOS QUE CORRESPONDE REALIZAR EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA (RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 350-2012-MEM) 63

2.2.2. . CONSULTA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES EN EL SECTOR ENERGÍA Y MINAS (RESOLUCIÓN MINISTERIAL Nº 596-2002-EM/DM) 64

2.2.2.1. CONSULTA PREVIA SOBRE PROYECTOS MINEROS O ENERGÉTICOS (TALLERES PREVIOS) 65

2.2.2.2. AUDIENCIA PÚBLICA PARA SUSTENTAR ESTUDIOS AMBIENTALES 67

2.2.3. DECLARACIÓN JURADA DE COMPROMISO PREVIO COMO REQUISITO DEL PETITORIO DE CONCESIÓN MINERA (DECRETO SUPREMO Nº 042-2003-EM MODIFICADO POR DECRETO SUPREMO Nº 052-2010-EM) 68

2.3. PROCESOS DE CONSULTA EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS (DECRETO SUPREMO Nº 038-2001-AG) 71

2.3.1. PROCESOS DE CONSULTA PARA LA CREACIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS 71

2.3.2. PROCESOS DE CONSULTA PARA EL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES EN LAS RESERVAS NACIONALES 73

2.3.3. PROCESOS DE CONSULTA PARA EL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES EN ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS 74

2.3.4. PROCESOS DE CONSULTA PARA ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN EN ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS 77

2.3.5. PROCESOS DE CONSULTA PARA LA INSTALACIÓN DE INFRAESTRUCTURA AL INTERIOR DEL ÁREA NATURAL PROTEGIDA 78

3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH) SOBRE LA CONSULTA PREVIA (TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES) 79

3.1. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DE LA COMUNIDAD AWAS TINGNI VS. NICARAGUA 79

3.1.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA 79

3.1.2. PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS 80

3.2. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DE LA COMUNIDAD YAKYE AXA VS. PARAGUAY 80

3.2.1. . OBJETO DE LA CONTROVERSIA 80

3.2.2. TERRITORIOS TRADICIONALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 81

3.2.3. CONFLICTOS TERRITORIALES (CONSENSO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS) 82

3.3. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DE LA COMUNIDAD SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAY 83

3.3.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA 83

3.3.2. POSESIÓN SOBRE LAS TIERRAS TRADICIONALES (DERECHO DE RECUPERACIÓN Y CONSENSO) 84

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.4. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DEL PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAM 86

3.4.1. . OBJETO DE LA CONTROVERSIA 86

3.4.2. DERECHO AL TERRITORIO COMUNAL 87

3.4.3. DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS RECURSOS NATURALES EN TERRITORIO COMUNAL 88

3.4.4. CONSULTA A LOS PUEBLOS Y SU CONSENTIMIENTO PREVIO 91

3.5. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DE LA COMUNIDAD XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAY 92

3.5.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA 93

3.5.2. RELACIÓN CON LAS TIERRAS TRADICIONALES (DERECHO DE REIVINDICACIÓN Y CONSULTA PREVIA) 93

3.6. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DEL PUEBLO SARAYAKU VS. ECUADOR 95

3.6.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA 95

3.6.2. . DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA (TERRITORIO Y SUS RECURSOS NATURALES) 96

3.6.3. . DERECHOS A LA CONSULTA Y A LA IDENTIDAD CULTURAL 97

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC) SOBRE LA CONSULTA PREVIA 102

4.1. MEDIOAMBIENTE Y RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA 102

4.2. COMUNIDADES NATIVAS Y MEDIO AMBIENTE (TERRITORIOS INDÍGENAS) 104

4.3. . EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y LOS RECURSOS NATURALES (DERECHO A LA CONSULTA PREVIA) 106

4.3.1. TUTELA DE LOS INTERESES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (LIBRE AUTODETERMINACIÓN) 107

4.3.2. IDENTIFICACIÓN DE MEDIDAS OBJETO DE CONSULTA Y DE LOS PUEBLOS A SER CONSULTADOS 109

4.3.3. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE CONSULTA 110

4.3.3.1. BUENA FE 111

4.3.3.2. FLEXIBILIDAD 112

4.3.3.3. OBJETIVO DE ALCANZAR UN ACUERDO (NO HAY DERECHO DE VETO) 112

4.3.3.4. TRANSPARENCIA 114

4.3.3.5. IMPLEMENTACIÓN PREVIA DEL PROCESO DE CONSULTA 114

4.4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE IDH 115

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSULTA PREVIA 117

5. LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL COLECTIVO 117

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.1. COSTUMBRES E INSTITUCIONES DE LOS PUEBLOS (PARTICIPACIÓN Y COOPERACIÓN) 117

5.2. TIERRAS DE LOS PUEBLOS: MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES 118

5.2.1. PROTECCIÓN Y PRESERVACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE..... 118

5.2.2. RELACIÓN CON LAS TIERRAS O TERRITORIOS (PARTICIPACIÓN Y CONSULTA).... 119

5.2.3. . RECURSOS NATURALES EXISTENTES EN LAS TIERRAS (CONSULTA PREVIA Y PARTICIPACIÓN) 120

5.2.4. . CONSENTIMIENTO DE LOS PUEBLOS 121

5.3. . CONSULTA PREVIA Y PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS..... 121

5.4. . COOPERACIÓN DE LOS PUEBLOS CON EL ESTADO..... 123

6. PRINCIPIOS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA..... 125

6.1. OPORTUNIDAD (MEDIDAS EN CONSULTA) 125

6.2. INTERCULTURALIDAD (PUEBLOS A CONSULTAR) 126

6.3. . BUENA FE (ORGANIZACIONES REPRESENTATIVAS DE LOS PUEBLOS) 128

6.4. FLEXIBILIDAD (PROCEDIMIENTO DE CONSULTA) 130

6.5. PLAZO RAZONABLE 131

6.6. AUSENCIA DE COACCIÓN O CONDICIONAMIENTO (LIBRE DETERMINACIÓN) 132

6.7. INFORMACIÓN OPORTUNA (TRANSPARENCIA) 132

CAPÍTULO III

IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ..... 134

7. APLICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA..... 134

7.1. DERECHOS DE LOS PUEBLOS SOBRE LAS TIERRAS 134

7.2. DERECHOS DE LOS PUEBLOS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES EXISTENTES EN SUS TIERRAS..... 134

8. APLICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO NACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA 135

8.1. . LIMITACIONES FÁCTICAS DE LA CONSULTA PREVIA..... 135

8.2. CRÍTICAS A LA CONSULTA PREVIA..... 138

8.3. EFECTO CONCILIADOR DE LA CONSULTA PREVIA..... 141

8.4. . PROBLEMÁTICA DE LAS TIERRAS Y SUS RECURSOS..... 143

8.5. CONTRADICCIONES EN EL MARCO NORMATIVO NACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA 145

8.5.1. . DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS A CONSULTAR 146

8.5.2. CUMPLIMIENTO DE LA FINALIDAD DE LA CONSULTA 147

9. . APORTES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH EN LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA..... 149

9.1. . DERECHO DE LOS PUEBLOS SOBRE LAS TIERRAS Y SUS RECURSOS..... 149

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

9.1.1. . RELACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES CON LA TIERRA 149

9.1.2. DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA DE LOS PUEBLOS 151

9.1.3. DERECHO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES USADOS POR LOS PUEBLOS (INDEMNIZACIÓN) 153

9.2. . CONSULTA Y CONSENTIMIENTO..... 155

9.2.1. CONSULTA A LOS PUEBLOS PARA OBTENER TÍTULO DE PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA 155

9.2.2. CONSULTA A LOS PUEBLOS SI NO ES POSIBLE EL DERECHO A LA REIVINDICACIÓN 156

9.2.3. PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS EN LOS PLANES DE DESARROLLO O INVERSIÓN DENTRO DE SU TERRITORIO (CONSULTA Y CONSENTIMIENTO)..... 157

10. APORTES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TC EN LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA159

10.1. TUTELA Y PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS 159

10.2. TIERRA Y TERRITORIO DE LOS PUEBLOS (TÍTULO DE PROPIEDAD) 160

10.3. PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS EN LAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS (CONSULTA PREVIA)..... 162

10.4. PUEBLOS NO TIENEN DERECHO DE VETO 164

10.5. SENTENCIAS DE LA CORTE IDH SON VINCULANTES 165

11. PROCESOS DE CONSULTA PREVIA 165

11.1. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO PANTERÍA..... 166

11.2. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO PUQUIOPATA..... 168

11.3. CONSULTA PREVIA PARA EL GUADALUPE 170

11.4. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO CORCAPUNTA 172

11.5. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO APUMAYO I 174

11.6. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO APUMAYO II 177

11.7. . CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO LA MERCED 179

11.8. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO MISHA..... 181

11.9. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO TOROPUNTO 183

11.10. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO AURORA 185

11.11. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO HIDROVÍA AMAZÓNICA 187

11.12. . CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 192..... 190

11.13. CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 195..... 194

11.14. CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 164..... 196

11.15. CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 189..... 198

11.16. CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 175..... 200

11.17. CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 169..... 202

11.18. CONSULTA PREVIA DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE LENGUAS ORIGINARIAS 204

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

11.19. CONSULTA PREVIA DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL QUE APRUEBA EL PLAN NACIONAL DE EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE 206

11.20. . CONSULTA PREVIA DEL REGLAMENTO DE LA LEY FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE 207

11.21. . CONSULTA PREVIA DEL DECRETO SUPREMO QUE ESTABLECE EL ÁREA DE CONSERVACIÓN REGIONAL MAIJUNA KICHWA 210

11.22. CONSULTA PREVIA DEL DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA LA CATEGORIZACIÓN DE LA ZONA RESERVADA SIERRA DEL DIVISOR COMO PARQUE NACIONAL 212

11.23. CONSULTA PREVIA DEL DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA LA POLÍTICA SECTORIAL DE SALUD INTERCULTURAL 213

CONCLUSIONES 215

RECOMENDACIONES 221

BIBLIOGRAFÍA 224

ANEXOS 226

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ABREVIATURAS

Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPP:	Constitución Política del Perú.
EIA:	Estudios de Impacto Ambiental.
OEFA:	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
OIT:	Organización Internacional del Trabajo.
OSINERGMIN:	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.
DGAAM:	Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros.
DIA:	Declaración de Impacto Ambiental.
DNUDPI:	Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.
MINAM:	Ministerio del Ambiente.
MINEM:	Ministerio de Energía y Minas.
MTC:	Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
SERNANP:	Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
SUNAFIL:	Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral.
TC:	Tribunal Constitucional del Perú.
VMI:	Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO I

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

1. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA

A continuación, se hará un breve estudio del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) [en adelante, el Convenio 169]; aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa Nº 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993. El Convenio 169 entró en vigencia para el Perú, el 2 de febrero de 1995.

1.1. CONVENIO 169 DE LA OIT

El Convenio 169 "es un tratado internacional vinculante, que, una vez ratificado, se incorpora al derecho interno. Su violación compromete la responsabilidad internacional del Estado que ratifica. Al ser un tratado de derechos humanos, se le reconoce un valor constitucional en muchos países de Latinoamérica, por lo que sus disposiciones son exigibles ante los tribunales nacionales" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

«Habrá que interpretar que cuando se hace referencia al carácter vinculante del Convenio, también se hace tácitamente referencia a la interpretación de este Convenio por el TC y la Corte IDH, en la medida en que la interpretación de estos tribunales se "adhiere" a las disposiciones del mencionado instrumento de protección de los derechos de los pueblos indígenas» (RUIZ MOLLEDA, 2012). "El problema con las sentencias [del Tribunal Constitucional] es que por un lado desarrollan importantes conceptos, y de otro lado, al momento de resolver el caso concreto, desprotegen a los pueblos indígenas. En ese sentido, no deberán ser recogidas aquellas sentencias que son incompatibles con el Convenio 169 de la OIT y con el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH" (RUIZ MOLLEDA, 2012).

Según el Artículo 34 del Convenio 169, la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto a dicho Convenio "deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país".

"Aunque en el Perú el Convenio Nº 169 de la OIT se encuentra vigente desde 1995 y existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido del derecho a la consulta previa así como iniciativas legislativas y recomendaciones e informes de institucionales estatales y no gubernamentales, los avances concretos para adecuar la realidad y la normativa interna a los estándares internacionales han sido mínimos" (OXFAM, 2011).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"En los 16 años de vigencia del Convenio 169, el Estado peruano nunca ha aplicado el principio de la consulta previa que implica no sólo negociar con las organizaciones indígenas sino, además, cumplir lo acordado. En los únicos dos casos en que después de dialogar las partes llegaron a acuerdos, el Estado ha incumplido luego los compromisos que había asumido. […] El Estado ha despreciado su propia palabra por razones similares en ambos casos. En Güeppí, para favorecer los intereses de la empresa brasileña PETROBRAS, a quien le ha entregado el lote 117 que se superpone con gran parte de la zona reservada. En Santiago Comaina, para privilegiar a una empresa minera con probadas vinculaciones con el actual gobierno" (CHIRIF A. , 2011).

El Artículo 35 del Convenio 169 establece que la aplicación de las disposiciones de dicho Convenio "no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.1.1. POLÍTICA GENERAL

1.1.1.1. APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 (PUEBLOS APLICABLES)

El Artículo 1, numeral 1, del Convenio 169 establece que este convenio se aplica: "a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas".

El Artículo 1, numeral 2, del Convenio 169 establece que, para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones de dicho Convenio, la "conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental".

"En el ámbito internacional, el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del año 1957 regía la relación Estado- Pueblos indígena bajo el paradigma de la asimilación. Esto significaba que los Estados debían procurar incorporar a la cultura mayoritaria o predominante a los grupos con culturas diferentes y minoritarias. Sin embargo; en el año 1988, la comunidad internacional consideró conveniente replantear el paradigma de la asimilación. Es en ese contexto que en 1989 nace el Convenio 169, que plantea un nuevo paradigma: el respeto por la identidad cultural de los pueblos" (BAZÁN SEMINARIO, 2011).

Según el Artículo 1, numeral 3, del Convenio 169, la utilización del término "pueblos" en dicho Convenio "no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional". En otras palabras, el término "pueblos" utilizado en el Convenio 169 no será interpretado de modo que pueda relacionarse con los derechos de los pueblos establecidos en el ámbito del derecho internacional.

1.1.1.2. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS Y RESPETO DE SU INTEGRIDAD

El Artículo 2, numeral 1, del Convenio 169 establece que los "gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

De acuerdo con el Artículo 2, numeral 2, del Convenio 169, la mencionada acción, dirigida a proteger los derechos de los pueblos y a garantizar el respeto de su integridad, deberá incluir las siguientes medidas: "a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida".

El Artículo 3, numeral 1, del Convenio 169, establece que los "pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos". En el Preámbulo del Convenio 169 se observa que en muchas partes del mundo los pueblos indígenas y tribales "no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión".

"[…] la importancia de los derechos de los pueblos indígenas, genera obligaciones para todos los sectores a todo nivel del Estado, con lo cual un proceso que no garantiza la protección de otros derechos colectivos, lo cual es una cuestión de fondo y no de forma, podría suponer responsabilidades funcionales administrativas y en otros su exigencia jurisdiccional por una garantía constitucional" (CORONADO CHUECAS, La importancia del aspecto sustantivo del Derecho a la Consulta , 2012).

El Artículo 3, numeral 2, del Convenio 169, dispone que no deberá utilizarse "ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio".

El Artículo 4, numeral 1, del Convenio 169, establece que deberán "adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados". Estas medidas especiales "no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados"; conforme con el Artículo 4, numeral 2, del Convenio 169. Como consecuencia de estas medidas especiales, el "goce sin discriminación de los derechos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno"; de acuerdo con el Artículo 4, numeral 3, del Convenio 169.

Según el Artículo 5 del Convenio 169, al aplicar las disposiciones de dicho Convenio: "a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo".

En el Preámbulo del Convenio 169 se reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales "a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven".

1.1.1.3. PROCEDIMIENTO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS

Conforme con el Artículo 6, numeral 1, del Convenio 169, al aplicar las disposiciones de dicho Convenio, los gobiernos deberán: "a) 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; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin".

"De toda la gama de derechos protegidos por el Convenio 169 OIT, el espíritu de la Consulta y Participación, constituyen la piedra angular de dicho tratado internacional, sobre la cual se basan todas las demás disposiciones, es decir no solamente es un derecho exigible, sino además, un principio fundamental del Convenio" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011). "A nuestro entender, el derecho a la participación es un derecho de mayor amplitud que el de la consulta, en tanto que, conforme señala el mismo Convenio Nº 169 OIT, el primero está referido a intervenir en las decisiones que corresponden a los propios pueblos indígenas como una garantía para su desarrollo, mientras que en la consulta la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

decisión final a la medida concreta prevista aplicar le corresponde al Estado" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011).

"La consulta es un proceso de diálogo entre el Estado -a través de sus entidades- y los pueblos indígenas –a través de sus instituciones representativas- que tiene por finalidad alcanzar un acuerdo o consentimiento. No se trata de un simple proceso de información, ni tampoco constituye un procedimiento electoral" (MAYEN, 2014). "En la mayoría de los Estados [latinoamericanos], la consulta previa o bien no se llevó a cabo, o los procesos implementados se limitaron a meros eventos informativos superficiales" (SCHILLING-VACAFLOR, 2013).

Teniendo en cuenta el Artículo 6, numeral 1 y literal b, del Convenio 169, el Artículo 33, numeral 1, de dicho Convenio dispone que la autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca este Convenio "deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones". Según el Artículo 33, numeral 2, del Convenio 169, estos programas deberán incluir: "a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio; b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados".

Estas consultas a los pueblos "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"; según el Artículo 6, numeral 2, del Convenio 169.

"En otras palabras, lo que dice el Convenio [169] es que si las consultas no concluyen en un acuerdo o en el consentimiento de los indígenas se considerará que el proceso no habrá cumplido su función ni logrado su objetivo, y aunque no lo dice, se deduce que, de ser éste el caso, habrá que reiniciarlo" (CHIRIF, 2011).

"Para la aplicación de la consulta, se debe considerar que si bien esta puede otorgar legitimidad y apoyo social al desarrollo del proyecto, también puede dar pautas claras para su no realización. Por ello, la lógica de la consulta ciudadana debe llevar hacia un enfoque de desarrollo local y regional, que busque alternativas que no polaricen y permitan consolidar al tejido social" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"El consentimiento no agota el ejercicio participativo de los pueblos indígenas, pues luego de ellos se derivan una serie de derechos, obligaciones y medidas concretas que buscan proteger lo consentido y se crean nuevos mecanismos de vigilancia y control a efectos de asegurar el fiel cumplimiento de lo acordado" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

El Artículo 7, numeral 1, del Convenio 169 establece que los pueblos "deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente".

"No se trata solamente de la afectación de las tierras o territorios de los pueblos indígenas. El ámbito [de la consulta] se extiende a medidas vinculadas a todos los derechos colectivos de tales pueblos" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

El Artículo 7, numeral 2, del Convenio 169 dispone que el "mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento".

Según el Artículo 7, numeral 3, del Convenio 169, 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 pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas".

El Artículo 7, numeral 4, del Convenio 169 dispone que los "gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan".

"Es importante destacar que aunque el derecho a la consulta tiene profunda relación con el derecho de acceder a la información sobre los proyectos y planes que afectan los territorios indígenas y el consiguiente deber del Estado de suministrar esa información, el mero suministro de datos o información sobre un

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

proyecto determinado no garantiza el derecho a la consulta ni puede ser identificado como consulta" (OXFAM, 2011).

1.1.1.4. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL A LOS PUEBLOS

El Artículo 8, numeral 1, del Convenio 169 dispone que en la aplicación de la legislación nacional a los pueblos "deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario". Empero, esta disposición "no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes" (Artículo 8, numeral 3, del Convenio 169).

El Artículo 8, numeral 2, del Convenio 169 dispone que los pueblos "deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio". Aunque esta disposición "no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes" (Artículo 8, numeral 3, del Convenio 169).

El Artículo 9, numeral 1, del Convenio 169 establece que "deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros", siempre que estos métodos sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. "Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia"; según el Artículo 9, numeral 2, del Convenio 169.

De acuerdo con el Artículo 10, numeral 1, del Convenio 169, en la imposición de "sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales". "Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento"; según el Artículo 10, numeral 2, del Convenio 169.

"La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos"; conforme con el Artículo 11 del Convenio 169.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Los pueblos "deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces"; según el Artículo 12 del Convenio 169.

1.1.2. TIERRAS

1.1.2.1. DERECHO DE PROPIEDAD Y DE POSESIÓN SOBRE LAS TIERRAS TRADICIONALES (DERECHO DE REIVINDICACIÓN)

El Artículo 13, numeral 1, del Convenio 169 dispone que en la aplicación de las disposiciones sobre "tierras" de dicho Convenio, "los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación".

El Artículo 14, numeral 1, del Convenio 169 establece que deberá reconocerse a los pueblos "el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes".

"Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión"; según el Artículo 14, numeral 2, del Convenio 169. "Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados"; conforme con el Artículo 14, numeral 3, del Convenio 169.

El Artículo 19 del Convenio 169 establece que los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, para estos fines: "a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

crecimiento numérico; b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen".

1.1.2.2. DERECHO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES EXISTENTES EN LAS TIERRAS TRADICIONALES (CONSULTA PREVIA)

El Artículo 15, numeral 1, del Convenio 169 establece que los derechos de los pueblos "a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos". Esta utilización normativa del término tierras "deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"; de acuerdo con el Artículo 13, numeral 2, del Convenio 169.

De acuerdo con el Artículo 15, numeral 2, del Convenio 169, si el Estado tiene la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tiene derechos sobre otros recursos existentes en las tierras de los pueblos, "los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades". Esta utilización normativa del término tierras "deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"; de acuerdo con el Artículo 13, numeral 2, del Convenio 169.

Como se ha establecido, los pueblos indígenas deben ser consultados "antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras". De este modo, "el momento de la consulta debe realizarse incluso antes de iniciar algún proceso de exploración que pudiera afectar directamente a los pueblos indígenas" (MAYEN, 2014). Los pueblos indígenas "deberán ser informados y consultados, y deberán participar desde el inicio mismo de una intervención planeada, incluso antes de que se otorguen concesiones o licencias a los operadores" (MAYEN, 2014).

"La tensión entre el derecho a la propiedad sobre los territorios indígenas y la exploración y explotación por terceros de los recursos que se encuentran en estos territorios se ve exacerbada por los intereses económicos en juego y porque el Estado primero protege sus derechos sobre los recursos del subsuelo y posteriormente los derechos de pueblos indígenas sobre los recursos naturales que están en el mismo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

territorio" (OXFAM, 2011). "Descubrir que las tierras indígenas o tribales son más ricas de lo que se conocía se transforma en una invaluable oportunidad para que los Estados paguen su deuda histórica con los pueblos indígenas y tribales permitiéndoles desarrollarse y progresar según su propia visión del mundo y del desarrollo y el progreso" (OXFAM, 2011).

"Los conflictos ligados a la minería se han incrementado drásticamente y se ha generado, en muchos casos, la polarización de los actores involucrados: Estado, empresas, comunidades locales y organizaciones de la sociedad civil. Una característica central de buena parte de estos conflictos es la inexistencia de canales formales de comunicación por medio de los cuales los pueblos indígenas y la población local puedan expresar sus puntos de vista e influir en la toma de decisiones sobre proyectos mineros" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

"Las experiencias, hasta ahora negativas, de numerosos grupos poblacionales indígenas con la consulta previa podrían generar un rechazo generalizado a estos procesos. Se desperdiciaría entonces la oportunidad de utilizar dichos procesos como instrumentos para la resolución pacífica de conflictos" (SCHILLING-VACAFLOR, 2013). «En este contexto, un primer paso importante sería que los Estados estén dispuestos no solo a "consultar" pro forma a los grupos afectados, sino también a permitirles efectivamente tomar parte en la decisión» (SCHILLING-VACAFLOR, 2013).

El Convenio 169 "no otorga a los consultados un derecho a veto que supere la soberanía del Estado […] Sin embargo, ello no se debe interpretar como sinónimo de desvalorizar los acuerdos a los que se haya llegado. Si se ha logrado un acuerdo o el consentimiento, este sí es vinculante, y si no lo hubiera también, pues es obligatorio que el Estado tome en cuenta la situación al momento de tomar una decisión, y que esta sea adecuadamente motivada, es decir, debe explicar por qué la toma pese a la negativa de los pueblos indígenas. Incluso, en caso de no poder garantizar el respeto de los derechos de los pueblos indígenas afectados, se entiende que debe tomar la decisión de no asumir la medida o realizar el proyecto, según sea el caso" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

1.1.2.3. TRASLADO Y REUBICACIÓN DE LOS PUEBLOS (DERECHO DE RETORNO)

En principio, los pueblos "no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan"; según el Artículo 16, numeral 1, del Convenio 169. Esta utilización normativa del término tierras "deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"; de acuerdo con el Artículo 13, numeral 2, del Convenio 169.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Como una excepción al mencionado principio, el Artículo 16, numeral 2, del Convenio 169 dispone que cuando "el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados".

"De acuerdo al Convenio 169 OIT, de manera general, dentro de un proceso de Consulta el consentimiento es considerado como la finalidad de la consulta y podría darse de manera alternativa con el acuerdo, es decir que, existiría una flexibilidad entorno a los fines de la consulta. […] dentro del Convenio Nº 169 OIT, el consentimiento resulta alternativo (con el acuerdo) excepto en el caso de traslados de pueblos indígenas de sus tierras, donde sí es obligatorio y determinante" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011). "[…] en la remota posibilidad de entender el derecho al Consentimiento como un derecho a veto amparado por la Declaración [de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas], debemos señalar que el derecho a veto es contrario al artículo 46º de la Declaración, que garantiza la soberanía de los Estados, situación que es entendida así por los propios organismos intergubernamentales" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011).

"La participación de las poblaciones y pueblos indígenas en las decisiones sobre la realización de proyectos extractivos que los afecten no se impulsa ni se promueve, puesto que persiste la idea de que las industrias extractivas son de necesidad pública y corresponden al interés general, y que, por ello, una población local o regional o una comunidad no puede decidir sobre ellas, porque se trata de actividades que benefician a todos los ciudadanos, y sólo algunos no pueden decidir sobre ello" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010). "En el caso de conflictos con pueblos indígenas, se trata de un conflicto entre dos intereses de tipo colectivo, no de un conflicto entre el interés particular y el interés general. Cuando se afectan los derechos al medioambiente, a la salud, a la vida, al mantenimiento de la cultura y de las formas de vida, el interés del pueblo indígena posee una legitimación mayor, en la medida que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la Constitución" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

Según el Artículo 16, numeral 3, del Convenio 169, si es posible, los pueblos "deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación". El Artículo 16, numeral 4, del Convenio 169 dispone que cuando "el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas". "Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento"; de acuerdo con el Artículo 16, numeral 5, del Convenio 169.

1.1.2.4. TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS SOBRE LAS TIERRAS

"Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos"; según el Artículo 17, numeral 1, del Convenio 169.

El Artículo 17, numeral 2, del Convenio 169 dispone que deberá consultarse a los pueblos "siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad".

"Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos"; de acuerdo con el Artículo 17, numeral 3, del Convenio 169.

El Artículo 18 del Convenio 169 dispone que la "ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones".

1.1.3. DISPOSICIONES EN MATERIA LABORAL

1.1.3.1. PROTECCIÓN A LOS TRABAJADORES PERTENECIENTES A LOS PUEBLOS

El Artículo 20, numeral 1, del Convenio 169 establece que los gobiernos "deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El Artículo 20, numeral 2, del Convenio 169 dispone que los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos y los demás trabajadores, especialmente en estas materias: “a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso; b) remuneración igual por trabajo de igual valor; c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda; d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores”.

El Artículo 20, numeral 3, del Convenio 169 establece que las medidas adoptadas sobre no discriminación deberán en particular garantizar que: “a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen; b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas; c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas; d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual”.

A fin de garantizar el cumplimiento de las mencionadas disposiciones en materia laboral, el Artículo 20, numeral 4, del Convenio 169 establece que “deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados” (OIT, 2014).

1.1.3.2. FORMACIÓN PROFESIONAL PARA MIEMBROS DE LOS PUEBLOS

“Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos”; según el Artículo 21 del Convenio 169.

“Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general”; conforme con el Artículo 22, numeral 1, del Convenio 169. Cuando estos programas no respondan a las necesidades especiales de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

los pueblos, “los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación”; según el Artículo 22, numeral 2, del Convenio 169 (OIT, 2014).

El Artículo 22, numeral 3, del Convenio 169 establece que los referidos programas “deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden”.

1.1.3.3. RECONOCIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LOS PUEBLOS

El Artículo 23, numeral 1, del Convenio 169 dispone que la “artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades”.

“A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo” (OIT, 2014); conforme con el Artículo 23, numeral 2, del Convenio 169.

“Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente” (OIT, 2014); de acuerdo con el Artículo 32 del Convenio 169.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

1.1.4. . OTRAS DISPOSICIONES

1.1.4.1. SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD

"Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna"; conforme con el Artículo 24 del Convenio 169.

El Artículo 25, numeral 1, del Convenio 169 establece que los "gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental". El Artículo 25, numeral 2, del Convenio 169 dispone que estos servicios de salud "deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales". "El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria"; de acuerdo con el Artículo 25, numeral 3, del Convenio 169. La prestación de estos servicios de salud "deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país" (OIT, 2014); según el Artículo 25, numeral 4, del Convenio 169.

1.1.4.2. . EDUCACIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

"Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional"; conforme con el Artículo 26 del Convenio 169.

El Artículo 27, numeral 1, del Convenio 169 establece que los programas y los servicios de educación dirigidos a los pueblos "deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales". "La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar" (OIT, 2014); según el Artículo 27, numeral 2, del Convenio 169. Además, el Artículo 27, numeral 3, del Convenio 169 dispone que los gobiernos "deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin" (OIT, 2014).

De acuerdo con el Artículo 28, numeral 1, del Convenio 169, siempre que sea viable, "deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo". "Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país"; según el Artículo 28, numeral 2, del Convenio 169. "Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas"; conforme con el Artículo 28, numeral 3, del Convenio 169.

El Artículo 29 del Convenio 169 establece que un objetivo de la educación de los niños de los pueblos "deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional" (OIT, 2014).

Conforme con el Artículo 30, numeral 1, del Convenio 169, los gobiernos "deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio". "A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos" (OIT, 2014); según el Artículo 30, numeral 2, del Convenio 169.

El Artículo 31 del Convenio 169 establece que deberán "adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados".

1.2. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

A continuación, se hará un breve estudio de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, la DNUDPI); la misma que fue aprobada, el 13 de septiembre de 2007, en la 107a. sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta Asamblea General proclamó solemnemente la DNUDPI, "como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo".

De modo preliminar, se resalta que las "Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia"; según el Artículo 42 de la DNUDPI.

"En líneas generales, las Declaraciones de la Asamblea General no tienen fuerza jurídica obligatoria, es decir, no obligan a los Estados a su aplicación, pues son consideradas como recomendaciones. Sin embargo, […] Como deriva al fin y al cabo de la negociación y el pacto entre representantes de Estados y representantes indígenas, la Declaración [DNUDPI] ha de tener un valor normativo, esto es, vinculante para todas las partes". "En todo caso, se considera por lo general que, aunque la Declaración no crea nuevos derechos, proporciona una interpretación de los derechos humanos consagrados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos de resonancia universal en lo que respecta a su aplicación a los pueblos y personas indígenas" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

"Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo"; de acuerdo con el Artículo 43 de la DNUDPI.

"Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro"; según el Artículo 45 de la DNUDPI.

El Artículo 46, numeral 1, de la DNUDPI dispone que nada de lo contenido en dicha Declaración "se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes". El Artículo 46, numeral 2, de la DNUDPI establece que en el ejercicio de los derechos enunciados en dicha Declaración, "se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática". "Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe"; según el Artículo 46, numeral 3, de la DNUDPI.

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, alentó a "los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados". Asimismo, la Asamblea General destacó que "corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas". Además, la Asamblea General estimó que la DNUDPI "constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera".

1.2.1. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

El Artículo 1 de la DNUDPI establece que los "indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos".

"Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas"; conforme con el Artículo 2 de la DNUDPI.

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, afirmó que "los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales". Asimismo, la Asamblea General afirmó que "todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

y socialmente injustas". Además, la Asamblea General reafirmó que, "en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación". También, la Asamblea General reconoció y reafirmó que "los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos".

El Artículo 9 de la DNUDPI prescribe que los "pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo".

"Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas"; según el Artículo 44 de la DNUDPI.

1.2.2. DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN (RELACIONES INTERNACIONALES)

El Artículo 3 de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, reconoció que "la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". Asimismo, la Asamblea General tuvo presente que nada de lo contenido en la DNUDPI "podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional".

"Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas"; según el Artículo 4 de la DNUDPI.

"Para los pueblos indígenas, el reconocimiento del derecho a la libre determinación es una forma de que se reconozca su condición de pueblo con los mismos derechos que los demás pueblos de la Tierra. En

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

cambio, la norma de autogobierno de los pueblos indígenas propicia el desarrollo de instituciones autónomas, pero también propicia la participación efectiva en el orden político. Para los pueblos indígenas, el principio de autogobierno establece no solo el derecho de controlar sus propias tierras y recursos naturales, sino que también involucra todo proceso de toma de decisiones que puedan afectarles, mediante la consulta previa" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

El Artículo 5 de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado".

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, celebró que "los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran".

El Artículo 33, numeral 1, de la DNUDPI establece que los "pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven". "Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos" (ONU, 2007); según el Artículo 33, numeral 2, de la DNUDPI.

"Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos"; de acuerdo con el Artículo 34 de la DNUDPI.

"Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades"; según el Artículo 35 de la DNUDPI.

El Artículo 36, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras". "Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho"; según el Artículo 36, numeral 2, de la DNUDPI.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El Artículo 37, numeral 1, de la DNUDPI prescribe que los "pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos". "Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos" (ONU, 2007); según el Artículo 37, numeral 2, de la DNUDPI.

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, reconoció "la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados". Asimismo, la Asamblea General consideró que "los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés, responsabilidad y carácter internacional". Además, la Asamblea General consideró que "los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados". También, la Asamblea General manifestó su convencimiento de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la DNUDPI "fomentará las relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe".

"Los pueblos indígenas tienen derecho a recibir asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración"; conforme con el Artículo 39 de la DNUDPI.

El Artículo 41 de la DNUDPI dispone que los "órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan".

1.2.3. DERECHO SOBRE LAS TIERRAS Y LOS RECURSOS NATURALES (CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO DE LOS PUEBLOS)

El Artículo 8, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura" (ONU, 2007). El Artículo 8, numeral 2, de la DNUDPI establece que los "Estados establecerán mecanismos eficaces para la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda forma de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos".

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, manifestó su preocupación "por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses".

El Artículo 10 de la DNUDPI establece que los "pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso".

"Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras"; conforme con el Artículo 25 de la DNUDPI.

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, reconoció "la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos" (ONU, 2007).

El Artículo 26, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido". "Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma"; según el Artículo 26, numeral 2, de la DNUDPI. "Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate"; de acuerdo con el Artículo 26, numeral 3, de la DNUDPI.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El Artículo 27 de la DNUDPI prescribe que los "Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso".

El Artículo 28, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado". "Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada"; según el Artículo 28, numeral 2, de la DNUDPI.

El Artículo 29, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación". "Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado" (ONU, 2007); conforme con el Artículo 29, numeral 2, de la DNUDPI. "Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos"; según el Artículo 29, numeral 3, de la DNUDPI.

El Artículo 32, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos". De acuerdo con el Artículo 32, numeral 2, de la DNUDPI 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". "Los Estados proveerán

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual"; según el Artículo 32, numeral 3, de la DNUDPI.

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, manifestó su convencimiento de que "si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades".

1.2.4. DERECHOS CULTURALES Y EDUCATIVOS

El Artículo 11, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas". El Artículo 11, numeral 2, de la DNUDPI establece que los "Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres" (ONU, 2007).

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, reconoce que "la situación de los pueblos indígenas varía de región en región y de país a país y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales".

El Artículo 12, numeral 1, de la DNUDPI prescribe que los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos". "Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados"; según el Artículo 12, numeral 2, de la DNUDPI.

El Artículo 13, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos". "Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados"; conforme con el Artículo 13, numeral 2, de la DNUDPI.

El Artículo 14, numeral 1, de la DNUDPI establece que los "pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje". "Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación" (ONU, 2007); de acuerdo con el Artículo 14, numeral 2, de la DNUDPI. "Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma"; según el Artículo 14, numeral 3, de la DNUDPI.

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, reconoció "el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en consonancia con los derechos del niño".

El Artículo 15, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública". "Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad"; de acuerdo con el Artículo 15, numeral 2, de la DNUDPI.

El Artículo 16, numeral 1, de la DNUDPI prescribe que los "pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación". El Artículo 16, numeral 2, de la DNUDPI establece que los "Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de información privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena" (ONU, 2007).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El Artículo 31, numeral 1, de la DNUDPI prescribe que los "pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales". "Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos"; según el Artículo 31, numeral 2, de la DNUDPI.

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, afirmó que "todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad". Asimismo, la Asamblea General reconoció que "el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente".

1.2.5. DERECHO DE CONSULTA PREVIA

El Artículo 18 de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones".

"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"; conforme con el Artículo 19 de la DNUDPI.

El Artículo 20, numeral 1, de la DNUDPI establece que los "pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo". "Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa"; conforme con el Artículo 20, numeral 2, de la DNUDPI.

El Artículo 23 de la DNUDPI prescribe que los "pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones".

El Artículo 30, numeral 1, de la DNUDPI prescribe que no "se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado". "Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares" (ONU, 2007); según el Artículo 30, numeral 2, de la DNUDPI.

La Asamblea General, en la aprobación de la DNUDPI, destacó "la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo".

"Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración"; conforme con el Artículo 38 de la DNUDPI.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.2.6. . OTROS DERECHOS

"Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad"; según el Artículo 6 de la DNUDPI.

"Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona"; conforme con el Artículo 7, numeral 1, de la DNUDPI. "Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo" (ONU, 2007); según el Artículo 7, numeral 2, de la DNUDPI.

El Artículo 17, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "individuos y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable". El Artículo 17, numeral 2, de la DNUDPI establece que los "Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación de los niños, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social de los niños, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para empoderarlos". "Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo y, entre otras cosas, de empleo o salario"; conforme con el Artículo 17, numeral 3, de la DNUDPI.

El Artículo 21, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social. El Artículo 21, numeral 2, de la DNUDPI establece que los "Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas".

El Artículo 22, numeral 1, de la DNUDPI prescribe que en la aplicación de dicha Declaración "se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas". "Los Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación" (ONU, 2007); conforme con el Artículo 22, numeral 2, de la DNUDPI.

El Artículo 24, numeral 1, de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud". El Artículo 24, numeral 2, de la DNUDPI establece que las "personas indígenas tienen igual derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente que este derecho se haga plenamente efectivo".

El Artículo 40 de la DNUDPI dispone que los "pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. MARCO NORMATIVO NACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA

A continuación se hará un breve estudio 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 OIT, publicada el 7 de setiembre de 2011[1]; asimismo, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785; publicado el 3 de abril de 2012.

La Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785 señala la derogación del Decreto Supremo 023-2011-EM, que aprobó el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas.

"Ahora bien, la ley de consulta previa es una norma general que no abarca sólo a las actividades de minería y energía reguladas por el reglamento derogado [Decreto Supremo 023-2011-EM]. […] En concreto, la ley no restringe el derecho a la consulta sólo a actividades energéticas o mineras y es correcto que no sea así, puesto que mediante medidas de otra índole también se pueden afectar derechos indígenas" (BAZÁN SEMINARIO, 2011). "[La derogación del Decreto Supremo 023-2011-EM] era necesaria pues esta norma se dictó básicamente para cumplir con un mandato del tribunal constitucional que le ordenó al Ministerio de Energía y Minas emitir una norma regulando la materia. Sin embargo, fue preparada cuando las normas que hoy se encuentran vigentes recién se estaban gestando. Por lo tanto, era prematuro que un solo sector pretenda regular estos temas" (BAZÁN SEMINARIO, 2011).

2.1. LEY N° 29785 (LEY DE CONSULTA PREVIA) Y SU REGLAMENTO (DECRETO SUPREMO N° 001-2012-MC)

La Ley N° 29785 "no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia"; conforme con la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785.

"Conforme a su artículo 33º, el Convenio Nº 169 OIT, dispone que cuando un Estado ratifica el Convenio, éste se obliga hacerlo efectivo, es decir incorporarlo, asegurándose de hacer una adecuación normativa interna, así como una implementación institucional a través de las medidas correspondientes, en cooperación con los pueblos indígenas. Lo que quiere decir, que luego de ratificado el Convenio Nº 169

[1] La Ley N° 29785 entró en vigencia "a los noventa días de su publicación en el diario oficial El Peruano a fin de que las entidades estatales responsables de llevar a cabo procesos de consulta cuenten con el presupuesto y la organización requerida para ello"; según la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

OIT por el Estado, éste está obligado a aplicarlo. La particularidad de este Convenio es que en los planes de implementación del mismo deben participar los pueblos indígenas" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011).

2.1.1. ASPECTOS GENERALES

El Artículo 1 de la Ley N° 29785 dispone que esta Ley "desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253".

El Artículo 2º, numeral 2.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que este Reglamento "se aplica a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos que se emitan conforme a lo establecido en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú. Igualmente establece las reglas que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de todas las entidades del Estado. También se aplica a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo"[2].

[2] El primer párrafo del Artículo 104 de la CPP establece lo siguiente: "El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.1.1.1. . DERECHO A LA CONSULTA PREVIA: CONCEPTO Y FINALIDAD

De acuerdo con el Artículo 2 de la Ley N° 29785, el derecho a la consulta es "el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado".

«La sola existencia de estos "tipos de consulta", sin mencionar la relativa a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas que se hace mención en el Convenio de Diversidad Biológica, hacen que no sea posible establecer un procedimiento estándar, para todas las consultas, sino que, conforme expresa la misma norma, se realicen diferentes procedimientos de consulta de acuerdo a las circunstancias debiendo considerar el más apropiado a cada una de estas» (CASAFRANCA VALENCIA, 2011).

"La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos"; conforme con el Artículo 3 de la Ley N° 29785. "El derecho a la consulta se realiza con el fin de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos como tales por el Estado Peruano en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Perú y las leyes"; de acuerdo con el Artículo 1º, numeral 1.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

El Artículo 5º, literal d), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que las consultas deben realizarse "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta".

"El derecho a la consulta se ejerce conforme a la definición, finalidad, principios y etapas del proceso establecidos en la Ley [29785] y en el Reglamento" (OIT, Reglamento de la Ley Nº 29785, 2012); según el Artículo 1º, numeral 1.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

2.1.1.2. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO A LA CONSULTA

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El Artículo 4 de la Ley N° 29785 prescribe que los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes: "1. Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales. 2. Interculturalidad. El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas. 3. Buena fe. Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas. 4. Flexibilidad. La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados. 5. Plazo razonable. El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.

6. Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno. 7. Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación".

2.1.2. PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A SER CONSULTADOS

2.1.2.1. SUJETOS DEL DERECHO A LA CONSULTA (CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN)

"Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa"; según el Artículo 5 de la Ley N° 29785.

El Artículo 7 de la Ley N° 29785 dispone que para "identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes: 1. Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional. 2. Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. 3. Instituciones sociales y costumbres propias. 4. Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

la población nacional. El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos".

"[…] en principio, las comunidades campesinas, andinas, nativas u otras, podrían (o no), según cada caso particular, ser identificadas como Pueblos […] Podríamos equiparar este criterio con aquel principio que establece que los contratos en realidad no responden al nombre que las partes le den, sino a lo que se desprende de la propia naturaleza de sus prestaciones. Entonces, independientemente de cómo se denomine cada comunidad, esta entrará en el escenario de la consulta previa siempre que encaje dentro de los criterios objetivos y subjetivos previstos para ello" (LA ROSA AIRALDI, 2011).

El Estado peruano informó a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) que el Convenio 169 "se aplica a las denominadas comunidades campesinas y a las comunidades nativas, así como a los indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial y a quienes se autoidentifican como descendientes de las culturas ancestrales asentadas en las zonas de costa, sierra y selva peruana" (OXFAM, 2011).

"La población indígena del Perú, conocida como comunidades campesinas, comunidades nativas y pueblos indígenas aislados, se encuentra en situación de pobreza y analfabetismo y tiene necesidades básicas insatisfechas, lo que se suma a la falta de reconocimiento legal y demarcación de muchos de sus territorios" (OXFAM, 2011).

2.1.2.2. . FORMA DE PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS

"Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales"; conforme con el Artículo 6 de la Ley N° 29785.

2.1.2.3. DERECHO DE PETICIÓN RESPECTO A LA CONSULTA

El Artículo 9º, numeral 9.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC prescribe que los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, "pueden solicitar su inclusión en un proceso de consulta; o la realización del mismo respecto de una medida administrativa o legislativa que consideren pueda afectar directamente sus derechos colectivos. El derecho de petición se ejercerá por una sola vez y nunca

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

simultáneamente. El petitorio debe remitirse a la entidad promotora de la medida dentro de los quince (15) días calendario de publicado el Plan de Consulta respectivo, para el caso de inclusión en consultas que se encuentren en proceso. En caso el petitorio tenga como objeto solicitar el inicio de un proceso de consulta, dicho plazo correrá desde el día siguiente de la publicación de la propuesta de medida en el Diario Oficial. En este último supuesto, si la propuesta de medida no se hubiera publicado, el derecho de petición se puede ejercer hasta antes de que se emita la medida administrativa o legislativa. La entidad promotora decidirá sobre el petitorio dentro de los siete (7) días calendario de recibido el mismo, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable".

El Artículo 9º, numeral 9.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que en el supuesto de que se deniegue el pedido respecto a la consulta, "las organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden solicitar la reconsideración ante la misma autoridad o apelar la decisión. Si la entidad promotora forma parte del Poder Ejecutivo, la apelación es resuelta por el Viceministerio de Interculturalidad, quien resolverá en un plazo no mayor de siete (7) días calendario, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable, bajo responsabilidad. Con el pronunciamiento de esta entidad queda agotada la vía administrativa. La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y sin efecto suspensivo".

"En caso de que el pedido sea aceptado y el proceso de consulta ya se hubiera iniciado, se incorporará al o los pueblos indígenas, adoptando las medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la consulta"; según el Artículo 9º, numeral 9.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

El Artículo 12º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que cuando la medida administrativa sometida a consulta "haya sido solicitada por un administrado, éste puede ser invitado por la entidad promotora, por pedido de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del proceso, con el fin de brindar información, realizar aclaraciones o para evaluar la realización de cambios respecto del contenido de la indicada medida, sin que ello implique que dicho administrado se constituya en parte del proceso de consulta".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.1.3. ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA

El Artículo 8 de la Ley N° 29785 dispone que las "entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta: 1. Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta. 2. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados. 3. Publicidad de la medida legislativa o administrativa. 4. Información sobre la medida legislativa o administrativa. 5. Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente. 6. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios. 7. Decisión".

"La consulta debe entenderse no solo como un acto único que se agota en un acto electoral, sino como un proceso que se construye en el tiempo. La idea es que el mecanismo propicie una solución pacífica y definitiva al eventual conflicto" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

"La entidad responsable de ejecutar la consulta no dará curso a su iniciativa legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, sin agotar el procedimiento adecuado que busque lograr el consentimiento o llegar a acuerdos con los representantes de los pueblos indígenas" (RUIZ MOLLEDA, 2012). "Los actos administrativos y legislativos que afectando de manera directa a un pueblo indígena se implementen sin el procedimiento adecuado de consulta, tienen un vicio de nulidad, debiendo ser suspendidos en sus efectos hasta que ese proceso se lleve a efecto" (RUIZ MOLLEDA, 2012).

"El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta"; de conformidad con el Artículo 24º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

"En caso las entidades promotoras requieran adoptar una medida administrativa con carácter de urgencia, debidamente justificado, el proceso de consulta se efectuará considerando los plazos mínimos contemplados en el presente reglamento"; conforme con la Octava Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

2.1.3.1. IDENTIFICACIÓN DE MEDIDAS OBJETO DE CONSULTA (AFECTACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.1.3.1.1. RELACIÓN DIRECTA ENTRE LAS MEDIDAS Y LOS DERECHOS COLECTIVOS

"El proceso de consulta se inicia con la etapa de identificación de la medida a consultar y del o los pueblos indígenas, conforme lo señalado por la Ley [29785] y el Título I de la presente norma"; según dispone el Artículo 14º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

El Artículo 9 de la Ley N° 29785 establece que las "entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas. Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio. En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes".

"El derecho a la consulta no puede interpretarse sólo como un control de constitucionalidad previo, tal como lo entendemos normalmente los abogados, sino como un derecho que nos abre al diálogo intercultural para la toma de decisiones públicas. Se requieren herramientas de la antropología, derecho, ciencias políticas, estudios culturales y otras disciplinas para aproximarnos al derecho a la consulta" (BAZÁN SEMINARIO, 2011).

En el Artículo 3º, literal i), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se define que las medidas administrativas son "normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo". Asimismo, en el Artículo 3º, literal j), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se define a las medidas legislativas como normas "con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El Artículo 4º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que el contenido "de la medida legislativa o administrativa que se acuerde o promulgue, sobre la cual se realiza la consulta, debe ser acorde a las competencias de la entidad promotora, respetar las normas de orden público así como los derechos fundamentales y garantías establecidos en la Constitución Política del Perú y en la legislación vigente. El contenido de la medida debe cumplir con la legislación ambiental y preservar la supervivencia de los pueblos indígenas".

En el Artículo 3º, literal b), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se considera que "una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos".

En el Artículo 3º, literal f), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se explica que los derechos colectivos tienen por "sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; 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; a la jurisdicción especial; 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; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural".

"Las medidas legislativas o administrativas de alcance general, incluyendo los planes y programas, sólo serán consultadas en aquellos aspectos que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas; según el Artículo 27º, numeral 27.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. "Para tal fin, se consultará al o los pueblos indígenas, a través de sus representantes elegidos de acuerdo a sus propios usos y costumbres"; conforme con el Artículo 27º, numeral 27.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. "El proceso de consulta a los pueblos indígenas referido en el inciso anterior, se realizará a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida"; de acuerdo con el Artículo 27º, numeral 27.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

El Artículo 27º, numeral 27.5, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que cuando, de modo excepcional, "el Poder Ejecutivo ejercite las facultades legislativas previstas en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú, se consultará aquellas disposiciones del proyecto de Decreto Legislativo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El Poder Ejecutivo incluirá, en el pedido de delegación de facultades, un período adicional para el desarrollo del proceso de consulta".

El Artículo 27º, numeral 27.6, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que la consulta de los proyectos de Decretos Legislativos "se realizará sólo respecto del artículo o artículos que pudieran implicar un cambio en la situación jurídica de un derecho colectivo reconocido a los pueblos indígenas. Estarán comprendidos en el proceso de consulta sólo los pueblos indígenas que pudieran ser afectados directamente por el artículo o artículos antes indicados, a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida".

El Artículo 6º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que de acuerdo a lo establecido en "el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66º de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3º, inciso i) del Reglamento [el mencionado Decreto Supremo] que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso"[3].

"Durante los últimos años, en el Perú se ha venido promoviendo la inversión privada para el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales en zonas andinas y amazónicas donde habitan los pueblos indígenas, sin consultar previamente con las comunidades afectadas" (OXFAM, 2011). "En los casos referidos al manejo público de la actividad minera (otorgamiento de permisos, regulación y fiscalización), la toma de decisiones es competencia del Estado, por cuanto supone el manejo de bienes e intereses públicos, y, por ello, la aplicación de la consulta ciudadana es su responsabilidad también en sus diferentes ámbitos territoriales" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

La Sétima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC señala que el Estado "brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos

[3] El Artículo 66 de la Constitución Política del Perú dispone lo siguiente: "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.
Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas: a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos. b) 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".

Según la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, el "contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11º del Decreto Supremo Nº 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".

"Conforme a lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, 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"; de conformidad con la Décima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.1.3.1.2. MEDIDAS QUE NO SON OBJETO DE CONSULTA

El Artículo 5º, literal k), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que las normas "de carácter tributario o presupuestario no serán materia de consulta". Asimismo, según el Artículo 5º, literal l), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, no requieren ser consultadas "las 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. El mismo tratamiento reciben las medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias, así como la persecución y control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes". Además, conforme con el Artículo 5º, literal n), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, la dación de medidas administrativas o legislativas "que contravengan lo establecido en la Ley [29785] y el Reglamento [dicho Decreto Supremo], vulnerando el derecho a la consulta, pueden ser objeto de las medidas impugnatorias previstas en la legislación".

El Artículo 27º, numeral 27.4, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que conforme al numeral 8 del artículo 118º de la CPP, "las medidas reglamentarias no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes, por lo que no pueden cambiar la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas previstos en la ley. Sin perjuicio de lo anterior, podrían utilizarse los mecanismos de participación ciudadana previstos en la legislación, distintos a la consulta, conforme lo señala el Convenio 169 de la OIT". "Conforme a lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, corresponde a las distintas entidades públicas, según corresponda, desarrollar los mecanismos de participación dispuestos en la legislación vigente, los cuales serán adicionales o complementarios a los establecidos para el proceso de consulta"; de conformidad con la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

"La dación de Decretos de Urgencia se rige por las reglas establecidas en el numeral 19 del artículo 118º de la Constitución Política del Perú"; según establece el Artículo 27º, numeral 27.7, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. La citada norma constitucional señala que corresponde al Presidente de la República, en particular, dictar "medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"Cuando una medida administrativa ya consultada requiera, para dar inicio a las actividades autorizadas por ella, de la aprobación de otras medidas administrativas de carácter complementario, estas últimas no requerirán ser sometidas a procesos de consulta"; conforme con la Décima Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

"No requerirá proceso de consulta aquella medida administrativa que apruebe el reinicio de actividad, en tanto no implique variación de los términos originalmente autorizados"; según la Décima Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

De acuerdo con la Décima Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, 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 requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento [dicho Decreto Supremo]".

2.1.3.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS A SER CONSULTADOS (ORGANIZACIÓN REPRESENTATIVA)

"La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa 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"; de conformidad con el Artículo 10 de la Ley N° 29785.

"Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa" (OIT, Reglamento de la Ley Nº 29785, 2012); conforme con el Artículo 7º, numeral 7.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

En el Artículo 3º, literal k), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se define como pueblo indígena u originario al pueblo «que desciende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. Los criterios establecidos en el artículo 7º de la Ley [29785] deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos. En adelante se utilizará la expresión “pueblo indígena” para referirse a “pueblo indígena u originario”».

El Artículo 7º, numeral 7.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que los “titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas del ámbito geográfico en el cual se ejecutaría dicha medida o que sea afectado directamente por ella. La consulta se realiza a través de sus organizaciones representativas. Para ello, los pueblos indígenas nombrarán a sus representantes según sus usos, costumbres y normas propias”. En el Artículo 3º, literal c), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se define como ámbito geográfico el área “en donde habitan y ejercen sus derechos colectivos el o los pueblos indígenas, sea en propiedad, en razón de otros derechos reconocidos por el Estado o que usan u ocupan tradicionalmente”.

El Artículo 5º, literal c), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que las consultas deben realizarse “a través de los o las representantes de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas directamente afectados, acreditados conforme al numeral 10.1 del artículo 10º del Reglamento” (OIT, Reglamento de la Ley Nº 29785, 2012).

En el Artículo 3º, literal m), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se define a la institución u organización representativa de los pueblos indígenas como la institución u organización «que, conforme los usos, costumbres, normas propias y decisiones de los pueblos indígenas, constituye el mecanismo de expresión de su voluntad colectiva. Su reconocimiento se rige por la normativa especial de las autoridades competentes, dependiendo del tipo de organización y sus alcances. En el Reglamento se utilizará la expresión “organización representativa”».

En el Artículo 3º, literal n), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se define al representante como persona natural, «miembro del pueblo indígena, que pudiera ser afectada directamente por la medida a consultar y que es elegida conforme los usos y costumbres tradicionales de dichos pueblos. Cualquier mención a “representante” en el Reglamento [el mencionado Decreto Supremo] se entenderá referida a la forma de participación a que hace referencia el artículo 6º de la Ley [29785]. El Plan de Consulta incluye la referencia al número de representantes conforme a los criterios señalados en el numeral 2 del artículo 10º del Reglamento. En el proceso de consulta, los organismos no gubernamentales u otras organizaciones de la sociedad civil y del sector privado sólo podrán ejercer las funciones señaladas en el numeral 3 del artículo 11 del Reglamento».

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"La entidad promotora identifica al o los pueblos indígenas, que pudieran ser afectados en sus derechos colectivos por una medida administrativa o legislativa, y a sus organizaciones representativas, a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial"; de acuerdo con el Artículo 8º, numeral 8.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. "En caso la entidad promotora cuente con información que no esté incluida en la Base de Datos Oficial, remitirá la misma al Viceministerio de Interculturalidad para su evaluación e incorporación a dicha Base, de ser el caso" (ONU, 2007); según el Artículo 8º, numeral 8.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

El Artículo 10º, numeral 10.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que los pueblos indígenas "participan en los procesos de consulta a través de sus representantes nombrados conforme a sus propios usos y costumbres, debiendo acreditarlos en el proceso de consulta ante la entidad promotora, alcanzando un documento formal de acreditación. El indicado documento debe estar firmado por los responsables del nombramiento de los representantes según corresponda. Las mismas reglas se siguen en caso se realice un cambio de representantes en el proceso de consulta. Este cambio no altera el proceso ni los acuerdos alcanzados hasta dicho momento. Quien presente el documento formal de acreditación debe ser la persona que aparece registrada en la Base de Datos Oficial como representante de la organización representativa del o los pueblos indígenas".

"El número de representantes designados debe considerar las necesidades del proceso, con enfoque de género y facilitando el diálogo intercultural orientado a la búsqueda de acuerdos"; según el Artículo 10º, numeral 10.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

El Artículo 10º, numeral 10.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que la falta de "organizaciones representativas o representantes no es obstáculo para la realización del proceso de consulta, debiendo la entidad promotora adoptar las medidas necesarias para hacer posible la consulta al o los pueblos indígenas que pudieran ser afectados. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad incluir dicho supuesto en la Guía Metodológica".

El Artículo 10º, numeral 10.4, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que los pueblos indígenas, "dentro de los treinta (30) días calendarios de recibido el Plan de Consulta, deben designar a sus representantes, conforme lo regula el presente artículo. El nombre de los o las representantes y los documentos de acreditación son de acceso público. El plazo de designación de los representantes transcurre dentro del plazo de la etapa de información, prevista en el artículo 18 del Reglamento [dicho Decreto Supremo]. En caso no llegara la acreditación dentro del plazo, se presumirá que las personas registradas en la Base de Datos son los o las representantes" (ONU, 2007). En el Artículo 3º, literal l), del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Decreto Supremo N° 001-2012-MC se define al Plan de Consulta como instrumento escrito "que contiene la información detallada sobre el proceso de consulta a realizarse, el que debe ser adecuado a las características de la medida administrativa o legislativa a consultarse y con un enfoque intercultural".

El Artículo 15º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que las entidades promotoras "pueden realizar reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta. También podrán realizar dichas reuniones en casos de procedimientos de especial complejidad que requieran precisiones mayores a las contenidas en el Reglamento [dicho Decreto Supremo]".

El Artículo 16º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que el Plan de Consulta "debe ser entregado por la entidad promotora a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, junto con la propuesta de la medida a consultar, conteniendo al menos: a) Identificación del o de los pueblos indígenas a ser consultados; b) Las obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores del proceso de consulta; c) Los plazos y el tiempo para consultar, los que deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta; d) Metodología del proceso de consulta, lugar de reuniones e idiomas que se utilizarán, y las medidas que faciliten la participación de las mujeres indígenas en el proceso; e) Los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta" (ONU, 2007).

2.1.3.3. . ETAPA DE PUBLICIDAD DE LA MEDIDA

"Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan"; según el Artículo 11 de la Ley N° 29785.

El Artículo 17º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que las "entidades promotoras de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta deben entregarla a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas que serán consultados, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, considerando el o los idiomas de los pueblos indígenas y sus representantes. Al mismo tiempo deben entregar el Plan de Consulta. Una vez que se haya entregado a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas tanto la propuesta de medida como el Plan de Consulta, culmina esta etapa e inicia la etapa de información. Tal hecho debe constar en el portal web de la entidad promotora".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.1.3.4. ETAPA DE INFORMACIÓN A LOS PUEBLOS

"Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa"; según el Artículo 12 de la Ley N° 29785.

El Artículo 5º, literal j), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que la obligación del Estado "de informar al pueblo indígena, así como la de apoyar la evaluación interna, se circunscribe sólo a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participen del proceso de consulta" (OIT, Reglamento de la Ley Nº 29785, 2012).

"Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos"; según el Artículo 13 de la Ley N° 29785.

Según el Artículo 18º, numeral 18.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, corresponde a las entidades promotoras "brindar información al o los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. La etapa de información dura entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario, según establezca la autoridad promotora".

El Artículo 18º, numeral 18.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que la información "debe darse de forma adecuada y oportuna, con el objetivo de que el o los pueblos indígenas cuenten con información suficiente sobre la materia de consulta, así como para evaluar la medida y formular sus propuestas. Se deben usar medios de comunicación cercanos a la población indígena de tal manera que puedan llegar efectivamente a sus organizaciones representativas y a sus representantes, sobre la base de un enfoque intercultural" (OIT, Reglamento de la Ley Nº 29785, 2012).

"La entidad promotora alentará que el o los pueblos indígenas cuenten con la asistencia técnica que fuera necesaria para la comprensión de la medida"; según el Artículo 18º, numeral 18.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.1.3.5. ETAPA DE EVALUACIÓN INTERNA DE LOS PUEBLOS

El Artículo 19º, numeral 19.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que las organizaciones "representativas del o los pueblos indígenas y sus representantes deben contar con un plazo razonable en consideración de la naturaleza de la medida con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas".

"El derecho a la consulta se fundamenta en el reconocimiento del derecho de los Pueblos Indígenas a establecer sus propias prioridades de desarrollo (principio de autodeterminación de los Pueblos Indígenas). Esta característica representa la diferencia sustancial con los mecanismos de participación ciudadana en general" (GAMBOA BALBÍN, 2012).

"Debe incorporarse dentro de los costos del proceso de consulta el apoyo logístico que debe brindarse a los pueblos indígenas para la realización de la etapa de evaluación interna y conforme lo señalado en el artículo 26º del Reglamento"; según el Artículo 19º, numeral 19.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

El Artículo 19º, numeral 19.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC prescribe que al culminar "el proceso de evaluación interna, y dentro del plazo de dicha etapa, los o las representantes del o de los pueblos indígenas deberán entregarle a la entidad promotora, un documento escrito y firmado, o de forma verbal, dejándose constancia en un soporte que lo haga explícito, en el cual podrán indicar su acuerdo con la medida o presentar su propuesta acerca de lo que es materia de consulta, debiendo referirse en particular a las posibles consecuencias directas respecto a las afectaciones a sus derechos colectivos. Si los o las representantes no pudieran firmarlo, pueden colocar su huella digital".

El Artículo 19º, numeral 19.4, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que en caso los representantes de los pueblos indígenas "señalen que se encuentran de acuerdo con la medida, concluye el proceso de consulta. La autoridad toma el documento indicado en el numeral anterior, en que se señala el acuerdo, como Acta de Consulta. En caso de que los o las representantes de las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas presenten modificaciones, aportes o propuestas, tales servirán para iniciar la etapa de diálogo propiamente dicha".

El Artículo 19º, numeral 19.5, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que en caso los representantes de los pueblos indígenas "no expresen su voluntad colectiva conforme lo señalado en el numeral 19.3 dentro del plazo previsto para la evaluación interna, la entidad promotora entenderá que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

existe desacuerdo con la medida y convocará a la primera reunión de la etapa de diálogo. En dicha reunión los o las representantes deberán presentar los resultados de la evaluación interna. En caso no pudieran entregarlos, por razones debidamente justificadas, la entidad promotora volverá a citarlos en dicha reunión, y dentro del plazo de la etapa de diálogo, con el fin de recibir dicha evaluación e iniciar la búsqueda de acuerdos, de ser el caso. Si a pesar de lo señalado […] los o las representantes del o de los pueblos indígenas no presentaran los resultados de la evaluación interna, sean en forma oral o escrita, se entenderá abandonado el proceso de consulta y se pasará a la etapa de decisión" (OIT, Reglamento de la Ley Nº 29785, 2012).

El Artículo 19º, numeral 19.6, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que en caso "de haber varios representantes del o de los pueblos indígenas, con opiniones divergentes, cada una de ellos podrá emitir sus propias opiniones sobre la medida materia de consulta. Todas las partes, incluso las que señalaron su acuerdo, tienen el derecho de participar en este caso en la etapa de diálogo".

"La evaluación interna debe completarse dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario"; según el Artículo 19º, numeral 19.7, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

2.1.3.6. ETAPA DE DIÁLOGO INTERCULTURAL

"El período máximo de esta etapa [de diálogo intercultural] será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes"; según el Artículo 20º, numeral 20.6, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

"En cuanto al proceso de consulta, el derecho a la consulta no pretende ser un mecanismo de información ni un procedimiento meramente formal, sino que es un proceso de diálogo permanente, realizado de buena fe, y de modo apropiado a las circunstancias entre el Estado y los Pueblos Indígenas, con el cual se busca conocer los reales intereses de los consultados para así incorporarlos como parte de las políticas públicas y las medidas legislativas y administrativas" (GAMBOA BALBÍN, 2012)

"Ubicando a la Consulta dentro de un proceso de diálogo, ésta no puede circunscribirse a actos de naturaleza electoral, es decir la Consulta no busca determinar mayorías y minorías, sino más bien consensos (acuerdos o consentimiento). Por lo que, procesalmente la consulta podría definirse como el conjunto de actos previos, a una medida estatal, que el gobierno promueve con el objeto de lograr el consentimiento de los pueblos indígenas o llegar a un acuerdo sobre la aplicación de dicha medida" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.1.3.6.1. DIÁLOGO CON LOS PUEBLOS

El Artículo 14 de la Ley N° 29785 dispone que el "diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales 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 contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo".

"Si bien es importante el proceso, la discusión no debe ser reducida sólo a ello, por tanto no se consulta para agotar una etapa procesal, se consulta para evitar por lo menos que una posible decisión, no implique la violación de derechos fundamentales de pueblos indígenas" (CORONADO CHUECAS, La importancia del aspecto sustantivo del Derecho a la Consulta, 2013).

El Artículo 5º, literal g), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que atendiendo a "la diversidad de pueblos indígenas existentes y a la diversidad de sus costumbres, el proceso de consulta considera las diferencias según las circunstancias a efectos de llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural. Se presta especial interés a la situación de las mujeres, la niñez, personas con discapacidad y los adultos mayores".

En el Artículo 3º, literal h), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se define al enfoque intercultural como el reconocimiento "de la diversidad cultural y la existencia de diferentes perspectivas culturales, expresadas en distintas formas de organización, sistemas de relación y visiones del mundo. Implica reconocimiento y valoración del otro".

El Artículo 5º, literal b), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que deben establecerse "mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado".

El Artículo 16 de la Ley N° 29785 establece que para "la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena. Para ello, los procesos de consulta

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo".

El Artículo 5º, literal h), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que el proceso de consulta "debe realizarse respetando los usos y tradiciones de los pueblos indígenas, en el marco de lo establecido por la Constitución y las leyes. La participación de las mujeres, en particular en funciones de representación, se realizará conforme a lo señalado en este inciso".

El Artículo 13º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que el proceso de consulta "se realiza a través de una metodología con enfoque intercultural, de género, participativo y flexible a las circunstancias, en el marco de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la Ley [29785] y el Reglamento [dicho Decreto Supremo]. Se rige por los principios establecidos en la Ley y es acorde con las disposiciones del Reglamento. Para su desarrollo se considerará la Guía Metodológica".

"En el caso de medidas legislativas o administrativas de alcance general, la etapa de diálogo se realiza en la sede de la entidad promotora, salvo que las partes elijan una sede distinta, la cual debe contar con las facilidades que permitan el adecuado desarrollo del proceso"; según el Artículo 20º, numeral 20.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Asimismo, en "el caso de consulta de actos administrativos, la etapa de diálogo se realizará en un lugar que facilite la participación de los o las representantes del o de los pueblos indígenas"; conforme con el Artículo 20º, numeral 20.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. En este contexto, el Artículo 20º, numeral 20.5, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que la entidad promotora "deberá, en caso sea necesario y para el desarrollo de esta etapa, cubrir los costos de los traslados, alimentación y alojamiento de los o las representantes del o de los pueblos indígenas y de los miembros de organizaciones representativas indígenas necesarios para el desarrollo del proceso de consulta"; de conformidad con lo señalado en el artículo 26º del Reglamento [dicho Decreto Supremo]"[4].

El Artículo 5º, literal f), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que la consulta debe tener en cuenta "los problemas de accesibilidad que pudieran tener los miembros de las organizaciones representativas de los

[4] Téngase en cuenta lo dispuesto en el Artículo 18 de la Ley N° 29785; asimismo, el Artículo 26º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC y su Décima Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

pueblos indígenas, y sus representantes, de llegar al lugar en donde se realice el proceso de consulta. Debe optarse por lugares que por su fácil acceso permitan lograr el máximo de participación".

El Artículo 20º, numeral 20.4, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC prescribe que si algún pueblo indígena, "que ya es parte del proceso de consulta al haber sido debidamente informado y convocado, no participara en la etapa de diálogo, y en tanto aún no se haya firmado el Acta de Consulta, puede incorporarse al proceso, previa presentación de sus aportes y aceptando el estado en el que se encuentra el proceso al momento de su incorporación, incluyendo los acuerdos que ya se hubieran adoptado".

El Artículo 20º, numeral 20.7, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que en el desarrollo de la etapa de diálogo "se observarán las siguientes reglas mínimas: a) El o los pueblos indígenas tienen el derecho de usar su lengua nativa o el idioma oficial. Cuando alguna de las partes desconozca el idioma del interlocutor se contará con los intérpretes respectivos. b) Al iniciar la etapa de diálogo, la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa debe realizar una exposición sobre los desacuerdos subsistentes al terminar la etapa de evaluación interna sobre la base de los documentos que las partes presentaron al finalizar dicha etapa. Realizada esta presentación se inicia el proceso de búsqueda de consenso".

El Artículo 20º, numeral 20.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que el diálogo intercultural "se realiza respecto de aquellos aspectos en donde se presentan diferencias entre las posiciones de la propuesta de la entidad promotora y las presentadas por el o los pueblos indígenas. Esta debe guiarse por un esfuerzo constante, y de buena fe, por alcanzar acuerdos sobre la medida objeto de consulta".

2.1.3.6.2. PRINCIPIO DE BUENA FE

En el Artículo 3º, literal d), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se establece que las "entidades estatales deben analizar y valorar la posición del o los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado, los o las representantes y las organizaciones de los pueblos indígenas tienen el deber de actuar de buena fe, centrando la discusión en el contenido de las medidas objeto de consulta, siendo inadmisible las prácticas que buscan impedir o limitar el ejercicio de este derecho, así como la utilización de medidas violentas o coercitivas como instrumentos de presión en el proceso de consulta. El principio de buena fe, aplicable a ambas partes, comprende adicionalmente: i. Brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo. ii. Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado. iii. Cooperar con el desarrollo de la consulta. iv. Diligencia en el cumplimiento de lo acordado. v. Exclusión de prácticas que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta. vi. No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta".

El Artículo 5º, literal a), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que las "consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta". Asimismo, conforme con el Artículo 5º, literal i), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, los pueblos indígenas "deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección, en el proceso de consulta, en un marco de plena autonomía, y sin interferencia de terceros ajenos a dichos pueblos, respetando la voluntad colectiva".

Los funcionarios públicos "que participen en cualquiera de las etapas del proceso de consulta deberán actuar, bajo responsabilidad, en estricto cumplimiento de lo establecido en la Ley y el Reglamento, en el marco del principio de Buena Fe"; según el Artículo 30º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

"De lo que se trata es de aplicar el principio de buena fe en todo proceso de consulta, lo que implica un diálogo permanente en el que todas las partes involucradas estén dispuestas a escuchar y a ceder en sus posiciones mientras defienden sus legítimos intereses, y en el que los acuerdos alcanzados vinculen a las partes" (OXFAM, 2011). "La buena fe en el proceso de consulta es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de sus líderes o mediante el establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales" (MAYEN, 2014).

2.1.3.6.3. . SUSPENSIÓN Y ABANDONO DEL PROCESO DE DIÁLOGO

El Artículo 21º, numeral 21.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que si durante el proceso de consulta "se produjeran actos o hechos ajenos a las partes que perturbaran el proceso de diálogo, la entidad promotora suspenderá el mismo hasta que se den las condiciones requeridas, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación. La decisión de suspensión se sustentará en un informe motivado sobre los actos o hechos que afectan el proceso de diálogo, no pudiendo dicha suspensión o la suma de ellas, de ser el caso, superar el plazo de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

quince (15) días calendario. Cumplido ese plazo la entidad promotora podrá convocar al diálogo en un lugar que garantice la continuidad del proceso, en coordinación, de ser posible, con los o las representantes del o de los pueblos indígenas. En cualquier caso, la entidad promotora pondrá fin al proceso de diálogo si el incumplimiento del principio de buena fe impidiera la continuación del proceso de consulta, elaborando un informe sobre las razones que sustentan dicha decisión, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación, de ser el caso, luego de lo cual se pasará a la etapa de decisión".

El Artículo 21º, numeral 21.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que los pueblos indígenas "pueden desistirse, no continuar, o abandonar el proceso de consulta. Las entidades promotoras deben agotar todos los medios posibles previstos en la Ley [29785] y el Reglamento [dicho Decreto Supremo] para generar escenarios de diálogo. Si luego de lo señalado no es posible lograr la participación del o de los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, la entidad promotora dará el proceso por concluido, elaborando un informe que sustente la decisión adoptada, dentro del plazo de la etapa de diálogo".

2.1.3.7. ETAPA DE DECISIÓN

El Artículo 15 de la Ley N° 29785 prescribe que la "decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios 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 peruano. El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial".

"Por razones de estructura y de fundamentos propios, los acuerdos pueden constituir para el Poder Ejecutivo de un Estado, una exigencia legal –en algunos casos, hasta judicial podría resultar la exigencia-. Sin embargo, para el Poder Legislativo esto no es posible, debido a las instituciones y fundamentos políticos, sociales y jurídicos que revisten a dicho Poder del Estado, tales como el mandato representativo, soberanía legislativa, ausencia de responsabilidad de votos y opiniones, las propias funciones

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

parlamentarias y fundamentalmente, el actual marco constitucional vigente en el que se erige dicho poder del Estado" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011).

En el Artículo 3º, literal a), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se define el Acta de Consulta como instrumento público, "con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcance como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. Es suscrita por los funcionarios competentes de la entidad promotora y por los o las representantes del o de los pueblos indígenas. En caso de que los o las representantes no fueran capaces de firmar el acta, estamparán sus huellas digitales en señal de conformidad. Los documentos sustentatorios del acuerdo forman parte del acta de consulta".

El Artículo 23º, numeral 23.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la decisión final "sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por el o los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias directas que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados ratificados por el Estado Peruano".

"Muchas personas siguen con la idea de que [la consulta previa] se trata de una suerte de arbitraje en el que el Estado deberá resolver quien tiene la razón cuando no se trata de razones o de posiciones sino más bien de lograr que un emprendimiento beneficie de la mejor manera al país, respetando la Ley y los derechos de las personas, incluidos los pueblos indígenas" (BAZÁN SEMINARIO, 2011).

"El resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes"; según el Artículo 1º, numeral 1.5, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. En otros términos: "De alcanzarse un acuerdo total o parcial entre el Estado y el o los pueblos indígenas, como resultado del proceso de consulta, dicho acuerdo es de carácter obligatorio para ambas partes"; según el Artículo 23º, numeral 23.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

El Artículo 22º, numeral 22.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que en el Acta de Consulta "deben constar, de ser el caso, los acuerdos adoptados, señalando expresamente si los mismos son totales o parciales. En caso de no existir acuerdo alguno, o cuando el acuerdo es parcial, debe quedar constancia de las razones del desacuerdo parcial o total". Asimismo, el Artículo 22º, numeral 22.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que el Acta de Consulta "será firmada por los o las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

representantes del o de los pueblos indígenas y por los funcionarios y funcionarias debidamente autorizados de la entidad promotora. De negarse a firmar el Acta, se entenderá como una manifestación de desacuerdo con la medida, y se pasará a la etapa de decisión".

El Artículo 5º, literal e), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que el "derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo".

El Artículo 23º, numeral 23.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que si no hay "un acuerdo y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida. Los o las representantes que expresen su desacuerdo tienen el derecho de que el mismo conste en el Acta de Consulta".

"Entonces, en caso de vulneración de derechos de los pueblos indígenas puede exigirse la tutela de estos derechos ante los órganos administrativos y jurisdiccionales respectivos y por los mecanismos administrativos, penales, civiles, constitucionales, etc. que correspondan" (BAZÁN SEMINARIO, 2011).

"El objetivo de la consulta es conseguir el acuerdo o consentimiento, resultado que es de cumplimiento obligatorio para ambas partes. Asimismo, con relación al consentimiento, se considera que el proceso de consulta tiene como fundamento que los Estados hagan los esfuerzos para lograr este consentimiento" (GAMBOA BALBÍN, 2012).

"[El no acuerdo, como resultado de la consulta previa] puede generar mayores problemas, pues el Estado tiene la última decisión. Pero, en este caso, el Estado debe cumplir tres requisitos: explicar porqué se adopta esa decisión; asumir la responsabilidad social; e incluir en su decisión una motivación adecuada, que responda a las preocupaciones de la población. Por ello, se debe exigir al Estado que sus decisiones sean sustentadas" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.1.4. OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES RESPECTO AL PROCESO DE CONSULTA

2.1.4.1. ENTIDAD COMPETENTE EN EL PROCESO DE CONSULTA

"Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley"; según el Artículo 17 de la Ley N° 29785.

En el Artículo 3º, literal g), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC se define a la entidad promotora como 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. 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. Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras, conforme a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento".

Las disposiciones del Reglamento de la Ley N° 29785 "serán aplicadas por los gobiernos regionales y locales para los procesos de consulta a su cargo, sin transgredir ni desnaturalizar los objetivos, principios y etapas del proceso de consulta previstos en la Ley y en el presente Reglamento, y en el marco de las políticas nacionales respectivas"; según el Artículo 2º, numeral 2.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

El Artículo 2º, numeral 2.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que los "gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida".

Teniendo en cuenta que, además del gobierno central, los gobiernos regionales y locales deben también realizar procesos de consulta, estos gobiernos que "cuenten con presencia de pueblos y comunidades

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

indígenas en su ámbito territorial, en consulta y con participación plena de las organizaciones indígenas de su jurisdicción, deberán elaborar una ordenanza en la que se establezca las pautas y mecanismos de consulta" (RUIZ MOLLEDA, 2012).

"En el caso de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada Organismo Promotor de la Inversión Privada coordinar con la entidad promotora la oportunidad en que ésta deberá realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente"; conforme con la Décima Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

El Artículo 5º, literal m), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que son "documentos de carácter público, disponibles, entre otros medios, a través de los portales web de las entidades promotoras: El Plan de Consulta, la propuesta de la medida administrativa o legislativa a consultar, el nombre de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y el de sus representantes, el nombre de los representantes estatales, el Acta de Consulta y el Informe de Consulta".

El Artículo 25º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que culminado el proceso de consulta, "la entidad promotora debe publicar en su portal web un Informe conteniendo: a) La propuesta de medida que se puso a consulta. b) El Plan de Consulta. c) Desarrollo del proceso. d) Acta de Consulta. e) Decisión adoptada, de ser el caso. El Informe Final debe ser remitido a los o las representantes del o de los pueblos indígenas que participaron en el proceso de consulta".

"Las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios"; conforme con el Artículo 18 de la Ley N° 29785.

"En el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponde a la entidad promotora financiar los costos del proceso de consulta"; según el Artículo 26º, numeral 26.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. "En el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida"; conforme con el Artículo 26º, numeral 26.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. "Las entidades promotoras identificarán o modificarán en sus TUPA los procedimientos a los que se le aplique el presente artículo"; de acuerdo con el Artículo 26º, numeral 26.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"La aplicación de la presente norma se hará con cargo al presupuesto institucional de las entidades promotoras correspondientes sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público"; según la Décima Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

2.1.4.2. FUNCIONES DEL ÓRGANO TÉCNICO ESPECIALIZADO EN MATERIA INDÍGENA DEL PODER EJECUTIVO

2.1.4.2.1. VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD DEL MINISTERIO DE CULTURA

Para efectos de la Ley N° 29785, se considera al Viceministerio de Interculturalidad (VMI) del Ministerio de Cultura "como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo"; conforme con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785.

La implementación de la consulta previa "requiere de una institución centralizada, un cuerpo técnico especializado en pueblos indígenas, y transversal respecto de todo el Estado. Su aplicación debe ser incorporada en todas las políticas sectoriales" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

"Lo que confiere sentido, finalidad y razón de ser a la consulta es el derecho a la identidad cultural. Quitarle la cultura a un pueblo es quitarle un referente básico de cómo vivir. El Derecho, partiendo de esta premisa, ha decidido proteger a través de la Consulta la identidad de los pueblos originarios que habitan en el Perú antes de la aparición del Estado. En ese sentido, el Ministerio de Cultura es sin duda el sector público competente" (BAZÁN SEMINARIO, 2011).

Como antecedente de la Ley N° 29785, cabe señalar que la "Ley Marco sobre el Derecho a la Consulta, de 2010, observada por el Ejecutivo, otorga al INDEPA [Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos] el carácter de órgano técnico especializado en materia indígena dentro del Poder Ejecutivo y crea una base de datos oficial sobre pueblos indígenas y originarios" (OXFAM, 2011).

El Artículo 19 de la Ley N° 29785 prescribe que respecto a los procesos de consulta, "son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes: 1. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. 2. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular. 3. Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa. 4. Emitir opinión, de oficio o a pedido de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados. 5. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta. 6. Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas. 7. Registrar los resultados de las consultas realizadas. 8. Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias. 9. Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento".

El Artículo 28º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC prescribe que son funciones del VMI "las establecidas por Ley y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura. Estas incluyen: 1. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Asimismo, brinda opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta. 2. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes, del o de los pueblos indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular, en coordinación con las entidades promotoras. 3. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades promotoras, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por dichas entidades, sobre el ámbito de la consulta y la determinación del o de los pueblos indígenas a ser consultados, así como sobre el Plan de Consulta. 4. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y al o los pueblos indígenas que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma. 5. Elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial relativa a los pueblos indígenas, en donde también se registrarán sus organizaciones representativas. 6. Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta. 7. Crear, mantener y actualizar un Registro de Facilitadores, así como el Registro de Intérpretes de las lenguas indígenas. 8. Dictar una Guía Metodológica para la implementación del derecho de consulta, incluyendo documentos modelo, en el marco de la Ley [29785] y el Reglamento [dicho Decreto Supremo]".

El VMI "en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas"; según el Artículo 1º, numeral 1.4, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.1.4.2.2. BASE DE DATOS OFICIAL DE LOS PUEBLOS Y SUS REPRESENTANTES

El Artículo 20 de la Ley N° 29785 dispone la creación de "la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La base de datos contiene la siguiente información: 1. Denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican. 2. Referencias geográficas y de acceso. 3. Información cultural y étnica relevante. 4. Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera. 5. Sistema, normas de organización y estatuto aprobado. 6. Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación".

El Artículo 29º, numeral 29.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que la "Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley [29785], constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas. No tiene carácter constitutivo de derechos".

El Artículo 29º, numeral 29.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que el VMI "es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Cultura se aprueba la directiva que la regula, incluyendo los procedimientos para la incorporación de información en la misma, en particular la disponible en las distintas entidades públicas, así como para la coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La Resolución Ministerial se aprobará dentro de los treinta (30) días calendario de la entrada en vigencia del Reglamento [dicho Decreto Supremo]".

"Todo organismo público al cual se le solicite información para la construcción de la Base de Datos Oficial está en la obligación de brindarla"; conforme con el Artículo 29º, numeral 29.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

2.1.4.3. . PARTICIPACIÓN DE FACILITADORES, INTÉRPRETES Y ASESORES EN EL PROCESO DE CONSULTA

El Artículo 11º, numeral 11.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que la entidad promotora "es la responsable de convocar a los facilitadores, facilitadoras e intérpretes previa coordinación con los o las representantes del o de los pueblos indígenas. El Viceministerio de Interculturalidad dictará políticas orientadas a promover la debida capacitación de facilitadores e intérpretes".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Intérpretes y facilitadores “deben estar registrados obligatoriamente en el Registro respectivo a cargo del Viceministerio de Interculturalidad”; según el Artículo 11º, numeral 11.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. La Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC señala que la “obligación establecida en el artículo 11.2 entrará en vigencia progresivamente conforme lo establezca el Ministerio de Cultura, mediante Resolución Ministerial, el cual definirá las medidas transitorias que correspondan. En tanto, los facilitadores e intérpretes son propuestos por el Viceministerio de Interculturalidad”.

El Artículo 11º, numeral 11.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que los pueblos indígenas, “a través de sus organizaciones representativas y sus representantes están facultados a contar con asesores durante todo el proceso de consulta, quienes cumplen tareas de colaboración técnica en el proceso. Los asesores y asesoras no pueden desempeñar el rol de vocería”.
El Artículo 11º, numeral 11.4, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC dispone que la Guía Metodológica “establecerá las pautas de actuación de los facilitadores y facilitadoras, asesores, asesoras e intérpretes. El Viceministerio de Interculturalidad promueve la participación efectiva de las mujeres en dichas funciones”.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.2. PROCESOS DE CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR ENERGÍA Y MINAS

2.2.1. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DEL MINEM EN LOS QUE CORRESPONDE REALIZAR EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA (RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 350-2012-MEM)

Mediante la Resolución Ministerial 350-2012-MEM se ha aprobado los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la Dirección a cargo, conforme se detallan a continuación:

Procedimientos Administrativo	Oportunidad del Proceso de consulta	Dirección a cargo
Concesión de transporte de hidrocarburos por ductos.	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Hidrocarburos.
Concesión de distribución de gas natural por red de ductos.	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Hidrocarburos.
Modificación de la concesión (sólo si se trata de ampliación)	Antes de otorgar la modificación.	Dirección General de Hidrocarburos.
Autorización de la instalación y operación de ducto par uso propio y principal.	Antes de otorgar la autorización.	Dirección General de Hidrocarburos.
Modificación o transferencia de autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal (sólo si se trata de ampliación de terreno para la operación del ducto).	Antes de otorgar la modificación de la autorización.	Dirección General de Hidrocarburos.
Decreto Supremo que aprueba la suscripción de contratos de Exploración y Explotación de lotes petroleros y gasíferos.	Antes de emitir el Decreto Supremo.	PETROPERU S.A.
Informe Técnico Favorable para la instalación de Plantas de Refinación y Procedimientos de	Previo a la emisión de la autorización.	Dirección General de Hidrocarburos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Procedimiento Administrativo	Oportunidad del Proceso de consulta	Dirección a cargo
Otorgamiento de concesión definitiva de generación, transmisión y distribución.	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Electricidad.
Otorgamiento de Concesión Rural.	Antes de otorga la concesión.	Dirección general de Electricidad.
Modificación de concesión definitiva de generación y transmisión (sólo si implica ocupación de nuevas áreas).	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Electricidad.
Otorgamiento de Autorización de generación termoeléctrica.	Antes de la autorización.	Dirección General de Electricidad.
Otorgamiento de autorización para exploración de recursos geotérmicos.	Antes de la autorización.	Dirección general de Electricidad.
Otorgamiento de concesión para explotación de recursos geotérmicos.	Antes de otorgar la concesión.	Dirección General de Electricidad.

2.2.2. . CONSULTA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES EN EL SECTOR ENERGÍA Y MINAS (RESOLUCIÓN MINISTERIAL Nº 596-2002-EM/DM)

Mediante la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM, publicada el 21 de diciembre del 2002, se aprobó el Reglamento de consulta y participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales en el sector Energía y Minas. Conforme con la Segunda Disposición Final de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM se ha derogado la Resolución Ministerial Nº 728-99-EM/VMM y todas las disposiciones que se opongan a dicho Reglamento, sin perjuicio de lo estipulado en la Primera Disposición Transitoria del mencionado Reglamento[5].

[5] Según la Primera Disposición Transitoria de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM los "EIA [Estudios de Impacto Ambiental] o EIAsd [Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado] que a la fecha de entrada en vigencia del presente Reglamento se encuentren en trámite de aprobación y/o modificación, para los cuales el Ministerio de Energía y Minas no haya dispuesto la convocatoria a Audiencia Pública, se regirán por lo establecido en este Reglamento. Los EIA o EIAsd que se encuentren en trámite y que ya cuenten con convocatoria para Audiencia Pública, se regirán por lo dispuesto en la Resolución Ministerial Nº 728-99-EM/VMM".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El Artículo 1º de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM dispone que este Reglamento "norma la participación de las personas naturales, organizaciones sociales, titulares de proyectos mineros o energéticos y autoridades, en el procedimiento por el cual el Ministerio de Energía y Minas desarrolla actividades de información y diálogo con la población involucrada en proyectos mineros o energéticos; así como en el procedimiento de evaluación de los Programas de Adecuación de Manejo Ambiental (PAMA) para pequeños mineros y mineros artesanales, Estudios de Impacto Ambiental (EIA), Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIAsd), Estudios de Impacto Ambiental Preliminar (EIAP) y Evaluaciones Ambientales (EA), que se requieren para la autorización de las actividades que regula y supervisa".

De acuerdo con el Artículo 3º de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM, mediante "los procedimientos de consulta, el Titular, la Autoridad Regional y/o la DGAA, cuando corresponda, deberá informar y dialogar con personas naturales y/o organizaciones sociales, sobre todos los aspectos relevantes del proyecto minero o energético a ser ejecutado. La participación de la ciudadanía en los procedimientos de consulta se lleva a cabo mediante las siguientes modalidades: [Consulta Previa y Audiencia Pública]"[6].

Conforme con el Artículo 12º de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM, sin perjuicio de "los recursos que el Estado utilice a través de sus instituciones, en aquellos casos de mucha complejidad, a juicio de la DGAA, las empresas procederán a la constitución de fideicomisos que coadyuven a financiar el desarrollo de los procedimientos de consulta previa y Audiencia Pública. Para ello, la DGAA realizará las coordinaciones pertinentes".

2.2.2.1. CONSULTA PREVIA SOBRE PROYECTOS MINEROS O ENERGÉTICOS (TALLERES PREVIOS)

Según el Artículo 3º, numeral 3.1, de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM, la Consulta Previa está constituido "por talleres previos, que serán convocados por la DGAA, en coordinación con la Autoridad Regional del lugar en donde se pretende desarrollar el proyecto minero o energético, que serán realizados dependiendo de la magnitud e importancia del proyecto. Su organización quedará a cargo del

[6] La Dirección General de Asuntos Ambientales (DGAA) es el órgano competente del MEM "para implementar los procedimientos de consulta y participación ciudadana en la evaluación de los estudios ambientales a fin de desarrollar un proyecto minero o energético" (Artículo 2º, numeral 2.1, de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM). Titular del Proyecto se considera a las personas "naturales y/o jurídicas, nacionales o extranjeras que pretendan realizar un proyecto minero o energético que requiera la evaluación del Ministerio de Energía y Minas" (Artículo 2º, numeral 2.2, de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM). Autoridad Regional es "la Dirección Regional de Energía y Minas (DREM) perteneciente al Gobierno Regional, en cuyo territorio se desarrolla el proyecto" (Artículo 2º, numeral 2.6, de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Estado y es aplicable en los siguientes casos: a. Con anterioridad al inicio de los Estudios Ambientales y en las zonas de influencia del proyecto, el Estado podrá realizar reuniones informativas dirigidas a la ciudadanía, informándoles de sus derechos y deberes ciudadanos, legislación ambiental y de las nuevas tecnologías a desarrollar en los proyectos. b. Durante la elaboración del EIA o EIAsd, el Titular difundirá la información sobre el proyecto y los avances en la elaboración del EIA o EIAsd, recogiendo los aportes e interrogantes de la ciudadanía. El Estado por su parte, a través de la DREM, informará sobre el marco jurídico aplicable. c. Presentado el EIA o EIAsd al Ministerio de Energía y Minas, el Titular del proyecto explicará a las autoridades sectoriales, regionales y a la ciudadanía en general, los componentes del Estudio, especialmente los posibles impactos sociales, culturales y ambientales, así como los planes de manejo ambiental y social para el control de tales impactos, recogiendo los aportes e interrogantes de los mismos. El número de talleres será determinado por la DGAA en coordinación con la DREM respectiva, en función de la envergadura del proyecto minero o energético y de su incidencia territorial. Dichos talleres podrán estar a cargo de la Autoridad Regional, de la DGAA o representantes del Titular del proyecto y de la entidad que elaboró el EIA o EIAsd. Sin perjuicio de la realización de estos talleres, el Titular podrá efectuar actividades participativas con la población respecto a los alcances del proyecto minero o energético, en las cuales podrá intervenir la DGAA o la DREM como facilitadores del diálogo"[7].

"[…] los sectores del Estado que creen estar efectivizando el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, la han equiparado con los talleres informativos, lo cual es un error, por cuanto el objeto de los talleres informativos es dar a conocer una medida que ya ha sido decidida, mientras que la consulta implica solicitar un parecer u opinión antes de decidir la medida" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011).

En el Artículo 2º, numeral 2.3, de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM se define a la Consulta como "un proceso de información y diálogo entre el Titular del proyecto, la ciudadanía y el Estado acerca de las actividades mineras o energéticas en la localidad, sobre el marco normativo que las regula y las medidas de prevención y manejo de los posibles impactos sociales y ambientales del proyecto; asimismo, permite conocer las percepciones e inquietudes ciudadanas. La consulta se realizará a través de

[7] Reunión Participativa es aquella que "es convocada por la autoridad o el Titular del proyecto, y que se realizará utilizando alguna metodología preestablecida para dar a conocer información y recoger opiniones de manera sistemática" (Artículo 2º, numeral 2.4, de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM). Participación es la intervención activa "de la ciudadanía, especialmente de las personas que potencialmente podrían ser impactadas por el desarrollo de un proyecto minero o energético, en los procedimientos de aprobación de estudios ambientales" (Artículo 2º, numeral 2.5, de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

reuniones dirigidas a las personas y organizaciones sociales; ello no implica un derecho a veto de los ciudadanos sobre el proyecto"[8].

"En los casos de contratos de licencia y servicios que suscriba PERUPETRO S.A. con los contratistas, no se exigirá el procedimiento de consulta previa a cargo del Estado durante los siguientes cinco (5) años"; conforme con la Tercera Disposición Transitoria de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM.

2.2.2.2. AUDIENCIA PÚBLICA PARA SUSTENTAR ESTUDIOS AMBIENTALES

Conforme con el Artículo 3º, numeral 3.2, de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM, la Audiencia Pública es un "Acto Público a cargo de la DGAA, en el cual se presenta a la ciudadanía el EIA o EIAsd ingresado al Ministerio de Energía y Minas, registrándose las observaciones que formulen los participantes de la misma. Según sea el caso, podrá delegarse este acto en la DREM respectiva; de ser así, todos los aspectos concernientes a la Audiencia podrán ser conducidos por la DREM respectiva"[9].

Según el Artículo 4º de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM, ingresado el EIA o EIAsd al MINEM, "y en lo posible con un mínimo de talleres participativos previos, la DGAA o la DREM -si cuenta con la delegación respectiva-, establecerán el lugar, día y hora para su sustentación en la Audiencia Pública correspondiente. Para tal fin, se tendrá en cuenta el centro poblado más cercano al proyecto y, el día y hora que garanticen una mayor asistencia de la población, según las disposiciones del artículo siguiente del presente Reglamento. Dependiendo de la envergadura del proyecto minero o energético y de su

[8] La Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM contiene disposiciones sobre el acceso a la información, como las siguientes: Artículo 8º.- Del acceso público al EIA o EIAsd y a su resumen ejecutivo (el EIA o EIAsd, según corresponda, será publicado en el portal de transparencia del MEM, sin perjuicio de brindar copias de los documentos presentados por el Titular del Proyecto); Artículo 9º.- Contenido del resumen ejecutivo del EIA o EIAsd (este es uno de los documentos presentados por el Titular del Proyecto a las entidades mencionadas en el Artículo 8º); y Artículo 10º.- Del acceso público a la absolución de las observaciones al EIA o EIAsd (este es uno de los documentos que el Titular del Proyecto debe presentar a las entidades mencionadas en el Artículo 8º).

[9] "Las Audiencias Públicas para los EIA del sector hidrocarburos referidos a estaciones de servicio de grifos, serán realizadas por las DREM, respetando el procedimiento del presente Reglamento"; conforme con la Segunda Disposición Transitoria de la Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

incidencia territorial, la DGAA podrá establecer más de una Audiencia Pública en la localidad más cercana y también en otras localidades"[10].

«Las actividades mineras estuvieron regladas por diversos decretos del Poder Ejecutivo y por resoluciones ministeriales que no reconocían expresamente el derecho a la consulta previa y que establecían simplemente procesos de participación meramente informativos. Estos procesos debían realizarse antes de que se llevaran a cabo los estudios ambientales o con posterioridad a ellos, en una "audiencia pública" meramente informativa, que se realizaba después de que el Estado hubiera otorgado las concesiones» (OXFAM, 2011).

"Lamentablemente, si los espacios de participación tienen un criterio puramente informativo, dejan de ser participativos en la práctica, pues la opinión que puedan emitir las personas no es realmente tomada en cuenta ni incide efectivamente al momento de que las autoridades correspondientes tomen una decisión, lo que genera que se pierda la credibilidad en estos espacios o sean rechazados, pues en realidad solo sirven como formalidad que se debe seguir para poder contar con los requisitos exigidos a fin de que una empresa inicie operaciones" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

2.2.3. DECLARACIÓN JURADA DE COMPROMISO PREVIO COMO REQUISITO DEL PETITORIO DE CONCESIÓN MINERA (DECRETO SUPREMO Nº 042-2003-EM MODIFICADO POR DECRETO SUPREMO Nº 052-2010-EM)

Mediante Decreto Supremo Nº 042-2003-EM[11], publicado el 13 de diciembre del 2003, en su Artículo 1° se dispuso agregar un texto como literal i) del numeral 1) del Artículo 17º del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo Nº 018-92-EM. Posteriormente, en el Artículo

[10] La Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM contiene otras disposiciones sobre la Audiencia Pública, como las siguientes: Artículo 5º.- Difusión de la realización de la Audiencia Pública (la DGAA, en coordinación con el Titular del Proyecto, pondrá en conocimiento de la población involucrada el lugar, día y hora de la Audiencia Pública, mediante medios de comunicación señalados en dicho artículo); Artículo 6º.- Regulación relativa a la Audiencia Pública (disposiciones para realizar la Audiencia Pública); Artículo 7º.- De la suspensión de la Audiencia Pública (por caso fortuito o fuerza mayor se podrá suspender la Audiencia Pública, la nueva fecha para la realización de la Audiencia Pública se fijará de acuerdo a lo establecido en dicho artículo); y Artículo 11º.- Participación ciudadana para otros estudios ambientales(no se requiere de la realización de Audiencia Pública para los tipos de Estudios Ambientales que son mencionado en dicho artículo, sino solamente poner a disposición del público interesado el contenido de los referidos estudios).

[11] Entre los considerandos del Decreto Supremo Nº 042-2003-EM se indica que "el aprovechamiento de los recursos naturales, en el marco del desarrollo sostenible, implica el respeto al medio ambiente y al entorno social, así como lograr mecanismos de diálogo y de participación"; asimismo, que "es conveniente establecer un marco de referencia en el cual se desenvuelvan las actividades mineras, respetando el medio ambiente y administrando responsablemente el impacto social para el beneficio común de las poblaciones del área de influencia de las actividades mineras, las empresas y el Estado".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Primero del Decreto Supremo Nº 052-2010-EM, publicado el 18 de agosto del 2010, se dispone la modificación del Artículo 1° del Decreto Supremo Nº 042-2003-EM.

Así, el literal i) del numeral 1) del Artículo 17º Decreto Supremo Nº 018-92-EM establece, como uno de los requisitos del petitorio de concesión minera, lo siguiente: "Compromiso Previo en forma de Declaración Jurada del peticionario, mediante el cual se compromete a: a) Enfoque de Desarrollo Sostenible [con el fin de] Contribuir al desarrollo sostenible de la población ubicada en el área de influencia de la actividad minera, procurando de manera conjunta con ella, el desarrollo y el fortalecimiento de la institucionalidad local, principalmente y la articulación con los proyectos de desarrollo productivo, que conlleven a la diversificación económica y la sostenibilidad local más allá de la vida útil de las actividades mineras. b) Excelencia Ambiental y Social [con el fin de] Realizar las actividades mineras en el marco de la política ambiental del Estado, en su interdependencia con el entorno social, buscando la gestión social y ambiental con excelencia y el uso y manejo responsable de los recursos naturales para impulsar el desarrollo sostenible. c) Cumplimiento de Acuerdos [con el fin de] Cumplir con los compromisos sociales asumidos en convenios, actas, contratos y estudios ambientales. d) Relacionamiento Responsable [con el fin de] Respetar a las personas e instituciones, autoridades, cultura y costumbres locales. Promover acciones que fortalezcan la confianza entre los actores involucrados con la actividad minera, a través del establecimiento y vigencia de procesos participativos y favoreciéndose la prevención y gestión de conflictos y la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos. e) Empleo Local [con el fin de] Fomentar preferentemente la contratación de personal local, para realizar labores de la actividad minera o relacionadas con la misma según los requerimientos del titular en las diversas etapas del ciclo minero y de forma consensuada con la población del área de influencia, pudiendo brindar para el efecto las oportunidades de capacitación requeridas. f) Desarrollo Económico [con el fin de] Contribuir al desarrollo económico local y/o regional a través de la adquisición preferente de bienes y servicios locales y/o regionales en condiciones razonables de calidad, oportunidad y precio para ambas partes y la promoción de iniciativas empresariales; que busquen la diversificación de las actividades económicas de la zona. g) Diálogo Continuo [con el fin de] Mantener un diálogo continuo y oportuno con las autoridades regionales y locales, la población del área de influencia de la actividad minera y sus organismos representativos, bajo un enfoque intercultural, proporcionándoles información transparente, oportuna y accesible sobre sus actividades mineras mediante el lenguaje y los medios de comunicación adecuados, de modo que permita el intercambio de opiniones, manifestación de sugerencias y participación de todos los actores involucrados, de conformidad con las normas de participación ciudadana aplicables. El enunciado de los Principios no responde a un orden jerárquico, destacando su interrelación y complementariedad, así como su integralidad para alcanzar el desarrollo sostenible de las poblaciones de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

las áreas de influencia mineras"[12].

"De la simple lectura de la norma [antes citada] se podría concluir que la participación ciudadana activa tendría que ser una práctica cotidiana en el sector minero y se podría encontrar como poco entendible el alto número de conflictos en el sector. El problema es uno que atraviesa toda la normatividad del sector: supone la buena voluntad y buena fe de los titulares para poner en práctica sus declaraciones y compromisos y, como corolario, es general, voluntario y no incluye ni una supervisión estrecha del MINEM ni sanciones por su incumplimiento. Es una declaración de buenas intenciones sin ningún mecanismo eficaz para asegurar su cumplimiento en la práctica" (SCURRAH, 2012).

En el Artículo Segundo del Decreto Supremo Nº 052-2010-EM se dispone la modificación del Artículo 3° del Decreto Supremo Nº 042-2003-EM, del modo siguiente: "Los estudios ambientales para la realización de actividades mineras deberán contener los planes o programas a través de los cuales se detallen las actividades para el cumplimiento de los compromisos señalados en el artículo 1 del presente decreto supremo. Las propuestas y el detalle de las actividades a desarrollar, estarán en función a las características y alcance del proyecto y a las características de la población considerando una clara identificación de la población involucrada, cronogramas de ejecución, responsabilidades y montos estimados de inversión. El Ministerio de Energía y Minas establece criterios más específicos en las Guías Ambientales o de Relaciones Comunitarias correspondientes"[13].

En el Artículo Cuarto del Decreto Supremo Nº 052-2010-EM se establece que es deber "de todas las partes interesadas, el cumplimiento y respeto de los compromisos y acuerdos asumidos, a través de convenios, actas, contratos, entre otros actos jurídicos, que se celebren en el marco de los compromisos

[12] El Artículo 2° del Decreto Supremo Nº 042-2003-EM establece la modificación del primer párrafo del artículo 35° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo Nº 018-92-EM, en los siguientes términos: "Artículo 35°.- El solicitante de una concesión de beneficio deberá presentar una solicitud a la Dirección General de Minería con los mismos requisitos exigidos en los incisos a), b), c) e i) del numeral 1) y los incisos a) y b) del numeral 2) del Artículo 17º del presente Reglamento". "La ejecución de los compromisos descritos en el artículo 1° del presente dispositivo también alcanzan a los contratistas y consultores contratados por el titular de la actividad minera, quien velará por su cumplimiento"; según el Artículo 4° del Decreto Supremo Nº 042-2003-EM.

[13] En el Artículo Tercero del Decreto Supremo Nº 052-2010-EM se dispone la modificación del Artículo 3° del Decreto Supremo Nº 042-2003-EM, del modo siguiente: "Todos los titulares de la actividad minera, sin distinción de la fase o ciclo en el que se encuentren, están obligados a presentar anualmente, una declaración jurada de compromiso con el desarrollo sostenible del ejercicio anterior, a través del Anexo IV de la Declaración Anual Consolidada (DAC). Dicho Anexo IV será presentado en el mismo plazo y bajo las mismas disposiciones referidas al procedimiento de presentación de la Declaración Anual Consolidada (DAC); conforme a lo señalado mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Minería". En el Artículo Quinto del Decreto Supremo Nº 052-2010-EM se establece que la información "presentada por los titulares mineros a través de la Declaración Jurada Anual de Actividades de Desarrollo Sostenible (Anexo IV de la DAC) estará a disposición de todas las personas, una vez vencido el plazo de presentación de la DAC, en la página web del Ministerio de Energía y Minas".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

con el desarrollo sostenible y de la legislación vigente. A efectos de objetar la validez, cumplimiento, interpretación, ejecución u otro aspecto relacionado con los actos jurídicos antes señalados, las partes interesadas deberán, en primer lugar, fomentar el dialogo bajo el principio de buena fe, o la implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, a fin de llegar a un consenso; sin perjuicio que estas recurran a la vía judicial y/o administrativa respectiva de acuerdo a la legislación sobre la materia. El cumplimiento de los compromisos se fundamenta en el respeto de los principios de derecho, responsabilidad social y valores ético morales, permitiéndose de esta manera, la materialización de las acciones y compromisos adoptados".

2.3. PROCESOS DE CONSULTA EN EL REGLAMENTO DE LA LEY DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS (DECRETO SUPREMO Nº 038-2001-AG)

El Decreto Supremo Nº 038-2001-AG, publicado el 26 de junio del 2001, "norma la creación, administración, conservación, y gestión de las Áreas Naturales Protegidas en función a las disposiciones establecidas en la Ley Nº 26834 - Ley de Áreas Naturales Protegidas, y su Plan Director, siendo la Autoridad Nacional Competente el Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA"[14]; según el Artículo 3, numeral 3.1, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG.

Conforme con el Decreto Supremo Nº 038-2001-AG (Artículo 2) se ha derogado el Reglamento de Unidades de Conservación, aprobado por Decreto Supremo Nº 160-77-AG, y las demás disposiciones legales que se opongan a lo dispuesto en aquel Decreto Supremo.

2.3.1. PROCESOS DE CONSULTA PARA LA CREACIÓN DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

"Las Áreas Naturales Protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional reconocidos, establecidos y protegidos legalmente por el Estado como tales, debido a su importancia para la conservación de la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país"; según el Artículo 1, numeral 1.1, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG. El numeral 1.2 de dicho artículo dispone que las "Áreas Naturales Protegidas constituyen Patrimonio de la Nación y son de Dominio Público por lo que la propiedad sobre ellas, en todo o en parte, no puede ser transferida a particulares. Su condición natural es mantenida a

[14] Se ha aprobado "la fusión del Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA en el Ministerio de Agricultura, siendo éste último el ente absorbente"; conforme con el Artículo 1º, numeral 1.1, del Decreto Supremo Nº 030-2008-AG, publicado el 11 de diciembre del 2008. "Concluido los procesos de fusión a que se refiere el presente Decreto Supremo, el Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA y el Instituto Nacional de Desarrollo - INADE quedan extinguidos"; de acuerdo con el Artículo 4º del Decreto Supremo Nº 030-2008-AG.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

perpetuidad. Puede permitirse el uso regulado de las mismas y el aprovechamiento de los recursos ubicados en ellas, o determinarse la restricción de los usos directos". "La administración de las Áreas Naturales Protegidas considera la importancia de la presencia del ser humano, sus procesos sociales, sus necesidades de manera individual y colectiva, así como el respeto a los usos tradicionales de las comunidades campesinas o nativas en el ámbito del Área Natural Protegida, en armonía con sus objetivos y fines de creación"; de acuerdo con el Artículo 1, numeral 1.3, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG.

"La Ley distingue tres niveles de Áreas Naturales Protegidas: a) Áreas de Administración Nacional; b) Áreas de Administración Regional; y, c) Áreas de Conservación Privada"; según el Artículo 41, numeral 41.1, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG. De conformidad con el Artículo 42 del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG, las "Áreas Naturales Protegidas, previa opinión técnica favorable del INRENA, se establecen mediante: a) Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo señalado por la Ley, para la creación de las Áreas Naturales Protegidas de Administración Nacional o Regional, o, la categorización definitiva de las Zonas Reservadas; b) Resolución Ministerial de Agricultura para el establecimiento de Zonas Reservadas; c) Resolución Ministerial de Agricultura para el reconocimiento de Áreas de Conservación Privada"[15].

El Artículo 43, numeral 43.1, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG dispone que el «proceso para la categorización definitiva o el de establecimiento de un Área Natural Protegida, se debe realizar en base a procesos transparentes de consulta a la población local interesada, donde se incluye a las comunidades campesinas o nativas de acuerdo a los procedimientos de consulta establecidos en el "Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes" de la Organización Internacional del Trabajo - OIT. En estos últimos casos dicha participación se realiza en particular a través de sus organizaciones locales y utilizando en lo posible el idioma más relevante del lugar».

En los considerandos del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG, publicado el 26 de junio del 2001, se menciona que "el Reglamento de las Ley de Áreas Naturales Protegidas promueve el desarrollo de alianzas estratégicas con las poblaciones locales en particular con las comunidades campesinas y nativas sobre la base del respeto a los derechos legítimos, así como a sus sistemas de organización social y económica, los que deben ejercerse en concordancia con los objetivos y fines de las ANP [Áreas Naturales Protegidas] y en armonía con las propuestas de la Mesa de Diálogo establecida mediante Decreto

[15] Se ha aprobado "la fusión del Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA en el Ministerio de Agricultura, siendo éste último el ente absorbente"; conforme con el Artículo 1º, numeral 1.1, del Decreto Supremo Nº 030-2008-AG.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Supremo Nº 015-2001-PCM que constituyó la Comisión Especial Multisectorial para las Comunidades Nativas".

El Artículo 43, numeral 43.2, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG establece que se pueden establecer "Áreas Naturales Protegidas o categorizarlas definitivamente sobre predios de propiedad comunal, si es que se cuenta con el consentimiento previo dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los propietarios de los mismos, cuyos derechos fundamentales se reconocen explícitamente en el dispositivo de creación. En todo caso es aplicable lo establecido en el Artículo II del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales - Decreto Legislativo Nº 613".

"En caso de existir indicios razonables de la existencia de grupos humanos en aislamiento voluntario o de contacto inicial o esporádico, el dispositivo de creación del Área Natural Protegida salvaguarda sus derechos de propiedad y otros derechos adquiridos"; de acuerdo con el Artículo 43, numeral 43.3, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG.

De acuerdo con la Sexta Disposición Complementaria, Final y Transitoria del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG, el «INRENA aprueba mediante Resolución de su Jefe Institucional el "Programa Nacional de Participación Ciudadana para el SINANPE [Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado]" y los procedimientos necesarios para las consultas necesarias previas al establecimiento de un Área Natural Protegida. Estos procedimientos deben contemplar lo establecido en el Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, asegurando que la consulta sea consensuadas, públicas y respetuosas de la identidad cultural de las comunidades campesinas o nativas».

2.3.2. PROCESOS DE CONSULTA PARA EL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES EN LAS RESERVAS NACIONALES

Conforme con el Artículo 49 del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG, las "Categorías de las Áreas Naturales Protegidas de Administración Nacional según sus objetivos de manejo, pueden ser: a) Áreas de Uso Indirecto: a.1 Parques Nacionales; a.2 Santuarios Nacionales; y, a.3 Santuarios Históricos. b) Áreas de Uso Directo: b.1 Reservas Nacionales; b.2 Reservas Paisajísticas; b.3 Refugios de Vida Silvestre; b.4 Reservas Comunales; b.5 Bosques de Protección, y; b.6 Cotos de Caza".

En particular, según el Artículo 55, numeral 55.1, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG, las Reservas Nacionales son "áreas destinadas a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de los recursos de flora y fauna silvestre, acuática o terrestre. En ellas se permite el aprovechamiento comercial de los recursos naturales bajo planes de manejo, aprobados, supervisados y controlados por la Autoridad Nacional competente". "La planificación del uso se realiza con amplia participación y consulta de las poblaciones aledañas o residentes en la Reserva Nacional. El aprovechamiento puede ser realizado por dichas poblaciones en forma prioritaria"; de acuerdo con el Artículo 55, numeral 55.2, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG.

El Artículo 55, numeral 55.3, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG dispone que aquellas "actividades agrícolas y pecuarias en las áreas aptas en ejercicio, al momento de la declaración del área como reserva, pueden continuar pero asegurando el cumplimiento de los objetivos de la misma. Dentro de las Zonas de Uso Especial, las poblaciones locales pueden solicitar autorización para conducir actividades agrícolas o pecuarias, de carácter integral, en tierras con dicha aptitud".

"Se prohíben las actividades de aprovechamiento forestal con fines madereros de carácter comercial, con excepción de las provenientes del manejo agroforestal, incluyendo el manejo y plantaciones de enriquecimiento de bosques secundarios, en las Zonas de Uso Especial"; conforme con el Artículo 55, numeral 55.4, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG.

2.3.3. PROCESOS DE CONSULTA PARA EL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES EN ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Según el Artículo 115, numeral 115.1, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG, el "aprovechamiento de recursos naturales no renovables al interior de las Áreas Naturales Protegidas se permite sólo cuando lo contemple su Plan Maestro aprobado, estando sujeto a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del Área Natural Protegida, su zonificación y categorización, así como aquellas que se establezcan mediante Resolución Jefatural del INRENA"[16].

"El aprovechamiento de recursos naturales no renovables es incompatible con las Áreas Naturales Protegidas de uso indirecto; salvo cuando existan derechos adquiridos establecidos por la legislación de

[16] Se ha aprobado "la fusión del Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA en el Ministerio de Agricultura, siendo éste último el ente absorbente"; conforme con el Artículo 1º, numeral 1.1, del Decreto Supremo Nº 030-2008-AG.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

la materia previos a la creación del Área"; de acuerdo con el Artículo 115, numeral 115.2, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG[17].

Según el Artículo 116 del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG, modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo Nº 003-2011-MINAM (publicado el 16 de febrero del 2011), aquel "artículo regula la emisión de la Compatibilidad y de la Opinión Técnica Previa Favorable por parte del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP, solicitada por la entidad de nivel nacional, regional o local que resulte competente, de forma previa al otorgamiento de derechos orientados al aprovechamiento de recursos naturales y/o a la habilitación de infraestructura en las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional y/o en sus Zonas de Amortiguamiento, y en las Áreas de Conservación Regional".

El Artículo 116, numeral 116.1, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG dispone que la "emisión de Compatibilidad es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación a través de la cual se analiza la posibilidad de concurrencia de una propuesta de actividad, con respecto a la conservación del Área Natural Protegida de administración nacional, o del Área de Conservación Regional, en función a la categoría, zonificación, Plan Maestro y objetivos de creación del área en cuestión. La compatibilidad que verse sobre la Zona de Amortiguamiento de un Área Natural Protegida de administración nacional, será emitida en función al Área Natural Protegida en cuestión. Asimismo, la emisión de la compatibilidad incluirá los lineamientos generales, así como los condicionantes legales y técnicos para operar en el Área Natural Protegida y en su Zona de Amortiguamiento. Las entidades competentes para suscribir contratos de licencia u otras modalidades contractuales, de otorgar autorizaciones, permisos y concesiones, solicitarán al SERNANP la emisión de Compatibilidad previamente al otorgamiento de derechos orientados al aprovechamiento de recursos naturales, y/o a la habilitación de infraestructura en las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional, y/o sus Zonas de Amortiguamiento, o en las Áreas de Conservación Regional. No cabe la emisión de compatibilidad respecto de aquellas actividades complementarias a una actividad que ya cuente con un pronunciamiento de compatibilidad favorable por parte del SERNANP, siempre que se encuentre dentro de la misma área geográfica. El SERNANP emitirá dicha opinión en un plazo no mayor a 30 días, contados a partir de la recepción de la solicitud de la autoridad competente".

[17] "Los monitoreos y muestreos a los que se refiere el Artículo 53 del Decreto Legislativo Nº 708 - Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Minero, deben ser efectuados en coordinación con el INRENA si es que la actividad minera viene siendo realizada en el ámbito de un Área Natural Protegida, o la afecta"; según el Artículo 115, numeral 115.3, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG. "En el caso de Zonas Reservadas de acuerdo a su naturaleza y en aplicación del principio precautorio, el INRENA puede determinar que no es posible realizar actividades relacionadas a explotación de recursos naturales no renovables hasta su categorización final"; conforme con el Artículo 115, numeral 115.4, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El Artículo 116, numeral 116.2, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG establece que la "Opinión Técnica Previa Favorable es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación del contenido del instrumento de gestión ambiental correspondiente a una actividad, obra o proyecto específico a realizarse al interior de un Área Natural Protegida de administración nacional y/o de su Zona de Amortiguamiento, o de un Área de Conservación Regional, a fin de pronunciarse sobre su viabilidad ambiental, en virtud a los aspectos técnicos y legales correspondientes a la gestión del Área Natural Protegida. El Instrumento de Gestión Ambiental exigido por la legislación respectiva, sólo podrá ser aprobado por la autoridad competente si cuenta con la Opinión Técnica Previa Favorable del SERNANP. El SERNANP emitirá dicha opinión en un plazo no mayor a 30 días, contados a partir de la solicitud efectuada por la autoridad competente, pudiendo ésta resultar favorable o desfavorable. Previamente a la elaboración del Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM, la autoridad competente solicitará al SERNANP la Opinión Técnica sobre los Términos de Referencia para la elaboración del mismo. El SERNANP emitirá dicha opinión en un plazo no mayor a 15 días, contados a partir de la solicitud efectuada por la autoridad competente".

Según el Artículo 116, numeral 116.3, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG, independientemente de lo dispuesto en los anteriores numerales de dicho artículo, "las autoridades competentes deberán tener en cuenta las siguientes disposiciones: a) Los derechos otorgados por las entidades competentes sobre las actividades propias de la operación, deberán ser comunicados y coordinados previamente con las Jefaturas de las Áreas Naturales Protegidas. b) Las actividades propias de la operación, tales como el ingreso de personal, y el transporte de sustancias peligrosas, explosivos, entre otras que se realicen al interior de un Área Natural Protegida de administración nacional, y/o de su Zona de Amortiguamiento, o al interior de un Área de Conservación Regional, deberán ser previamente comunicadas y coordinadas con las Jefaturas de las Áreas Naturales Protegidas, o con la Dirección de Gestión de las Áreas Naturales Protegidas - DGANP, según corresponda, a fin de tomar las medidas que el caso amerite. c) Los informes de las actividades inherentes a la fiscalización y control, realizadas por las entidades competentes, deberán ser remitidos por las mismas en copia al SERNANP".

Antes de ser modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo Nº 003-2011-MINAM, el Artículo 116 del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG establecía el procedimiento en el caso que las actividades de hidrocarburos o de minería se superpongan en todo o en parte con un Área Natural Protegida o su Zona

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de Amortiguamiento; específicamente, en su literal e) disponía que el EIA "debe incluir procedimientos de consulta pública, la cual se realiza en coordinación entre el sector correspondiente y el INRENA".

2.3.4. PROCESOS DE CONSULTA PARA ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN EN ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

El Artículo 163, numeral 163.1, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG dispone que para "la autorización que tenga como fin el desarrollo de investigaciones básicas y aplicadas al interior de un Área Natural Protegida, que requieran o no de caza, captura, marcado y recaptura de animales silvestres, recolección de especímenes de flora silvestres, y otros, se debe presentar al INRENA"[18] los documentos que se mencionan en dicho numeral.

"El acceso al conocimiento colectivo se rige por la legislación de la materia"; según el Artículo 163, numeral 163.2, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG. "Los requisitos que se deben cumplir y el trámite correspondiente, se determinan por la legislación específica"; de acuerdo con el Artículo 163, numeral 163.3, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG.

"Las instituciones científicas extranjeras o los investigadores extranjeros que soliciten realizar investigaciones sobre bioprospección, deberán suscribir previamente, un acuerdo con una institución científica nacional"; según el Artículo 166, numeral 166.1, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG. "Dicho acuerdo contiene una cláusula relativa a la responsabilidad solidaria de contar con un certificado de origen de la o las especies a investigar, así como el sometimiento, en el caso que sea aplicable, de la normatividad nacional e internacional relativa al acceso a recursos genéticos"; conforme con el Artículo 166, numeral 166.2, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG. «Cuando se involucren conocimientos tradicionales se requiere el consentimiento expreso de las comunidades nativas o campesinas, realizado en base a procesos transparentes de consulta de acuerdo a los procedimientos establecidos en el "Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes" de la Organización Internacional del Trabajo - OIT y los previstos en la legislación específica de la materia»; de acuerdo con el Artículo 166, numeral 166.3, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG.

[18] Se ha aprobado "la fusión del Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA en el Ministerio de Agricultura, siendo éste último el ente absorbente"; conforme con el Artículo 1º, numeral 1.1, del Decreto Supremo Nº 030-2008-AG.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.3.5. PROCESOS DE CONSULTA PARA LA INSTALACIÓN DE INFRAESTRUCTURA AL INTERIOR DEL ÁREA NATURAL PROTEGIDA

El Artículo 174 del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG dispone que la "construcción, habilitación y uso de infraestructura con cualquier tipo de material dentro de un Área Natural Protegida de Administración Nacional, sea en predios de propiedad pública o privada, sólo se autoriza por la autoridad competente si resulta compatible con la categoría, el Plan Maestro, la zonificación asignada, debiéndose cuidar sobre todo los valores paisajísticos, naturales y culturales de dichas áreas. Para el otorgamiento de la autorización respectiva se debe cumplir con lo establecido por el Artículo 93 del Reglamento, en cuanto sea aplicable. En todo caso se requiere la opinión previa favorable del INRENA"[19].

El Artículo 175 del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG establece que el "INRENA controla y supervisa la instalación de infraestructura al interior del Área Natural Protegida, a efectos de verificar el estricto cumplimiento de las condiciones indicadas en el EIA, documento análogo correspondiente o la autorización extendida considerando lo siguiente: a) La autoridad sectorial competente debe coordinar previamente con el INRENA, para definir la compatibilidad del proyecto con la naturaleza jurídica y condiciones naturales del área involucrada en función a su zonificación; b) De existir compatibilidad, la autoridad sectorial competente solicita al INRENA aportes a ser incorporados a los Términos de Referencia para la elaboración del EIA; c) El EIA debe incluir procedimientos de consulta pública, que en particular involucren a la población local interesada, comunidades campesinas o nativas; d) El EIA debe tener como mínimo el contenido establecido en el Artículo 95 del Reglamento y debe recibir la opinión técnica previa favorable del INRENA; e) La Autoridad Sectorial Competente debe coordinar con el INRENA sus actividades en el área involucrada; f) Las actividades propias de la operación como ingreso de personal, traslado de materiales, instalación de campamentos y otros, deben ser reguladas mediante la

[19] Se ha aprobado "la fusión del Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA en el Ministerio de Agricultura, siendo éste último el ente absorbente"; conforme con el Artículo 1º, numeral 1.1, del Decreto Supremo Nº 030-2008-AG. "Todas las solicitudes para la realización de alguna actividad, proyecto u obra al interior de un Área Natural Protegida o de su Zona de Amortiguamiento, requieren de la evaluación de su impacto ambiental"; de acuerdo con el Artículo 93, numeral 93.1, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG. "En el caso de obras de gran envergadura o de evidente impacto significativo, se requiere la presentación del Estudio de Impacto Ambiental - EIA"; según el Artículo 93, numeral 93.2, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG. "En el caso de actividades u obras, cuya aprobación sea de competencia del INRENA y cuando éste prevea que no generarán un impacto significativo sobre el Área Natural Protegida, el titular debe presentar una Declaración de Impacto Ambiental - DIA, cuya elaboración podrá determinar si es necesaria la presentación de un EIA"; según el Artículo 93, numeral 93.3, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG. "Los EIA y las DIA de actividades a desarrollarse en Áreas Naturales Protegidas o su Zona de Amortiguamiento, deben contar con la opinión previa favorable del INRENA, como condición indispensable para su aprobación por la autoridad sectorial competente"; de acuerdo con el Artículo 93, numeral 93.4, del Decreto Supremo Nº 038-2001-AG.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Autorización correspondiente a fin de salvaguardar los valores naturales y culturales del Área Natural Protegida".

3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH) SOBRE LA CONSULTA PREVIA (TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES)

3.1. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DE LA COMUNIDAD AWAS TINGNI VS. NICARAGUA

A continuación, realizaremos un breve estudio sobre la Sentencia de la Corte IDH del 31 de agosto de 2001, recaída en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (en adelante, Sentencia del caso de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua).

3.1.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

«El 4 de junio de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Nicaragua (en adelante "el Estado" o "Nicaragua") […] En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención") y los artículos 32 y siguientes del Reglamento. La Comisión presentó este caso con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, en razón de que Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad» [§ I (1 y 2) de la Sentencia del caso de la Comunidad Mayagna vs. Nicaragua].

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.1.2. PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

"[…] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras" [§ IX (149) de la Sentencia del caso de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua].

"El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro" [§ IX (151) de la Sentencia del caso de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua].

"[…] En atención a lo anterior, y teniendo presente el criterio adoptado por la Corte [IDH] en aplicación del artículo 29.b de la Convención […] la Corte estima que, a la luz del artículo 21 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes" [§ IX (153) de la Sentencia del caso de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua].

3.2. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DE LA COMUNIDAD YAKYE AXA VS. PARAGUAY

A continuación, realizaremos un breve estudio sobre la Sentencia de la Corte IDH del 17 de junio de 2005, recaída en el caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (en adelante, Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay).

3.2.1. . OBJETO DE LA CONTROVERSIA

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"El 17 de marzo de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos […] sometió ante la Corte Interamericana una demanda contra el Estado del Paraguay […] La Comisión presentó la demanda con base en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Paraguay violó los artículos 4 (Derecho a la Vida); 8 (Garantías Judiciales); 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, en perjuicio de la Comunidad indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua […] y sus miembros. La Comisión alegó que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraría en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada Comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, lo anterior ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma" [§ I (1 y 2) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

3.2.2. TERRITORIOS TRADICIONALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

"[…] este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras" [§ IX (131) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

"La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural" [§ IX (135) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

«En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término "bienes" utilizado en dicho artículo 21, contempla "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor"» [§ IX (137) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

3.2.3. CONFLICTOS TERRITORIALES (CONSENSO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS)

"La Corte [IDH] concuerda con el Estado en el sentido de que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]. No obstante, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad" [§ IX (143) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

"[…] los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural" [§ IX (146) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

"[…] la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención […] Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas" [§ IX (148 y 149) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

"La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], consensuadas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario" [§ IX (151) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

"[…] este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte [IDH] considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades" [§ X (168) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

3.3. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DE LA COMUNIDAD SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAY

A continuación realizaremos un breve estudio sobre la Sentencia de la Corte IDH del 29 de marzo de 2006, recaída en el caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (en adelante, Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay).

3.3.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

"El 3 de febrero de 2005 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos […] sometió ante la Corte Interamericana una demanda contra el Estado del Paraguay […] La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 61 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], con el fin de que la Corte [IDH] decidiera si el Paraguay violó los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 8 (Garantías Judiciales), y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, en perjuicio de la Comunidad Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet-Lengua (en adelante la "Comunidad indígena Sawhoyamaxa", la "Comunidad Sawhoyamaxa", la "Comunidad indígena" o la "Comunidad") y sus miembros (en adelante "los miembros de la Comunidad"). La Comisión alegó que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa y sus miembros, ya que desde 1991 se encontraría en tramitación su solicitud de reivindicación territorial, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, esto ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua su supervivencia e integridad" [§ I (1 y 2) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.3.2. POSESIÓN SOBRE LAS TIERRAS TRADICIONALES (DERECHO DE RECUPERACIÓN Y CONSENSO)

«[…] este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta "no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad". Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas» [§ IX (120) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

"[…] se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas" [§ IX (128) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

"El segundo punto de análisis se refiere a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo. Para dilucidar este asunto, la Corte [IDH] toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura" [§ IX (131) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

"Debe considerase, además, que la relación con la tierra debe ser posible. Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta *inter alia* en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan" [§ IX (132) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

"Una vez que se ha demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama. No obstante, conforme lo ha señalado la Corte, [IDH] cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión" [§ IX (135) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

«[…] la Corte [IDH] considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye *per se* un motivo "objetivo y fundamentado" suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro […]» [§ IX (138) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

"Si bien el Paraguay reconoce en su ordenamiento el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras y recursos naturales de los indígenas, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de dicho derecho carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

por parte de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. Con ello se ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales" [§ IX (143) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

3.4. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DEL PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAM

A continuación, realizaremos un breve estudio sobre la Sentencia de la Corte IDH del 28 de noviembre de 2007, recaída en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (en adelante, Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam).

3.4.1. . OBJETO DE LA CONTROVERSIA

"El 23 de junio de 2006, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], la Comisión Interamericana de Derechos Humanos […] presentó ante la Corte [IDH] una demanda en contra del Estado de Surinam […] La demanda somete a la jurisdicción de la Corte las presuntas violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka - una supuesta comunidad tribal que vive en la región superior del Río Surinam. La Comisión alegó que el Estado no ha adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado ha presuntamente violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas" [§ I (1 y 2) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

"En principio, la Corte [IDH] observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam […] Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones […] Su cultura es muy parecida a aquella de los pueblos tribales en tanto los integrantes del pueblo Saramaka mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual […] Por ello, de acuerdo con lo expuesto, la Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones" [§ VII (A-79, 82 y 84) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

3.4.2. DERECHO AL TERRITORIO COMUNAL

"Aplicando el criterio mencionado en el presente caso, la Corte [IDH], por lo tanto, concluye que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio" [§ VII (B-96) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

«En resumen, el marco legal del Estado meramente le otorga a los integrantes del pueblo Saramaka un privilegio para usar la tierra, el cual no le garantiza el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa. La Corte [IDH] ha sostenido, en otras ocasiones, que más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra. Este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos. Sobre este particular, la Corte ha declarado previamente que "el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad"» [§ VII (C-115) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

"En conclusión, el pueblo Saramaka es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte [IDH] considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. Esto puede lograrse mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Por tanto, el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley" [§ VII (G-174) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

3.4.3. DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS RECURSOS NATURALES EN TERRITORIO COMUNAL

"De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte [IDH] según lo establecido en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaxa, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados […] De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo" [§ VII (D-121 y 122) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

«La Corte [IDH] considera que el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad. En el presente caso, el derecho a obtener el pago de una "indemnización justa" conforme al artículo 21.2 de la Convención se traduce en el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia […] En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka» [§ VII (E-139 y 140) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

"En resumen, la Corte [IDH] considera que las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras de la región superior del Río Surinam han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente, los que se encuentran, en todo o en parte, dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo o supervisó estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones y costumbre, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y, a su vez, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio. Todo esto constituye una violación al derecho de propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka reconocido en el artículo 21 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento" [§ VII (F-154) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

"En virtud de todas las consideraciones mencionadas, la Corte [IDH] concluye lo siguiente: primero, que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia; segundo, que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales, y por último, que las concesiones ya otorgadas por el Estado no cumplieron con estas garantías. Por lo tanto, la Corte considera que el Estado ha [incumplido] el artículo 21 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], en relación con el artículo 1 de dicho instrumento, en perjuicio de los integrantes del pueblo Saramaka" [§ VII (F-158) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La Corte [IDH] declara, por unanimidad, que: "El Estado violó, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka, el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo a nivel interno dicho derecho, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 78 a 158 de esta Sentencia [...] El Estado violó en perjuicio de los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de dicho instrumento y el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la misma, así como en conexión con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivos a nivel interno dichos derechos, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 159 a 175 de esta Sentencia [...] El Estado violó el derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a la propiedad reconocidas en los artículos 21 y 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 176 a 185 de esta Sentencia" [§ IX (214) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

La Corte [IDH] decide, por unanimidad, que: "El Estado debe eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales, en los términos de los párrafos 97 a 116 y 194(c) de esta Sentencia" [§ IX (214) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

La Corte [IDH] decide, por unanimidad, que: "El Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 129, 133, 143, 146, 148, 155, 158 y 194(e) de esta Sentencia" [§ IX (214) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

3.4.4. CONSULTA A LOS PUEBLOS Y SU CONSENTIMIENTO PREVIO

«Primero, la Corte [IDH] ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones […] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, 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. El Estado, asimismo, debe 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. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones […] Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis» [§ VII (E-133 y 134) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

«Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el "nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión". La Corte [IDH] coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones" [§ VII (E-137) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La Corte [IDH] decide, por unanimidad, que: "El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 101, 115, 129-137, 143, 147, 155, 157, 158 y 194(a) de esta Sentencia" [§ IX (214) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

La Corte [IDH] decide, por unanimidad, que: "El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia" [§ IX (214) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

3.5. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DE LA COMUNIDAD XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAY

A continuación, realizaremos un breve estudio sobre la Sentencia de la Corte IDH del 24 de agosto de 2010, recaída en el caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (en adelante, Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.5.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

«El 3 de julio de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos […] presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra la República del Paraguay […] a partir de la cual se inició el presente caso […] La demanda se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por la supuesta falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek […] y sus miembros […] ya que desde 1990 se encontraría tramitándose la solicitud de reivindicación territorial de la Comunidad, "sin que hasta la fecha se h[ubiera] resuelto satisfactoriamente". Según la Comisión "[l]o anterior ha significado no sólo la imposibilidad de la Comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, sino que, por las propias características de la misma, ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma […] La Comisión solicitó a la Corte que declare al Estado responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 8.1 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma"» [§ I (1, 2 y 3) de la Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay].

"El Estado no niega que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek tienen el derecho a la propiedad comunitaria de su territorio tradicional, y que la caza, pesca y recolección sean elementos esenciales de su cultura. La controversia en el presente caso se centra en la necesidad de restituir específicamente las tierras reclamadas por los miembros de la Comunidad y la realización efectiva del derecho a la propiedad […]" [§ VI (89) de la Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay].

3.5.2. RELACIÓN CON LAS TIERRAS TRADICIONALES (DERECHO DE REIVINDICACIÓN Y CONSULTA PREVIA)

"Con respecto a la posibilidad de recuperar las tierras tradicionales, en anteriores oportunidades la Corte [IDH] ha establecido que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales, por lo que mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación de dichas tierras permanecerá vigente. Si esta relación hubiera dejado de existir, también se extinguiría ese derecho. Para determinar la existencia de la relación de los indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido que: i) ella puede expresarse de distintas maneras

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales" [§ VI (112 y 113) de la Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay].

"La Corte [IDH] reitera nuevamente que ante tierras explotadas y productivas es responsabilidad del Estado, a través de los órganos nacionales competentes, determinar y tener en cuenta la especial relación de los miembros de la comunidad indígena reclamante con dicha tierra, al momento de decidir entre ambos derechos. De lo contrario, el derecho de reivindicación carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales. Limitar de esta forma la realización efectiva del derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas no sólo viola las obligaciones del Estado derivadas de las disposiciones de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] relativas al derecho a la propiedad, sino que también compromete la responsabilidad del Estado en relación a la garantía de un recurso efectivo y constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social" [§ VI (149) de la Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay].

"La Corte [IDH] reitera que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras ha sido inefectivo y no ha mostrado una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek recuperen sus tierras tradicionales. Además, esta falta de un recurso efectivo para la recuperación de tierras indígenas representa un incumplimiento del deber estatal, establecido en el artículo 2 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], de adecuar su derecho interno para garantizar en la práctica el derecho a la propiedad comunitaria" [§ VI (154) de la Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay].

"[…] la Corte [IDH] considera que a fin de garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena. Ello es cónsono con las disposiciones del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Convenio No. 169 de la OIT, del cual Paraguay es Estado parte" [§ VI (157) de la Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay].

"[…] el Tribunal constata que los argumentos que el Estado ha interpuesto para justificar la falta de materialización del derecho a la propiedad de las presuntas víctimas no son suficientes para relevarlo de su responsabilidad internacional. De hecho, ciertas acciones y omisiones del Estado, lejos de contribuir a la materialización del derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad, han obstaculizado e impedido su concreción. Es así como la declaratoria de reserva natural privada de parte del territorio reclamado por la Comunidad […] no sólo impide el desarrollo de sus actividades tradicionales sobre las mismas, sino también su expropiación y ocupación bajo cualquier supuesto […]" [§ VI (169) de la Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay].

«Cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad. Tal identidad alcanza un contenido particular debido a la percepción colectiva que tienen en tanto grupo, a sus cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan su vida […] En suma, este Tribunal observa que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek han sufrido diversas afectaciones a su identidad cultural que se producen primordialmente por la falta de su territorio propio y los recursos naturales que ahí se encuentran, lo cual representa una violación del artículo 21.1 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] en relación con el artículo 1.1 de la misma. Estas afectaciones son una muestra más de la insuficiencia de la visión meramente "productiva" de las tierras a la hora de ponderar los derechos en conflicto entre los indígenas y los propietarios particulares de las tierras reclamadas» [§ VI (175 y 182) de la Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay].

3.6. SENTENCIA DE LA CORTE IDH RECAÍDA EN EL CASO DEL PUEBLO SARAYAKU VS. ECUADOR

A continuación realizaremos un breve estudio sobre la Sentencia de la Corte IDH del 27 de junio de 2012, recaída en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

3.6.1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

"El 26 de abril de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos […] presentó ante el Tribunal, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], una demanda en contra de la República del Ecuador […] De acuerdo con la Comisión, el caso se refiere, entre otros temas, al otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku (en adelante "Pueblo Sarayaku" o "el Pueblo" o "Sarayaku"), en la década de 1990, sin que se hubiere consultado previamente con éste y sin su consentimiento. Así, se iniciaron las fases de exploración petrolera, inclusive con la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena, creando con ello una alegada situación de riesgo para la población, ya que durante un período le habría impedido buscar medios de subsistencia y le habría limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura. Además, el caso se refiere a la alegada falta de protección judicial y de observancia de las garantías judiciales" [§ I (1 y 2) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"En el presente caso, corresponde determinar si el Estado respetó y garantizó adecuadamente los derechos del Pueblo Sarayaku que se alegan violados, al haber otorgado un contrato para exploración y explotación petrolera sobre su territorio a una empresa privada; al ejecutarse el referido contrato, y al ocurrir una serie de hechos conexos. Aún si reconoció que no efectuó un proceso de consulta previa en el presente caso, el Estado cuestionó durante el litigio su obligación de realizarlo y alegó que ciertos actos de la empresa cumplieron con la consulta a las comunidades indígenas de la zona otorgada en concesión. A diferencia de otros casos que ha conocido este Tribunal, en este caso no está en duda el derecho del Pueblo Sarayaku a su territorio, plenamente reconocido por el Estado mediante actos internos […] y como hecho no controvertido en el proceso ante la Corte [IDH]" [§ VIII.1 (124) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

3.6.2. . DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA (TERRITORIO Y SUS RECURSOS NATURALES)

"Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados" [§ VIII.1 (B-146) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

3.6.3. . DERECHOS A LA CONSULTA Y A LA IDENTIDAD CULTURAL

"La Corte [IDH] observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural […] los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática […] Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio Nº 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios" [§ VIII.1 (B-159 y 160) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas" [§ VIII.1 (B-166) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes" [§ VIII.1 (B-167) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"Habiendo establecido que el Estado estaba obligado a realizar un proceso de consulta previa en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en el referido contrato de exploración petrolera, al menos desde 1998 […], el Estado debía haber garantizado la participación del Pueblo Sarayaku y, en consecuencia, que no se realizaran actos de ejecución de la referida concesión dentro de su territorio sin consultarle previamente. […] En este sentido, no ha sido controvertido que el Estado no realizó alguna forma de consulta con Sarayaku, en ninguna de las fases de ejecución de los actos de exploración petrolera y a través de sus propias instituciones y órganos de representación. En particular, el Pueblo no fue consultado antes de que se construyeran helipuertos, se cavaran trochas, se sembraran explosivos o se destruyeran zonas de alto valor para su cultura y cosmovisión" [§ VIII.1 (B-183 y 184) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta" [§ VIII.1 (B-187) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"De tal manera, es posible considerar que el Estado apoyó la actividad de exploración petrolera de la empresa CGC al proveerles seguridad con miembros de sus fuerzas armadas en determinados momentos, lo cual no favoreció un clima de confianza y respeto mutuo para alcanzar consensos entre las partes. […] Por otro lado, los actos de la empresa, al pretender legitimar sus actividades de exploración

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

petrolera y justificar sus intervenciones en el territorio Sarayaku, dejaron de respetar las estructuras propias de autoridad y representatividad a lo interno y externo de las comunidades. La compañía CGC se limitó a ofrecer dinero y diversos beneficios económicos al Pueblo Sarayaku (así como lo hizo con otras comunidades de la zona…), con la finalidad de obtener su consentimiento para realizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales que existirían en su territorio, sin que el Estado emprendiera o supervisara un proceso sistemático y flexible de participación y diálogo con la misma. Además, según fue alegado y no controvertido por el Estado, la compañía CGC se habría valido de procedimientos fraudulentos para la obtención de firmas de apoyo por parte de miembros de la comunidad de Sarayaku" [§ VIII.1 (B-193 y 194) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

«Es decir, el Estado no sólo delegó en parte, inadecuadamente, en una empresa privada su obligación de consulta, en incumplimiento del referido principio de buena fe y de su obligación de garantizar el derecho del Pueblo Sarayaku a la participación, sino que desfavoreció un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona, al favorecer la ejecución de un contrato de exploración petrolera. […] La Corte [IDH] reitera que la búsqueda de un "entendimiento" con el Pueblo Sarayaku llevado a cabo por la misma empresa CGC, no puede ser entendida como una consulta de buena fe en la medida que no consistió en un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo» [§ VIII.1 (B-199 y 200) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

«En el presente caso, la Corte [IDH] ha dado por probado que la compañía petrolera pretendió relacionarse directamente con algunos miembros del Pueblo Sarayaku, sin respetar la forma de organización política del mismo. Además, es un hecho reconocido por el Estado que no fue éste el que llevó a cabo esa "búsqueda de entendimiento", sino la propia compañía petrolera. Así, de la posición sostenida por el Estado ante este Tribunal se desprende que aquél pretendió delegar de facto su obligación de realizar el proceso de consulta previa en la misma empresa privada que estaba interesada en explotar el petróleo que existiría en el subsuelo del territorio Sarayaku […] Por lo señalado, el Tribunal considera que estos actos realizados por la compañía CGC no pueden ser entendidos como una consulta adecuada y accesible» [§ VIII.1 (B-203) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"En conclusión, la Corte [IDH] ha constatado que no se efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku antes de emprender o de autorizar el programa de prospección o explotación de recursos que existirían en su territorio. Según fue analizado por el Tribunal, los actos de la empresa petrolera no cumplen con los elementos mínimos de una consulta previa. En definitiva, el Pueblo Sarayaku no fue consultado por el Estado antes de que se realizaran actividades propias de exploración petrolera, se sembraran explosivos o se afectaran sitios de especial valor cultural.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Todo esto fue reconocido por el Estado y, en todo caso, ha sido constatado por el Tribunal con los elementos probatorios aportados" [§ VIII.1 (B-211) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"La Corte [IDH] considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos" [§ VIII.1 (B-220) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. En consecuencia, la Corte [IDH] considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado" [§ VIII.1 (B-232) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"Si bien no corresponde pronunciarse sobre nuevas rondas petroleras que el Estado habría iniciado, en el presente caso la Corte [IDH] ha determinado que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, por no haber garantizado adecuadamente su derecho a la consulta. En consecuencia, el Tribunal dispone, como garantía de no repetición, que en el eventual caso que se pretenda realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio Sarayaku o a aspectos esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el Pueblo Sarayaku deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia […] El Tribunal recuerda en este sentido que los procesos de participación y consulta previa deben llevarse a cabo de buena fe en todas las etapas preparatorias y de planificación de cualquier proyecto de esa naturaleza. Además, conforme a los estándares internacionales aplicables, en tales supuestos el Estado debe garantizar efectivamente que el plan o proyecto que involucre o pueda potencialmente afectar el territorio ancestral, implique la realización

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

previa de estudios integrales de impacto ambiental y social, por parte de entidades técnicamente capacitadas e independientes, y con la participación activa de las comunidades indígenas involucradas" [§ IX (B.2-299 y 300) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

La Corte IDH declara por unanimidad, que: "El Estado es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 145 a 227, 231 y 232 de la presente Sentencia" [§ X (341) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

La Corte IDH dispone por unanimidad, que: "El Estado debe consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio, en los términos de los párrafos 299 y 300 de esta Sentencia" [§ X (341) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC) SOBRE LA CONSULTA PREVIA

A continuación realizaremos un breve estudio sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) del 19 de febrero de 2009, recaída en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC; asimismo, sobre la STC del 9 de junio de 2010, recaída en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC, la STC del 30 de junio de 2010, recaída en el Exp. N.° 05427-2009-PC/TC, la STC del 11 de noviembre de 2009, recaída en el Exp. N.° 06316-2008-PA/TC, la STC del 26 de julio de 2011, recaída en el Exp. N.° 00024-2009-PI, y la STC del 11 de setiembre de 2012, recaída en el Exp. N.° 01126-2011-HC/TC.

Este estudio solo comprenderá los extractos de dichas sentencias que tengan estrecha vinculación con los objetivos de esta investigación.

4.1. MEDIOAMBIENTE Y RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA

"Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán" (fundamento 24 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

"Es oportuno indicar que la legislación que promueve la consulta es, a su vez, reflejo de la responsabilidad social de la empresa, en cuanto busca una consolidación del vínculo que deberán establecer las empresas con las comunidades que puedan sufrir los efectos del impacto de la actividad hidrocarburífera. Así, no sólo es la preocupación que la empresa pueda tener respecto del ambiente, sino también en relación con la población aledaña, debiendo plantear medidas que busquen, por ejemplo, el menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades. De igual forma, si se lleva a afecto la extracción de recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades nativas, es claro que tendrán que implementarse mecanismos de participación de las comunidades en actividad y de las rentas que se puedan generar" (fundamento 39 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

"En efecto, no se puede eludir la necesidad de contar con un Plan Maestro —aprobado por las autoridades competentes— apelando a que sólo las actividades de explotación pueden ser consideradas como aprovechamiento de recursos naturales, ya que, en opinión de este Colegiado, la etapa de exploración y explotación constituyen un todo que conduce al aprovechamiento de los recursos naturales. Tal

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

razonamiento es derivado del mencionado principio de prevención al que debe dársele una especial connotación, puesto que se está ante una ANP [Área Natural Protegida]. En tal sentido, el término 'aprovechamiento de recursos' debe ser comprendido de manera integral, conteniendo las actividades de exploración y explotación […] Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, es cierto también que, en el presente caso, la inexistencia del referido Plan Maestro ha sido responsabilidad de las autoridades estatales competentes y no de las empresas emplazadas, como cierto es también que no toda la etapa de exploración tiene el mismo grado de incidencia en el medio ambiente. Dicha etapa cuenta con distintas fases, siendo sólo las últimas las que puede considerarse que comprometen nítidamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente […] En ese sentido, queda prohibida la realización de estas actividades [exploración y explotación] mientras no se cuente con el respectivo Plan de Maestro, que contemple la posibilidad de aprovechar los recursos naturales que se encuentran en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, sujetándose a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación. Y en caso de que dichas actividades ya se encuentren en curso, deben quedar suspendidas mientras no se cuente con el referido Plan de Maestro" (fundamentos 66 y 67 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.2. COMUNIDADES NATIVAS Y MEDIO AMBIENTE (TERRITORIOS INDÍGENAS)

«Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Con ello se pretende construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. Es por ello que la Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad. Así, en la STC 0042-2004-AI/TC, este Tribunal ha dicho que "la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú" [fund. 1]. Pero no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa» (fundamento 3 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece, además del derecho a la identidad étnica y cultural, una clara dimensión objetiva en cuanto se obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. Igualmente, debe tenerse presente que el artículo 89 de la Norma Fundamental reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Manifestación de la autonomía referida será la posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 149). Se establece además en el texto constitucional (artículo 48) que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen" (fundamento 28 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

«El Tribunal recuerda que la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de "propiedad" sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación. El Tribunal valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión» (fundamento 18 de la STC en el Exp. N.° 00024-2009-PI).

«Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88º y 89º de la Constitución], sin recoger el concepto de "territorio" de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13º que la utilización del término "tierras" debe incluir el concepto de "territorios". La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas» (fundamento 22 de la STC en el Exp. N.° 01126-2011-HC/TC).

«[…] es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuales son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las "reglas de juego" las que, en el fondo, no son más que la normativa dirigida a procurar el bien común, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso» (fundamento 44 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"Dentro del respeto de las costumbres, es decir, la manifestación de la identidad de los pueblos indígenas, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio debiendo observarse cada caso bajo el principio de razonabilidad. El artículo 89 de la Constitución debe interpretarse dentro del resto de enunciados constitucionales y del Convenio N.° 169. Así, en virtud del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

principio de unidad de la Constitución y el principio de unidad integradora, desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal [Exp. N.° 05854-2005-PA/TC, f. 12], el resultado de la interpretación constitucional debe considerar la identidad indígena de quien detenta la propiedad y tomar en cuenta sus costumbres […] Es por ello que el artículo 14 del Convenio N.° 169, ordena tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia" (fundamentos 45 y 46 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

En un caso particular, el TC consideró lo siguiente: "[…] no basta con argumentar que el cierre de tal camino afecta un interés de naturaleza colectiva, como lo es el desplazamiento de personas, cuando de otro lado existe otros derechos o intereses igualmente legítimos. Más aún cuando existen títulos que acreditan la propiedad de tal territorio, los mismos que no han sido negados o cuestionados en ningún momento por los demandados. Por consiguiente, se acredita que se ha vulnerado el derecho a la propiedad del territorio indígena de la Comunidad Nativa Tres Islas. En tal sentido, la comunidad nativa tiene el legítimo derecho de hacer uso de su derecho a la propiedad y determinar quiénes pueden ingresar a su propiedad, y quiénes no" (fundamento 36 de la STC en el Exp. N.° 01126-2011-HC/TC).

4.3. . EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y LOS RECURSOS NATURALES (DERECHO A LA CONSULTA PREVIA)

"[La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DUNDPI)] Se trata de un instrumento de derecho internacional, debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado, por lo que no cabe la ratificación. No obstante ello, debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas […] El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano" (fundamentos 7 y 8 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

«En el caso del Convenio N.° 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los "tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional" [STC N.° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]". Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes» (fundamento 9 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] cuando entre las disposiciones de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y las del Convenio 169 no existan antinomias, aquellas pueden entenderse a manera de interpretación autorizada de éstas últimas, teniendo la naturaleza, en todos los demás casos, de aquello que en el Derecho Internacional se denomina como *soft law*, esto es, una guía de principios generales que carecen de fuerza vinculante y, por lo mismo, respecto de los cuales los Estados no tienen ninguna obligación jurídica, pero que se considera que deberían observar a modo de criterios persuasivos" (fundamento 14 de la STC en el Exp. N.° 00024-2009-PI).

4.3.1. TUTELA DE LOS INTERESES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (LIBRE AUTODETERMINACIÓN)

"Con el Convenio N.° 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad. En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida […] Otro ejemplo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.° 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas" (fundamentos 14 y 15 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

«Debe considerarse también que el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. El concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son "menos avanzadas", y como consecuencia de ello estarían irremediablemente destinadas a perder su identidad en un proceso de "superación cultural", al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad» (fundamento 15 de la STC en el Exp. N.° 01126-2011-HC/TC).

«Es de resaltar que las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que ellos guardan sobre el mundo que los rodea. Así, a partir de ello, se debe disponer una tutela adecuada a su contexto y necesidades. Por ejemplo, la relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos, en consecuencia, el artículo 13 de la Convención 169 establece que el término "tierras", para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de "territorio" ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra […] Esta especial circunstancia define la manera en que se reconoció el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales» (fundamento 32 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

"Esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.° 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas" (fundamento 33 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

"Este Colegiado considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan […]" (fundamento 18 de la STC en el Exp. N.° 06316-2008-PA/TC).

"En virtud a ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inició a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla" (fundamento 35 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

4.3.2. IDENTIFICACIÓN DE MEDIDAS OBJETO DE CONSULTA Y DE LOS PUEBLOS A SER CONSULTADOS

"En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta" (fundamento 21 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"Respecto al artículo 15 del Convenio, es de precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato esta directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados" (fundamento 23 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] el derecho de consulta se extiende en estos casos a las comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las comunidades aledañas o colindantes, a fin de garantizar su derecho a la participación en la toma de decisiones, incluso frente a posibles poblaciones en aislamiento que puedan resultar afectadas. La interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones" (fundamento 15 de la STC en el Exp. N.° 06316-2008-PA/TC).

4.3.3. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE CONSULTA

"[…] es claro que la exigencia que impone el Convenio 169 de la OIT es la de una consulta previa, pública, neutral y transparente, cuya convocatoria debe hacerse en el propio idioma de las comunidades correspondientes y con la supervisión de las entidades estatales que garanticen la calidad de la información brindada, y con niveles razonables de participación de los integrantes de la comunidad y sus representantes, consulta que no puede reducirse a que se relegue a los integrantes de la comunidad a simples receptores de información, sino que debe fomentar su participación apelando a sus puntos de vista sobre las cuestiones materia de la consulta" (fundamento 25 de la STC en el Exp. N.° 06316-2008-PA/TC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional" (fundamento 26 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

4.3.3.1. BUENA FE

"Este Tribunal Constitucional estima 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 el 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, a saber: 1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas" (fundamento 27 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"Por ejemplo, en la primera, cuando el funcionario prevea que la medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debe comunicársele a las entidades representativas de los pueblos indígenas. No debe tratar de impedirse o imponerse trabas que impida que dicha información sea conocida o que se concrete la consulta. El principio de transparencia obtiene un nuevo contenido en este escenario. En todo caso, frente a este tipo de contextos, los pueblos indígenas podrían utilizar las garantías judiciales pertinentes a fin de subsanar esta situación. En la segunda etapa indicada se comprende que las partes, y sobre todo el Estado, deben estar comprometidos en encontrar un consenso. Sería bastante fútil generar un espacio de discusión y diálogo intercultural, cuando lo que en el fondo se pretende es simplemente la mera apariencia de cumplimiento de la norma, sin que se recaiga en lo sustancial de la misma […] Acerca de la última etapa, de nada servirá arribar a los consensos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

si es que luego, en la ejecución de lo consultado, se pretende hacer caso omiso a los compromisos asumidos. El respeto del principio de buena fe, exige que no se desconozca el espíritu del compromiso. El reto es mejorar la calidad de representación de los pueblos indígenas incorporándolos como grupos pluralistas en la dinámica participativa de la democracia" (fundamentos 28 y 29 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

4.3.3.2. FLEXIBILIDAD

"[…] el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención 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" (fundamento 32 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

4.3.3.3. OBJETIVO DE ALCANZAR UN ACUERDO (NO HAY DERECHO DE VETO)

"Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados" (fundamento 33 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

«De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.° 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

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

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 […] En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona» (fundamentos 24 y 25 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; 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. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta" (fundamento 37 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de la medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta" (fundamento 40 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena" (fundamento 41 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

4.3.3.4. TRANSPARENCIA

"[…] en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuales van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuales van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto" (fundamento 35 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

4.3.3.5. IMPLEMENTACIÓN PREVIA DEL PROCESO DE CONSULTA

"Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan" (fundamento 36 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] el derecho a la consulta previa e informada, tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que el desarrollo económico impulsado legítimamente desde el Estado, no se contraponga, sino antes bien,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

se armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo" (fundamento 57 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

"[…] este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6º, inciso b) y 7º" (fundamento 62 de la STC en el Exp. N.° 05427-2009-PC/TC).

"[…] cuando nuestra propia ley fundamental reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad; pero en ningún caso habilitándolas para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios" (fundamento 21 de la STC en el Exp. N.° 06316-2008-PA/TC).

4.4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE IDH

«De acuerdo a lo estipulado en el artículo V del Código Procesal Constitucional el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos. De ahí la importancia de las decisiones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, para la labor que realiza este Tribunal Constitucional. Dicho artículo, que en realidad es la consolidación de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, que se originó en la sentencia del Expediente N.° 00218-2002-HC/TC (fundamento 2), ha sido desarrollado por este Tribunal en la sentencia del Expediente N.° 007-2007-PI/TC, expresando que: "las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso"» (fundamento 47 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"La necesidad de poseer recursos judiciales en el derecho nacional para reparar violaciones a los derechos reconocidos en los pactos internacionales se condice además con la necesidad de brindar la oportunidad al propio Estado de remediar dichas violaciones y evitar de este modo su responsabilidad internacional. En este contexto, al habilitar el presente proceso de cumplimiento para dar respuesta a una supuesta violación de los derechos reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, este Tribunal no sólo pretende cumplir la obligación internacional de proteger judicialmente los derechos consagrados en el Convenio, sino que intenta llevar a cabo una auténtica labor preventiva de la responsabilidad internacional del Estado peruano en esta materia. En efecto, como este Colegiado ya lo ha reconocido, la jurisprudencia constitucional no sólo cumple la función de concretizar los derechos consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que cumple una verdadera función preventiva de las sentencias condenatorias de la Corte IDH (STC 2730-2006-PA/TC, FJ. 13)" (fundamento 24 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

"[…] este Tribunal encuentra que la obligación del Estado de adoptar medidas de derecho interno para efectivizar los derechos establecidos en un tratado de derechos humanos, no es un deber cuya fuente tenga que buscarse en un artículo expreso de ese mismo tratado. En primer lugar, porque sería errado sostener que un tratado de derechos humanos directamente aplicable y vinculante para un Estado Parte, tolera al mismo tiempo su inoperancia fruto de la no regulación a nivel interno de los derechos en él reconocidos. Y en segundo lugar, porque una interpretación distinta implicaría desconocer que los tratados de derechos humanos deben interpretarse no sólo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito (artículo 31 de la Convención de Viena), sino también en atención al principio *pro homine*, es decir, prefiriendo la interpretación que mejor favorezca a la protección de los derechos humanos por aquél reconocidos […]" (fundamento 35 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

"En el caso de autos, este Tribunal considera que la ausencia de una apropiada *interpositio legislatoris* en el tema del derecho a la consulta previa e informada, ha minusvalorado considerablemente los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país y ha desencadenado no pocos conflictos sociales con saldos más que lamentables. Es preciso recodar, en este punto, que en el momento más álgido del conflicto sucedido en la localidad de Bagua, los pueblos indígenas de la Amazonía enarbolaron como uno de sus principales reclamos la derogación de los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo, justificados en la ausencia del procedimiento de consulta previa que no se había seguido al promulgar estos decretos […]" (fundamento 45 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSULTA PREVIA

5. LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL COLECTIVO

«La consulta previa, al estar relacionada con la protección de derechos como la identidad, la integridad étnica y cultural, o la participación representativa, es un derecho fundamental "de naturaleza jurídica colectiva", ya que para su pleno ejercicio es necesario la participación de todos los integrantes a la comunidad» (ANGLES YANQUI, 2014). "Entonces, el derecho de consulta previa es de naturaleza colectiva, enmarcándose dentro de los derechos fundamentales de tercera generación [derechos difusos], y protege a estos grupos minoritarios identificados como pueblos indígenas" (ANGLES YANQUI, 2014).

La utilización del término "pueblos" en el Convenio 169 "no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional" (Artículo 1, numeral 3, del Convenio 169).

Los derechos colectivos tienen por "sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; 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; a la jurisdicción especial; 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; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural" [Artículo 3º, literal f), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC].

5.1. COSTUMBRES E INSTITUCIONES DE LOS PUEBLOS (PARTICIPACIÓN Y COOPERACIÓN)

Los "gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad" (Artículo 2, numeral 1, del Convenio 169). La mencionada acción deberá incluir las siguientes medidas: "a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida" (Artículo 2, numeral 2, del Convenio 169).

Deberán "adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados" (Artículo 4, numeral 1, del Convenio 169). Estas medidas especiales "no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados" (Artículo 4, numeral 2, del Convenio 169). Como consecuencia de estas medidas especiales, el "goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno" (Artículo 4, numeral 3, del Convenio 169).

Al aplicar las disposiciones del Convenio 169: "a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo" (Artículo 5 del Convenio 169).

En la aplicación de la legislación nacional a los pueblos "deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario" (Artículo 8, numeral 1, del Convenio 169).

Los pueblos "deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio" (Artículo 8, numeral 2, del Convenio 169).

5.2. TIERRAS DE LOS PUEBLOS: MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

5.2.1. PROTECCIÓN Y PRESERVACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Los "gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan" (Artículo 7, numeral 4, del Convenio 169).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

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 pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas" (Artículo 7, numeral 3, del Convenio 169).

El "contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11° del Decreto Supremo Nº 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" (Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

5.2.2. RELACIÓN CON LAS TIERRAS O TERRITORIOS (PARTICIPACIÓN Y CONSULTA)

En la aplicación de las disposiciones sobre "tierras" del Convenio 169, "los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación" (Artículo 13, numeral 1, del Convenio 169).

Deberá reconocerse a los pueblos "el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes" (Artículo 14, numeral 1, del Convenio 169). "Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión" (Artículo 14, numeral 2, del Convenio 169).

"Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados" (Artículo 14, numeral 3, del Convenio 169).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Deberá consultarse a los pueblos "siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad" (Artículo 17, numeral 2, del Convenio 169).

5.2.3. . RECURSOS NATURALES EXISTENTES EN LAS TIERRAS (CONSULTA PREVIA Y PARTICIPACIÓN)

Los derechos de los pueblos "a los recursos naturales existentes en sus tierras [o sus territorios] deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos" (Artículo 15, numeral 1, del Convenio 169).

Si el Estado tiene la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tiene derechos sobre otros recursos existentes en las tierras de los pueblos, "los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras [o sus territorios]. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades" (Artículo 15, numeral 2, del Convenio 169).

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 "y en el artículo 66º de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3º, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso" (Artículo 6º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

Según lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio 169 "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" (Décima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.2.4. . CONSENTIMIENTO DE LOS PUEBLOS

En principio, los pueblos "no deberán ser trasladados de las tierras [o territorios] que ocupan" (Artículo 16, numeral 1, del Convenio 169). Empero, cuando "el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados" (Artículo 16, numeral 2, del Convenio 169).

El Estado "brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. 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 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas: a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos. b) 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" (Sétima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

5.3. . CONSULTA PREVIA Y PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS

Al aplicar las disposiciones del Convenio 169, los gobiernos deberán: "a) 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; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin" (Artículo 6, numeral 1, del Convenio 169).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El derecho a la consulta es "el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado" (Artículo 2 de la Ley N° 29785).

"La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos" (Artículo 3 de la Ley N° 29785). La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que las consultas deben realizarse "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta" [Artículo 5º, literal d), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC].

"Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. […] Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados" (fundamento 33 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] No forma parte del contenido de este derecho [a la consulta previa] el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta" (fundamento 37 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). "De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.° 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 [de] impedir que tales medidas se lleven a cabo. […] un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad [de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas], 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 […] En suma, es obligatorio y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona" (fundamentos 24 y 25 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena" (fundamento 41 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

5.4. . COOPERACIÓN DE LOS PUEBLOS CON EL ESTADO

El "mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento" (Artículo 7, numeral 2, del Convenio 169).

La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el Convenio 169 "deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones" (Artículo 33, numeral 1, del Convenio 169). Estos programas deberán incluir: "a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio; b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados" (Artículo 33, numeral 2, del Convenio 169).

Los gobiernos "deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general" (Artículo 20, numeral 1, del Convenio 169).

Los programas de formación profesional "deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden" (Artículo 22, numeral 3, del Convenio 169).

La "artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades" (Artículo 23, numeral 1, del Convenio 169).

Los servicios de salud dirigidos a los pueblos "deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales" (Artículo 25, numeral 2, del Convenio 169).

Los programas y los servicios de educación dirigidos a los pueblos "deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales" (Artículo 27, numeral 1, del Convenio 169). Los gobiernos "deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin" (Artículo 27, numeral 3, del Convenio 169). Siempre que sea viable, "deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo" (Artículo 28, numeral 1, del Convenio 169).

6. PRINCIPIOS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Los principios que conforman el derecho a la consulta previa son: "igualdad, es decir, la no discriminación o aislamiento; la dignidad, o sea, el estado social a ser tratados como sujetos y no como objetos; y la autodeterminación, que se basa en las decisiones propias de la población a establecer un desarrollo social, político, económico, para su comunidad, o mantener el estatus que llevan, no concibiéndose esta autodeterminación como potestad para ser entes aislados u independientes del aparato estatal" (ANGLES YANQUI, 2014).

"Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional" (fundamento 26 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

6.1. OPORTUNIDAD (MEDIDAS EN CONSULTA)

"El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales" (Artículo 4, inciso 1, de la Ley N° 29785).

Las "entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas. Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio. En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes" (Artículo 9 de la Ley N° 29785).

"En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta" (fundamento 21 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] el derecho a la consulta previa e informada, tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo […]" (fundamento 57 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC). "[…] la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe […]" (fundamento 36 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

6.2. INTERCULTURALIDAD (PUEBLOS A CONSULTAR)

"El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas" (Artículo 4, inciso 2, de la Ley N° 29785).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Los “pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos” (Artículo 3, numeral 1, del Convenio 169).

El Convenio 169 se aplica: “a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (Artículo 1, numeral 1, del Convenio 169). Para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio 169, la “conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental” (Artículo 1, numeral 2, del Convenio 169).

“Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa” (Artículo 5 de la Ley N° 29785). Para “identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes: 1. Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional. 2. Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. 3. Instituciones sociales y costumbres propias. 4. Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional. El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos” (Artículo 7 de la Ley N° 29785).

Se define como pueblo indígena u originario al pueblo “que desciende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. Los criterios establecidos en el artículo 7º de la Ley [29785] deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos" [Artículo 3º, literal k), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC].

6.3. . BUENA FE (ORGANIZACIONES REPRESENTATIVAS DE LOS PUEBLOS)

"Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas" (Artículo 4, inciso 3, de la Ley N° 29785).

"El principio de buena fe, aplicable a ambas partes [Pueblo y Estado], comprende adicionalmente: i. Brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo. ii. Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado. iii. Cooperar con el desarrollo de la consulta. iv. Diligencia en el cumplimiento de lo acordado. v. Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta. vi. No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta" [Artículo 3º, literal d), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC].

"[…] 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. […] Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas" (fundamento 27 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

Las consultas a los pueblos "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" (Artículo 6, numeral 2, del Convenio 169). El diálogo intercultural "se realiza respecto de aquellos aspectos en donde se presentan diferencias entre las posiciones de la propuesta de la entidad promotora y las presentadas por el o los pueblos indígenas. Esta debe guiarse por un esfuerzo constante, y de buena fe, por alcanzar acuerdos sobre la medida objeto de consulta" (Artículo 20º, numeral 20.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que las "consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta" [Artículo 5º, literal a), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. "[…] En cualquier caso, la entidad promotora pondrá fin al proceso de diálogo si el incumplimiento del principio de buena fe impidiera la continuación del proceso de consulta, elaborando un informe sobre las razones que sustentan dicha decisión, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación, de ser el caso, luego de lo cual se pasará a la etapa de decisión" (Artículo 21º, numeral 21.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

"[…] si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de la[s] medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta" (fundamento 40 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). "[…] de nada servirá arribar a los consensos si es que luego, en la ejecución de lo consultado, se pretende hacer caso omiso a los compromisos asumidos. El respeto del principio de buena fe, exige que no se desconozca el espíritu del compromiso. El reto es mejorar la calidad de representación de los pueblos indígenas incorporándolos como grupos pluralistas en la dinámica participativa de la democracia" (fundamento 29 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales" (Artículo 6 de la Ley N° 29785). La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que las consultas deben realizarse a través de los representantes de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas directamente afectados, acreditados conforme al numeral 10.1 del artículo 10º del Reglamento [Artículo 5º, literal c), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. La entidad promotora identifica a estos pueblos indígenas y a sus organizaciones representativas, a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial (Artículo 8º, numeral 8.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). La falta de "organizaciones representativas o representantes no es obstáculo para la realización del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

proceso de consulta, debiendo la entidad promotora adoptar las medidas necesarias para hacer posible la consulta" (Artículo 10º, numeral 10.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

6.4. FLEXIBILIDAD (PROCEDIMIENTO DE CONSULTA)

"La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados" (Artículo 4, inciso 4, de la Ley N° 29785).

La información "debe darse de forma adecuada y oportuna, con el objetivo de que el o los pueblos indígenas cuenten con información suficiente sobre la materia de consulta, así como para evaluar la medida y formular sus propuestas. Se deben usar medios de comunicación cercanos a la población indígena de tal manera que puedan llegar efectivamente a sus organizaciones representativas y a sus representantes, sobre la base de un enfoque intercultural" (Artículo 18º, numeral 18.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que deben establecerse "mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado" [Artículo 5º, literal b), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC].

"[…] el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. […] 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" (fundamento 32 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que atendiendo a "la diversidad de pueblos indígenas existentes y a la diversidad de sus costumbres, el proceso de consulta considera las diferencias según las circunstancias a efectos de llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural. Se presta especial interés a la situación de las mujeres, la niñez, personas con discapacidad y los adultos mayores" [Artículo 5º, literal g), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC].

Para "la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena. Para ello, los procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo" (Artículo 16 de la Ley N° 29785).

6.5. PLAZO RAZONABLE

"El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta" (Artículo 4, inciso 5, de la Ley N° 29785).

Las "entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta: 1. Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta. 2. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados. 3. Publicidad de la medida legislativa o administrativa. 4. Información sobre la medida legislativa o administrativa. 5. Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente. 6. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios. 7. Decisión" (Artículo 8 de la Ley N° 29785).

"El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta" (Artículo 24º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). Corresponde a las entidades promotoras "brindar información al o los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. La etapa de información dura entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario, según establezca la autoridad promotora" (Artículo 18º, numeral 18.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). La etapa de evaluación interna debe completarse dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario (Artículo 19º, numeral 19.7, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). El período máximo de la etapa de diálogo intercultural "será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes" (Artículo 20º, numeral 20.6, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

Los pueblos indígenas, "dentro de los treinta (30) días calendarios de recibido el Plan de Consulta, deben designar a sus representantes, conforme lo regula el presente artículo. El nombre de los o las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

representantes y los documentos de acreditación son de acceso público. El plazo de designación de los representantes transcurre dentro del plazo de la etapa de información, prevista en el artículo 18 del Reglamento. En caso no llegara la acreditación dentro del plazo, se presumirá que las personas registradas en la Base de Datos son los o las representantes" (Artículo 10º, numeral 10.4, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

6.6. AUSENCIA DE COACCIÓN O CONDICIONAMIENTO (LIBRE DETERMINACIÓN)

No deberá utilizarse "ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio" (Artículo 3, numeral 2, del Convenio 169). "La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno" (Artículo 4, inciso 6, de la Ley N° 29785).

Los pueblos indígenas "deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección, en el proceso de consulta, en un marco de plena autonomía, y sin interferencia de terceros ajenos a dichos pueblos, respetando la voluntad colectiva" [Artículo 5º, literal i), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC].

Los pueblos "deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente" (Artículo 7, numeral 1, del Convenio 169).

6.7. INFORMACIÓN OPORTUNA (TRANSPARENCIA)

"Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación" (Artículo 4, inciso 7, de la Ley N° 29785).

"Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa" (Artículo 12 de la Ley

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

N° 29785). La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que la obligación del Estado "de informar al pueblo indígena, así como la de apoyar la evaluación interna, se circunscribe sólo a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participen del proceso de consulta" (Artículo 5º, literal j), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

"[…] es claro que la exigencia que impone el Convenio 169 de la OIT es la de una consulta previa, pública, neutral y transparente, […] consulta que no puede reducirse a que se relegue a los integrantes de la comunidad a simples receptores de información, sino que debe fomentar su participación apelando a sus puntos de vista sobre las cuestiones materia de la consulta" (fundamento 25 de la STC en el Exp. N.° 06316-2008-PA/TC). "[…] en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. […] El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto" (fundamento 35 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO III

IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

7. APLICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA

7.1. DERECHOS DE LOS PUEBLOS SOBRE LAS TIERRAS

Deberá reconocerse a los pueblos "el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes" (Artículo 14, numeral 1, del Convenio 169). Los gobiernos deberán tomar las medidas correspondientes "para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión" (Artículo 14, numeral 2, del Convenio 169).

"Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados" (Artículo 14, numeral 3, del Convenio 169).

Deberá consultarse a los pueblos "siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad" (Artículo 17, numeral 2, del Convenio 169).

En principio, los pueblos "no deberán ser trasladados de las tierras [o territorios] que ocupan" (Artículo 16, numeral 1, del Convenio 169). Empero, cuando "el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados" (Artículo 16, numeral 2, del Convenio 169).

7.2. DERECHOS DE LOS PUEBLOS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES EXISTENTES EN SUS TIERRAS

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Los derechos de los pueblos “a los recursos naturales existentes en sus tierras [o sus territorios] deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (Artículo 15, numeral 1, del Convenio 169).

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 pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas” (Artículo 7, numeral 3, del Convenio 169).

Los gobiernos deberán consultar a los pueblos “a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras [o sus territorios]. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (Artículo 15, numeral 2, del Convenio 169).

8. APLICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO NACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA

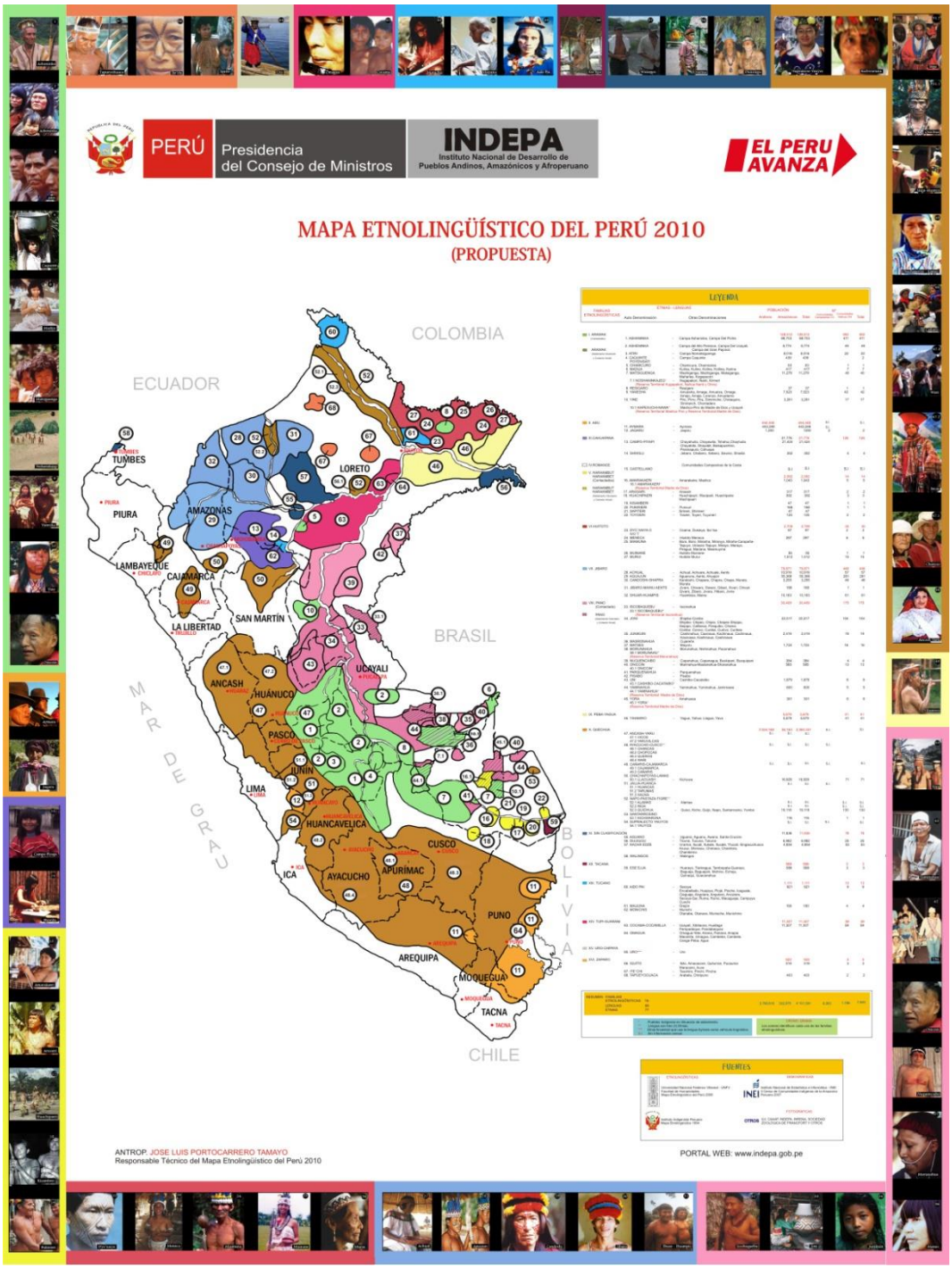
8.1. . LIMITACIONES FÁCTICAS DE LA CONSULTA PREVIA

“A febrero de 2014, el Estado peruano no posee un listado adecuado de identificación de pueblos indígenas [en el 2013 las autoridades peruanas identificaron a 52 pueblos indígenas y solo se posee 20 mapas geográficos de dichas poblaciones]. Al no saber quiénes conforman los pueblos indígenas, se hace imposible implementar el proceso de consulta previa. Y por este motivo que los pueblos no identificados son pasibles de vulneración a sus derechos constitucionales” (ANGLES YANQUI, 2014).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA



"Esta pluralidad de etnias, lenguas y culturas del Perú, refleja la coexistencia de todos los pueblos y grupos étnicos. Dentro de los pueblos indígenas, su organización es generalmente en pueblos andinos y amazónicos […] Todos estos pueblos y grupos étnicos, reflejan la heterogeneidad cultural de nuestro país. Si consideramos al último Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú, tenemos que en el país existen 71 etnias, 7 ubicadas en el área andina y 65 en el área amazónica, las cuales se agrupan en 14 familias lingüísticas indígenas" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"Aún cuando en muchos lugares del Perú, la población indígena está entremezclada con sociedades occidentalizadas, mediante la convivencia urbana e inclusive algunas veces mediante autoridades indígenas al frente [de] gobiernos locales y regionales, los pueblos indígenas aún no gozan de la participación en sus procesos de desarrollo, debido a una falta de institucionalización en las entidades estatales" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011). "Si bien es cierto que esta falta de institucionalización en el Estado es general, pueda notarse con mayor claridad en los gobiernos regionales y locales, quienes están más cercanos a la población, pero carecen de las herramientas legales necesarias que les permitan desarrollar esta institucionalización a través de procesos de participación y consulta" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011).

La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que las consultas deben realizarse a través de los representantes de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas directamente afectados [Artículo 5º, literal c), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. La entidad promotora identifica a estos pueblos indígenas y a sus organizaciones representativas, a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial (Artículo 8º, numeral 8.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). La falta de "organizaciones representativas o representantes no es obstáculo para la realización del proceso de consulta, debiendo la entidad promotora adoptar las medidas necesarias para hacer posible la consulta" (Artículo 10º, numeral 10.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

8.2. CRÍTICAS A LA CONSULTA PREVIA

«Se cree que el diálogo intercultural o los procesos de consulta y participación de los pueblos indígenas, serán ineficaces y lentos, sobre todo en los procesos de toma de decisiones que incluyen la participación de la población. Esta percepción de ineficacia y lentitud, generalmente la atribuyen a las dificultades de idioma y cultura. Sin embargo, estas valoraciones de eficacia son asociadas a cuestión de tiempos y no precisamente de resultados, por lo que son camufladas con argumentos relativos a "oposiciones ideológicas"» (CASAFRANCA VALENCIA, 2011).

"[…] El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas" (Artículo 4, inciso 3, de la Ley N° 29785). "El principio de buena fe, aplicable a ambas partes [Pueblo y Estado], comprende adicionalmente: […] v. Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta. vi. No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta" [Artículo 3º, literal d), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. "[…] El reto es mejorar la calidad de representación de los pueblos indígenas incorporándolos como grupos pluralistas en la dinámica participativa de la democracia" (fundamento 29 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

No deberá utilizarse "ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos" (Artículo 3, numeral 2, del Convenio 169). "La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno" (Artículo 4, inciso 6, de la Ley N° 29785). Los pueblos indígenas "deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección, en el proceso de consulta, en un marco de plena autonomía, y sin interferencia de terceros ajenos a dichos pueblos, respetando la voluntad colectiva" [Artículo 5º, literal i), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC].

"[…] la aplicación y resultados de este proceso [de la consulta previa] generan muchas dudas y temores en los diversos sectores productivos que piensan que este podría entorpecer, paralizar o perjudicar sus inversiones. Muchos sectores conciben este proceso como una forma de depender de lo que buenamente decidan los Pueblos. Esto no necesariamente es así. En general, creemos que la emisión de esta normativa [de la consulta previa] ha sido positiva y responde a criterios bastante razonables dentro de las políticas que viene ejecutando el Estado en materia de DS [desarrollo sostenible], y más específicamente, aquellas orientadas a las industrias extractivas" (LA ROSA AIRALDI, 2011).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"Ha habido poca valorización de la participación ciudadana como un elemento clave de una democracia plena o como un instrumento para mejorar la calidad de las decisiones de las instituciones públicas y privadas […] está vista [la participación ciudadana] como una medida para apaciguar presiones y manejar conflictos, como un formalismo para enfrentar las presiones de la comunidad internacional, como una traba a las inversiones, como un freno al trabajo de los funcionarios públicos y, finalmente, como un mal necesario que se asume con renuencia y en el menor grado posible" (SCURRAH, 2012).

"Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley" (Artículo 17 de la Ley N° 29785). "[…] 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. Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras, conforme a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento" [Artículo 3º, literal g), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. "En el caso de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada Organismo Promotor de la Inversión Privada coordinar con la entidad promotora la oportunidad en que ésta deberá realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente" (Décima Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

Los "gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida" (Artículo 2º, numeral 2.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). El VMI "en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas" (Artículo 1º, numeral 1.4, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

Para efectos de la Ley N° 29785, se considera al VMI "como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo" (Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785). Dicho

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

órgano tiene las siguientes funciones: «1. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta [“Asimismo, brinda opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta”; según el Artículo 28º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. 2. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular [el Artículo 28º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC precisa que estos servicios se brindan a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas]. 3. Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa. 4. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados [“así como sobre el Plan de Consulta”; según el Artículo 28º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. 5. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta. 6. Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas. 7. Registrar los resultados de las consultas realizadas [“Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta”; según el Artículo 28º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. 8. Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias. 9. Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento [Específicamente, “Dictar una Guía Metodológica para la implementación del derecho de consulta, incluyendo documentos modelo”; según el Artículo 28º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]» (Artículo 19 de la Ley N° 29785).

El VMI está organizado de la siguiente manera:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



Fuente: http://cultura.gob.pe/interculturalidad

8.3. EFECTO CONCILIADOR DE LA CONSULTA PREVIA

"El conflicto de Bagua, que tuvo lugar en junio de 2009, ha sido uno de los más graves que han ocurrido en la región y ha sido profundamente analizado nacional e internacionalmente; se originó por la aprobación, en junio de 2008, por parte del Ejecutivo, de una serie de decretos legislativos con base en facultades legislativas delegadas por el Congreso en el marco de la política gubernamental de implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Los decretos, que afectaban los derechos de las comunidades indígenas, se realizaron sin consulta previa" (OXFAM, 2011).

"Precisamente, los conflictos que las actividades extractivas han generado en los últimos años y los movimientos en contra de la minería que están creciendo en los países de la región constituyen una respuesta a la actividad minera, que no toma en cuenta los derechos de participación y consulta previa real de las comunidades locales, cuyo medioambiente se ve afectado por dichas actividades" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010). "Los numerosos conflictos existentes en Latinoamérica, sobre todo ligados a las actividades extractivas, han mostrado que, si no existen posibilidades para la población de participar realmente, de ser oída y de ser tomada en cuenta al momento de la toma de decisiones importantes, no se logrará nunca paz social, ni desarrollo ni respeto por los derechos humanos" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

"[…] la ineficiente administración de dichos recursos [canon minero] por parte del Estado (según el nivel de gobierno en cada caso) en perjuicio de las poblaciones afectadas, usualmente, se disfraza con

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

argumentos de escasez y discrepancia con la gestión de la empresa minera o con la actividad misma, o mediante la contraposición de valores subjetivos entre un bien y otro como, por ejemplo, la preservación de fuentes naturales de agua versus la extracción de minerales" (LA ROSA AIRALDI, 2011). En particular, "[…] los cuestionamientos en torno al proyecto Conga se han dirigido a las afectaciones medioambientales que podría producir, sin hacerse énfasis en el impacto social del proyecto y mucho menos en la posibilidad de la condición indígena de las comunidades y rondas campesinas afectadas" (BLANCO VIZARRETA, 2013).

"La implementación de adecuados procedimientos de consulta y participación de los pueblos indígenas, reducirían enormemente la existencia de conflictos socio ambientales, tanto en su prevención como en la resolución de los conflictos existentes, ya que la naturaleza conciliadora de la consulta (llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento) permitiría que las acciones del Estado provengan de un consenso con los pueblos indígenas o al menos con pleno conocimiento de las afectaciones que, dichos pueblos consideran, tendrían si se aplicará determinada medida legislativa, administrativa o de desarrollo económico basado en la explotación de recursos naturales" (CASAFRANCA VALENCIA, 2011).

"Entre los principales problemas relacionados con la falta de consulta previa, que desencadenan conflictos, se encuentra el temor a una posible contaminación y deterioro del medio ambiente; la falta de acuerdos sobre las medidas que se adoptarían en este caso; las compensaciones económicas que se recibirían; la magnitud de la afectación de los territorios; los posible daños a la salud; el uso del agua; la responsabilidad de las empresas y del Estado frente a estos problemas y la falta de mecanismos para hacerla valer, así como el incumplimiento de los compromisos adquiridos por las empresas con los pueblos indígenas" (OXFAM, 2011).

"Algunas empresas extractivas, mediante la llamada Responsabilidad Social Empresarial (RSE), […] han establecido algunos mecanismos que en realidad son básicamente compensatorios más que participativos, lo que en la práctica tampoco busca lograr acuerdos y consensos con la población, sino negociar su presencia, con resultados que muchas veces resultan injustos por las asimetrías de los actores, y generan a la larga situaciones de tensión y conflicto" (JAHNCKE BENAVENTE, 2010).

"[…] muchas veces, las empresas, voluntariamente, deciden ejecutar obras de infraestructura social y productiva en términos de bienes y servicios, y trabajan directamente con las poblaciones afectadas para conducir aspectos que redunden en su propio beneficio social y económico. En este último caso es donde vemos la presencia de la RSC [Responsabilidad Social Corporativa] y aquí el Estado, en cierta forma, podría considerarse un mero espectador" (LA ROSA AIRALDI, 2011).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

8.4. . PROBLEMÁTICA DE LAS TIERRAS Y SUS RECURSOS

"La histórica articulación al mercado mundial del Estado peruano como proveedor de materias primas y en especial de minerales, ha determinado la existencia de un marco institucional y jurídico funcional a los intereses de estos sectores económicos. Ello se vio reforzado a partir de las reformas introducidas por el gobierno de Fujimori en los años noventa y se ha ido consolidando a través de los gobiernos sucesivos. Como correlato, se han adoptado medidas regresivas en lo que se refiere a la protección de la propiedad colectiva indígena para favorecer la inversión privada en sus tierras y territorios. En este escenario, la Ley de Consulta Previa de 2011 viene a abrir un nuevo capítulo en la relación Estado-pueblos indígenas, o dicho en otros términos, es la excepción en un ordenamiento que, en general, ha tendido a la regresión en el reconocimiento de derechos indígenas" (BLANCO VIZARRETA, 2013).

"Todavía persiste en Perú una gran debilidad en el reconocimiento del título de propiedad y en la demarcación de los territorios indígenas. La propiedad indígena ha sido seriamente deteriorada por el proceso de reforma agraria iniciado en 1969, que ha producido un grave problema de fragmentación de la propiedad. En 1996 se inició el proyecto de regulación y titulación de tierras a cargo del Proyecto Especial de Titulación de Tierras (PETT), que ha priorizado el saneamiento de la propiedad de los pequeños agricultores y no de las comunidades campesinas y nativas" (OXFAM, 2011).

"Los obstáculos gubernamentales para titular tierras indígenas estarían motivados por el interés de entregarlos en concesión a empresas extractivas hidrocarburíferas, forestales y mineras bajo la tesis de que las tierras no tituladas serían tierras libres y por tanto de plena disponibilidad del Estado" (OXFAM, 2011).

"Hay estudios de abogados que se especializan en la compra de tierras en representación de las empresas y ha habido casos (Yanacocha y Tintaya, por ejemplo) de conflictos posteriores cuando los que han vendido sus tierras se han dado cuenta de que habían sido engañados o habían negociado en términos desfavorables. Aquí hay una participación en condiciones de vulnerabilidad y desprotección. En este caso, el mecanismo de participación no produce el empoderamiento porque la asimetría genera la imposición de decisiones y profundiza la desigualdad […] En el caso de las operaciones de hidrocarburos, se han otorgado servidumbres gratuitas desde el Estado sobre territorios no titulados de las poblaciones, afectando su derecho a la propiedad colectiva" (SCURRAH, 2012). "La institucionalidad en materia indígena del Estado, que exigen las organizaciones indígenas, también debe asumir su asesoramiento en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

todas aquellas decisiones que las puedan afectar, y en las que se encuentren en niveles de asimetría que no les permitan hacer respetar sus derechos" (SCURRAH, 2012).

Los pueblos "deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente" (Artículo 7, numeral 1, del Convenio 169).

Según el Artículo 6º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC: 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 señalada en el artículo 3º, inciso i) de dicho Decreto Supremo, que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de los recursos naturales (Artículo 66º de la CPP) en los ámbitos geográficos donde se ubican los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso.

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" (Décima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

El Estado "brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. 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 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas: […] b) 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" (Sétima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

8.5. CONTRADICCIONES EN EL MARCO NORMATIVO NACIONAL DE LA CONSULTA PREVIA

"La normativa peruana que directa o indirectamente ha abordado el tema del derecho a la consulta de los pueblos indígenas es dispersa, inadecuada e insuficiente, no ha seguido los principios y lineamientos internacionales sobre la materia y fundamentalmente no ha sido consultada" (OXFAM, 2011).

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio 169 "deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país" (Artículo 34 del Convenio 169). La aplicación de las disposiciones del Convenio 169 "no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales" (Artículo 35 del Convenio 169).

La Ley N° 29785 se "interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169" (Artículo 1 de la Ley N° 29785). "[…] en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional [Convenio 169] viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes" (fundamento 9 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

Para efectos de la Ley N° 29785, se considera al VMI "como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo" (Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785). El VMI "toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas" (Artículo 1º, numeral 1.4, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). "[…] El contenido de la declaración [de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas] no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes […]" (fundamentos 7 y 8 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). "[…] cuando entre las disposiciones de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y las del Convenio 169 no existan antinomias, aquellas pueden entenderse a manera de interpretación autorizada de éstas últimas, teniendo la naturaleza, en todos los demás casos, de aquello que en el Derecho Internacional se denomina como *soft law*, esto es, una guía de principios generales que carecen de fuerza vinculante y, por lo mismo, respecto de los cuales los Estados no tienen ninguna obligación jurídica, pero que se

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

considera que deberían observar a modo de criterios persuasivos" (fundamento 14 de la STC en el Exp. N.° 00024-2009-PI).

8.5.1. . DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS A CONSULTAR

Al aplicar las disposiciones del Convenio 169, los gobiernos deberán: "a) 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; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin" (Artículo 6, numeral 1, del Convenio 169).

El Convenio 169 se aplica: "a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas" (Artículo 1, numeral 1, del Convenio 169). Para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio 169, la "conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental" (Artículo 1, numeral 2, del Convenio 169).

"Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa" (Artículo 5 de la Ley N° 29785). Para "identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes: 1. Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional [pueblo "que desciende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización", según el Artículo 3º, literal k), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. 2. Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. 3. Instituciones sociales y costumbres propias [pueblos "que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ellas", según el Artículo 3º, literal k), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. 4. Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional. El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria [pueblo que "se auto reconozca como tal", según el Artículo 3º, literal k), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo ["La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos", según el Artículo 3º, literal k), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos" (Artículo 7 de la Ley N° 29785). "Los criterios establecidos en el artículo 7º de la Ley [29785] deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT", de acuerdo con el Artículo 3º, literal k), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

«La adaptación del ordenamiento interno al reconocimiento internacional del derecho a la consulta, ha generado la incorporación del sujeto "pueblo" como titular de este derecho, lo que ha llevado a dos procesos en tensión. De un lado, en la implementación del derecho a la consulta se ha tendido a adoptar ciertos criterios de identificación restrictivos que tendrían un efecto de dejar fuera a las comunidades y rondas campesinas; y de otro lado, que a partir de dicho reconocimiento de derechos éstas, junto con sus organizaciones nacionales, estarían retomando el concepto de pueblo, reivindicando su identidad indígena y su titularidad del derecho a la consulta» (BLANCO VIZARRETA, 2013).

8.5.2. CUMPLIMIENTO DE LA FINALIDAD DE LA CONSULTA

"La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos" (Artículo 3 de la Ley N° 29785). La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que las consultas deben realizarse "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta" [Artículo 5º, literal d), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC].

"[…] No forma parte del contenido de este derecho [a la consulta previa] el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta" (fundamento 37 de la STC en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). "De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.° 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. […] 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 […] En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo […]" (fundamentos 24 y 25 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena" (fundamento 41 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"La Ley de Consulta Previa N° 29785 viola el artículo 16.2 del Convenio N° 169 de la OIT, al omitir la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, en determinados supuestos que ponen en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas" (CHUQUIRUNA NOVOA, 2014). "[…] existe diferencia entre obtener el libre consentimiento de los pueblos indígenas en proceso de consulta, y una decisión final unilateral por parte del Estado en casos de grave afectación a los pueblos indígenas, lo que contraviene el objeto y finalidad del proceso de consulta, vulnerando los derechos constitucionales colectivos de los pueblos indígenas" (ANGLES YANQUI, 2014).

La "decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios 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 peruano. El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial" (Artículo 15 de la Ley N° 29785).

"El resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes" (Artículo 1º, numeral 1.5, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). De alcanzarse un acuerdo total o parcial entre el Estado y los pueblos indígenas, dicho acuerdo es de carácter obligatorio para ambas partes (Artículo 23º, numeral 23.2, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). "[…] En caso de no existir acuerdo alguno, o cuando el acuerdo es parcial, debe quedar constancia de las razones del desacuerdo parcial o total" (Artículo 22º, numeral 22.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas significa, en particular, que el "derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo" (Artículo 5º, literal e), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). Si no hay "un acuerdo y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida. Los o las representantes que expresen su desacuerdo tienen el derecho de que el mismo conste en el Acta de Consulta" (Artículo 23º, numeral 23.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC).

9. . APORTES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH EN LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

9.1. . DERECHO DE LOS PUEBLOS SOBRE LAS TIERRAS Y SUS RECURSOS

9.1.1. . RELACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES CON LA TIERRA

"[…] Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras" [§ IX (149) de la Sentencia del caso de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua].

"La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural" [§ IX (135) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

"[…] Para determinar la existencia de la relación de los indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte [IDH] ha establecido que: i) ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales" [§ VI (112 y 113) de la Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay].

"[…] la Corte [IDH] observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam […] Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones […] La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual […]" [§ VII (A-79, 82 y 84) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

"[…] Por tanto, el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley" [§ VII (G-174) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

9.1.2. DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA DE LOS PUEBLOS

"[…] La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural" [§ IX (146) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay]. "[…] el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad" [§ IX (143) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay]. "[…] el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de dicho derecho carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho por parte de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. Con ello se ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales" [§ IX (143) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

"[…] el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes" [§ IX (153) de la Sentencia del caso de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua]. "[…] este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte [IDH] considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades" [§ X (168) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

"El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro" [§ IX (151) de la Sentencia del caso

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua]. "[…] se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas" [§ IX (128) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

9.1.3. DERECHO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES USADOS POR LOS PUEBLOS (INDEMNIZACIÓN)

"Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida […]" [§ VIII.1 (B-146) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"[…] los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo […]" [§ VII (D-121 y 122) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

"La CIDH establece la primacía de derechos de los pueblos indígenas sobre los derechos de privatización (exploración o extracción de recursos naturales), ponderando el derecho al consentimiento y a no ser desplazados sin su consentimiento, por ser derechos colectivos que se entrelazan con sus derechos individuales. El Estado peruano, se encuentra en la obligación a cumplir dichos criterios jurisprudenciales" (ANGLES YANQUI, 2014).

«[…] el derecho a obtener el pago de una "indemnización justa" conforme al artículo 21.2 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia […] En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka» [§ VII (E-139 y 140) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"[…] la Corte [IDH] concluye lo siguiente: primero, que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia; segundo, que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales, y por último, que las concesiones ya otorgadas por el Estado no cumplieron con estas garantías […]" [§ VII (F-158) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

"El Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 129, 133, 143, 146, 148, 155, 158 y 194(e) de esta Sentencia" [§ IX (214) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

9.2. . CONSULTA Y CONSENTIMIENTO

9.2.1. CONSULTA A LOS PUEBLOS PARA OBTENER TÍTULO DE PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA

"[…] los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra. Este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos" [§ VII (C-115) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

"El Estado debe eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales […]" [§ IX (214) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

"[…] la Corte [IDH] considera que a fin de garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena. Ello es cónsono con las disposiciones del Convenio No. 169 de la OIT, del cual Paraguay es Estado parte" [§ VI (157) de la Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay].

"[…] El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural […] los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática […] Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio Nº 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios" [§ VIII.1 (B-159 y 160) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka" [§ IX (214) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

9.2.2. CONSULTA A LOS PUEBLOS SI NO ES POSIBLE EL DERECHO A LA REIVINDICACIÓN

"[…] la Corte [IDH] toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre […]" [§ IX (131) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay]. "[…] si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan" [§ IX (132) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

"[…] la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]; […] Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas" [§ IX (148 y 149) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay].

"[…] la Corte [IDH] ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro […]" [§ IX (138) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

"La Corte [IDH] reitera nuevamente que ante tierras explotadas y productivas es responsabilidad del Estado, a través de los órganos nacionales competentes, determinar y tener en cuenta la especial relación de los miembros de la comunidad indígena reclamante con dicha tierra, al momento de decidir entre ambos derechos. De lo contrario, el derecho de reivindicación carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales […]" [§ VI (149) de la Sentencia del caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay].

"La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario" [§ IX (151) de la Sentencia del caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay]. "[…] conforme lo ha señalado la Corte [IDH], cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión" [§ IX (135) de la Sentencia del caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay].

9.2.3. PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS EN LOS PLANES DE DESARROLLO O INVERSIÓN DENTRO DE SU TERRITORIO (CONSULTA Y CONSENTIMIENTO)

«Primero, la Corte [IDH] ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones […] Este deber

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, 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. El Estado, asimismo, debe 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. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones […] Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones […]» [§ VII (E-133 y 134) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam]. "[…] adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones" [§ VII (E-137) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

"[…] estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes" [§ VIII.1 (B-167) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"[…] el Tribunal dispone, como garantía de no repetición, que en el eventual caso que se pretenda realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio Sarayaku o a aspectos esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el Pueblo Sarayaku deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia […] El Tribunal recuerda en este sentido que los procesos de participación y consulta previa deben llevarse a cabo de buena fe en todas las etapas preparatorias y de planificación de cualquier proyecto de esa naturaleza. Además, conforme a los estándares internacionales aplicables, en tales supuestos el Estado debe garantizar efectivamente que el plan o proyecto que involucre o pueda potencialmente afectar el territorio ancestral, implique la realización previa de estudios integrales de impacto ambiental y social, por parte de entidades técnicamente capacitadas e independientes, y con la participación activa de las comunidades indígenas involucradas" [§ IX (B.2-299 y 300) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

"[…] El Estado no llevó a cabo o supervisó estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones y costumbre, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y, a su vez, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio. Todo esto constituye una violación al derecho de propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka reconocido en el artículo 21 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento" [§ VII (F-154) de la Sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam].

"[…] el Estado debía haber garantizado la participación del Pueblo Sarayaku y, en consecuencia, que no se realizaran actos de ejecución de la referida concesión dentro de su territorio sin consultarle previamente. […] En este sentido, no ha sido controvertido que el Estado no realizó alguna forma de consulta con Sarayaku, en ninguna de las fases de ejecución de los actos de exploración petrolera y a través de sus propias instituciones y órganos de representación […]" [§ VIII.1 (B-183 y 184) de la Sentencia del caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador].

10. APORTES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TC EN LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

10.1. TUTELA Y PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS

«[…] este Tribunal ha dicho que "la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú" […] Pero no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa» (fundamento 3 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad" (fundamento 15 de la STC en el Exp. N.° 01126-2011-HC/TC). "Con el Convenio N.° 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante […] Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida […] Otro ejemplo será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.° 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas" (fundamentos 14 y 15 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] debe tenerse presente que el artículo 89 de la Norma Fundamental reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Manifestación de la autonomía referida será la posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 149). Se establece además en el texto constitucional (artículo 48) que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen" (fundamento 28 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

10.2. TIERRA Y TERRITORIO DE LOS PUEBLOS (TÍTULO DE PROPIEDAD)

"[…] La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas" (fundamento 22 de la STC en el Exp. N.° 01126-2011-HC/TC). «[…] la relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos, en consecuencia, el artículo 13 de la Convención 169 establece que el término "tierras", para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de "territorio" ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra […] Esta especial circunstancia define la manera en que se reconoció el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad [de los] pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales» (fundamento 32 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

«El Tribunal recuerda que la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de "propiedad" sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. […] El Tribunal valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión» (fundamento 18 de la STC en el Exp. N.° 00024-2009-PI).

"Dentro del respeto de las costumbres, es decir, la manifestación de la identidad de los pueblos indígenas, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio debiendo observarse cada caso bajo el principio de razonabilidad […] Es por ello que el artículo 14 del Convenio N.° 169, ordena tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia" (fundamentos 45 y 46 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] la comunidad nativa tiene el legítimo derecho de hacer uso de su derecho a la propiedad y determinar quiénes pueden ingresar a su propiedad, y quiénes no" (fundamento 36 de la STC en el Exp. N.° 01126-

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2011-HC/TC). "[…] es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuales son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas […]" (fundamento 44 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

10.3. PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS EN LAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS (CONSULTA PREVIA)

"Esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.° 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas" (fundamento 33 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

"Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. […] si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional" (fundamento 26 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). "[…] La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas […]" (fundamento 36 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). "[…] el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan […]" (fundamento 18 de la STC en el Exp. N.° 06316-2008-PA/TC). "[…] Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo […]" (fundamento 57 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"[…] la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar […] si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán" (fundamento 24 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC). "Es oportuno indicar que la legislación que promueve la consulta es, a su vez, reflejo de la responsabilidad social de la empresa, en cuanto busca una consolidación del vínculo que deberán establecer las empresas con las comunidades que puedan sufrir los efectos del impacto de la actividad hidrocarburífera […] si se lleva a afecto la extracción de recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades nativas, es claro que tendrán que implementarse mecanismos de participación de las comunidades en actividad y de las rentas que se puedan generar" (fundamento 39 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

"[…] Cuando ello ocurra [explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena] se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados" (fundamento 23 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). "[…] el derecho de consulta se extiende en estos casos a las comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las comunidades aledañas o colindantes, a fin de garantizar su derecho a la participación en la toma de decisiones, incluso frente a posibles poblaciones en aislamiento que puedan resultar afectadas. La interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones" (fundamento 15 de la STC en el Exp. N.° 06316-2008-PA/TC).

"En virtud a ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inició a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla" (fundamento 35 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"[…] el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. […] 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" (fundamento 32 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). "[…] no toda la etapa de exploración tiene el mismo grado de incidencia en el medio ambiente. Dicha etapa cuenta con distintas fases, siendo sólo las últimas las que puede considerarse que comprometen nítidamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente […] En ese sentido, queda prohibida la realización de estas actividades [exploración y explotación] mientras no se cuente con el respectivo Plan de Maestro, que contemple la posibilidad de aprovechar los recursos naturales que se encuentran en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, sujetándose a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación. Y en caso de que dichas actividades ya se encuentren en curso, deben quedar suspendidas mientras no se cuente con el referido Plan de Maestro" (fundamentos 66 y 67 de la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).

10.4. PUEBLOS NO TIENEN DERECHO DE VETO

"[…] No forma parte del contenido de este derecho [a la consulta previa] el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta" (fundamento 37 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). "De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.° 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. […] un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad [de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas], 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 […] En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo […]" (fundamentos 24 y 25 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"La legislación nacional desarrolla el derecho a la consulta, Ley 29785 y su Reglamento, donde no se establece de forma literal la prohibición del derecho a veto; sin embargo, la jurisprudencia señala que los pueblos indígenas no poseen este derecho, concepción con la que se concuerda. Del mismo modo, tanto la interpretación del Convenio 169 de la OIT como la doctrina, han establecido que el derecho de consulta previa a los pueblos originarios no da origen al derecho a veto, ya que lo buscado es el consentimiento libre e informado" (ANGLES YANQUI, 2014).

"[…] si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena" (fundamento 41 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

"[…] si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de la medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta" (fundamento 40 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). "[…] de nada servirá arribar a los consensos si es que luego, en la ejecución de lo consultado, se pretende hacer caso omiso a los compromisos asumidos. El respeto del principio de buena fe, exige que no se desconozca el espíritu del compromiso […]" (fundamento 29 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

10.5. SENTENCIAS DE LA CORTE IDH SON VINCULANTES

«De acuerdo a lo estipulado en el artículo V del Código Procesal Constitucional el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos. […] Dicho artículo, […] ha sido desarrollado por este Tribunal en la sentencia del Expediente N.° 007-2007-PI/TC, expresando que: "las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso"» (fundamento 47 de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

11. PROCESOS DE CONSULTA PREVIA

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

A continuación se presentarán los casos en los que el VMI, como órgano técnico especializado en materia indígena del poder ejecutivo, ha cumplido su función de brindar asistencia técnica a las entidades promotoras y a los pueblos indígenas en cada proceso de consulta previa realizado. Solo se revisarán los casos que hayan alcanzado la última etapa de dicho proceso, es decir, la etapa de decisión[20].

11.1. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO PANTERÍA

Teniendo en cuenta la Constancia de Aprobación Automática N°014-2016-MEM-DGAAM que aprueba el instrumento ambiental del proyecto Pantería (presentado el 12 de julio de 2016), la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del proyecto de exploración minera Pantería propone el desarrollo de actividades mineras para la realización de sondajes en 20 plataformas de perforación, ubicados en el distrito de Capillas, provincia de Castrovirreyna, departamento de Huancavelica. Por tratarse de un proyecto de exploración minera Categoría I, el proyecto Pantería no excederá las 10 hectáreas de terreno a disturbar. El área del proyecto Pantería se encuentra dentro del área superficial de la comunidad campesina Cajamarca, identificada como parte de los pueblos quechuas. La entidad promotora del proceso de consulta es el MINEM. La Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM) se encarga de implementar los procesos de consulta previa, según la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Minería, que: 1) Aprueba el proyecto de exploración Pantería; 2) Autoriza el inicio de las actividades mineras de exploración a favor de la compañía minera Antares S.A.C. respecto del proyecto de exploración Pantería, con 20 plataformas de perforación; y 3) Autoriza la construcción de accesos hacia las plataformas de perforación. El proyecto Pantería tiene como objetivo realizar actividades mineras de exploración, es decir, comprobar la existencia de minerales y cuantificar las reservas existentes en el área del proyecto.

En la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios) el MINEM definió el ámbito de la medida y solicitó la asistencia técnica del Ministerio de Cultura para determinar la presencia de pueblos indígenas u originarios en dicho ámbito. El Ministerio de Cultura emitió su opinión técnica mediante el Oficio N° 418-2016-DGPI-VMI-MC. La comunidad campesina Cajamarca expresó los siguientes criterios de identificación de pueblos originarios: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y

[20] La información sobre estos procesos de consulta previa, que a continuación será resumida, está publicada en: http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

autoidentificación. Posteriormente, el MINEM identificó a la comunidad campesina Cajamarca como sujeto del derecho a la consulta, considerando que podría verse afectada por la medida objeto de consulta.

En la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), el 10 de mayo de 2017 se realizó la reunión preparatoria que tuvo como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto de exploración minera Pantería, entre el MINEM y la comunidad campesina Cajamarca, perteneciente a los pueblos quechuas. En este documento se establecieron las fechas, lugares y metodología con los que se llevará a cabo el proceso de consulta previa. Entre lo acordado en el Plan de Consulta se establece la realización de un taller informativo, a cargo del MINEM, dirigido a la población de la comunidad campesina y que contará con la participación de un intérprete de lengua quechua registrado por el Ministerio de Cultura. La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo en la comunidad campesina el 10 de mayo de 2017, con la entrega formal, por parte del MINEM, del Plan de consulta, la propuesta de Resolución Directoral (la medida administrativa) y el resumen ejecutivo de la DIA.

Respecto a la etapa 4 (información), el 10 de junio de 2017, en la comunidad campesina Cajamarca se llevó a cabo un taller informativo que contó con la participación de representantes del MINEM (entidad promotora), comuneros y autoridades de la comunidad campesina de Cajamarca, y especialistas del Ministerio de Cultura. El taller informativo fue un espacio propicio para que los comuneros formularan sus preguntas e inquietudes, particularmente respecto a posibles limitaciones al acceso de agua, sobre el proyecto de exploración minera Pantería y el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), el 10 de junio de 2017, en la comunidad campesina Cajamarca se congregaron autoridades y comuneros para celebrar una Asamblea General Extraordinaria. Como resultado de esta reunión, las autoridades comunales hicieron entrega al MINEM (entidad promotora del proceso) el acta de Asamblea General Extraordinaria, a través del cual los comuneros manifestaron estar de acuerdo con que el MINEM autorice el inicio de actividades exploración minera del proyecto Pantería.

En la etapa 6 (diálogo), la comunidad campesina Cajamarca señaló que, según lo establecido en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, el Acta de Asamblea General Extraordinaria (celebrada el 10 de junio de 2017) sea considerada como Acta de Consulta Previa.

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Minería del MINEM, con fecha 24 de julio de 2017, emitió la Resolución Directoral N° 334-2017-MEM-DGM, mediante la cual se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de la Compañía Minera Antares S.A.C., en el Proyecto Minero Panteria

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

(20 plataformas de exploración), ubicado en el distrito de Capillas, provincia de Castrovirreyna, departamento de Huancavelica. En dicha resolución se indica que el contenido de la misma sea comunicado al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), para los fines de sus competencias.

11.2. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO PUQUIOPATA

El proyecto Puquiopata propone el desarrollo de actividades mineras de exploración en una extensión de 645.9797 hectáreas, ubicadas en el distrito de Coronel Castañeda, provincia de Parinacochas, departamento de Ayacucho; específicamente, la implementación de 20 plataformas de perforación diamantina y la realización de un sondaje de perforación diamantina por cada plataforma. El área del proyecto se encuentra dentro del área superficial de la comunidad campesina de Sauricay, identificada como parte de los pueblos quechuas; ubicada en el distrito de Coronel Castañeda, a una altitud de 4 708 m.s.n.m., en la cuenca del río Ocoña. La entidad promotora de este proceso de consulta es el MINEM. La DGAAM se encarga de implementar los procesos de consulta previa, según la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Minería, que: 1) Aprueba el proyecto de exploración minera Puquiopata; 2) Autoriza el inicio de las actividades mineras de exploración a favor de la compañía Minera Ares S.A.C. con 20 plataformas de perforación diamantina, durante 6 meses; 3) Las actividades de perforación consistirán en la ejecución de 20 sondajes distribuidos en 20 plataformas de perforación y 40 pozas de sedimentación de lodos; y 4) Los componentes del proyecto consisten en 20 plataformas de perforación, 40 pozas de sedimentación, habilitación de vías de acceso, implementando infraestructura auxiliar como campamento, cancha de volatilización, depósito de Top Soil. El proyecto Puquiopata tiene como objetivo realizar actividades mineras de exploración, es decir, comprobar la existencia de minerales y cuantificar las reservas existentes en el área del proyecto.

En la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios) el MINEM identificó como pueblo indígena u originario, que podría verse afectado por la medida, a la comunidad campesina de Sauricay, asentada en el distrito de Coronel Castañeda, provincia de Parinacochas, departamento de Ayacucho. En esta etapa, la entidad promotora definió el ámbito geográfico de la medida y solicitó la asistencia técnica del Ministerio de Cultura para determinar la presencia de pueblos indígenas u originarios en dicho ámbito. El

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Ministerio de Cultura emitió su opinión técnica mediante el Oficio N° 142-2016/DCP/DGI/VMI/MC que remite el Informe N° 009-2016-JJLR/DCP/DGPI/VMI/MC. La comunidad campesina de Parinacochas expresó los siguientes criterios de identificación de pueblos originarios: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación. Posteriormente, el MINEM identificó a la comunidad campesina de Sauricay como sujeto del derecho a la consulta, considerando que podría verse afectada por la medida objeto de consulta.

En la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), el 27 de octubre de 2016 se realizó una reunión preparatoria que tuvo como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto de exploración minera Puquiopata, entre el MINEM y la comunidad campesina de Sauricay, perteneciente a los pueblos quechuas. En este documento se establecieron las fechas, lugares y metodología con los que se llevará a cabo el proceso de consulta previa. Entre lo acordado en el Plan de Consulta se estableció la realización de un taller informativo sobre los alcances del proyecto en el mes de diciembre en el anexo Sorani. Entre lo acordado en el Plan de Consulta se estableció la realización de un taller informativo, a cargo del MINEM, dirigido a la población de la comunidad campesina y que contará con la participación de un intérprete de lengua quechua registrado por el Ministerio de Cultura. Asimismo, se acordó que se entregarán materiales en quechua y castellano y se realizarán spots radiales para dar cuenta del proceso. La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo en la comunidad campesina el 27 de octubre de 2016.

Respecto a la etapa 4 (información), el 19 de diciembre de 2016 en la comunidad campesina de Sauricay – Anexo Sorani se llevó a cabo un taller informativo que contó con la participación de representantes del MINEM (entidad promotora), comuneros y autoridades de la comunidad campesina de Sauricay y un especialista del Ministerio de Cultura. El taller informativo fue un espacio propicio para que los comuneros formularan sus preguntas e inquietudes respecto al proyecto de exploración minera Puquiopata y el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), el 20 de diciembre de 2016 en la comunidad campesina de Sauricay – Anexo Sorani se congregaron autoridades y comuneros para celebrar una Asamblea General Extraordinaria. Como resultado de esta reunión, las autoridades comunales hicieron entrega al MINEM (entidad promotora del proceso) el acta de Asamblea General Extraordinaria, a través del cual los comuneros manifestaron estar de acuerdo con que el MINEM autorice el inicio de actividades exploración minera del proyecto Puquiopata, con 10 plataformas de perforación, siempre que: se respeten el medio ambiente y los derechos colectivos de los comuneros de Sauricay; la empresa cumpla con sus compromisos ambientales y sociales; el estado cumpla con fiscalizar y controlar las actividades de la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

empresa minera y; los comuneros se encuentren permanentemente informados sobre las actividades del proyecto.

En la etapa 6 (diálogo), la comunidad campesina de Sauricay señaló que, según lo establecido en el Artículo 19 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, el Acta de Asamblea General Extraordinaria (celebrada el 20 de diciembre de 2016) sea considerada como Acta de Consulta Previa.

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Minería del MINEM, con fecha 21 de marzo de 2017, emitió la Resolución Directoral N° 233-2017- MEM- DGM, mediante la cual se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de Minera Ares S.A.C. en el proyecto minero Puquiopata (10 plataformas de exploración), ubicado en el distrito de Coronel Castañeda, provincia de Parinacochas, departamento de Ayacucho. Dicha resolución se pronuncia sobre la implementación del proceso de consulta previa y dispone que el contenido de la misma sea comunicado al OSINERGMIN, a la SUNAFIL, al Ministerio de Cultura y a la comunidad campesina de Sauricay.

11.3. CONSULTA PREVIA PARA EL GUADALUPE

El proyecto Guadalupe contempla la exploración de Zinc y Hierro en 20 plataformas de exploración ubicadas dentro un área de actividad minera que comprende las concesiones EPZ Sanqui Uno y EPZ Sanqui Dos, ubicadas en los distritos de Huarmey y Pararín, provincias de Huarmey y Recuay respectivamente, en el departamento de Ancash. El área del proyecto se encuentra dentro del área superficial de la comunidad campesina de Pararin, identificada como parte de los pueblos quechuas. La entidad promotora de este proceso de consulta es el MINEM. La DGAAM se encarga de implementar los procesos de consulta previa, según la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Minería, que: 1) Aprueba el proyecto de exploración minera Guadalupe; 2) Autoriza el inicio de las actividades mineras de exploración a favor de la compañía Minera Milpo S.A.A. con 20 plataformas de perforación diamantina, durante 16 meses; 3) Las actividades de perforación consistirán en la ejecución de 23 sondajes distribuidos en 20 plataformas de perforación y 40 pozas de sedimentación de lodos; y 4) Los componentes del proyecto consisten en 20 plataformas de perforación, 40 pozas de sedimentación, uso de accesos existentes e implementación de infraestructura auxiliar como cunetas de derivación, campamento, almacén de insumos, aditivos y combustibles, almacén de testigos, almacén temporal de residuos sólidos. El proyecto Guadalupe tiene

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

como objetivo realizar actividades mineras de exploración, es decir, comprobar la existencia de minerales y cuantificar las reservas existentes en el área del proyecto.

En la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios) el MINEM identificó como pueblo indígena u originario, que podría verse afectado por la medida, a la comunidad campesina de Pararin, asentada en los distritos de Huarmey y Pararin, en las provincias de Huarmey y Recuay respectivamente, en el departamento de Ancash. En esta etapa, la entidad promotora definió el ámbito de la medida y solicitó la asistencia técnica del Ministerio de Cultura para determinar la presencia de pueblos indígenas u originarios en dicho ámbito. El Ministerio de Cultura emitió su opinión técnica mediante el Oficio N° 140-2016/DCP/DGPI/VMI/MC, que remite el Informe N° 00009-2016-OSA/DCP/DGPI/VMI/MC. La comunidad campesina de Pararin expresó los siguientes criterios de identificación de pueblos originarios: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación. Posteriormente, el MINEM identificó a la comunidad campesina de Pararin como sujeto del derecho a la consulta, considerando que podría verse afectada por la medida objeto de consulta.

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), no se ha publicado información en el portal del VMI.

Respecto a la etapa 4 (información), el 27 de noviembre de 2016 se desarrolló un taller informativo en el Centro Poblado de Maravia, ubicado en la comunidad campesina de Pararin, que contó con la participación de un intérprete registrado por el Ministerio de Cultura en lengua quechua. Los comuneros asistentes recibieron información sobre el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas, a cargo del VMI, así como sobre las actividades de exploración del proyecto Guadalupe y las posibles afectaciones a los derechos colectivos, a cargo de la DGAAM.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), el 16 de diciembre de 2016 la comunidad campesina de Pararin llevó a cabo su reunión de evaluación interna. Como resultado de esta reunión, las autoridades comunales hicieron entrega a la DGAAM el resultado de la evaluación interna en la que se indicó que: “por decisión unánime se desaprueba el acta del taller informativo de exploración minera Guadalupe – Comunidad campesina Pararin de fecha 27 de noviembre de 2016 en el centro poblado de Maravia, por falta de información”.

En la etapa 6 (diálogo), el 29 de enero de 2017 en la ciudad de Barranca se realizó la reunión de diálogo entre los representantes del MINEM, en su calidad de entidad promotora del proceso de consulta, y los representantes de la comunidad campesina de Pararin. El VMI acompañó y brindó asistencia durante la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

reunión de diálogo a la entidad promotora y a los representantes acreditados de la comunidad campesina de Pararin. Asimismo, la reunión contó con la participación de un facilitador y de un intérprete registrado del Ministerio de Cultura. En dicha reunión, la entidad promotora presentó la evaluación interna remitida por la comunidad campesina de Parain, se dio lectura general de sus propuestas y posteriormente los representantes de la DGAAM brindaron respuestas a cada interrogante. De esta manera, la entidad promotora y la comunidad campesina de Pararin manifestaron estar de acuerdo con la medida administrativa consultada. Asimismo, la entidad promotora asumió el compromiso de trasladar a la Presidencia del Consejo de Ministros la propuesta comunal para la elaboración de un plan de desarrollo, así como la solicitud de definición de límites territoriales de la comunidad, la misma que también será traslada a la Comisión de Pueblos Indígenas y de Descentralización del Congreso de la República. Finalmente, se elaboró y firmó el acta de consulta del proyecto de exploración Guadalupe.

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Minería del MINEM, con fecha 21 de abril de 2017 emitió la Resolución Directoral N° 258-2017- MEM- DGM, mediante la cual se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de la Compañía Minera Milpo S.A.A., en el proyecto minero Guadalupe (20 plataformas y 40 pozas de sedimentación), ubicado en los distritos de Huarmey y Pararin, provincias de Huarmey y Recuay respectivamente, en el departamento de Ancash. Dicha resolución se pronuncia sobre la implementación del proceso de consulta previa y dispone que el contenido de la misma sea comunicado al OSINERGMIN, a la SUNAFIL, al Ministerio de Cultura, a la comunidad campesina de Pararin, a la Dirección Regional Agraria de Ancash respecto a la solicitud de la comunidad de Pararin de tener un plan de desarrollo que permita orientar mejor las actividades económicas y las inversiones de la comunidad, y a la Dirección de Titulación de Predios Rurales y Comunidades Campesinas de la Dirección Regional Agraria respecto a la definición de los límites territoriales de la comunidad campesina de Pararin.

11.4. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO CORCAPUNTA

El proyecto de exploración minera Corcapunta propone el desarrollo de actividades mineras en una extensión de 215,6422 hectáreas (20 plataformas de perforación), ubicadas en el distrito de Llacllin, provincia de Recuay, departamento de Ancash. El área del proyecto se encuentra dentro del área superficial de las comunidades campesinas de Huacyon y Llacllin, identificadas como parte de los pueblos quechuas. La entidad promotora de este proceso de consulta es el MINEM. La DGAAM se encarga de implementar los procesos de consulta previa, según la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM.
Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Minería, que: 1) Autoriza el inicio de las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

actividades mineras de exploración a favor de la Angloamerican Perú S.A. respecto del proyecto de exploración Corcapunta, con 20 plataformas de perforación; 2) Autoriza la construcción de 60 pozas de sedimentos de lodos, otras instalaciones y los accesos hacia cada plataforma de perforación. El proyecto Corcapunta tiene como objetivo realizar actividades mineras de exploración, es decir, comprobar la existencia de minerales y cuantificar las reservas existentes en el área del proyecto.

En la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios) el MINEM identificó como pueblos indígenas u originarios, que podrían verse afectados por la medida, a la comunidad campesina de Huacyon y a la comunidad campesina de Llacllin, asentadas en el distrito de Llacllin, en la provincia de Recuay, departamento de Ancash. En esta etapa, la entidad promotora definió el ámbito de la medida y solicitó la asistencia técnica del Ministerio de Cultura para determinar la presencia de pueblos indígenas u originarios en dicho ámbito. El Ministerio de Cultura emitió su opinión técnica mediante el Oficio N° 138-2016/DCP/DGPI/VMI/MC que remite el Informe N° 008-2016-OSA/DCP/DGPI/VMI/MC. Dichas comunidades campesinas expresaron los siguientes criterios de identificación de pueblos originarios: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación. Posteriormente, el MINEM las identifica como sujetos del derecho a la consulta, considerando que podrían verse afectadas por la medida objeto de consulta.

En la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), el 21 de agosto de 2016 se realizaron dos reuniones preparatorias consecutivas que tuvieron como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto de exploración minera Corcapunta, entre el MINEM y las comunidades campesinas de Huacyon y Llacllin, pertenecientes a los pueblos quechuas. En este documento, se establecieron las fechas, lugares y metodología con los que se llevará a cabo el proceso de consulta previa. Entre lo acordado en el Plan de Consulta se estableció la realización de talleres informativos sobre los alcances del proyecto en cada una de las comunidades campesinas consultadas y que contarán con la participación de un intérprete de lengua quechua registrado por el Ministerio de Cultura. Asimismo, se acordó que en la etapa informativa se entregarán materiales sobre las actividades de exploración minera. La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo el 21 de agosto en la comunidad de Llacllín, una vez concluida la reunión preparatoria realizada en esta localidad. En este mismo lugar estuvo presente también el representante de la comunidad de Huacyon.

Respecto a la etapa 4 (información), los días 24 y 25 de setiembre de 2016 se desarrollaron talleres informativos en las comunidades campesinas de Huacyon y Llacllin respectivamente. Los talleres contaron con la participación de un intérprete registrado por el Ministerio de Cultura en lengua quechua. Las comunidades campesinas recibieron información sobre el derecho a la consulta previa y sus respectivas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

etapas, a cargo del Ministerio de Cultura, así como sobre las actividades de exploración del Proyecto Corcapunta y las posibles afectaciones a los derechos colectivos, a cargo de la DGAAM. El 23 de setiembre la entidad promotora realizó una visita a la zona del proyecto, ubicado en la comunidad campesina de Huacyon, a la que asistieron representantes de las dos comunidades campesinas consultadas así como representantes de la entidad promotora y del Ministerio de Cultura.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), el 24 de setiembre de 2016 la comunidad campesina de Huacyon llevó a cabo su reunión de evaluación interna. Como resultado de esta reunión, la comunidad campesina entregó a la DGAAM el acta de evaluación interna en la que se indicó estar de acuerdo con el inicio de actividades del proyecto de explotación Corcapunta; asimismo, se manifestó que la empresa debe ofrecer trabajos para las comuneras. La comunidad campesina de Llacllin no realizó su evaluación interna.

En la etapa 6 (diálogo), la comunidad campesina de Huacyon señaló, a través del acta del 25 de setiembre de 2016, estar de acuerdo con la medida propuesta por la entidad promotora y, de esa manera, aceptar las actividades del proyecto de exploración de Corcapunta. Por su parte, la comunidad campesina de Llacllín no participó de las dos convocatorias para reuniones de diálogo intercultural realizadas por el MINEM. Como entidad promotora, el MINEM convocó a la comunidad campesina de Llacllín a participar en la etapa de diálogo, luego de realizar las convocatorias respectivas, la entidad promotora dio por concluido el proceso de consulta previa del proyecto Corcapunta.

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Minería del MINEM, con fecha 23 de enero de 2017, emitió la Resolución Directoral N° 0041-2017- MEM/DGM, mediante la cual se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de Anglo American S.A., en el proyecto minero Corcapunta (20 plataformas), ubicado en el distrito de Llacllin, provincia de Recuay, departamento de Ancash. Dicha resolución se pronuncia sobre la implementación del proceso de consulta previa (la comunidad campesina de Huacyon expresó su acuerdo para que el MINEM autorice el inicio de actividades de exploración y la comunidad campesina de Llacllin solo participó en las etapas de publicidad e informativa); asimismo, dispone que el contenido de la resolución sea comunicado al OSINERGMIN, a la SUNAFIL y al OEFA.

11.5. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO APUMAYO I[21]

[21] En este estudio será denominado como proyecto “Apumayo I” para ser diferenciado del proyecto “Apumayo II” (vid. §11.6), aunque téngase en cuenta que, en la fuente de información, los proyectos denominados “Apumayo” no incluyen números romanos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El proyecto de exploración minera Apumayo I propone el desarrollo de actividades mineras en una extensión de 1084.75 hectáreas (102 plataformas de perforación), ubicadas en el distrito de Chaviña, provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho. El área del proyecto se encuentra dentro del área superficial de las comunidades campesinas de Para y Chaviña, identificadas como parte de los pueblos quechuas. La entidad promotora de este proceso de consulta es el MINEM. La DGAAM se encarga de implementar los procesos de consulta previa, según la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Minería, que: 1) Aprueba el proyecto de exploración Apumayo I; 2) Autoriza el inicio de las actividades mineras de exploración a favor de la empresa Apumayo S.A.C. con 102 plataformas de perforación y accesos hacia cada plataforma de perforación. El proyecto Apumayo I tiene como objetivo realizar actividades mineras de exploración, es decir, comprobar la existencia de minerales y cuantificar las reservas existentes en el área del proyecto.

En la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios) el MINEM identificó como pueblos indígenas u originarios, que podrían verse afectados por la medida, a la comunidad campesina de Para y a la comunidad campesina de Chaviña, asentadas en el distrito de Chaviña, provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho. En esta etapa, la entidad promotora delimitó el ámbito geográfico de la medida y solicitó la asistencia técnica del Ministerio de Cultura para determinar la presencia de pueblos indígenas u originarios en dicho ámbito. El Ministerio de Cultura emitió su opinión técnica mediante el Oficio N° 067-2016/DCP/DGPI/VMI/MC que remite el Informe N° 001-2016-JLR/DCP/DGPI/VMI/MC. Dichas comunidades campesinas expresaron los siguientes criterios de identificación de pueblos originarios: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación. Posteriormente, el MINEM identificó a dichas comunidades campesinas como sujetos del derecho a la consulta, considerando que podría verse afectada por la medida objeto de consulta.

En la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), los días 17 y 18 de agosto de 2016 se realizaron dos reuniones preparatorias que tuvieron como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto de exploración minera Apumayo I, entre el MINEM y las comunidades campesinas de Para y Chaviña, pertenecientes a los pueblos quechuas. En este documento, se establecieron las fechas, lugares y metodología con los que se llevará a cabo el proceso de consulta previa. Entre lo acordado en el Plan de Consulta se estableció la realización de un taller informativo sobre los alcances del proyecto en cada una de las comunidades campesinas consultadas, dirigido a sus poblaciones y que contarán con la participación de un intérprete de lengua quechua registrado por el Ministerio de Cultura. Asimismo, se

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

acordó que se entregarán materiales informativos de las actividades de exploración minera. La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo en cada una de las comunidades entre el 18 y 19 de agosto de 2016. Mediante Oficio N° 1851-2016-MEM-DGAAM, con fecha 09 de setiembre de 2016, el MINEM comunica al Ministerio de Cultura que la comunidad campesina de Para desiste de participar del proceso de consulta previa del proyecto de exploración Apumayo I.

Respecto a la etapa 4 (información), el 22 de setiembre de 2016 en la comunidad campesina de Chaviña se desarrolló un taller informativo que contó con la participación de un intérprete registrado por el Ministerio de Cultura en lengua quechua. La comunidad campesina recibió información sobre el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas, a cargo del VMI, así como sobre las actividades de exploración del proyecto de exploración Apumayo I y las posibles afectaciones a los derechos colectivos, a cargo de la DGAAM.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), el 25 de setiembre de 2016 la comunidad campesina de Chaviña llevó a cabo su reunión de evaluación interna. Como resultado de esta reunión, la comunidad campesina entregó a la DGAAM el acta de evaluación interna, mediante la cual se indicó estar en desacuerdo con el inicio de actividades del proyecto de exploración minera Apumayo I. Asimismo, los comuneros manifestaron que se cumpla con el cuidado del ambiente, se fiscalice y controle las actividades del proyecto y se brinde trabajo en el proyecto de exploración a los miembros de la comunidad.

Respecto a la etapa 6 (diálogo), el 29 de setiembre de 2016 en la ciudad de Puquio se realizó la reunión de diálogo entre los representantes del MINEM y los representantes de la comunidad campesina de Chaviña. El VMI acompañó y brindó asistencia durante la reunión de diálogo a la entidad promotora y a los representantes acreditados de la comunidad campesina de Chaviña. Asimismo, la reunión contó con la participación de un facilitador y de un intérprete registrado del Ministerio de Cultura. En esta reunión de diálogo la entidad promotora presentó la evaluación interna remitida por la comunidad campesina de Chaviña, se dio lectura general de sus propuestas y posteriormente los representantes de la DGAAM brindaron respuestas a cada interrogante. En la segunda sesión de diálogo realizada el 25 de octubre de 2016 en la ciudad de Puquio, los representantes de la comunidad campesina de Chaviña expresaron su desacuerdo con la medida administrativa consultada y solicitaron que el Estado en la decisión que adopte garantice sus derechos colectivos, de conformidad con el Artículo 23 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Finalmente, se elaboró y firmó el Acta de Consulta del proyecto de exploración Apumayo I.

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Minería del MINEM, con fecha 10 de enero de 2017, emitió la Resolución Directoral N° 0010-2017-MEM/DGM, mediante la cual se autorizó el inicio de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

actividades mineras de exploración a favor de Apumayo S.A.C. en el proyecto minero Apumayo (102 plataformas de perforación como primera etapa), ubicado en los distritos de Chaviña y Sancos, provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho. Dicha resolución se pronuncia sobre la implementación del proceso de consulta previa (haciendo mención que se ha garantizado en todo momento que serán protegidos los derechos colectivos de las comunidades campesinas de Chaviña y Para); asimismo, dispone que el contenido de la resolución sea comunicado al OSINERGMIN, al OEFA, a la SUNAFIL, al Ministerio de Cultura y a las comunidades campesinas de Chaviña y Para.

11.6. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO APUMAYO II

El proyecto de explotación minera Apumayo II propone el desarrollo de actividades mineras en una extensión de 1905.81 hectáreas (tajo Ayahuanca, un botadero de desmonte, un botadero de top soil, una cantera e instalaciones auxiliares), ubicadas en los distritos de Chaviña y Sancos, provincia de Lucanas, Ayacucho. El área del proyecto se encuentra dentro del área superficial de las comunidades campesinas de Para y Sancos, identificadas como parte de los pueblos quechuas. La entidad promotora de este proceso de consulta es el MINEM. La DGAAM se encarga de implementar los procesos de consulta previa, según la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Minería, que: 1) Aprueba el proyecto de explotación minera Apumayo II (Ayahuanca); 2) Autoriza el inicio de las actividades mineras de explotación a favor de la empresa Apumayo S.A.C. respecto del proyecto Apumayo II, comprendiendo el tajo Ayahuanca, un botadero de desmonte, un botadero de top soil, una cantera e instalaciones auxiliares y accesos hacia cada componente. El proyecto Apumayo II tiene como objetivo realizar actividades mineras de explotación, es decir, el conjunto de actividades que se realizan para extraer el mineral contenido en un yacimiento.

En la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios) el MINEM identificó como pueblos indígenas u originarios, que podrían verse afectados por la medida, a la comunidad campesina de Para, asentada en el distrito de Chaviña, y a la comunidad campesina de Sancos, asentada en el distrito de Sancos, ambos en la provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho. En esta etapa, la entidad promotora delimitó el ámbito geográfico de la medida y solicitó la asistencia técnica del Ministerio de Cultura para determinar la presencia de pueblos indígenas u originarios en dicho ámbito. El Ministerio de Cultura emitió su opinión técnica mediante el Oficio N° 129-2016/DCP/DGPI/VMI/MC. Dichas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

comunidades campesinas expresaron los siguientes criterios de identificación de pueblos originarios: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación. Posteriormente, el MINEM identificó a dichas comunidades campesinas como sujetos del derecho a la consulta, considerando que podrían verse afectadas por la medida objeto de consulta.

En la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), los días 16 y 18 de agosto de 2016 se realizaron dos reuniones preparatorias que tuvieron como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto de explotación minera Apumayo II, entre el MINEM y las comunidades campesinas de Para y Sancos, pertenecientes a los pueblos quechuas. En este documento, se establecieron las fechas, lugares y metodología con los que se llevará a cabo el proceso de consulta previa. Entre lo acordado en el Plan de Consulta se estableció la realización de un taller informativo sobre los alcances del proyecto en cada una de las comunidades campesinas consultadas, dirigido a sus poblaciones y que contarán con la participación de un intérprete de lengua quechua registrado por el Ministerio de Cultura. Asimismo, se acordó que se entregarán materiales informativos de las actividades de explotación minera. La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo en cada una de las comunidades entre el 17 y 19 de agosto de 2016. Mediante Oficio N° 1851-2016-MEM-DGAAM, con fecha 09 de setiembre de 2016, el MINEM comunica al Ministerio de Cultura que la comunidad campesina de Para desiste de participar del proceso de consulta previa del proyecto de explotación Apumayo II.

Respecto a la etapa 4 (información), el 24 de setiembre de 2016 en la comunidad campesina de Sancos se desarrolló un taller informativo que contó con la participación de un intérprete registrado por el Ministerio de Cultura en lengua quechua. La comunidad campesina recibió información sobre el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas, a cargo del VMI, así como sobre las actividades del proyecto de explotación Apumayo II y las posibles afectaciones a los derechos colectivos, a cargo de la DGAAM.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), el 24 de setiembre de 2016 la comunidad campesina de Sancos llevó a cabo su reunión de evaluación interna. Como resultado de esta reunión, la comunidad campesina entregó a la DGAAM el acta de evaluación interna, mediante la cual se indicó estar de acuerdo con el inicio de actividades del proyecto de explotación Apumayo II. Asimismo, se manifestó que se cumpla con el cuidado del ambiente, se fiscalice y controle las actividades del proyecto.

Respecto a la etapa 6 (diálogo), se estableció que el acta de evaluación interna de la comunidad campesina de Sancos sea considerada como Acta de Consulta Previa, según lo establecido en el Artículo 19 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Minería del MINEM, con fecha 11 de enero de 2017, emitió la Resolución Directoral N° 0014-2017- MEM/DGM, mediante la cual se autorizó el inicio de actividades de desarrollo, preparación y explotación de la Modificación del Plan de Minado del proyecto Apumayo (Ayahuanca) a favor de Apumayo S.A.C., ubicado en los distritos de Chaviña y Sancos, provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho. Dicha resolución se pronuncia sobre la implementación del proceso de consulta previa (haciendo mención que se ha garantizado en todo momento que serán protegidos los derechos colectivos de las comunidades campesinas de Sancos y Para); asimismo, dispone que el contenido de la resolución sea comunicado al OSINERGMIN, al OEFA y a la SUNAFIL.

11.7. . CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO LA MERCED

El proyecto de exploración minera La Merced propone el desarrollo de actividades mineras en una extensión de 3.68 hectáreas (20 sondajes en 18 plataformas), ubicadas en los distritos de Huacllan, La Merced y Aija, en la provincia de Aija, departamento de Ancash. El área del proyecto se encuentra dentro del área superficial de las comunidades campesinas de Quilla Ayllu y Llactun, identificadas como parte de los pueblos quechuas. La entidad promotora de este proceso de consulta es el MINEM. La DGAAM se encarga de implementar los procesos de consulta previa, según la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Minería, que: 1) Aprueba el proyecto de exploración minera La Merced; 2) Autoriza el inicio de las actividades mineras de exploración a favor de Minera Barrick Misquichilca S.A. respecto del proyecto La Merced, con 18 plataformas y 20 sondajes (perforación de exploración), 36 pozas de sedimentación de pozas de lodo (2 por cada plataforma) y otras instalaciones auxiliares. El proyecto La Merced tiene como objetivo realizar actividades mineras de exploración, es decir, comprobar la existencia de minerales y cuantificar las reservas existentes en el área del proyecto.

En la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios) el MINEM identificó como pueblos indígenas u originarios, que podrían verse afectados por la medida, a la comunidad campesina de Quilla Ayllu, asentada en el distrito de Huacllan, y a la comunidad campesina de Llactun, asentada en los distritos de La Merced y Aija, ambas en la provincia de Aija, departamento de Ancash. En esta etapa, la entidad promotora definió el ámbito geográfico de la medida y solicitó la asistencia técnica del Ministerio de Cultura para determinar la presencia de pueblos indígenas u originarios en dicho ámbito. El Ministerio de Cultura

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

emitió su opinión técnica mediante el Oficio N° 065-2016/DCP/DGPI/VMI/MC que remite el Informe N° 003-2016-MSM/DCP/DGPI/VMI/MC. Dichas comunidades campesinas expresaron los siguientes criterios de identificación de pueblos originarios: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación. Posteriormente, el MINEM identificó a dichas comunidades campesinas como sujetos del derecho a la consulta, considerando que podrían verse afectadas por la medida objeto de consulta.

En la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), los días 10 y 11 de mayo de 2016 se realizaron dos reuniones preparatorias que tuvieron como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto de exploración minera La Merced, entre el MINEM y las comunidades campesinas de Quilla Ayllu y Llactun, pertenecientes a los pueblos quechuas. En este documento, se establecieron las fechas, lugares y metodología con los que se llevará a cabo el proceso de consulta previa. Entre lo acordado en el Plan de Consulta se estableció la realización de un taller informativo sobre los alcances del proyecto en cada una de las comunidades campesinas consultadas, dirigido a sus poblaciones y que contarán con la participación de un intérprete de lengua quechua registrado por el Ministerio de Cultura. Asimismo, se acordó que se entregarán materiales sobre las actividades de exploración minera. La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo en cada una de las comunidades el 12 de mayo de 2016.

Respecto a la etapa 4 (información), los días 11 y 12 de junio de 2016 se desarrollaron talleres informativos en las comunidades campesinas de Quilla Ayllu y Llactun, que contaron con la participación de un intérprete registrado por el Ministerio de Cultura en lengua quechua. Las comunidades campesinas recibieron información sobre el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas, a cargo del VMI, así como sobre las actividades de exploración del proyecto La Merced y las posibles afectaciones a los derechos colectivos, a cargo de la DGAAM.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), las comunidades campesinas de Quilla Ayllu y Llactun llevaron a cabo sus reuniones de evaluación interna, los días 11 y 12 de junio de 2016, respectivamente. Como resultado de esta reunión, las comunidades entregaron a la DGAAM las actas de evaluación interna de cada reunión en las que se indicó estar de acuerdo con el inicio de actividades del proyecto de exploración minera La Merced. Asimismo, manifestaron que se cumpla con el cuidado del ambiente, se fiscalice y controle las actividades del proyecto y se brinde trabajo en el proyecto de exploración a los miembros de la comunidad.

Respecto a la etapa 6 (diálogo), la comunidad campesina de Quilla Ayllu indicó que, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 19 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, la entidad promotora tomará el acta de evaluación interna como acta de consulta previa. La comunidad campesina de Llactun expresó llevar

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

las propuestas de sus miembros a una reunión de diálogo con el Estado (entidad promotora del proceso de consulta). Esta reunión se realizó el 14 de junio de 2016, en la ciudad de Huaraz. La Dirección de Consulta Previa del VMI acompañó y brindó asistencia durante la reunión de diálogo a la entidad promotora y a los representantes de la comunidad campesina de Llactun. Asimismo, esta reunión contó con la participación de un facilitador y de un intérprete registrado del Ministerio de Cultura; así como con la presencia de dos representantes de la Defensoría del Pueblo. En esta reunión de diálogo, la entidad promotora presentó la evaluación interna remitida por la comunidad campesina de Llactun, se dio lectura general de sus propuestas y posteriormente los representantes de la DGAAM brindaron respuestas a cada interrogante. Como resultado de esta reunión, se estableció el compromiso del MINEM en dar parte de los acuerdos del proceso de consulta previa al OEFA, a fin de que conozca los acuerdos y realice la adecuada fiscalización de las obligaciones establecidas en la DIA del proyecto de exploración La Merced, en materia social y cuidado del medio ambiente. Asimismo, se pondrá de conocimiento del Ministerio de Cultura y de la Defensoría del Pueblo las quejas y denuncias que formule la comunidad campesina de Llactun. Finalmente, se elaboró y firmó el Acta de Consulta que contiene los acuerdos alcanzados en dicho proceso.

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Minería del MINEM, con fecha 6 de agosto de 2016, emitió la Resolución Directoral N° 0212-2016-MEM/DGM, mediante la cual se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de Minera Barrick Misquichilca S.A. en el proyecto minero La Merced-Fase 1, ubicado en los distritos de Huacllan y Aija, provincia de Aija, departamento de Ancash. Dicha resolución se pronuncia sobre la implementación del proceso de consulta previa (haciendo mención que la comunidad campesina de Quilla Ayllu señaló estar de acuerdo con la medida, siempre que el Estado cumpla con supervisar las actividades de exploración del proyecto La Merced, la empresa emplee mano de obra de la comunidad de acuerdo al convenio suscrito entre las partes, la empresa cumpla con su responsabilidad ambiental y social que consta en su DIA, la empresa realice visitas guiadas conjuntamente con la comunidad para supervisar el proyecto y que la empresa apoye en capacitar a los comuneros para realizar el monitoreo ambiental por los mismos comuneros; además, el documento señala que la comunidad campesina de Llactun está de acuerdo con la medida, siempre que el Estado cumpla con el control, supervisión y fiscalización de la exploración minera, que la empresa brinde trabajo a los miembros y socios de la comunidad campesina y que la empresa no deje ningún residuo); asimismo, dispone que el contenido de la resolución sea comunicado al OSINERGMIN, al OEFA, a la SUNAFIL, al Ministerio de Cultura y a las comunidades campesinas de Quilla Ayllu y de Llactun.

11.8. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO MISHA

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El proyecto Misha propone el desarrollo de actividades mineras de exploración en una extensión de 104 hectáreas (10 plataformas y 10 sondajes), ubicados en el distrito de Cotaruse, provincia de Aymaraes, departamento de Apurímac. El área del proyecto se encuentra dentro del área superficial de la comunidad campesina de Cotarusi, identificada como parte de los pueblos quechuas. La entidad promotora de este proceso de consulta es el MINEM. La DGAAM se encarga de implementar los procesos de consulta previa, según la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Minería, que: 1) Aprueba el proyecto de exploración minera Misha; 2) Autoriza el inicio de las actividades mineras de exploración a favor de Minera Barrick Misquichilca S.A. en el proyecto Misha, con 10 plataformas y 10 sondajes (perforación de exploración), 20 pozas de sedimentación de lodo, trincheras exploratorias, accesos a plataformas y otras instalaciones auxiliares. El proyecto Misha tiene como objetivo realizar actividades mineras de exploración, es decir, comprobar la existencia de minerales y cuantificar las reservas existentes en el área del proyecto.

En la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios) el MINEM identificó a ciudadanos quechuas en la comunidad campesina de Cotarusi, asentada en el distrito de Cotaruse, provincia de Aymaraes, departamento de Apurímac. Estos pobladores cumplieron con los siguientes criterios de identificación de pueblos originarios: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación.

En la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), el 26 de noviembre de 2015 se realizó una reunión preparatoria que tuvo como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto de exploración minera Misha, entre el MINEM y la comunidad campesina de Cotarusi, perteneciente a los pueblos quechuas. En este documento se establecieron las fechas, lugares y metodología con los que se llevará a cabo el proceso de consulta previa. Entre lo acordado en el Plan de Consulta se estableció la realización de un taller informativo sobre los alcances del proyecto, dirigido a la población de la comunidad y que contará con la ayuda de un intérprete de lengua quechua registrado por el Ministerio de Cultura. Asimismo, se acordó que se entregarán materiales sobre las actividades de exploración minera. La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo en la comunidad campesina el 27 de noviembre de 2015.

Respecto a la etapa 4 (información), el 27 de diciembre de 2015 se desarrolló el taller informativo en la comunidad campesina de Cotarusi que contó con la participación de un intérprete registrado por el Ministerio de Cultura en lengua quechua. Los comuneros asistentes recibieron información sobre las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

actividades de exploración del proyecto Misha, las posibles afectaciones a los derechos colectivos, el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), la comunidad campesina de Cotarusi llevó a cabo su reunión de evaluación interna el 30 de diciembre de 2015. Como resultado de esta reunión, la comunidad envió a la DGAAM el acta de evaluación interna de la reunión en la que indicó estar de acuerdo con el inicio de actividades de exploración del proyecto Misha y solicitó que se respete el medio ambiente y los derechos colectivos. Asimismo, pidió fiscalizar y controlar las actividades del proyecto, que se informe permanentemente a la comunidad sobre las actividades del proyecto y se brinde trabajo en el proyecto de exploración a los miembros de la comunidad.

En la etapa 6 (diálogo), la comunidad campesina de Cotarusi acordó en su Acta de Evaluación Interna que, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 19 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, la entidad promotora considere el Acta de Evaluación Interna como acta de consulta previa.

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Minería del MINEM, con fecha 4 de marzo de 2016, emitió la Resolución Directoral N° 0034-2016-MEM/DGM, mediante la cual se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de Minera Barrick Misquichilca S.A. en el proyecto minero Misha, ubicado en el distrito de Cotaruse, provincia de Aymaraes, departamento de Apurímac. Dicha resolución dispone que el contenido de la misma sea comunicado al OSINERGMIN, al OEFA y a la SUNAFIL.

11.9. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO TOROPUNTO

El proyecto Toropunto propone el desarrollo de actividades mineras de exploración de cobre, plata y zinc en una extensión de 305 hectáreas (39 plataformas y 39 sondajes), ubicadas en el distrito de Pamparomas, provincia de Huaylas, departamento de Ancash. El área del proyecto se encuentra dentro del área superficial de la comunidad campesina de Santa Rosa de Quikakayan, identificada como parte de los pueblos quechuas. La entidad promotora de este proceso de consulta es el MINEM. La DGAAM se encarga de implementar los procesos de consulta previa, según la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Minería, que: 1) Aprueba el proyecto de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

exploración minera Toropunto; y 2) Autoriza el inicio de las actividades mineras de exploración a favor de Minera SMC Toropunto LTDA Sucursal Perú en el proyecto Toropunto, con 39 plataformas y 39 sondajes (perforación de exploración). El proyecto Toropunto tiene como objetivo realizar actividades mineras de exploración, es decir, comprobar la existencia de minerales y cuantificar las reservas existentes en el área del proyecto.

En la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios) el MINEM identificó a ciudadanos quechuas en la comunidad campesina de Santa Rosa de Quikakayan, asentada en el distrito de Pamparomas, provincia de Huaylas, departamento de Ancash. Estos pobladores cumplieron con los siguientes criterios de identificación de pueblos originarios: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación.

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), el 20 de setiembre de 2015 se realizó una reunión preparatoria que tuvo como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto Toropunto, entre el MINEM y la comunidad campesina de Santa Rosa de Quikakayan, perteneciente a los pueblos quechuas. En este documento, se establecieron las fechas, lugares y metodología con los que se llevaría a cabo el proceso de consulta previa. Entre lo acordado en el Plan de Consulta se estableció la realización de un taller informativo sobre los alcances del proyecto, dirigido a la población de la comunidad y que contará con la ayuda de un intérprete de lengua quechua registrado por el Ministerio de Cultura. Asimismo, se acordó que se entreguen materiales sobre las actividades de exploración minera y se realicen spots radiales para dar cuenta del proceso. La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo en la comunidad del 20 al 22 de setiembre de 2015.

Respecto a la etapa 4 (información), el 18 de octubre de 2015 se desarrolló el taller informativo en la comunidad campesina de Santa Rosa de Quikakyan, que contó con la participación de un intérprete registrado por el Ministerio de Cultura en lengua quechua. Los comuneros asistentes recibieron información sobre el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas, a cargo del VMI, así como sobre las actividades de exploración del proyecto Toropunto y las posibles afectaciones a los derechos colectivos, a cargo del MINEM. Adicionalmente, durante toda esta etapa, la DGAAM difundió spots radiales informativos.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), la comunidad campesina Santa Rosa de Quikakayan llevó a cabo su reunión de evaluación interna el 24 de octubre de 2015. Como resultado de esta reunión, los comuneros firmaron un Acta de Evaluación Interna que dirigieron al MINEM en la que indicaron estar de acuerdo con el inicio de actividades de exploración del proyecto Toropunto. En el Acta de Evaluación

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Interna, la comunidad solicitó que se respeten los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se cumpla con el cuidado del ambiente, se fiscalice y controle las actividades del proyecto y se informe permanentemente a la comunidad sobre las actividades del proyecto.

En la etapa 6 (diálogo), la comunidad campesina Santa Rosa de Quikakayan acordó que, de acuerdo con el Artículo 19 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, la entidad promotora considere el Acta de Evaluación Interna como Acta de Consulta Previa.

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Minería del MINEM, con fecha 9 de diciembre de 2015, emitió la Resolución Directoral N° 2894-2015-MEM/DGM, mediante la cual se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de SMC Toropunto LTD. sucursal del Perú, en el proyecto minero Toropunto, ubicado en el distrito de Pamparomas, provincia de Huaylas, departamento de Ancash. Dicha resolución dispone que el contenido de la misma sea comunicado al OSINERGMIN, al OEFA y a la SUNAFIL.

11.10. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO AURORA

El proyecto Aurora propone el desarrollo de actividades mineras de exploración de cobre en una extensión de 400 hectáreas, dentro de la cual se encuentra el área efectiva de uso minero que es de 231 hectáreas (20 plataformas y 20 sondajes), ubicadas en el distrito de Yanatile, provincia de Calca, departamento de Cusco. El área del proyecto se encuentra dentro del área superficial de la comunidad campesina de Parobamba, que es habitada por ciudadanos quechuas. La entidad promotora de este proceso de consulta es el MINEM. La DGAAM se encarga de implementar los procesos de consulta previa, según la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa la medida a consultar es la autorización de inicio de actividades mineras de exploración, la misma que será aprobada mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Minería, que: 1) Aprueba el proyecto de exploración minera Aurora; 2) Autoriza el inicio de las actividades mineras de exploración a favor de Minera Focus S.A.C. en el proyecto Aurora, con 20 plataformas y 20 sondajes (perforación de exploración). El proyecto Aurora tiene como objetivo realizar actividades mineras de exploración, es decir, comprobar la existencia de minerales y cuantificar las reservas existentes en el área del proyecto.

En la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios) el MINEM identificó a ciudadanos quechuas en la comunidad campesina de Parobamba, asentada en el distrito de Yanatile, provincia de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Calca, departamento de Cusco. La jurisdicción política de la comunidad corresponde al distrito de Challabamba, provincia de Paucartambo, pero geográficamente se encuentra en el distrito de Yanatile. Este es un conflicto territorial no resuelto por ambos gobiernos provinciales. Estos pobladores cumplieron con los siguientes criterios de identificación de pueblos originarios: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación.

En la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), el 4 de setiembre de 2015 se realizó una reunión preparatoria que tuvo como resultado la firma del Plan de Consulta del proyecto de exploración minera Aurora, entre el MINEM y la comunidad campesina de Parobamba, perteneciente a los pueblos quechuas. En este documento se establecieron las fechas, lugares y metodología con los que se llevará a cabo el proceso de consulta previa. Entre lo acordado en el Plan de Consulta se estableció la realización de un taller informativo sobre los alcances del proyecto, dirigido a la población de la comunidad y que contará con la ayuda de un intérprete de lengua quechua registrado por el Ministerio de Cultura. Asimismo, se acordó que se entregarán materiales en quechua y castellano y se realizarán spots radiales para dar cuenta del proceso. La etapa de publicidad del proceso se llevó a cabo en la comunidad del 4 al 7 de setiembre de 2015.

Respecto a la etapa 4 (información), el 4 de octubre de 2015 se desarrolló el taller informativo en la comunidad campesina de Parobamba que contó con la participación de un intérprete registrado por el Ministerio de Cultura en lengua quechua. Los comuneros asistentes recibieron información sobre las actividades de exploración del proyecto Aurora y las posibles afectaciones a los derechos colectivos. Al taller informativo asistió la Defensoría del Pueblo. Adicionalmente, durante toda esta etapa, la DGAAM difundió spots radiales informativos. El 2 de octubre de 2015 el Ministerio de Cultura realizó un taller de capacitación sobre el proceso de consulta previa en la comunidad campesina de Parobamba, con la participación de una intérprete registrada por el Ministerio de Cultura en lengua quechua.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), el 11 de octubre de 2015 se llevó a cabo la reunión de evaluación interna en la comunidad campesina de Parobamba. Como resultado de esta reunión, la comunidad firmó un Acta de Evaluación interna en la que indicó estar de acuerdo con el inicio de actividades de exploración del proyecto Aurora. Asimismo, los pobladores de la comunidad solicitaron que se respeten los derechos colectivos, se cumpla con el cuidado del medio ambiente, se controlen las actividades del proyecto y se informe sobre estas actividades a la comunidad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En la etapa 6 (diálogo), la comunidad de Parobamba solicitó en su Acta de Evaluación Interna que, de acuerdo con el Artículo 19 de Decreto Supremo N° 001-2012-MC, dicho documento sea considerado por la entidad promotora como el Acta de Consulta Previa.

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Minería del MINEM, con fecha 24 de noviembre de 2015, emitió la Resolución Directoral N° 2405-2015-MEM/DGM, mediante la cual se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de Minera Focus S.A.C. en el proyecto minero Aurora, ubicado en el distrito de Yanatile, provincia de Calca, departamento de Cusco. Dicha resolución dispone que el contenido de la misma sea comunicado al OSINERGMIN, al OEFA, a la SUNAFIL, al Ministerio de Cultura y a la comunidad campesina de Parobamba.

11.11. CONSULTA PREVIA PARA EL PROYECTO HIDROVÍA AMAZÓNICA

La denominación completa es: Proyecto "Hidrovía Amazónica: ríos Marañón y Amazonas, tramo Saramiriza – Iquitos – Santa Rosa; río Huallaga, tramo Yurimaguas – Confluencia con el río Marañón; río Ucayali, tramo Pucallpa – Confluencia con el río Marañón". El proyecto Hidrovía Amazónica busca establecer un sistema fluvial capaz de desarrollar y mantener la navegación en los ríos Huallaga, Marañón, Ucayali y Amazonas en condiciones seguras durante los 365 días del año, a fin de mejorar la conexión de la selva peruana con el resto del país. En el ámbito de intervención del proyecto se identificó a los siguientes pueblos indígenas u originarios: Achuar, Ashaninka, Awajun, Bora, Capanahua, Kichwa, Kukama Kukamiria, Murui Muinani, Shawi, Shipibo – Konibo, Tikuna, Urarina, Yagua y Yine, en más de 350 comunidades.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa la medida a consultar es la propuesta de Resolución Directoral que aprueba los Términos de Referencia Finales para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Hidrovía Amazónica, a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Adicionalmente, se abordan las cláusulas del contrato de concesión del proyecto Hidrovía Amazónica referidas a los aspectos socioambientales, sociolaborales y los beneficios relacionados a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios) se identificó a pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos podrían ser afectados de forma directa por el proyecto; estos son los siguientes: Achuar, Ashaninka, Awajun, Bora, Capanahua, Kichwa, Kukama Kukamiria, Murui Muinani, Shawi, Shipibo – Konibo, Tikuna, Urarina, Yagua y Yine. Estos pueblos se encuentran asentados en las regiones de Loreto y Ucayali.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), se llevaron a cabo dos reuniones preparatorias; la primera en Iquitos, los días 25 y 26 de marzo, y la segunda en Pucallpa, los días 28 y 29 de abril de 2015. En estas reuniones, el MTC dio a conocer a las organizaciones indígenas detalles del proyecto y validó junto con ellas los resultados de la identificación de los pueblos indígenas en su ámbito de intervención. Asimismo, se revisaron las etapas del proceso de consulta previa y se desarrolló, aprobó y firmó el Plan de Consulta. Participaron los representantes de la Dirección General de Transporte Acuático del MTC (DGTA-MTC), entidad promotora del proceso de consulta; asimismo, los representantes de las organizaciones representativas de pueblos indígenas que podrían verse afectados por el proyecto y funcionarios de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Cultura, quienes brindaron asistencia técnica a los actores del proceso. También asistieron como observadores los representantes de la Dirección de Promoción de Inversiones (Proinversión) y la Defensoría del Pueblo. La etapa de publicidad se realizó en un acto público el 19 de mayo en la ciudad de Iquitos. En este acto se entregaron documentos claves para el desarrollo del proceso de consulta a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas participantes. Estas organizaciones recibieron el Plan de Consulta y, entre sus anexos, el cronograma del proceso de consulta previa y el modelo de contrato que se usará en el proceso de licitación del proyecto. Además, se hizo entrega de un resumen del Plan de Consulta traducido a las lenguas indígenas awajún, ashaninka, bora, capanahua, kukama-kukamiria, shawi, shipibo-konibo, yine, kichwa, murui-muinani, yagua y tikuna; pueblos ubicados en el ámbito de intervención del proyecto.

Respecto a la etapa 4 (información), se llevó a cabo ocho talleres informativos realizados del 7 al 21 de julio en las localidades de Lagunas, San Lorenzo, Yarinacocha, Contamana, Requena, San José de Saramuro, Dos de Mayo y Caballococha, ubicadas en las regiones de Loreto y Ucayali. En esta etapa, el MTC informó a los pueblos indígenas los roles de las instituciones participantes en el proceso, sobre qué es la hidrovía y las actividades principales para su implementación. Asimismo, se presentaron las fases del proyecto y la identificación de posibles afectaciones identificadas por el MTC. El Ministerio de Cultura, dio a conocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en especial, el derecho a la consulta previa, así como las etapas de su implementación; asimismo, estuvo a cargo de facilitar los talleres, aclarar las dudas y responder a las preguntas que sugieran entre los participantes sobre los temas tratados.

La etapa 5 (evaluación interna) se realizó del 8 de julio al 3 de agosto de 2015. Conforme al Plan de Consulta se realizarían 8 reuniones de evaluación interna; empero, durante el taller informativo de San Lorenzo, las federaciones AIDEMA, FEKURU, ACONAKKU y la Organización CORPI-SL solicitaron un taller de evaluación interna adicional en la localidad de Maypuco, pedido que fue aceptado por la entidad promotora siguiendo el principio de flexibilidad. Asimismo, se accedió al pedido de reprogramación de la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

reunión interna de Saramiriza. Finalmente, las reuniones de evaluación interna se realizaron en nueve fechas del 8 de julio al 3 de agosto de 2015. Para el desarrollo de estas actividades el MTC asignó los recursos necesarios para el transporte, alojamiento y alimentación de los miembros de los pueblos indígenas y sus asesores. Como resultado de dichas reuniones, se presentaron solicitudes relacionadas con los siguientes temas: retornar a la etapa de información; propuestas sobre las actividades del proyecto; propuesta para que se consulte el EIA; e incluir pedidos no relacionados a la medida.

Respecto a la etapa 6 (diálogo), las organizaciones representativas de los pueblos solicitaron mayor información a la entidad promotora. Ante este pedido, el MTC y los pueblos indígenas acordaron extender la etapa de diálogo hasta el 20 de setiembre de 2015. Asimismo, acordaron llevar a cabo 10 reuniones de información complementaria y 10 reuniones de evaluación complementaria. Las reuniones de información complementaria se llevaron a cabo entre el 27 de agosto y el 15 de septiembre en: Contamana, Yarinacocha, Requena (Cuenca del Ucayali); Lagunas (Cuenca del Huallaga); Saramiriza, San Lorenzo, Saramuro, 2 de mayo (Nauta en la reunión evaluativa), Maipuco (Cuenca del Marañón); Caballococha (Amazonas). La reunión de diálogo se realizó en Iquitos, entre el 18 al 20 de septiembre de 2015. El MTC y los pueblos indígenas acordaron seguir la metodología y programa presentado, el cual consistía en realizar el diálogo en tres bloques (Bloque 1: Diálogo sobre las propuestas relacionadas a los términos de referencia del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto; Bloque 2: Diálogo sobre las propuestas relacionadas al contrato de concesión; y Bloque 3: Diálogo sobre otras propuestas presentadas por los pueblos indígenas). Según el Acta de Consulta, la entidad promotora y los pueblos indígenas alcanzaron: acuerdos relacionados a la modificación de los términos de referencia del Estudio de Impacto Ambiental; acuerdos sobre propuestas de modificación de cláusulas del contrato de concesión; y acuerdos no relacionados directamente con la medida en consulta ni con el contrato de concesión y que serán asumidos como compromisos del MTC, conforme a sus competencias. Los desacuerdos estuvieron vinculados con la profundidad del dragado que se realizará y el pedido de beneficios económicos para los pueblos indígenas.

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del MTC emitió la Resolución Directoral N° 702-2015-MTC/16, con fecha 28 de septiembre de 2015, mediante la cual se aprueba la modificación a los Términos de Referencia para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Hidrovía Amazónica; conforme con los acuerdos alcanzados con los pueblos indígenas como resultado del proceso de consulta previa. Sobre los acuerdos no relacionados a la medida en consulta, se estable que, respecto al contrato de concesión, el MTC propondrá a PROINVERSIÓN modificaciones a determinadas cláusulas del contrato (de acuerdo con las propuestas de modificación acordadas con los pueblos indígenas), por ser el Consejo Directivo de PROINVERSION quien efectúa la aprobación final del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

contrato; asimismo, se acordó conformar un Grupo de Trabajo Multisectorial donde se abordarán las solicitudes presentadas por los pueblos indígenas que no están relacionadas con la medida en consulta o que no son competencia del MTC. Este grupo de trabajo, adscrito al MTC, ha sido creado mediante la Resolución Ministerial Nº 616-2015 MTC/01.02, publicada el 28 de octubre de 2015 ("Crean Grupo de Trabajo Multisectorial encargado de promover el diálogo con los pueblos y comunidades indígenas del área de influencia del Proyecto Hidrovía Amazónica")[22]. Mediante la Resolución Ministerial Nº 732-2015-MTC/01.02, publicada el 19 de diciembre de 2015, se modificó los artículos 4 y 8 de la Resolución Ministerial Nº 616-2015 MTC/01.02[23].

11.12. . CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 192

El lote 192 se ubica en el distrito de Andoas (provincia Datem del Marañón) y en los distritos el Tigre y Trompeteros (provincia de Loreto), en el departamento de Loreto. Tiene una extensión de 512,347.241 hectáreas que incluye el actual lote 1AB e incorpora áreas adicionales para la exploración. El proceso de consulta se inició luego de que el 10 marzo de 2015 se suscribiera el Acta de Lima de la Comisión Multisectorial para el Desarrollo de las Cuencas del Pastaza, Tigre, Corrientes y Marañón. En este documento las organizaciones representativas de los pueblos indígenas ubicadas en el ámbito del lote expresaron su conformidad con el inicio del proceso de consulta previa. En este lote se identificó la presencia de los pueblos quechua, achuar y kichwa de las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes y Tigre, en 25 localidades susceptibles de ser afectadas por la medida consultada.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en este proceso de consulta previa y de conformidad con la Resolución Ministerial N° 209-2015-MEM/DM, la que fue modificada por la Resolución Ministerial

[22] Entre los considerandos de dicha Resolución Ministerial se menciona lo siguiente: «Que, según, se desprende de la citada "Acta de la consulta previa del Proyecto Hidrovía Amazónica", el Ministerio de Transportes y Comunicaciones se comprometió a promover un Grupo de Trabajo Multisectorial con la finalidad de abordar la problemática que afrontan los pueblos indígenas, referidos a la necesidad de incentivar proyectos productivos, de saneamiento físico legal, salud, educación, entre otros». Asimismo, entre dichos considerandos se indica lo siguiente: "Que, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en su artículo 35, establece que las Comisiones del Poder Ejecutivo son órganos que se crean para cumplir con las funciones de seguimiento, fiscalización, propuesta o emisión de informes, que deben servir de base para las decisiones de otras entidades, siendo que para otras funciones que no sean las indicadas, el Poder Ejecutivo puede encargarlas a Grupos de Trabajo".

[23] En particular, se destaca la siguiente modificación normativa: "Artículo 8.- Gastos
Los miembros del Grupo de Trabajo Multisectorial ejercerán el cargo ad honorem.
Los gastos que demande la participación de los miembros del Grupo de Trabajo Multisectorial en cumplimiento de sus funciones, serán cubiertos con cargo a los presupuestos institucionales de las entidades a las que representan.
Para la participación de los representantes de los pueblos indígenas, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones podrá brindar las facilidades logísticas que sean necesarias, de acuerdo a la disponibilidad presupuestal del Sector". Cabe señalar que antes de dicha modificación normativa, el Artículo 8 no contenía lo que ahora se dispone en su tercer párrafo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

N° 237-2015-MEM/DM, la medida a consultar es el proyecto de Decreto Supremo que: 1) Aprueba la conformación, extensión, delimitación y nomenclatura del Lote 192; 2) Aprueba el contrato de licencia para la explotación de hidrocarburos en el Lote 192; y 3) Autoriza a PERUPETRO S.A. a suscribir dicho contrato.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), en el ámbito del lote 192 se identificaron 25 localidades susceptibles de ser afectadas por la medida consultada y pertenecientes a los pueblos quechua, achuar y kichwa, de las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes y Tigre. Estos pueblos se encuentran asentados en los distritos de Andoas y Pastaza en la provincia de Datem del Marañón, así como en los distritos de Trompeteros y El Tigre en la provincia de Loreto, departamento de Loreto.

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), del 19 al 23 de mayo en Iquitos se llevaron a cabo reuniones preparatorias en las que la entidad promotora y los representantes de los pueblos indígenas elaboraron de forma conjunta los planes de consulta. Estas reuniones preparatorias fueron facilitadas por el VMI y permitió elaborar los planes de consulta del modo siguiente: 1) La inclusión de representantes indígenas de comunidades ubicadas fuera de los límites del lote 192, pero que forman parte de las organizaciones indígenas representativas en cada cuenca; 2) El aumento considerable del número de representantes de las delegaciones de los pueblos indígenas que participarán de la etapa de diálogo intercultural; 3) Se acordó la realización, en paralelo al proceso de consulta previa, de reuniones de alto nivel entre el Estado y los pueblos indígenas en relación a medidas complementarias al Acta de Lima del 10 de marzo, principalmente en relación a la titulación de comunidades nativas y la remediación de impactos ambientales preexistentes, debido a su relevancia e interés por parte de las organizaciones indígenas; 4) El consenso entre el Estado y los representantes de las organizaciones indígenas en la identificación de las afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas que generaría la actividad petrolera en el lote 192, incluidas en los planes de consulta; y 5) Los acuerdos producto del proceso de consulta previa podrían implicar modificaciones al contrato del operador, de llegarse a un acuerdo al respecto entre las partes participantes del proceso. La etapa de publicidad se llevó a cabo el 23 de mayo con la entrega de la medida a consultar y del plan de consulta a las organizaciones indígenas representativas participantes en el proceso. Asimismo, se publicó el plan de consulta en la página web de PERUPETRO S.A. Cabe indicar que se suscribieron dos planes de consulta porque se llevaron a cabo dos reuniones preparatorias, una con los representantes de los pueblos indígenas del Pastaza y el Corrientes y otra con los representantes de la cuenca del Tigre.

Respecto a la etapa 4 (información), los talleres informativos se realizaron del 11 al 20 de junio en las comunidades Alianza Cristiana, Nuevo Andoas, Vista Alegre y Sauki, en el departamento de Loreto. Cerca

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de 400 personas de los pueblos quechua, achuar y kichwa de las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes y Tigre participaron en estos talleres, con el fin de dar a conocer la medida puesta en consulta y las posibles afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Con el apoyo del equipo de consulta previa del Ministerio de Cultura, en estos talleres el MINEM informó sobre su rol como entidad promotora, la actividad de hidrocarburos, los instrumentos ambientales y la normatividad de protección ambiental, así como el proceso de contratación petrolera, el derecho de servidumbre o uso de terrenos, la situación ambiental del lote 1AB, entre otros. Asimismo, el Ministerio de Cultura se encargó de dar a conocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en especial, el derecho a la consulta y las etapas para su implementación.

La etapa 5 (evaluación interna) se inició el 22 de junio y se extendió hasta el 8 de julio, periodo en el que se sostuvieron 4 reuniones en comunidades ubicadas en las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes y Tigre. En esta etapa participaron únicamente los pueblos indígenas con sus equipos técnicos. Como resultado de la evaluación interna, los pueblos plasmaron sus propuestas y observaciones en dos actas de evaluación interna, entregadas al MINEM los días 10 y 13 de julio.

La etapa 6 (diálogo) se extendió hasta fines de agosto, siguiendo el principio de flexibilidad. Las sesiones de esta etapa se realizaron con un cronograma que establecía fechas para las reuniones con FECONACO y con FEDIQUEP, reuniones con FECONAT y reuniones con ORIAP y FEDINAPA. Además de estas sesiones, según acuerdo adoptado en las reuniones preparatorias, se estableció una mesa técnica entre el Estado y los equipos de asesores de los pueblos indígenas (FECONACO y FEDIQUEP) para trabajar de forma conjunta las propuestas de acuerdos entre los pueblos y el Estado. En el proceso de consulta se llegó a acuerdos con los pueblos indígenas de las cuencas del Tigre y del Alto Pastaza, como la creación de un fondo que permite el beneficio directo de los pueblos indígenas por las actividades económicas que se realicen sobre sus territorios. La fórmula propuesta establece la inclusión de una cláusula en el contrato de operación que destina el 0.75% del valor monetario de la producción fiscalizada a un fideicomiso privado. Los pueblos indígenas determinarán el uso de este fondo a través de una Junta de Administración. Además del acuerdo sobre beneficios, se establecieron otros ocho acuerdos con los representantes indígenas de la cuenca del Tigre sobre los siguientes temas: una mejor distribución de los beneficios del canon, servidumbre y compensación por uso de tierras, salud, titulación, educación, vivienda, monitoreo ambiental y una medida excepcional para ciudadanos indígenas implicados en procesos judiciales debido a conflictos sociales. Por otro lado, con la cuenca del Alto Pastaza, se suscribieron también ocho acuerdos en temas como salud, educación, participación, empleo, vuelos aéreos, beneficios en cuanto a canon, tierras y protección ambiental.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En la etapa 7 (decisión), la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, mediante el Memorando Nº 0920-2015/MEM-DGAAE, comunica a la Dirección General de Hidrocarburos el desarrollo y cumplimiento del proceso de consulta previa del lote 192. Esta última emitió el Informe Técnico Nº 0134-2015-MEM/DGH-DEEH y el Informe Legal Nº 0026-2015-MEM/DGH-DNH mediante los cuales recomienda se proceda a elaborar el proyecto de Decreto Supremo Nº 027-2015-EM que aprueba el contrato de servicios temporal para la explotación de hidrocarburos en el lote 192; el mismo que fue publicado el 29 de agosto de 2015. Posteriormente, el 30 de agosto de 2015 se suscribe el contrato de servicios temporal para la explotación de hidrocarburos en el lote 192 entre PERUPETRO y la empresa Pacific Stratus Energy del Perú S.A.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

11.13. CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 195

El lote 195 fue el segundo proceso de consulta previa en el sector hidrocarburos realizado en el Perú. Este lote tiene una extensión aproximada de 340 mil hectáreas y está ubicado en los distritos de Irazola y Aguaytia, en la provincia de Padre Abad, departamento de Ucayali; y el distrito de Codo del Pozuzo en la provincia de Puerto Inca, departamento de Huánuco. En el ámbito de este lote se identificó la presencia de los pueblos indígenas shipibo-konibo y kakataibo, asentados en seis comunidades nativas (tituladas, reconocidas o sin reconocimiento).

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), según la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM, el procedimiento administrativo objeto de consulta en hidrocarburos es el Decreto Supremo que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos, en tanto dicha medida podría afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En esa misma Resolución Ministerial, el MINEM determinó que la oportunidad para realizar la consulta previa es antes de la emisión del Decreto Supremo y que la dirección del proceso está a cargo de PERUPETRO, como entidad promotora. En julio de 2013, PERUPETRO emite el Acuerdo de Directorio Nº 074-2013 en el que aprueba la propuesta de conformación, extensión y delimitación de 26 lotes, que serían materia de licitación pública internacional para otorgar contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, entre los que estaba el lote 195.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), entre el 18 al 25 de noviembre de 2013, PERUPETRO, en compañía del VMI y de representantes de las organizaciones indígenas representativas de la zona, realizó el trabajo de campo en el ámbito del lote 195. Los pueblos indígenas identificados fueron: shipibo-konibo y kakataibo, asentados en 9 comunidades nativas (tituladas, reconocidas o sin reconocimiento). Adicionalmente, se identificaron como organizaciones representativas a la Federación Nativa de Comunidades Cacataibo (FENACOCA) y a la Federación de Comunidades Nativas Shipibo de la Cuenca del río Aguaytia (FECONASHCRA). Ambas agrupadas en las organizaciones regionales Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú - Ucayali (CONAP-Ucayali) y Organización Regional AIDESEP Ucayali (ORAU).

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), los días 17 y 18 de marzo de 2013, PERUPETRO contando con la activa participación de los jefes de las comunidades del lote 195, la directiva de FENACOCA (base de AIDESEP) y FECONASHCRA (base de CONAP), así como de representantes invitados de OJIKAAPI y CODEMIA, Agentes Municipales y Tenientes Gobernadores de las comunidades, elaboraron en forma conjunta el plan de consulta para dicho proceso. En estas reuniones preparatorias el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

VMI brindó información acerca del derecho y proceso de consulta previa. El 14 de febrero de 2014 se publicó el plan de consulta y la propuesta de medida a consultar en el portal institucional de PERUPETRO. Asimismo, PERUPETRO hizo entrega de ambos documentos a las organizaciones indígenas del lote 195, así como a las comunidades nativas del ámbito de dicho lote, a través de visitas informativas. El plan de consulta se entregó en castellano y traducido a las dos lenguas indígenas.

Respecto a la etapa 4 (información), entre el 9 de febrero al 8 de marzo de 2014 se desarrollaron tres talleres informativos de dos días cada uno. Un taller se realizó para el pueblo shipibo-konibo y dos para el pueblo kakataibo. Cada taller contó con intérpretes locales (capacitados por el VMI) y con material informativo traducido a cada una de las lenguas de los pueblos indígenas participantes. Asistieron a los talleres unas 120 personas, quienes recibieron información sobre las actividades de hidrocarburos, sus posibles afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas. Adicionalmente, durante toda esta etapa, PERUPETRO encargó la emisión de spots radiales informativos, los cuales estuvieron también traducidos a lenguas indígenas.

La etapa 5 (evaluación interna) se extendió desde el 9 al 27 de marzo de 2013 (18 días). Como resultado de esta etapa, los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, enviaron a PERUPETRO sus actas de evaluación interna; dejando constancia de la elección de los representantes acreditados que participarían en la etapa de diálogo (once representantes acreditados: dos shipibo-konibo y nueve kakataibo).

Respecto a la etapa 6 (diálogo), se acordó, en coordinación con las organizaciones indígenas, la reprogramación de la reunión para los días 29 y 30 de abril de 2014 en la ciudad de Pucallpa, considerando los problemas sociales del departamento de Ucayali. Después del diálogo sobre las propuestas y comentarios de las evaluaciones internas, se elaboró y firmó el acta de consulta entre la entidad promotora y los representantes acreditados, con los acuerdos alcanzados sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Uno de ellos fue que PERUPETRO revise y mejore la Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Licencia, relacionada a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, que será incorporada en el Modelo de Contrato para futuras licitaciones y que deberá ser coordinada con el Ministerio de Cultura. Asimismo, se alcanzaron acuerdos relacionados con el cuidado ambiental, la contratación de mano de obra indígena, la participación de las comunidades en el monitoreo de las actividades de la empresa operadora, entre otros.

En la etapa 7 (decisión), mediante Acuerdo de Directorio Nº 057-2014 del 2 de junio de 2014, PERUPETRO acordó “aprobar la decisión para la implementación de la medida administrativa - Decreto

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Supremo que aprobaría la suscripción del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 195, en la oportunidad que corresponda".

11.14. CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 164

El lote 164 tiene una extensión aproximada de 630 mil hectáreas y está ubicado en los distritos de Emilio San Martin, Maquía y Alto Tapiche, provincia de Requena, y en el distrito de Sarayacu, provincia de Ucayali, departamento de Loreto. En el ámbito del lote se identificó la presencia de los pueblos indígenas kukama-kumiria y capanahua, asentados en nueve comunidades nativas (tituladas, reconocidas o sin reconocimiento) y cinco localidades (caseríos, asentamientos y fundos).

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), según la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM, el MINEM determinó que la oportunidad para realizar la consulta previa es antes de la emisión del Decreto Supremo que podría afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y que la dirección del proceso está a cargo de PERUPETRO, como entidad promotora. Mediante Acuerdo de Directorio Nº 074-2013, PERUPETRO aprueba la propuesta de conformación, extensión y delimitación de 26 lotes, que serían materia de licitación pública internacional para otorgar contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, entre los que estaba el lote 164.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), entre el 25 de febrero y el 9 de marzo de 2014, PERUPETRO, en compañía del VMI y de representantes de la Federación de Comunidades Nativas de Requena (FECONAPRE), realizó el trabajo de campo en el ámbito del lote 164. Los pueblos indígenas identificados fueron: capanahua y kukama-kukamiria, asentados en nueve comunidades nativas (tituladas, reconocidas o sin reconocimiento) y cuatro caseríos. Adicionalmente, se identificó como organización representativa a la Asociación Indígena de Conservación de la Selva Peruana (ASICONSEP), organización kukama-kukamiria que cuenta como afiliada a la comunidad nativa Encanto Siuca Caño. El resto de comunidades afirmaron no estar formalmente afiliadas a ninguna organización indígena.

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), los días 14 y 15 de mayo de 2014, PERUPETRO se reunió con los representantes de los pueblos indígenas participantes del proceso de consulta previa del lote 164, para elaborar de forma conjunta el plan de consulta para dicho proceso. En estas reuniones preparatorias, el VMI brindó información acerca del derecho y proceso de consulta previa. Estas reuniones preparatorias se desarrollaron de forma paralela en dos localidades: el pueblo kukama-kukamiria se reunió en Tamanco (distrito de Emilio San Martín, provincia de Requena) y el pueblo capanahua en la comunidad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

nativa Limón Cocha (distrito de Alto Tapiche, provincia de Requena). Se contó con la participación de representantes de ASICONSEP, de FECONAPRE y de las municipalidades distritales de Emilio San Martín y Alto Tapiche. El 20 de junio de 2014, se publicó el plan de consulta y la propuesta de medida a consultar en el portal institucional de PERUPETRO. Asimismo, PERUPETRO hizo entrega de ambos documentos a las comunidades nativas del lote 164, a través de visitas informativas. El plan de consulta se entregó en castellano y traducido a las dos lenguas indígenas.

Respecto a la etapa 4 (información), entre el 19 y 22 de julio de 2014 se desarrollaron dos talleres informativos; uno de estos talleres se realizó en la municipalidad de Requena con los representantes del pueblo capanahua. El otro taller, organizado para los representantes del pueblo kukama-kukamiria se desarrolló en el local del Vicariato Apostólico de Requena. Cada taller contó con intérpretes locales (capacitados por el VMI) y con material informativo traducido a cada una de las lenguas de los pueblos indígenas participantes. Los asistentes a estos talleres recibieron información sobre las actividades de hidrocarburos, sus posibles afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas. Adicionalmente, durante toda la etapa, PERUPETRO encargó la emisión de spots radiales informativos.

La etapa 5 (evaluación interna) se realizó los días 4 y 5 de agosto en tres sedes: la comunidad nativa de Wicungo, en la cuenca del rio Tapiche; la comunidad nativa de Víctor Raúl y la comunidad nativa de Aipena, ambos en la cuenca del río Buncuya. El pueblo kukama-kukamiria se reunió los días 18 y 19 de agosto en la localidad de San Roque (distrito de Maquia). En la evaluación interna, los representantes indígenas contaron con las facilidades logísticas brindadas por PERUPETRO, según disposición normativa. Como resultado de esta etapa, los pueblos indígenas, a través de sus autoridades comunales enviaron a PERUPETRO sus actas de evaluación interna; dejando constancia de la elección de los representantes acreditados que participarían en la etapa de diálogo (once representantes acreditados: cinco capanahua y seis kukama-kukamiria).

La etapa 6 (diálogo) se realizó entre los días 8 y 9 de setiembre de 2014 en el local de la municipalidad provincial de Requena. Después del diálogo sobre las propuestas y comentarios de las evaluaciones internas, se elaboró y firmó el acta de consulta entre la entidad promotora y los representantes acreditados, con los acuerdos alcanzados sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas; tales como aquellos relacionados con el cuidado ambiental, la contratación de mano de obra indígena, la capacitación de mano de obra local, la participación de las comunidades en el monitoreo de las actividades de la empresa operadora, la adopción de medidas para la protección de la cocha Wicungo, entre otros.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En la etapa 7 (decisión), mediante Acuerdo de Directorio Nº 113-2014 del 25 de noviembre de 2014, PERUPETRO acordó "aprobar la decisión para la implementación de la medida administrativa, Decreto Supremo que aprobaría la suscripción del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 164, en la oportunidad que corresponda".

11.15. CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 189

El lote 189 tiene una extensión aproximada de 681 mil hectáreas y está ubicado en los distritos de Tahuanía y Raymondi, provincia de Atalaya, y distrito de Iparía, provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali. En el ámbito de este lote se identificó la presencia de los pueblos indígenas asháninka y shipibo-konibo, asentados en 37 comunidades nativas (tituladas, reconocidas o sin reconocimiento) y cinco localidades (caseríos, asentamientos y fundos).

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), según la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM, el MINEM determinó que la oportunidad para realizar la consulta previa es antes de la emisión del Decreto Supremo que podría afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y que la dirección del proceso está a cargo de PERUPETRO, como entidad promotora. Mediante Acuerdo de Directorio Nº 074-2013, PERUPETRO aprueba la propuesta de conformación, extensión y delimitación de 26 lotes, que serían materia de licitación pública internacional para otorgar contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, entre los que estaba el lote 189.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), entre el 28 de marzo y el 10 de abril de 2014, PERUPETRO, en compañía del VMI y de representantes de las organizaciones indígenas locales pertenecientes a la Organización Regional AIDESEP Ucayali (ORAU), la Coordinadora Regional de Pueblos Indígenas de AIDESEP Atalaya (CORPIAA) y a la Unión Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía (URPIA), realizó el trabajo de campo en el ámbito del lote 189. Los pueblos indígenas identificados fueron: asháninka y shipibo-konibo, asentados en 37 comunidades nativas (tituladas, reconocidas o sin reconocimiento). Asimismo, se identificó la presencia de cinco localidades (caseríos, asentamientos y fundos) en los que habitaba población indígena. Adicionalmente, se identificaron como organizaciones representativas a la Federación de Comunidades Asháninka de la Provincia de Atalaya (FECONAPA), la Organización Indígena Regional de Atalaya (OIRA), la Organización Indígena Distrital de Tahuanía (OIDIT), Organización de Desarrollo de las Comunidades Nativas del Distrito del Tahuanía (ORDECONADIT) y la Federación de Comunidades Nativas del Distrito de Iparía (FECONADIP). Todas ellas agrupadas en las organizaciones regionales antes mencionadas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), los días 18 y 19 de junio de 2014, PERUPETRO se reunió con los representantes de los pueblos indígenas participantes del proceso de consulta previa del lote 189, para elaborar de forma conjunta el plan de consulta para dicho proceso. En estas reuniones preparatorias, el VMI brindó información acerca del derecho y proceso de consulta previa. El 4 de agosto de 2014 se publicó el plan de consulta y la propuesta de medida a consultar en el portal institucional de PERUPETRO. Asimismo, PERUPETRO hizo entrega de ambos documentos a las organizaciones indígenas del lote 189, así como a las comunidades nativas del ámbito, a través de visitas informativas. El Plan de Consulta se entregó en castellano y traducido a las dos lenguas indígenas.

Respecto a la etapa 4 (información), entre el 5 de agosto y el 5 de setiembre de 2014 se desarrollaron cuatro talleres informativos; tres se realizaron para las comunidades nativas asháninka y uno para las comunidades nativas shipibo-konibo. Cada taller contó con intérpretes locales (capacitados por el VMI) y con material informativo traducido a cada una de las lenguas de los pueblos indígenas participantes. Los asistentes a estos talleres recibieron información sobre las actividades de hidrocarburos, sus posibles afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas. Adicionalmente, durante toda esta etapa, PERUPETRO encargó la emisión de spots radiales informativos, los cuales estuvieron también traducidos a lenguas indígenas.

La etapa 5 (evaluación interna) duró del 6 de setiembre al 20 de setiembre de 2014 (14 días). Como resultado de esta etapa, los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, enviaron a PERUPETRO sus actas de evaluación interna; dejando constancia de la elección de los representantes acreditados que participarían en la etapa de diálogo (once representantes acreditados: cuatro shipibo-konibo y siete asháninka).

La etapa 6 (diálogo) se realizó entre los días 21 y 22 de setiembre de 2014. Después del diálogo sobre las propuestas y comentarios de las evaluaciones internas, se elaboró y firmó el acta de consulta entre la entidad promotora y los representantes acreditados, con los acuerdos alcanzados sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas; tales como aquellos relacionados con capacitación e información, el cuidado ambiental, la contratación de mano de obra indígena, la participación de las comunidades en el monitoreo de las actividades de la empresa operadora, entre otros.

En la etapa 7 (decisión), el 25 de noviembre de 2015 el directorio de PERUPETRO aprobó la decisión para la implementación de la medida administrativa del proceso de consulta: Decreto Supremo que aprueba la suscripción de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lote 189.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

11.16. CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 175

El lote 175 tiene una extensión aproximada de 514 mil hectáreas y está ubicado en los distritos de Tahuanía, Sepahua y Raymondi, provincia de Atalaya, departamento de Ucayali; y en el distrito de Río Tambo, provincia de Satipo, departamento de Junín. En el ámbito de este lote se identificó la presencia de los pueblos indígenas amahuaca, asháninka, ashéninka, matsigenka, yaminahua y yine, asentados en 64 comunidades nativas (tituladas, reconocidas o sin reconocimiento) y 20 localidades (caseríos, asentamientos y fundos).

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), según la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM, el MINEM determinó que la oportunidad para realizar la consulta previa es antes de la emisión del Decreto Supremo que podría afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y que la dirección del proceso está a cargo de PERUPETRO, como entidad promotora. Mediante Acuerdo de Directorio Nº 074-2013, PERUPETRO aprueba la propuesta de conformación, extensión y delimitación de 26 lotes, que serían materia de licitación pública internacional para otorgar contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, entre los que estaba el lote 175.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), entre el 7 al 21 de marzo y entre el 29 de abril y 9 de mayo de 2014, PERUPETRO, en compañía del VMI y de representantes de las organizaciones indígenas locales pertenecientes a la Coordinadora Regional de Pueblos Indígenas de Aidesep Atalaya (CORPIAA) y a la Unión Regional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía (URPIA), realizó el trabajo de campo en el ámbito del lote 175. Los pueblos indígenas identificados fueron: amahuaca, asháninka, ashéninka, matsigenka, yaminahua y yine, asentados en 64 comunidades nativas (tituladas, reconocidas o sin reconocimiento). Asimismo, se identificó la presencia de 20 localidades (caseríos, asentamientos y fundos) en los que habitaba población indígena. Adicionalmente, se identificaron como organizaciones representativas a la Federación de Comunidades Asháninka de la Provincia de Atalaya (FECONAPA), la Federación Ashéninka de la Cuenca del Río Unini (FACRU), la Federación de Comunidades Nativas Yine Yami (FECONAYY), la Organización Indígena Regional de Atalaya (OIRA), la Federación Asháninka del Bajo Urubamba (FABU), la Organización Indígena Yine de la Provincia de Atalaya (OIYPA), la Central Asháninka del Río Tambpo (CART) y a la Federación de Comunidades Nativas del Distrito de Sepahua (FECONADIS). Todas ellas agrupadas en las organizaciones regionales antes mencionadas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), los días 19 y 20 de junio de 2014, PERUPETRO se reunió con los representantes de los pueblos indígenas participantes del proceso de consulta previa del lote 175, para elaborar de forma conjunta el plan de consulta para dicho proceso. Estas reuniones preparatorias se realizaron de manera paralela, una en la ciudad de Satipo con los representantes asháninkas del río Tambo del departamento de Junín, y una en la ciudad de Atalaya con representantes de las organizaciones indígenas del departamento de Ucayali. En estas reuniones preparatorias, el VMI brindó información acerca del derecho y proceso de consulta previa. El 4 de agosto de 2014 se publicó el plan de consulta y la propuesta de medida a consultar en el portal institucional de PERUPETRO. Asimismo, PERUPETRO hizo entrega de ambos documentos a las organizaciones indígenas del lote 175, así como a las comunidades nativas del ámbito, a través de visitas informativas. El plan de consulta se entregó en castellano y traducido a las seis lenguas indígenas, agregando una sétima traducción considerando las particularidades del idioma asháninka del río Tambo.

Respecto a la etapa 4 (información), entre el 5 de agosto y el 15 de setiembre de 2014 se desarrollaron nueve talleres informativos; uno se realizó para las comunidades nativas asháninka del río Tambo y ocho para las distintas comunidades nativas y población indígena asentada en el ámbito del lote 175 dentro del departamento de Ucayali. Cada taller contó con intérpretes locales (capacitados por el VMI) y con material informativo traducido a cada una de las lenguas de los pueblos indígenas participantes. Los asistentes a estos talleres recibieron información sobre las actividades de hidrocarburos, sus posibles afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas. Adicionalmente, durante toda esta etapa, PERUPETRO encargó la emisión de spots radiales informativos, los cuales estuvieron también traducidos a lenguas indígenas.

La etapa 5 (evaluación interna) duró del 16 de setiembre al 21 de octubre de 2014 (35 días). Como resultado de esta etapa, los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, enviaron a PERUPETRO sus actas de evaluación interna; dejando constancia de la elección de los representantes acreditados que participarían en la etapa de diálogo (16 representantes acreditados: tres ashéninka, cuatro asháninka de Ucayali, seis asháninka del río Tambo y tres yine, siendo que el representante acreditado yine asumió la representación de la población amahuaca, yaminahua y matsigenka de la comunidad nativa de Sepahua).

La etapa 6 (diálogo) se realizó entre los días 30 de octubre y 1 de noviembre de 2014. Después del diálogo sobre las propuestas y comentarios de las evaluaciones internas, se elaboró y firmó el acta de consulta entre la entidad promotora y los representantes acreditados, con los acuerdos alcanzados sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas; tales como aquellos relacionados con el saneamiento

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

territorial de las comunidades nativas, el cuidado ambiental, el respeto a la salud intercultural, la contratación de mano de obra indígena, la participación de las comunidades en el monitoreo de las actividades de la empresa operadora, entre otros.

En la etapa 7 (decisión), mediante Acuerdo de Directorio Nº 115-2014 del 17 de diciembre de 2014, PERUPETRO acordó "aprobar la decisión para la implementación de la medida administrativa, Decreto Supremo que aprobaría la suscripción del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 175, en la oportunidad que corresponda".

11.17. CONSULTA PREVIA PARA EL LOTE 169

El lote 169 fue el primer proceso de consulta previa en el sector hidrocarburos en el Perú. Este lote tiene una extensión aproximada de 491 mil hectáreas y está ubicado en los distritos de Yurúa y Tahuanía, provincia de Atalaya, y en el distrito de Iparía, provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali. En el ámbito de este lote se identificó la presencia de los pueblos indígenas amahuaca, asháninka, ashéninka y yaminahua, asentados en 17 comunidades nativas (tituladas, reconocidas o sin reconocimiento

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), según la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM, el MINEM determinó que la oportunidad para realizar la consulta previa es antes de la emisión del Decreto Supremo que podría afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y que la dirección del proceso está a cargo de PERUPETRO, como entidad promotora. Mediante Acuerdo de Directorio Nº 074-2013, PERUPETRO aprueba la propuesta de conformación, extensión y delimitación de 26 lotes, que serían materia de licitación pública internacional para otorgar contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, entre los que estaba el lote 169.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), entre el 9 y el 20 de setiembre de 2013, PERUPETRO, en compañía del VMI y de representantes de la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú-Ucayali (CONAP-Ucayali), la Organización Regional AIDESEP Ucayali (ORAU), la Asociación de Comunidades Nativas para el Desarrollo Integral de Yurúa-Sharekoia (ACONADYISH) y la Unión de Comunidades Indígenas Fronterizas del Perú (UCIFP), realizó el trabajo de campo en el ámbito del lote 169. Los pueblos indígenas identificados fueron: ashéninka, asháninka, yaminahua y amahuaca; asentados en 17 localidades y cinco anexos. Adicionalmente, se identificaron como organizaciones representativas a la Asociación de Comunidades Nativas para el Desarrollo Integral de Yurúa-Sharekoia (ACONADIYSH), al Consejo Asháninka del Río Huacapishtea del Distrito de Yurúa (CARDHY) y a la Unión de Comunidades Indígenas Fronterizas del Perú (UCIFP). Todas ellas agrupadas en organizaciones

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

regionales como ORAU, CONAP-Ucayali y la Asociación Regional del Pueblo Asheninka-Asháninka de Ucayali (ARPAU).

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), los días 3 y 4 de octubre de 2013, PERUPETRO se reunió con los representantes de los pueblos indígenas participantes del proceso de consulta previa del lote 169, para elaborar de forma conjunta el plan de consulta para dicho proceso. En estas reuniones preparatorias, el VMI brindó información acerca del derecho y proceso de consulta previa. El 14 de octubre del 2013 se publicó el plan de consulta y la propuesta de medida a consultar en el portal institucional de PERUPETRO. Asimismo, PERUPETRO hizo entrega de ambos documentos a las organizaciones indígenas del lote 169, así como a las comunidades nativas del ámbito, a través de visitas informativas. El plan de consulta se entregó en castellano y traducido a las cuatro lenguas indígenas.

Respecto a la etapa 4 (información), entre el 19 y 23 de noviembre de 2013 se desarrollaron cuatro talleres informativos, uno para cada pueblo identificado en el ámbito del lote 169. Tres de estos talleres se realizaron en Puerto Breu y uno en la comunidad nativa Santa Rosa, del pueblo amahuaca. Cada taller contó con un intérprete local (capacitados por el VMI) y con material informativo traducido a cada una de las lenguas de los pueblos indígenas participantes. Los asistentes a estos talleres recibieron información sobre las actividades de hidrocarburos, sus posibles afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta previa y sus respectivas etapas. Adicionalmente, durante toda esta etapa, PERUPETRO encargó la emisión de spots radiales informativos, los cuales estuvieron también traducidos a lenguas indígenas.

La etapa 5 (evaluación interna) inició en la primera semana de diciembre y duró 14 días. Como resultado de esta etapa, los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, enviaron a PERUPETRO sus actas de evaluación interna; dejando constancia de la elección de los representantes acreditados que participarían en la etapa de diálogo (ocho representantes acreditados: dos asháninka, tres asheninka, dos yaminahua y un amahuaca).

La etapa 6 (diálogo) se realizó entre los días 18 y 20 de diciembre de 2013. Después del diálogo sobre las propuestas y comentarios de las evaluaciones internas, se elaboró y firmó el acta de consulta entre la entidad promotora y los representantes acreditados, con los acuerdos alcanzados sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas; tales como aquellos relacionados con el cuidado ambiental, la contratación de mano de obra indígena, la participación de las comunidades en el monitoreo de las actividades de la empresa operadora, entre otros.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En la etapa 7 (decisión), mediante Acuerdo de Directorio Nº 003-2014 del 13 de enero de 2014, PERUPETRO "aprobó la decisión para la implementación de la Medida Administrativa – Decreto Supremo, que aprobaría la suscripción del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 169, en la oportunidad que corresponda".

11.18. CONSULTA PREVIA DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE LENGUAS ORIGINARIAS

La Ley N° 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú (en adelante la Ley de Lenguas) fue publicada el 2 de julio de 2011. El proceso de reglamentación de la Ley N° 29735 es asumido por el Ministerio de Cultura; mediante acta de acuerdos del 13 de octubre de 2014, suscrito conjuntamente entre el Ministerio de Cultura, el Ministerio de Educación y la Presidencia de Consejo de Ministros.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), en el proceso de consulta previa la medida a consultar es la propuesta de reglamento general de la Ley N° 29735; en esta propuesta, el Ministerio de Cultura identificó 7 artículos con posible afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, tales como identidad cultural, derecho de participación y decidir/elegir sus prioridades de desarrollo. El Ministerio de Cultura asumió la condición de entidad promotora del proceso de consulta de la mencionada norma reglamentaria.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), considerando que la propuesta de reglamento general de la Ley N° 29735 es una medida de alcance nacional, los pueblos indígenas u originarios a ser consultados son los 55 identificados en la Base de Datos del Ministerio de Cultura, quienes participarán a través de sus organizaciones representativas de carácter nacional. Estas son: Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP); Confederación Campesina del Perú (CCP); Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP); Confederación Nacional Agraria (CNA); Federación Nacional de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas, Nativas y Asalariadas del Perú (FENMUCARINAP); Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP); y Unión Nacional de Comunidades Aymaras (UNCA).

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), el 16 y 17 de diciembre de 2015, en el marco de las reuniones convocadas por el Grupo de Trabajo de Políticas Indígenas (GTPI), el Ministerio de Cultura se reunió con los representantes de las organizaciones indígenas AIDESEP, CCP, CONAP, CNA, FENMUCARINAP, ONAMIAP y UNCA, a fin de elaborar el plan de consulta de la propuesta de norma reglamentaria de la Ley N° 29735. El 16 de diciembre se acordó una versión final de plan de consulta; ese

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

mismo día se remitió vía correo electrónico el documento del plan de consulta, con la finalidad de que las organizaciones cuenten con el documento previamente al inicio de la etapa de publicidad. El 17 de diciembre, el Ministerio de Cultura y los representantes de las siete organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios se reunieron para llevar a cabo la etapa de publicidad. En ese acto se cumplió con la entrega formal de la medida y el plan de consulta.

Respecto a la etapa 4 (información), se acordó el desarrollo de tres talleres macro regionales a llevarse a cabo en la ciudad de Lima (11 y 12 de febrero), Cusco (25 y 26 de febrero) e Iquitos (1 y 2 de marzo), con participación de representantes locales de las organizaciones nacionales representativas de pueblos indígenas u originarios que participan en el proceso de consulta previa. Como parte de los acuerdos arribados en la reunión preparatoria, se estableció en el plan de consulta tener una reunión técnica sobre la Ley N° 29735 y la propuesta de su reglamento, con la finalidad de conocer más sobre la medida consultada y tener la posibilidad de dar algunos aportes y comentarios a la formulación de dicha propuesta. Esta reunión se llevó a cabo los días 28 y 29 de enero en las instalaciones del Ministerio de Cultura.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), los días 14 y 15 de marzo se llevó a cabo la reunión de evaluación interna con participación de representantes acreditados de las 7 organizaciones representativas de pueblos indígenas u originarios. En esta reunión los representantes revisaron la propuesta de reglamento de la Ley N° 29735, cuyos resultados respecto a la posible afectación de sus derechos colectivos contenidos en dicha propuesta fueron alcanzados a la entidad promotora.

La etapa 6 (diálogo), entre los representantes del Ministerio de Cultura y los representantes de las siete organizaciones nacionales de pueblos indígenas u originarios consultados, se realizó del 17 al 18 de marzo de 2016 en la sede principal del Ministerio de Cultura. La Dirección de Consulta Previa del VMI acompañó y brindó asistencia durante los dos días del desarrollo de las reuniones de la etapa de dialogo a la entidad promotora y a las organizaciones representativas. Asimismo, se designó a los profesionales de la Dirección de Consulta Previa a cargo de la facilitación de la etapa de diálogo. Después del diálogo sobre las propuestas y comentarios de las evaluaciones internas, se elaboró y firmó el acta de consulta entre la entidad promotora y los representantes de las siete organizaciones nacionales de pueblos indígenas u originarios consultados, el mismo que contiene todos los acuerdos alcanzados en el proceso.

En la etapa 7 (decisión), el 21 de julio del 2016 se publicó el Decreto Supremo N° 004-2016-MC que aprueba el reglamento de la Ley N° 29735. A partir de la vigencia del reglamento se ha establecido plazos para la elaboración de la Política Nacional de Lenguas originarias, Tradición Oral e Interculturalidad, así como del Plan Multisectorial para su implementación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

11.19. CONSULTA PREVIA DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL QUE APRUEBA EL PLAN NACIONAL DE EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE

El Artículo 1° de la Ley Nº 27818, Ley para la Educación Bilingüe Intercultural, establece que "el Ministerio de Educación diseñará el Plan Nacional de Educación Bilingüe Intercultural para todos los niveles y modalidades de la educación nacional, con la participación efectiva de los pueblos indígenas en la definición de estrategias metodológicas y educativas, en lo que les corresponda". La Dirección de Educación Intercultural Bilingüe del Ministerio de Educación ha elaborado la propuesta de Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe. El Ministerio de Educación se constituye en la entidad promotora del proceso de consulta de la "Matriz de Planificación del Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe"; siendo la Dirección de Educación Intercultural Bilingüe la encargada de conducir el proceso de consulta antes indicado.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), la medida a consultar en este proceso es la matriz de planificación contenida en la propuesta de Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe, la misma que guiará las actuaciones del sector educación, en todos sus niveles de gobierno, hasta el 2021 en materia de Educación Intercultural Bilingüe. Según identificó el MINEDU, mediante Informe Nº 001- 2015-MINEDU/VMGP/DIGEIBIRA/MCBH, la referida matriz podría afectar directamente el derecho colectivo a la Educación Intercultural Bilingüe y a la identidad cultural de los pueblos indígenas u originarios del país.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), considerando que la matriz de planificación contenida en la propuesta de Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe resulta ser una medida de alcance nacional, los pueblos indígenas u originarios a ser consultados son los 54 identificados en la Base de Datos del Ministerio de Cultura, quienes participarán a través de sus organizaciones representativas de carácter nacional. Estas son: Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP); Confederación Campesina del Perú (CCP); Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP); Confederación Nacional Agraria (CNA); Federación Nacional de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas, Nativas y Asalariadas del Perú (FENMUCARINAP); Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP); y Unión Nacional de Comunidades Aymaras (UNCA).

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), el 1 y 2 de octubre de 2015, en el marco de las reuniones de la Comisión Nacional de Educación Intercultural y Bilingüe, la entidad promotora se reunió con los representantes de las organizaciones indígenas AIDESEP, CCP, CONAP, FENMUCARINAP, ONAMIAP y UNCA, a fin de elaborar el plan de consulta correspondiente. Después de recibir los aportes

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

formulados por las organizaciones indígenas, el plan de consulta fue suscrito el 21 de octubre. El 21 de octubre de 2015, los representantes del Ministerio de Educación, en su calidad de entidad promotora, y los representantes de las siete organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, se reunieron para llevar a cabo la etapa de publicidad. Este acto se cumplió con la entrega formal de la medida y el plan de consulta.

La etapa 4 (información) se inició con un taller nacional en Lima durante los días 18 y 19 de noviembre con participación de representantes de las siete organizaciones representativas de pueblos indígenas u originarios. Asimismo, se llevó a cabo dos talleres informativos macro regionales, en Iquitos y Puno, conforme lo acordado en el plan de consulta. En los talleres se brindó información de los alcances, implicancias y consecuencias de la propuesta de medida respecto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios contenidos en la matriz de planificación contenida en la propuesta de Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe.

La etapa 5 (evaluación interna) se llevó a cabo el 18 y 19 de enero de 2016 en Lima y contó con la participación de representantes de las siete organizaciones nacionales (dos titulares, un alterno y un asesor/a). El resultado de la evaluación interna fue entregado a los representantes del Ministerio de Educación.

La etapa 6 (diálogo), entre el Ministerio de Educación y los representantes de las siete organizaciones nacionales de pueblos indígenas u originarios consultados, se realizó del 21 al 22 de enero de 2016, en Lima. El VMI acompañó y brindó asistencia durante los dos días del desarrollo de las reuniones de la etapa de diálogo a la entidad promotora y a las organizaciones representativas. Asimismo, se designó a los profesionales de la Dirección de Consulta Previa a cargo de la facilitación de la etapa de diálogo. Después del diálogo sobre las propuestas y comentarios de las evaluaciones internas, se elaboró y firmó el acta de consulta entre la entidad promotora y los representantes de las siete organizaciones nacionales de pueblos indígenas u originarios consultados, el mismo que contiene todos los acuerdos alcanzados en el proceso.

En la etapa 7 (decisión), el 15 de diciembre de 2016 se publicó la Resolución Ministerial N° 629-2016-MINEDU que aprueba el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe.

11.20. . CONSULTA PREVIA DEL REGLAMENTO DE LA LEY FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El 22 de julio de 2011 se publicó la Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Mediante la Resolución Ministerial N° 0048-2012-AG, el Ministerio de Agricultura declaró como prioritario el proceso de elaboración del Reglamento de la Ley N° 29763. Como parte del proceso de reglamentación de la Ley N° 29763, el 30 de setiembre de 2013 el Ministerio de Agricultura, mediante la Resolución Ministerial N° 0374-2013-MINAGRI, publica el proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29763, con el fin de recibir aportes, comentarios o sugerencias hasta el 28 de febrero de 2014, de las entidades públicas y privadas y de la ciudadanía en general, encargándose a la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre (en la actualidad, el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre-SERFOR) las coordinaciones respectivas. El SERFOR, durante la etapa participativa y en el proceso de consulta previa, contó con la colaboración del Grupo Intergubernamental, conformado por diversas entidades del Estado con el propósito conjunto de contribuir al fortalecimiento de la normatividad en materia forestal y de fauna silvestre en el país (Grupo integrado por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Cultura, el Ministerio del Ambiente, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, el Ministerio de la Producción, el Ministerio de Economía y Finanzas, el Organismo de Supervisión de Recursos Forestales y de Fauna Silvestre-OSINFOR, el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico-CEPLAN, la Asociación Nacional de Gobiernos Regionales-ANGR y el Consejo Intergubernamental Amazónico). En su rol de capacitación previa y antes de iniciar el proceso de consulta, el VMI realizó una serie de talleres con funcionarios de la entidad promotora, así como miembros de las organizaciones representativas de pueblos indígenas u originarios, en los que se abordó los contenidos del derecho y proceso de consulta previa.

Respecto a la etapa 1 (identificación de la medida), culminada la etapa de participación en la reglamentación de la Ley N° 29763, el SERFOR elabora siete propuestas de reglamento de dicha Ley. En estas propuestas el SERFOR identificó 55 artículos con posible afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), el SERFOR ha identificado 52 pueblos indígenas u originarios a ser consultados, para dicha identificación ha considerado, entre otras fuentes, la base de datos del VMI. Cabe resaltar que, según esta base de datos, 48 pueblos están ubicados en la zona de Amazonía y 4 en la zona andina. Asimismo, la entidad promotora ha identificado a las organizaciones representativas de dichos pueblos indígenas u originarios. Estas son: Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP); Confederación Campesina del Perú (CCP); Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP); Confederación Nacional Agraria (CNA); Federación Nacional de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas, Nativas y Asalariadas del Perú (FENMUCARINAP); Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP); y Unión Nacional de Comunidades Aymaras (UNCA).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), se sostuvieron 4 sesiones de trabajo en el marco de las reuniones preparatorias. Estas reuniones se realizaron los días 29 de agosto, 16 y 29 de setiembre y 2 de octubre; su resultado fue la elaboración consensuada del plan de consulta del reglamento de la Ley N° 29763. El 13 de octubre de 2014 SERFOR llevó a cabo la etapa de publicidad, entregando a las 7 organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios el plan de consulta y las propuestas de reglamento de la Ley N° 29763.

La etapa 4 (información) se inició con un taller nacional en Lima los días 13 y 14 de octubre con participación de representantes de las siete organizaciones representativas de pueblos indígenas u originarios. Asimismo, se realizaron distintos talleres informativos en varias regiones del país, según el plan de consulta.

La etapa 5 (evaluación interna) inicio el 12 de enero y se extendió hasta el 24 de enero de 2015. En esta etapa las siete organizaciones representativas de pueblos indígenas u originarios analizaron y desarrollaron propuestas al reglamento de la Ley N° 29763 para presentarlas en la etapa diálogo. Al término de la evaluación interna, las organizaciones representativas presentaron a la entidad promotora un documento que contenía propuestas a los 55 artículos identificados por el SERFOR y adicionalmente 97 artículos que las organizaciones representativas de pueblos indígenas consideraron afectaban sus derechos colectivos.

Respecto a la etapa 6 (diálogo), el VMI coordinó con el SERFOR a fin de sostener reuniones con los equipos técnicos de ambas entidades antes del inicio de la etapa de diálogo, a fin de brindar asesoría sobre la metodología para el desarrollo de la etapa de diálogo. El VMI acompañó y brindó asistencia durante todas las reuniones de la etapa de dialogo a la entidad promotora y a las organizaciones representativas. Asimismo, el VMI designó a los profesionales de la Dirección de Consulta Previa a cargo de la facilitación de la etapa de dialogo. La etapa de diálogo se realizó en Lima del 2 al 6 de febrero y del 16 al 19 de febrero. El desarrollo de la etapa de diálogo se llevó a cabo sobre la base de los 152 artículos que las organizaciones representativas alcanzaron al SERFOR, producto de la evaluación interna, procediendo a la revisión de dichas propuestas artículo por artículo iniciando por la propuesta de Reglamento General, continuando con los otras propuestas de reglamento en el orden como fue analizado y propuesto por las organizaciones. El 19 de febrero, al término del diálogo, se contó con un documento final que recogía acuerdos, acuerdos parciales y desacuerdos de la medida consultada. El SERFOR y las organizaciones representativas revisaron los 55 artículos identificados por la entidad promotora, así como los 97 artículos identificados por las organizaciones representativas y, como parte del diálogo, ambas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

partes llegaron a proponer y acordar 3 artículos adicionales de carácter general y 2 definiciones. El proceso de diálogo finalizó con una ceremonia de firma del acta de consulta realizada en Lima el 16 de marzo en la que participaron el ministro de Agricultura y Riego, Juan Manuel Benites, la ministra de Cultura, Diana Álvarez-Calderón, y los representantes de las siete organizaciones involucradas en el proceso de consulta previa.

En la etapa 7 (decisión), el 30 de setiembre de 2015 se publicaron los Decretos Supremos que aprueban cuatro reglamentos de la Ley N° 29763; estos son: Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI, Reglamento de la Gestión Forestal; Decreto Supremo N° 019-2015-MINAGRI, Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre; Decreto Supremo N° 020-2015-MINAGRI, Reglamento para la Gestión de Plantaciones Forestales y los Sistemas Agroforestales; y Decreto Supremo N° 021-2015-MINAGRI, Reglamento para la Gestión Forestal y de Fauna Silvestre en Comunidades Nativas y Comunidades Campesinas. Con la promulgación y publicación de los citados reglamentos entran plenamente en vigencia todos los artículos de la Ley N° 29763, conforme a lo dispuso por su sexta disposición complementaria y final.

11.21. . CONSULTA PREVIA DEL DECRETO SUPREMO QUE ESTABLECE EL ÁREA DE CONSERVACIÓN REGIONAL MAIJUNA KICHWA

El proceso de consulta previa sobre la propuesta de creación del Área de Conservación Regional Maijuna Kichwa se desarrolló en la región Loreto. La entidad promotora fue el Gobierno Regional de Loreto, a través del Programa de Conservación, Gestión y Uso Sostenible de la Diversidad Biológica de Loreto (PROCREL). Los pueblos indígenas consultados fueron el pueblo maijuna y el pueblo kichwa. Considerando que este proceso fue de ámbito local, las organizaciones representativas fueron las siguientes comunidades nativas: Orejones, San Pablo de Totolla, Puerto Huamán, Nueva Vida, Nueva Antioquía, Nueva Libertad, Tuta Pishco, San Roque, Puerto Arica, Morón Isla, Nuevo Argelia – Anexo Cruz de Plata, y FECONANCUHA.

En la etapa 1 (identificación de la medida), mediante el Informe N° 0003-2013-MINAM-VMDERN-ABARANDIARAN, en relación a la consulta previa de la propuesta de la Área de Conservación Regional Maijuna Kichwa, el Ministerio del Ambiente (MINAM) concluyó que para la creación de Áreas de Conservación Regional intervinieran, además del gobierno regional (como entidad promotora del proceso de consulta previa), el SERNANP y el MINAM.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), la entidad promotora identificó a las comunidades nativas Puerto Huamán, Nueva Vida, San Pablo de Totolla y Sucusari del pueblo indígena maijuna.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), el 20 mayo de 2013 se realizó la primera reunión preparatoria para el proceso de consulta previa, la entidad promotora presentó a los representantes de las comunidades indígenas maijuna una propuesta de plan de consulta. El 23 de mayo de 2013 en las instalaciones del Gobierno Regional de Loreto, se desarrolló la etapa de publicidad que consistió en entregar a los pueblos indígenas la medida administrativa y el plan de consulta, documentos que fueron publicados en el portal web institucional del Gobierno Regional de Loreto. Además se elaboró una cartilla en español y en maijuna y se difundieron entrevistas en prensa y radios locales.

Respecto a la etapa 4 (información), el 23 de junio de 2013 se realizó un taller informativo en la comunidad nativa Puerto Huamán; con la participación de representantes de las siguientes entidades: MINAM, SERNANP, OIT, Defensoría del Pueblo, VMI y el Gobierno Regional de Loreto, a través del PROCREL.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), entre el 25 y 26 de junio de 2013 los representantes de las comunidades nativas del pueblo maijuna llevaron a cabo la etapa de evaluación interna en la comunidad nativa Puerto Huamán, cuyos resultados se dejo constancia en un acta.

Respecto a la etapa 6 (diálogo), entre el 21 y 22 de octubre de 2013 en Iquitos se realizó una reunión de diálogo entre los representantes del pueblo indígena maijuna y kichwa y los representantes del Gobierno Regional de Loreto. Los acuerdos fueron los siguientes: 1) Sobre la carretera Napo Putumayo, se acuerda mantener la zona de la trocha carrozable como zona de recuperación (zonificación); 2) Sobre la zonificación, se acuerda ampliar la zona de aprovechamiento directo (considerando el acceso a recurso del pueblo kichwa), por lo que se modifica la zonificación del Expediente Técnico; 3) Sobre el nombre del Área de Conservación Regional, se acuerda modificar el nombre de Área de Conservación Regional Maijuna por "Área de Conservación Regional Maijuna – Kichwa"; 4) Sobre participación y gestión, se acuerda la participación de los pueblos indígenas Maijuna y Kichwa en la gestión del Área de Conservación Regional, a través de un comité de gestión, para ello se mantendrán procesos de información con enfoque intercultural.

En la etapa 7 (decisión), el 13 de diciembre de 2013 la entidad promotora, basándose en el Informe Técnico Legal N° 036-2013-GRL-GGR/PROCREL-UTL-FBCE del 6 de diciembre de 2013, incorporó los acuerdos adoptados en la etapa de diálogo al expediente técnico que sustenta el establecimiento del Área de Conservación Regional Maijuna Kichwa. La entidad promotora remitió el expediente técnico, con la incorporación de los acuerdos y el informe de consulta previa, al Ministerio de Cultura para su registro, así como al SERNANP para la aprobación del expediente técnico y la continuación de los trámites

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

correspondientes para el establecimiento del Área de Conservación Regional Maijuna Kichwa. El 16 de junio de 2015 el presidente de la República Ollanta Humala y el ministro del Ambiente Manuel Pulgar-Vidal firmaron el Decreto Supremo N° 008-2015-MINAM que establece el Área de Conservación Regional Maijuna Kichwa.

11.22. CONSULTA PREVIA DEL DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA LA CATEGORIZACIÓN DE LA ZONA RESERVADA SIERRA DEL DIVISOR COMO PARQUE NACIONAL

La Zona Reservada Sierra del Divisor (ZRSD) se encuentra ubicada en las provincias de Coronel Portillo y Ucayali, de la región Ucayali, y en la provincia de Requena, de la región Loreto, y abarca una superficie de 1'354,485.10 hectáreas. Debido a su alta diversidad biológica y la gran cantidad de especies que únicamente tienen como hábitat este complejo montañoso, el SERNANP propuso que su categorización debía ser la de Parque Nacional, lo que podría afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas asentados en el ámbito de la ZRSD.

En la etapa 1 (identificación de la medida), mediante el Informe técnico legal N.° 041-SERNANP-DDE-OAJ del 28 de setiembre de 2012, el SERNANP identificó que la medida administrativa que aprueba la categorización de la ZRSD como Parque Nacional sería susceptible de afectar directamente los derechos colectivos de pueblos indígenas.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), mediante el Informe N.° 742-2013-SEERNANP-DDE se identificó como sujetos del derecho a consulta previa a los siguientes pueblos indígenas: asheninka, isconahua, shipibo conibo, matsés y huambisa. Estos pueblos indígenas se encuentran organizados a través de las siguientes comunidades nativas: San Mateo, Chachibai, Matsés, Lobo Santa Rosino, Patria Nueva Mediación de Callería y Nuevo Saposoa.

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), entre los días 8 y 10 de noviembre de 2013 se realizó las reuniones preparatorias, con la asistencia de representantes de las organizaciones indígenas de los pueblos ashéninkas, isconahuas, shipibo-conibos, matsés y huambisas.

Respecto a la etapa 4 (información), el SERNANP realizó los talleres de información entre los días 17 y 19 de diciembre de 2013 en Pucallpa, contando con la participación de los representantes acreditados de los pueblos ashéninka, isconahua, shipibo-conibo, matsés y huambisa; asimismo, con intérpretes de las lenguas matsés y shipibo-conibo. Durante estos talleres se contó con la asistencia técnica del VMI.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), los pueblos indígenas realizaron seis asambleas, una por cada comunidad nativa involucrada con la medida, entre los días 10 y 24 de enero de 2014.

La etapa 6 (diálogo) se realizó los días 30 y 31 de enero de 2014 en Pucallpa; en esta reunión entre el SERNANP y las comunidades nativas se contó con la presencia del Ministerio de Cultura, cuya función fue de facilitador durante las reuniones, exponiendo el contenido y la finalidad de las sesiones de diálogo.

En la etapa 7 (decisión), el 9 de noviembre de 2015 se publicó el Decreto Supremo N° 014-2015-MINAM, que aprueba la categorización de la ZRSD como Parque Nacional.

11.23. CONSULTA PREVIA DEL DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA LA POLÍTICA SECTORIAL DE SALUD INTERCULTURAL

En el proceso de consulta previa de la Política Sectorial de Salud Intercultural, se considera su ámbito de implementación nacional, ya que es una política que involucra a todos los ciudadanos de nuestro país. En dicho proceso, la entidad promotora de la medida es el Ministerio de Salud, a través del Centro Nacional de Salud Intercultural (CENSI).

En la etapa 1 (identificación de la medida), mediante la Resolución Directoral N.° 002-2013-CENSI del 25 de abril de 2013, la entidad promotora identificó que la medida denominada Política Sectorial de Salud Intercultural sería susceptible de afectar los derechos colectivos a la salud, previstos en el Convenio 169 de la OIT, de todos los pueblos indígenas establecidos en nuestro país.

Respecto a la etapa 2 (identificación de pueblos indígenas u originarios), mediante la Resolución Directoral N.° 02-DG-CENSI del 25 de abril de 2013, la entidad promotora identificó como sujetos del derecho a la consulta previa al conjunto de los pueblos indígenas que habitan en nuestro país. Estos participarán en el proceso de consulta previa a través de las siguientes organizaciones representativas de carácter nacional: la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP), la Confederación Campesina del Perú (CCP), la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), la Confederación Nacional Agraria (CNA), la Confederación de Comunidades del Perú afectadas por la Minería (CONACAMI), la Confederación Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP) y la Unión Nacional de Comunidades Aymaras (UNCA).

Respecto a la etapa 3 (reunión preparatoria y publicidad), el 14 de noviembre de 2013 se realizó la entrega del plan de consulta y la propuesta de medida a los representantes de las organizaciones de los pueblos indígenas y, al día siguiente, dichos documentos se publicaron en la página web del CENSI.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Respecto a la etapa 4 (información), la entidad promotora, cumpliendo con lo acordado en el plan de consulta, apoyó logísticamente la participación de los delegados de las organizaciones representativas en cuatro talleres macro regionales, realizadas en Cusco, Amazonas–Bagua, Satipo, Ucayali y Lima.

Respecto a la etapa 5 (evaluación interna), la entidad promotora dispuso el plazo de un mes, cuya prorroga sería acordada con las organizaciones indígenas.

Respecto a la etapa 6 (diálogo), los días 10, 11 y 12 de septiembre de 2014 se llevó a cabo el diálogo entre la entidad promotora y los representantes de los pueblos indígenas a nivel nacional. Esta etapa culminó con la firma del acta de consulta previa, dejando constancia de los acuerdos, desacuerdos y ocurrencias durante los días de la etapa de diálogo.

En la etapa 7 (decisión), el 1 de abril de 2016 se publicó el Decreto Supremo N° 016-2016-SA que aprueba la Política Sectorial de Salud Intercultural. Esta norma crea una Comisión Multisectorial de carácter permanente encargada del seguimiento e implementación de la referida política, así como de la elaboración del Plan Sectorial de Salud Intercultural 2016-2021; esta comisión puede convocar, en calidad de invitados para colaborar, a los representantes de las organizaciones indígenas u originarias que participaron en el proceso de consulta previa.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

CONCLUSIONES

1. Antes de ejecutar actividades de desarrollo -exploración y explotación de recursos naturales- en las tierras de los Pueblos indígenas y tribales –en general, antes de aprobar medidas legislativas o administrativas-, el Gobierno deberá consultarles, a fin de determinar si sus intereses serían perjudicados directamente, y en qué medida (Artículo 15, numeral 2, del Convenio 169 y su Artículo 6, numeral 1). Antes de aprobar la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de los recursos naturales en los ámbitos geográficos donde están los Pueblos, el Estado deberá consultarles si sus derechos colectivos podrían ser afectados directamente (Artículo 6º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC y Artículo 5 de la Ley N° 29785). Lo que pretende el Convenio 169, respecto a la consulta previa, es institucionalizar el diálogo intercultural (STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). A través del diálogo intercultural, el derecho a la consulta previa permite que los Pueblos sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos colectivos (STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC).
2. La consulta al Pueblo tiene la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (Artículo 6, numeral 2, del Convenio 169). La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los Pueblos respecto a la medida que afecte directamente sus derechos colectivos, a través de un diálogo intercultural (Artículo 3 de la Ley N° 29785). Si no se alcanza la finalidad de la consulta -no hay acuerdo o consentimiento-, el derecho a la consulta no será afectado [Artículo 5º, literal d), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. Un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado (STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). La consulta al Pueblo tiene la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas (STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC). En los siguientes procesos de consulta el Estado no alcanzó un acuerdo con el Pueblo y, por tanto, fue inadecuada la aplicación del marco normativo y no fue tomada en cuenta la jurisprudencia del TC: proyectos Corcapunta (no se alcanzó un acuerdo con la comunidad campesina de Llacllin), Apumayo I (no se alcanzó un acuerdo con las comunidades campesinas de Chaviña y Para) y Apumayo II (no se alcanzó un acuerdo con la comunidad campesina de Para).
3. No forma parte del contenido del derecho a la consulta el veto a la medida o la negativa de los Pueblos a realizar el proceso de consulta; es decir, la obligación del Estado de consultar a los Pueblos no les otorga la capacidad de impedir que las medidas legislativas o administrativas se lleven a cabo, por el hecho de no estar de acuerdo con tales medidas; pero si el Pueblo rechaza la medida propuesta, esta no podrá ser implementada, sino hasta después de realizar un segundo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

proceso de consulta (STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). Si no se alcanza un acuerdo, las entidades estatales adoptarán todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los Pueblos (Artículo 15 de la Ley N° 29785). Si bien los Pueblos no pueden vetar la ejecución de las medidas consultadas, los acuerdos deben ser respetados, conforme con el principio de buena fe; de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta (STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). El acuerdo entre el Estado y los Pueblos, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes y exigible en sede administrativa y judicial (Artículo 15 de la Ley N° 29785).

4. El proceso de consulta tiene, al menos, las siguientes etapas: 1) Identificación de la medida legislativa o administrativa objeto de consulta; 2) Identificación de los Pueblos a ser consultados sobre la medida que les afecte directamente; 3) Publicidad de la medida; 4) Información sobre la medida; 5) Evaluación interna sobre la medida en las instituciones y organizaciones de los Pueblos; 6) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los Pueblos; 7) Decisión (Artículo 8 de la Ley N° 29785). En caso no se consideren los principios que conforman el derecho a la consulta previa -sus características esenciales-, las medidas consultadas podrían ser materia de cuestionamientos y la afectación del derecho de consulta será de tipo arbitraria e inconstitucional; en particular, el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta (STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). Ante el incumplimiento del principio de buena fe, la entidad promotora pondrá fin a la etapa de diálogo y se pasará a la etapa de decisión (Artículo 21º, numeral 21.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). Dicha decisión debe estar debidamente motivada (Artículo 15 de la Ley N° 29785).
5. El Convenio 169 se aplica a los pueblos tribales -sus condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la población nacional, y están regidos por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial-; asimismo, se aplica a los pueblos indígenas -descendientes de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas- (Artículo 1, numeral 1, del Convenio 169). Pueblo tribal es aquel que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam). Para identificar a los pueblos indígenas se consideran otros criterios objetivos [Artículo 7 de la Ley N° 29785 y Artículo 3º, literal k), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC], además de los mencionados en el Convenio 169. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental, para determinar la aplicación del Convenio 169 (Artículo 1, numeral 2, del Convenio 169). Para identificar a los pueblos indígenas se considera este criterio subjetivo (Artículo 7 de la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Ley N° 29785), mencionado en el Convenio 169 -respecto a la conciencia de identidad indígena: que "se auto reconozca como tal"-. Las comunidades campesinas (andinas) y las comunidades nativas (amazónicas) pueden ser identificadas también como Pueblos, o parte de ellos, conforme a los criterios señalados [Artículo 7 de la Ley N° 29785 y Artículo 3º, literal k), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC].

6. El proceso de consulta debe realizarse a través de los representantes de las organizaciones representativas de los Pueblos directamente afectados [Artículo 5º, literal c), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC]. Estas organizaciones -o instituciones representativas, según el Artículo 6, numeral 1, del Convenio 169- serán identificadas, por la entidad promotora, mediante la Base de Datos Oficial (Artículo 8º, numeral 8.1, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). Estas organizaciones o instituciones representativas serán elegidas conforme a los usos y costumbres tradicionales de los Pueblos (Artículo 6 de la Ley N° 29785). Empero, la falta de organizaciones representativas o representantes de los Pueblos no es obstáculo para la realización del proceso de consulta (Artículo 10º, numeral 10.3, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). Después de recibido el plan de consulta, los Pueblos deben designar a sus representantes, dentro del plazo de la etapa de información; si en este plazo no acreditan sus representantes, se presumirá que las personas registradas en la Base de Datos Oficial son los representantes (Artículo 10º, numeral 10.4, del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). Las organizaciones representativas de los Pueblos pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente; agotada la vía administrativa, pueden acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes (Artículo 9 de la Ley N° 29785).
7. El Estado debe garantizar el reconocimiento de la personalidad jurídica de los Pueblos, a través de consultas, con el fin de asegurarles el uso y goce de su territorio, de conformidad con sus sistemas de propiedad comunal (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam). El Gobierno deberá reconocer a los Pueblos el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y, en determinados casos, el derecho de usar tierras que no estén ocupadas por estos, pero a las que hayan accedido para desarrollar sus actividades (Artículo 14, numeral 1, del Convenio 169). Los Pueblos, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; así, la posesión tradicional debería ser suficiente para que los Pueblos obtengan el título de propiedad de la tierra y su consiguiente registro (Sentencia de la Corte IDH: caso de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua). El Estado debe aprobar medidas legislativas, a través de consultas, con el fin de hacer efectivo el derecho de los Pueblos a ser titulares de derechos colectivos sobre su territorio tradicional, incluidas las tierras y los recursos naturales (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam). Solo el reconocimiento jurídico de las tierras, territorios o

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

recursos de los Pueblos carece de sentido, si no se ha delimitado la propiedad comunal y no se ha entregado las tierras a los Pueblos (Sentencias de la Corte IDH: casos de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay y de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay). Esta demarcación, delimitación y otorgamiento del título colectivo del territorio –conforme con el derecho consuetudinario- será producto de consultas realizadas con determinado Pueblo y con los Pueblos vecinos; hasta que esas acciones no se realicen, el Estado debe abstenerse de otorgar concesiones que afecten al Pueblo, salvo que obtenga su consentimiento previo (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam).

8. El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución a la propiedad comunal; asimismo, tiene la obligación de proteger el derecho de los Pueblos a la tierra, de acuerdo con el Convenio 169 (Sétima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC). El concepto de tierra se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, pero la dimensión política de autogobierno y autonomía del término territorio se ajusta a la realidad de los Pueblos (STC en el Exp. N.° 01126-2011-HC/TC). El Estado debe limitar los territorios tradicionales a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los Pueblos, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios tradicionales (STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). El Pueblo tiene el legítimo derecho de hacer uso de su derecho a la propiedad y determinar quiénes pueden ingresar a su propiedad, y quiénes no (STC en el Exp. N.° 01126-2011-HC/TC). En los siguientes procesos de consulta se acordó solucionar la problemática territorial del Pueblo y, por tanto, fue adecuada la aplicación del marco normativo y fue tomada en cuenta las jurisprudencias del TC y de la Corte IDH: proyectos Guadalupe, Lote 192 y Lote 175.
9. El Gobierno debe establecer procesos para solucionar las reivindicaciones de tierras solicitadas por los Pueblos (Artículo 14, numeral 3, del Convenio 169). Para determinar la existencia de la relación de los Pueblos con sus tierras tradicionales, se considera que esta relación puede expresarse de distintas maneras y que dicha relación debe ser posible; de modo que, si no se considera esta relación, el derecho de reivindicación carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales (Sentencia de la Corte IDH: caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay). Mientras exista la mencionada relación, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá; así, la posesión –perdida por causas ajenas a la voluntad del Pueblo- no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras tradicionales, y alternativamente pueden obtener otras tierras de igual extensión y calidad en caso no sea posible la reivindicación, las mismas que serán escogidas de manera consensuada con los Pueblos (Sentencia de la Corte IDH: caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay). El Tribunal Constitucional valora la relación especial

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de los Pueblos con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos colectivos (STC en el Exp. N.° 00024-2009-PI). Entre las costumbres de los Pueblos, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio (STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC).

10. Los Pueblos tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras (Artículo 15, numeral 1, del Convenio 169). El derecho de los Pueblos a usar y gozar su territorio carecería de sentido, si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en su territorio (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador). Los Pueblos tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado -y gozado- tradicionalmente en su territorio –como necesarios para su supervivencia-, por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam).
11. Los resultados de los Estudios de Impacto Ambiental, en cooperación con los Pueblos, deberán ser considerados por el Gobierno como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades de desarrollo en sus tierras tradicionales (Artículo 7, numeral 3, del Convenio 169). Antes de otorgar concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional de los Pueblos, el Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam), y con la participación activa de los Pueblos (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador). El Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del Pueblo en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales (Sentencia de la Corte IDH: caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay).
12. Solo las últimas fases de la exploración comprometen nítidamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente (STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC). La consulta será más intensa en la explotación que en la exploración de los recursos naturales, entonces la explotación requiere mayor participación de los Pueblos directamente afectados; pero no solo serán consultados aquellos Pueblos en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades de explotación de recursos naturales, sino también los Pueblos que sean susceptibles de ser afectados (STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC). El Estado tiene el deber de consultar al Pueblo sobre los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio tradicional, con el fin de llegar a un acuerdo; pero cuando se trate de planes de desarrollo o inversión que tendrían un mayor impacto dentro del territorio tradicional, el Estado deberá obtener el consentimiento previo del Pueblo (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Surinam). En los siguientes procesos de consulta hubo mayor participación de los Pueblos, teniendo en cuenta las jurisprudencias del TC y de la Corte IDH: proyectos Guadalupe, La Merced, Hidrovía Amazónica, Lote 192, Lote 195, Lote 164, Lote 189, Lote 175 y Lote 169. En cambio, en los siguientes procesos de consulta hubo menor participación de los Pueblos (no hubo diálogo porque el Pueblo estuvo de acuerdo con la medida consultada): proyectos Pantería, Puquiopata, Apumayo II (solo estuvo de acuerdo la comunidad campesina de Sancos), Misha, Toropunto y Aurora.

13. Siempre que sea posible, los Pueblos deberán participar en los beneficios que reporten las actividades de desarrollo en sus tierras -en su ámbito geográfico, según la Décima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC-; y deberán percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (Artículo 15, numeral 2, del Convenio 169). Los Pueblos tienen el derecho de participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación -otorgamiento de concesiones- del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia; como una forma de indemnización justa y razonable (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam). Los Pueblos deben participar en las rentas que puedan generar la extracción de recursos naturales que se encuentran dentro de sus territorios (STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC). En los siguientes procesos de consulta sí se acordó –o negoció- que los Pueblos participaran en dichos beneficios –incluida la contratación de mano de obra de miembros del Pueblo- y, por tanto, fue adecuada la aplicación del marco normativo y fue tomada en cuenta las jurisprudencias del TC y de la Corte IDH: proyectos Corcapunta, La Merced, Misha, Hidrovía Amazónica, Lote 192, Lote 195, Lote 164, Lote 189, Lote 175 y Lote 169.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

RECOMENDACIONES

1. Al Congreso de la República: Derogar el Artículo 5º, literal d), del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que establece que no se afecta el derecho a la consulta si no hay acuerdo con el Pueblo, o este no da su consentimiento; toda vez que esta disposición contraviene el Artículo 6, numeral 2, del Convenio 169, el Artículo 3 de la Ley N° 29785, y existen argumentos a favor de esta derogatoria en la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC y en la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC. Esta derogatoria no implicará que los Pueblos tengan derecho de veto, conforme con los fundamentos de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC. Mediante esta recomendación derogatoria se espera superar una deficiencia en el marco normativo de la consulta previa.
2. Al Congreso de la República: Legislar sobre los pueblos tribales –modificando la Ley N° 29785 y el Decreto Supremo N° 001-2012-MC-; toda vez que el Convenio 169 se aplica no solo a los pueblos indígenas, sino también a los pueblos tribales (Artículo 1, numerales 1 y 2, del Convenio 169), y la legislación nacional de consulta previa solo considera a los pueblos indígenas. Incluso hay jurisprudencia de la Corte IDH que se ha pronunciado respecto al derecho a la consulta de los pueblos tribales (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam). Mediante esta recomendación legislativa se espera superar un vacío en el marco normativo de la consulta previa.
3. Al Congreso de la República: Previa consulta, legislar sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de los Pueblos, y su derecho de propiedad comunal respecto a la tierra y sus recursos naturales –modificando la Ley N° 29785 y el Decreto Supremo N° 001-2012-MC-; de conformidad con los Artículos 14, numeral 1, y 15, numeral 1, del Convenio 169, la Sétima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, así como la jurisprudencia nacional (STC en el Exp. N.° 01126-2011-HC/TC y en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC) e internacional (Sentencias de la Corte IDH: casos del Pueblo Saramaka vs. Surinam, de la Comunidad Awas Tingni vs. Nicaragua, de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay y del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador). Mediante esta recomendación legislativa se espera superar un vacío en el marco normativo de la consulta previa.
4. Al Congreso de la República: Previa consulta, legislar sobre el derecho de reivindicación de los Pueblos, incluso con la alternativa de obtener otras tierras de igual extensión y calidad –modificando la Ley N° 29785 y el Decreto Supremo N° 001-2012-MC-; de conformidad con el Artículo 14, numeral 3, del Convenio 169, así como la jurisprudencia nacional (STC en el Exp. N.° 00024-2009-PI y en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC) e internacional (Sentencias de la Corte IDH: casos del Pueblo Saramaka vs. Surinam, de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay). Mediante esta recomendación legislativa se espera superar un vacío en el marco normativo de la consulta previa.

5. Al Congreso de la República: Previa consulta, legislar sobre el consentimiento previo de los Pueblos, en los casos en que no es suficiente la consulta con el fin de alcanzar un acuerdo –modificando la Ley N° 29785 y el Decreto Supremo N° 001-2012-MC-; de conformidad con el Artículo 16, numeral 2, del Convenio 169, la Sétima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, así como la jurisprudencia nacional (STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC) e internacional (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam). Mediante esta recomendación legislativa se espera superar un vacío en el marco normativo de la consulta previa.
6. Al Congreso de la República: Previa consulta, legislar sobre la indemnización justa y razonable que deberán percibir los Pueblos por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las actividades de desarrollo en sus tierras –modificando la Ley N° 29785 y el Decreto Supremo N° 001-2012-MC-; de conformidad con el Artículo 15, numeral 2, del Convenio 169, así como la jurisprudencia internacional (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam). Mediante esta recomendación legislativa se espera superar un vacío en el marco normativo de la consulta previa.
7. Al Poder Ejecutivo (en particular, el VMI): Considerar la importancia del diálogo intercultural en el proceso de consulta, pues permite que los Pueblos sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos colectivos; de conformidad con la STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC.
8. Al Poder Ejecutivo (en particular, el VMI): Si bien los Pueblos no tienen derecho de veto, es necesario un segundo proceso de consulta en caso se rechace la medida consultada; considerando los fundamentos de la STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC. Si en el segundo proceso de consulta no se alcanza un acuerdo, sería aplicable el Artículo 15 de la Ley N° 29785.
9. Al Poder Ejecutivo (en particular, el VMI): Considerar que deben realizarse Estudios de Impacto Ambiental y Social, en cooperación con los Pueblos, antes que se otorguen concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro de su territorio tradicional; de conformidad con el Artículo 7, numeral 3, del Convenio 169, así como la jurisprudencia nacional (STC en el Exp. N.° 0022-2009-PI/TC y el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC) e internacional (Sentencias de la Corte IDH: casos del Pueblo Saramaka vs. Surinam, del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador y de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay).
10. Al Poder Ejecutivo (en particular, el VMI): Considerar que, siempre que sea posible, los Pueblos deberán participar en los beneficios que reporten las actividades de desarrollo en sus tierras; de conformidad con el Artículo 15, numeral 2, del Convenio 169, la Décima Disposición

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, así como la jurisprudencia nacional (STC en el Exp. N.° 03343-2007-PA/TC) e internacional (Sentencia de la Corte IDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

BIBLIOGRAFÍA

ANGLES YANQUI, G. H. (2014). *Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

BAZÁN SEMINARIO, C. H. (2011). *"Analizando el marco normativo aplicable a la Consulta Previa", Advocatus* (Vols. 25, 394,397). Lima.

BLANCO VIZARRETA, C. (2013). *El proyecto Conga desde los estándares del Sistema Ineramericano de Derechos Humanos.* Lima: pONTIFICIA uNIVERSIAD cATÓLICA DEL pERÚ.

CASAFRANCA VALENCIA, H. B. (2011). *COnsulta previa: Derecho FUndamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estataql para el fortalecimiento de la democaci.* Lima: Congreso de la República.

CHIRIF. (2011). *La consulta previa un derecho por construir.* Lima: Iquitos.

CHIRIF, A. (2011). *La consulta previa, un derecho por construir.* Lima: Congreso de la República.

CHUQUIRUNA NOVOA, L. D. (2014). *La ley de consulta previa N° 29785 y el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.* Trujillo: Universidad Antenor Orrego.

CORONADO CHUECAS, H. (2012). *La importancia del aspecto sustantivo del Derecho a la Consulta .* Lima.

CORONADO CHUECAS, H. (2013). *La importancia del aspecto sustantivo del Derecho a la Consulta.* Lima.

GAMBOA BALBÍN, C. (2012). *Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada: ¿Cambios Legales, Cambios reales?* Lima.

JAHNCKE BENAVENTE, J. y. (2010). *Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas.* Lima: Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

LA ROSA AIRALDI, L. A. (2011). *Los "Principios de Ecuador" y algunas apreciaciones sobre la implementación del concepto de "desarrollo sostenible" en la actividad minera en el Perú.* Lima: Advocatus.

MAYEN, G. E. (2014). *El derecho a la consulta previa, libree informada: Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú.* Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental y sociación de Investigación y Estudios Sociales.

OXFAM, D. P. (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.* Lima: Gama Gráfica.

RUIZ MOLLEDA, J. C. (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento,.* Lima: Instituto de Defensa Legal.

SCHILLING-VACAFLOR, A. y. (2013). *El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina.* Alemania: GIZ, Bonn y Eschborn.

SCURRAH, M. y. (2012). *"La participación ciudadana y la consulta previa a los pueblos indígenas: Políticas Públicas para un nuevo rol de la minería y los hidrocarburos en el Perú".* Lima.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ANEXOS

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

PROYECTO DE TESIS:

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSULTA PREVIA Y SU APLICACIÓN EN EL PERÚ (2011-2016)

ALUMNA:

Cynthia Kelly Rivera Orihuela

Arequipa - Perú

2016

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ÍNDICE

Preámbulo 3
1. Planteamiento del problema 4
2. Justificación 4
3. Conceptos básicos extraídos del planteamiento del problema 6
3.1. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 6
3.2. Ley N° 29785 (Ley de consulta previa) 11
4. Interrogantes y objetivos 12
5. Antecedentes investigativos 15
6. Hipótesis 19
7. Esquema del contenido del informe 20
8. Marco operativo 23
8.1. Fuentes de consulta primaria y secundaria 23
8.2. Estrategia metodológica 24
9. Cronograma 25
10. Bibliografía 26
Anexo 30

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema jurídico es el siguiente: “Existen dificultades en cuanto a la aplicación de la consulta previa en el Perú”. Es un problema jurídico porque es posible verificar vacíos y/o deficiencias en la legislación sobre la materia, lo que dificulta la aplicación de la consulta previa en el Perú.

Asimismo, es un problema jurídico porque es posible verificar vacíos y/o deficiencias en la legislación sobre la materia, lo que dificulta la aplicación de la consulta previa. Por tanto, se cuestiona la aplicación de la consulta previa en el Perú, posiblemente causada por los vacíos y/o deficiencias en la legislación sobre la materia.

2. JUSTIFICACIÓN

Relevancia jurídica

No existe sociedad sin derecho y normas, y de existir una sociedad así, se tendría por seguro que esta no gozaría siquiera de un futuro inmediato. El derecho es orgánico y ordenado, da soluciones y respuestas a los problemas de la sociedad, nos encontramos ante un problema que se cree necesita solución. Mediante el trabajo de investigación se podrá dar respuesta a las interrogantes planteadas en el arte jurídico, constituyéndose así como un aporte y suma al conocimiento en materia del Derecho ambiental – constitucional, en particular.

El problema jurídico es importante para el Derecho, porque al encontrar vacíos y/o deficiencias en la legislación sobre la consulta previa (lo que dificulta su aplicación), se podrá proponer modificatorias normativas, de modo que subsanando dichos vacíos y/o deficiencias se coadyuvará a la aplicación de la consulta previa en el Perú.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Relevancia científica

Si bien la investigación se realizará en el campo del Derecho y la tesis estará dirigida a la comunidad jurídica, se utilizará un lenguaje de fácil comprensión para cualquier persona interesada en el tema de estudio, como una forma de coadyuvar con la sociedad en su conjunto a formar ideas y convicciones con bases sólidas en el Derecho, respecto a la problemática descrita. Se pretende que esta investigación, de ser posible, sea de fácil acceso a todo público interesado en el tema de estudio.

Relevancia humana

La investigación pretende contribuir con el bienestar de la sociedad peruana, ya que, de emitirse alguna regulación sobre el tema de estudio, sería aplicable en nuestro país, para resolver específicamente la problemática en torno a la aplicación de la consulta previa.

Relevancia contemporánea

La investigación abordará un problema de discusión actual y latente en la sociedad peruana, existiendo de esta manera la necesidad de realizar una investigación jurídica sobre la materia; por tanto, nos encontramos en un momento adecuado para indagar y analizar a profundidad el problema planteado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3. CONCEPTOS BÁSICOS EXTRAÍDOS DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

3.1. CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

A continuación se hará un breve estudio de algunas normas del Convenio 169 de la OIT. El estudio completo está previsto en el desarrollo de la tesis.

El Artículo 1, numeral 1, del Convenio 169 de la OIT establece que este convenio se aplica: "a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas".

El Convenio 169 de la OIT "es un tratado internacional vinculante, que, una vez ratificado, se incorpora al derecho interno. Su violación compromete la responsabilidad internacional del Estado que ratifica. Al ser un tratado de derechos humanos, se le reconoce un valor constitucional en muchos países de Latinoamérica, por lo que sus disposiciones son exigibles ante los tribunales nacionales"[24].

«Habrá que interpretar que cuando se hace referencia al carácter vinculante del Convenio, también se hace tácitamente referencia a la interpretación de este Convenio por el TC y la Corte IDH, en la medida en que la interpretación de estos tribunales se "adhiere" a las disposiciones del mencionado instrumento de protección de los derechos de los pueblos indígenas»[25]. "El problema con las sentencias [del Tribunal Constitucional] es que por un lado desarrollan importantes conceptos, y de otro lado, al momento de resolver el caso concreto, desprotegen a los pueblos indígenas. En ese sentido, no deberán ser recogidas aquellas sentencias que son incompatibles con el Convenio 169 de la OIT y con el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH"[26].

---

[24] JAHNCKE BENAVENTE, Javier y MEZA, Rocio, *Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas*, CIDSE Secretariat, RED MUQUI - Red de propuesta y acción - Perú y FEDEPAZ - Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz, Lima, 2010, p. 52.

[25] RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2012, p. 76.

[26] Idem, p. 77.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad" (Artículo 2, numeral 1, del Convenio 169 de la OIT).

"Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados" (Artículo 4, numeral 1, del Convenio 169 de la OIT). Estas medidas especiales "no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados" (Artículo 4, numeral 1, del Convenio 169 de la OIT).

Al aplicar las disposiciones de dicho Convenio, 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" (Artículo 6, numeral 1 y literal a, del Convenio 169 de la OIT). Estas 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" (Artículo 6, numeral 2, del Convenio 169 de la OIT).

"No se trata solamente de la afectación de las tierras o territorios de los pueblos indígenas. El ámbito [de la consulta] se extiende a medidas vinculadas a todos los derechos colectivos de tales pueblos"[27].

"De lo que se trata es de aplicar el principio de buena fe en todo proceso de consulta, lo que implica un diálogo permanente en el que todas las partes involucradas estén dispuestas a escuchar y a ceder en sus posiciones mientras defienden sus legítimos intereses, y en el que los acuerdos alcanzados vinculen a las partes"[28]. "La buena fe en el proceso de consulta es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de sus líderes o mediante el establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales"[29].

[27] MAYÉN, Guisela, ERAZO, Daniela y LANEGRA, Ivan, *El Derecho a la consulta previa, libre e informada: Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú*, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental y Asociación de Investigación y Estudios Sociales, Lima, 2014, p. 19.
[28] DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF) y OXFAM, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Gama Gráfica, Lima, 2011, p. 21.
[29] MAYÉN et. al., op. cit., p. 22.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"Para la aplicación de la consulta, se debe considerar que si bien esta puede otorgar legitimidad y apoyo social al desarrollo del proyecto, también puede dar pautas claras para su no realización. Por ello, la lógica de la consulta ciudadana debe llevar hacia un enfoque de desarrollo local y regional, que busque alternativas que no polaricen y permitan consolidar al tejido social"[30].

"La consulta es un proceso de diálogo entre el Estado -a través de sus entidades- y los pueblos indígenas –a través de sus instituciones representativas- que tiene por finalidad alcanzar un acuerdo o consentimiento. No se trata de un simple proceso de información, ni tampoco constituye un procedimiento electoral"[31]. "En la mayoría de los Estados [latinoamericanos], la consulta previa o bien no se llevó a cabo, o los procesos implementados se limitaron a meros eventos informativos superficiales"[32].

"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 pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas" (Artículo 7, numeral 3, del Convenio 169 de la OIT). "Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan" (Artículo 7, numeral 4, del Convenio 169 de la OIT).

"Es importante destacar que aunque el derecho a la consulta tiene profunda relación con el derecho de acceder a la información sobre los proyectos y planes que afectan los territorios indígenas y el consiguiente deber del Estado de suministrar esa información, el mero suministro de datos o información sobre un proyecto determinado no garantiza el derecho a la consulta ni puede ser identificado como consulta"[33].

Al aplicar las disposiciones de dicho Convenio, los gobiernos deberán "respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación" (Artículo 13, numeral 1, del Convenio 169 de la OIT).

Si el Estado tiene la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tiene derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, "los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con

[30] JAHNCKE y MEZA, op. cit., p. 48.
[31] MAYÉN et. al., op. cit., p. 20.
[32] SCHILLING-VACAFLOR, Almud y FLEMMER, Riccarda, *El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina*, GIZ, Bonn y Eschborn (Alemania), 2013, p. 32.
[33] DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF) y OXFAM, op. cit., p. 21.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades" (Artículo 15, numeral 2, del Convenio 169 de la OIT).

Como se ha establecido, los pueblos indígenas deben ser consultados "antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras". De este modo, "el momento de la consulta debe realizarse incluso antes de iniciar algún proceso de exploración que pudiera afectar directamente a los pueblos indígenas"[34]. Los pueblos indígenas "deberán ser informados y consultados, y deberán participar desde el inicio mismo de una intervención planeada, incluso antes de que se otorguen concesiones o licencias a los operadores"[35].

"La tensión entre el derecho a la propiedad sobre los territorios indígenas y la exploración y explotación por terceros de los recursos que se encuentran en estos territorios se ve exacerbada por los intereses económicos en juego y porque el Estado primero protege sus derechos sobre los recursos del subsuelo y posteriormente los derechos de pueblos indígenas sobre los recursos naturales que están en el mismo territorio"[36]. "Descubrir que las tierras indígenas o tribales son más ricas de lo que se conocía se transforma en una invaluable oportunidad para que los Estados paguen su deuda histórica con los pueblos indígenas y tribales permitiéndoles desarrollarse y progresar según su propia visión del mundo y del desarrollo y el progreso"[37].

"Los conflictos ligados a la minería se han incrementado drásticamente y se ha generado, en muchos casos, la polarización de los actores involucrados: Estado, empresas, comunidades locales y organizaciones de la sociedad civil. Una característica central de buena parte de estos conflictos es la inexistencia de canales formales de comunicación por medio de los cuales los pueblos indígenas y la población local puedan expresar sus puntos de vista e influir en la toma de decisiones sobre proyectos mineros"[38].

[34] MAYÉN et. al., op. cit., p. 28.
[35] Idem, p. 29.
[36] DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF) y OXFAM, op. cit., p. 17.
[37] Idem, p. 18.
[38] JAHNCKE y MEZA, op. cit., p. 43.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"Las experiencias, hasta ahora negativas, de numerosos grupos poblacionales indígenas con la consulta previa podrían generar un rechazo generalizado a estos procesos. Se desperdiciaría entonces la oportunidad de utilizar dichos procesos como instrumentos para la resolución pacífica de conflictos"[39]. «En este contexto, un primer paso importante sería que los Estados estén dispuestos no solo a "consultar" pro forma a los grupos afectados, sino también a permitirles efectivamente tomar parte en la decisión»[40].

"La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país" (Artículo 34 del Convenio 169 de la OIT).

3.2. LEY N° 29785 (LEY DE CONSULTA PREVIA)

A continuación se hará un breve estudio de algunas normas de la Ley N° 29785. El estudio completo está previsto en el desarrollo de la tesis.

Esta Ley "desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253" (Artículo 1 de la Ley N° 29785).

El Estado peruano informó a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) que el Convenio 169 "se aplica a las denominadas comunidades campesinas y a las comunidades nativas, así como a los indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial y a quienes se autoidentifican como descendientes de las culturas ancestrales asentadas en las zonas de costa, sierra y selva peruana"[41].

"Aunque en el Perú el Convenio Nº 169 de la OIT se encuentra vigente desde 1995 y existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido del derecho a la consulta previa así como iniciativas legislativas y recomendaciones e informes de institucionales estatales y no gubernamentales, los avances

[39] SCHILLING-VACAFLOR y FLEMMER, op. cit., p. 37.
[40] Ibidem.
[41] DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF) y OXFAM, op. cit., p. 76.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

concretos para adecuar la realidad y la normativa interna a los estándares internacionales han sido mínimos"[42].

Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho "a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta (…) es implementada de forma obligatoria solo por el Estado" (Artículo 2 de la Ley N° 29785).

"La entidad responsable de ejecutar la consulta no dará curso a su iniciativa legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, sin agotar el procedimiento adecuado que busque lograr el consentimiento o llegar a acuerdos con los representantes de los pueblos indígenas"[43]. "Los actos administrativos y legislativos que afectando de manera directa a un pueblo indígena se implementen sin el procedimiento adecuado de consulta, tienen un vicio de nulidad, debiendo ser suspendidos en sus efectos hasta que ese proceso se lleve a efecto"[44].

"En los casos referidos al manejo público de la actividad minera (otorgamiento de permisos, regulación y fiscalización), la toma de decisiones es competencia del Estado, por cuanto supone el manejo de bienes e intereses públicos, y, por ello, la aplicación de la consulta ciudadana es su responsabilidad también en sus diferentes ámbitos territoriales"[45].

"La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos" (Artículo 3 de la Ley N° 29785).

"Durante los últimos años, en el Perú se ha venido promoviendo la inversión privada para el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales en zonas andinas y amazónicas donde habitan los pueblos indígenas, sin consultar previamente con las comunidades afectadas"[46].

[42] Idem, p. 74.
[43] RUIZ, op. cit., p. 86.
[44] Ibidem.
[45] JAHNCKE y MEZA, op. cit., p. 48.
[46] DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF) y OXFAM, op. cit., p. 74.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"La consulta debe entenderse no solo como un acto único que se agota en un acto electoral, sino como un proceso que se construye en el tiempo. La idea es que el mecanismo propicie una solución pacífica y definitiva al eventual conflicto"[47].

"Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales" (Artículo 6 de la Ley N° 29785).

"La población indígena del Perú, conocida como comunidades campesinas, comunidades nativas y pueblos indígenas aislados, se encuentra en situación de pobreza y analfabetismo y tiene necesidades básicas insatisfechas, lo que se suma a la falta de reconocimiento legal y demarcación de muchos de sus territorios"[48].

"Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley" (Artículo 17 de la Ley N° 29785). "Para efectos de la presente Ley, se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo" (Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785).

Teniendo en cuenta que, además del gobierno central, los gobiernos regionales y locales deben también realizar procesos de consulta, estos gobiernos que "cuenten con presencia de pueblos y comunidades indígenas en su ámbito territorial, en consulta y con participación plena de las organizaciones indígenas de su jurisdicción, deberán elaborar una ordenanza en la que se establezca las pautas y mecanismos de consulta"[49].

La implementación de la consulta previa "requiere de una institución centralizada, un cuerpo técnico especializado en pueblos indígenas, y transversal respecto de todo el Estado. Su aplicación debe ser incorporada en todas las políticas sectoriales"[50].

4. INTERROGANTES Y OBJETIVOS

[47] JAHNCKE y MEZA, op. cit., pp. 48 y 49.
[48] DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF) y OXFAM, op. cit., p. 74.
[49] RUIZ, op. cit., p. 213.
[50] JAHNCKE y MEZA, op. cit., p. 137.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Objetivo general

Verificar la implementación de la consulta previa en el Perú.

Objetivos específicos

1. Explicar la consulta previa (naturaleza y objetivos) desde la legislación, doctrina y jurisprudencia.

2. Determinar los vacíos o deficiencias en el marco normativo de la consulta previa en el Perú.

3. Comprobar los aportes de la jurisprudencia de la Corte IDH en la aplicación de la consulta previa en el Perú.

4. Determinar los aportes de la jurisprudencia del TC en la aplicación de la consulta previa en el Perú.

Interrogante general

¿Cómo se está aplicando la consulta previa en el Perú?

Interrogantes específicas

1. ¿Qué es la consulta previa (para la legislación, doctrina y jurisprudencia)?

2. ¿Existen vacíos o deficiencias en el marco normativo de la consulta previa en el Perú?

3. ¿La jurisprudencia de la Corte IDH ha coadyuvado en la aplicación de la consulta previa en el Perú?

4. ¿La jurisprudencia del TC ha coadyuvado en la aplicación de la consulta previa en el Perú?

5. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Entre las tesis relevantes para nuestra investigación, cabe señalar las siguientes:

- La tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, sustentada por Gerard Henry Angles Yanqui, “Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio", Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014. Estas son algunas de sus conclusiones: i) "A febrero de 2014, el Estado peruano no posee un listado adecuado de identificación de pueblos indígenas [en el 2013 las autoridades peruanas identificaron a 52 pueblos indígenas y solo se posee 20 mapas geográficos de dichas poblaciones]. Al no saber quiénes conforman los pueblos indígenas, se hace imposible implementar el proceso de consulta previa. Y por este motivo que los pueblos no identificados son pasibles de vulneración a sus derechos constitucionales" (p. 143); ii) "El segundo escenario en la Ley de Consulta Previa, muestra la controversia y confrontación de la normatividad nacional con lo desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, dado que existe diferencia entre obtener el libre consentimiento de los pueblos indígenas en proceso de consulta, y una decisión final unilateral por parte del Estado en casos de grave afectación a los pueblos indígenas, lo que contraviene el objeto y finalidad del proceso de consulta, vulnerando los derechos constitucionales colectivos de los pueblos indígenas" (p. 143); iii) "La CIDH establece la primacía de derechos de los pueblos indígenas sobre los derechos de privatización (exploración o extracción de recursos naturales), ponderando el derecho al consentimiento y a no ser desplazados sin su consentimiento, por ser derechos colectivos que se entrelazan con sus derechos individuales. El Estado peruano, se encuentra en la obligación a cumplir dichos criterios jurisprudenciales" (p. 144); y, iv) "La legislación nacional desarrolla el derecho a la consulta, Ley 29785 y su Reglamento, donde no se establece de forma literal la prohibición del derecho a veto; sin embargo, la jurisprudencia señala que los pueblos indígenas no poseen este derecho, concepción con la que se concuerda. Del mismo modo, tanto la interpretación del Convenio 169 de la OIT como la doctrina, han establecido que el derecho de consulta previa a los pueblos originarios no da origen al derecho a veto, ya que lo buscado es el consentimiento libre e informado" (p. 145).

- La tesis para optar el grado académico de Magíster en Derechos Humanos, sustentada por Cristina Blanco Vizarreta, "El proyecto Conga desde los estándares del sistema interamericano de Derechos Humanos", Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013. Estas son algunas de sus conclusiones: i) "La histórica articulación al mercado mundial del Estado peruano como proveedor de materias primas y en especial de minerales, ha determinado la existencia de un marco institucional y jurídico funcional a los intereses de estos sectores económicos. Ello se vio reforzado a partir de las reformas introducidas por el gobierno de Fujimori en los años noventa y se ha ido consolidando a través de los gobiernos sucesivos. Como correlato, se han adoptado medidas regresivas en lo que se refiere a la protección de la propiedad colectiva indígena para favorecer la inversión privada en sus tierras y territorios. En este escenario, la Ley de Consulta Previa de 2011 viene a abrir un nuevo capítulo en la relación Estado-pueblos indígenas, o dicho

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

en otros términos, es la excepción en un ordenamiento que, en general, ha tendido a la regresión en el reconocimiento de derechos indígenas" (p. 94); ii) "La información disponible revela la ausencia de un proceso de aprobación coordinado con los distintos sectores involucrados, en especial con el Ministerio de Ambiente; así como que fue seguido con base en normativa que carece de pautas específicas en caso de tratarse de pueblos o comunidades indígenas de manera de hacer efectivo el derecho a la consulta previa, libre e informado. Se puede concluir además que los cuestionamientos en torno al proyecto Conga se han dirigido a las afectaciones medioambientales que podría producir, sin hacerse énfasis en el impacto social del proyecto y mucho menos en la posibilidad de la condición indígena de las comunidades y rondas campesinas afectadas" (p. 95); iii) «La adaptación del ordenamiento interno al reconocimiento internacional del derecho a la consulta, ha generado la incorporación del sujeto "pueblo" como titular de este derecho, lo que ha llevado a dos procesos en tensión. De un lado, en la implementación del derecho a la consulta se ha tendido a adoptar ciertos criterios de identificación restrictivos que tendrían un efecto de dejar fuera a las comunidades y rondas campesinas; y de otro lado, que a partir de dicho reconocimiento de derechos éstas, junto con sus organizaciones nacionales, estarían retomando el concepto de pueblo, reivindicando su identidad indígena y su titularidad del derecho a la consulta» (p. 95); y, iv) "Ante la ausencia de legislación sobre el derecho a la consulta hasta hace poco tiempo, el TC reconoció que se trata de un derecho constitucionalmente protegido, y desarrolló pautas para su aplicación. Igualmente ha establecido que desde la entrada en vigencia del Convenio 169 para el Perú, esto es, desde el 2 de febrero de 1995, devino en obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Ha precisado además que este derecho es exigible con independencia de la ausencia de legislación que lo implemente, lo cual lleva a descartar el argumento consistente en que el derecho es exigible desde la promulgación de la Ley de Consulta Previa" (p. 96).

- La tesis para obtener el título de abogada, sustentada por Lariela Danixa Chuquiruna Novoa, "La ley de consulta previa N° 29785 y el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida", Universidad Privada Antenor Orrego, 2014. Estas son algunas de sus conclusiones: i) "La Ley de Consulta Previa N° 29785 viola el artículo 16.2 del Convenio N° 169 de la OIT, al omitir la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, en determinados supuestos que ponen en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. Esta Ley también viola el artículo 7.4 del Convenio N° 169 de la OIT al omitir la necesidad que la decisión del Estado respete el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida de los pueblos indígenas. Además, la Ley de Consulta Previa N° 29785 establece que el Viceministro de Interculturalidad será juez y parte en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

los reclamos cuando debe consultarse y al mismo tiempo garantizar se cumplan los acuerdos" (p. 151); y, ii) "La Ley de Consulta Previa N° 29785 desconoce abiertamente el propio contenido del Convenio 169 de la OIT cuando impide la adecuación de las medidas administrativas y legislativas que no fueron consultadas desde que se encontraba vigente dicho tratado, esto es desde el 02 de febrero de 1995. Asimismo, la Ley de Consulta Previa N° 29785, recorta gravemente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, por lo tanto esta Ley no garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida los pueblos indígenas, situación que generará en nuestro país conflictos ambientales entre los pueblos indígenas, las empresas extractivas y el Estado, producido por el desencuentro entre lo recogido por las normas internacionales, especialmente el Convenio N° 169 de la OIT y la Ley de Consulta Previa Nº 29785" (pp. 151 y 152).

6. HIPÓTESIS

Dado que existen vacíos y/o deficiencias en la legislación sobre la consulta previa; es probable que su aplicación normativa en el Perú tenga dificultades de carácter jurídico tales como el incumplimiento de la legislación sobre la materia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

7. ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME

Título: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSULTA PREVIA Y SU APLICACIÓN EN EL PERÚ (2011-2016)

Abreviaturas

Introducción

CAPÍTULO I

MARCO TÉORICO

1.1. Derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios

1.1.1. Marco normativo internacional de la consulta previa

1.1.1.1. Convenio 169 de la OIT

1.1.1.2. Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas

1.1.2. Marco normativo nacional de la consulta previa

1.1.2.1. Ley N° 29785 (Ley de consulta previa)

1.1.2.2. Decreto Supremo N° 001-2012-MC (Reglamento de la Ley de consulta previa)

1.1.2.3. Resolución Ministerial 350-2012-MEM (procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa)

1.1.2.4. Decreto Supremo Nº 038-2001-AG (Reglamento de la ley de áreas naturales protegidas)

1.1.2.5. Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM (Reglamento de consulta y participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas)

1.1.2.6. Decreto Supremo Nº 042-2003-EM (compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias)

1.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre la consulta previa

1.2.1. Sentencia de la Corte IDH recaída en el caso Saramata vs. Surinam

1.2.2. Sentencia de la Corte IDH recaída en el caso Sarayacy vs. Ecuador

1.2.3. Reglas jurídicas vinculantes del derecho a la consulta expedidas por la Corte IDH

1.3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) sobre la consulta previa

1.3.1. Test de proporcionalidad para resolver conflictos entre derechos de pueblos indígenas y actividades extractivas

1.3.2. Síntesis de reglas jurisprudenciales del TC en materia de consulta previa

CAPÍTULO II

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONSULTA PREVIA

2.1. Evolución del marco normativo internacional de la consulta previa

2.1.1. Antecedentes del Convenio 169 de la OIT

2.1.2. Antecedentes de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas

2.2. Evolución del marco normativo nacional de la consulta previa

2.2.1. La consulta previa en las Constituciones Políticas del Perú

2.2.2. La consulta previa en la legislación de los procesos constitucionales en el Perú

2.2.3. La consulta previa en la legislación de los procedimientos administrativos en el Perú

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO III

IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

3.1. Implementación del marco normativo de la consulta previa en el Perú

3.1.1. Aplicación del marco normativo internacional de la consulta previa

3.1.2. Aplicación de la Ley N° 29785

3.1.3. Aplicación del Decreto Supremo N° 001-2012-MC

3.2. Aportes de la jurisprudencia en la implementación de la consulta previa en el Perú

3.2.1. Aportes de la jurisprudencia de la Corte IDH en la aplicación de la consulta previa

3.2.2. Aportes de la jurisprudencia del TC en la aplicación de la consulta previa

CAPÍTULO IV

TOMA DE POSICIÓN RESPECTO A LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

4.1. Análisis de la implementación del marco normativo de la consulta previa en el Perú

4.1.1. Análisis de la aplicación del marco normativo internacional de la consulta previa

4.1.2. Análisis de la aplicación de la Ley N° 29785

4.1.3. Análisis de la aplicación del Decreto Supremo N° 001-2012-MC

4.2. Análisis de la jurisprudencia en la implementación de la consulta previa en el Perú

4.2.1. Análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH en la aplicación de la consulta previa

4.2.2. Análisis de la jurisprudencia del TC en la aplicación de la consulta previa

Conclusiones

Bibliografía

8. MARCO OPERATIVO

8.1. FUENTES DE CONSULTA PRIMARIA Y SECUNDARIA

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En las fuentes de consulta primaria están las siguientes normas que serán objeto de estudio en nuestra investigación[51]:

- Instrumentos Internacionales de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas: 1. Convenio 169 de la OIT y 2. Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Marco normativo nacional sobre la consulta previa: 1. Ley N° 29785 (Ley de consulta previa); 2. Decreto Supremo N° 001-2012-MC (Reglamento de la Ley de consulta previa); 3. Resolución Ministerial 350-2012-MEM (procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa); 4. Decreto Supremo Nº 038-2001-AG (Reglamento de la ley de áreas naturales protegidas); 5. Resolución Ministerial Nº 596-2002-EM/DM (Reglamento de consulta y participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas); y, 6. Decreto Supremo Nº 042-2003-EM (compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias).
- Normas sobre los pueblos indígenas en la normatividad nacional: 1. Constitución Política de 1993 (normas relevantes para la consulta previa); 2. Código Procesal Constitucional (normas relevantes para la consulta previa); 3. Ley del Procedimiento Administrativo General (normas relevantes para la consulta previa); 4. Decreto de Urgencia N° 28-2006 y Decreto de Urgencia N° 26-2010 (normas sobre obligación de los gobiernos regionales de invertir recursos del canon y sobre canon petrolero a favor de pueblos indígenas); 5. Ley N° 28223 (Ley de desplazamientos internos); 6. Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH (Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas); 7. Resolución Ministerial Nº 202-2012-MC (Directiva que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios); y, 8. Ley N° 28736 (Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial).
- Las normas de participación ciudadana en materia minera y de hidrocarburos que no reemplazan la consulta previa: 1. Decreto Supremo Nº 028-2008-EM (Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero); 2. Decreto Supremo N° 012-2008-EM (Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos); y, 3. Resolución Ministerial 304-2008-MRM-MD (participación ciudadana en el sector minero).

[51] Véase RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. Compendio de legislación y jurisprudencia*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2014, pp. 7 y 8.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En las fuentes de consulta secundaria está la doctrina especializada y la jurisprudencia sobre el derecho a la consulta previa, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas.

8.2. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Para la comprobación de la hipótesis planteada se aplicará el método deductivo-documental. Esta será una investigación de carácter conceptual porque a partir del estudio de lo que la doctrina viene entendiendo sobre el derecho a la consulta previa y su implementación en el Perú, se podrá comprobar la relación existente entre la legislación y la jurisprudencia sobre el derecho a la consulta previa y su aplicación en el Perú.

Será aplicable el método lógico deductivo e inductivo, toda vez que a partir del análisis de la legislación y la jurisprudencia sobre el derecho a la consulta previa se tratará de abstraer la cuestión hasta el estudio de la implementación de la consulta previa en el Perú, para poder verificar vacíos y/o deficiencias en la legislación, no resueltos por la jurisprudencia.

El presente trabajo de investigación utilizará las técnicas propias de una investigación documental (conceptual) y empírica, como el contraste de la bibliografía existente sobre el tema (doctrina), así como el análisis crítico de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta previa y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas.

En el desarrollo de la investigación se utilizará instrumentos de recolección de datos, como fichas bibliográficas y de contenido para obtener la información de libros, revistas y demás documentos escritos; asimismo, se utilizará un instrumento para la recolección de datos sobre casos de consulta previa (con especial énfasis en su problemática). Luego de efectuar la recolección con dichos instrumentos, los datos serán ordenados y clasificados, según las variables de la hipótesis, para su posterior análisis. La prueba de hipótesis será realizada sobre la base del marco teórico.

9. CRONOGRAMA

CLAVE	TIEMPO DE DURACIÓN (días) / ACTIVIDAD (tareas)	1	2	3	4	5	TOTAL
A	Desarrollo del marco teórico conceptual	25					

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

B	Recolección de datos		20				
C	Procesamiento de los datos, análisis e interpretación			20			
D	Elaboración del informe de la investigación				45		
E	Presentación y sustentación del trabajo de investigación					20	130 (días)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

10. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y TESIS

ANGLES YANQUI, Gerard Henry, *Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado, Maestría en Derecho Constitucional, Lima, 2014.
Esta tesis es importante para desarrollar los siguientes temas: "marco normativo de la consulta previa", "jurisprudencia sobre la consulta previa" y "doctrina sobre la consulta previa".

BLANCO VIZARRETA, Cristina, *El proyecto Conga desde los estándares del sistema interamericano de Derechos Humanos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado, Maestría en Derechos Humanos, Lima, 2013.
Esta tesis es importante para desarrollar los siguientes temas: "aplicación del marco normativo de la consulta previa en el Perú" y "aportes de la jurisprudencia en la aplicación de la consulta previa en el Perú".

CHUQUIRUNA NOVOA, Lariela Danixa, *La ley de consulta previa N° 29785 y el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida*, Universidad Privada Antenor Orrego, Escuela Profesional de Derecho, Trujillo, 2014.
Esta tesis es importante para desarrollar los siguientes temas: "marco normativo de la consulta previa", "jurisprudencia sobre la consulta previa", "doctrina sobre la consulta previa", "aplicación del marco normativo de la consulta previa en el Perú" y "aportes de la jurisprudencia en la aplicación de la consulta previa en el Perú".

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF) y OXFAM, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Gama Gráfica, Lima, 2011.
Este libro es importante para desarrollar los siguientes temas: "marco normativo de la consulta previa", "doctrina sobre la consulta previa", "aplicación del marco normativo de la consulta previa en el Perú" y "aportes de la jurisprudencia en la aplicación de la consulta previa en el Perú".

JAHNCKE BENAVENTE, Javier y MEZA, Rocio, *Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

afectadas por proyectos de industrias extractivas, CIDSE Secretariat, RED MUQUI - Red de propuesta y acción - Perú y FEDEPAZ - Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz, Lima, 2010.
Este libro es importante para desarrollar los siguientes temas: "doctrina sobre la consulta previa", "aplicación del marco normativo de la consulta previa en el Perú" y "aportes de la jurisprudencia en la aplicación de la consulta previa en el Perú".

MAYÉN, Guisela, ERAZO, Daniela y LANEGRA, Ivan, *El Derecho a la consulta previa, libre e informada: Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú*, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental y Asociación de Investigación y Estudios Sociales, Lima, 2014.
Este libro es importante para desarrollar los siguientes temas: "marco normativo de la consulta previa" y "aplicación del marco normativo de la consulta previa en el Perú".

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2012.
Este libro es importante para desarrollar los siguientes temas: "marco normativo de la consulta previa", "jurisprudencia sobre la consulta previa" y "doctrina sobre la consulta previa".

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. Compendio de legislación y jurisprudencia*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2014.
Este libro es importante para desarrollar los siguientes temas: "marco normativo de la consulta previa" y "jurisprudencia sobre la consulta previa".

SALMÓN, Elizabeth (coordinadora), *La consulta previa, libre e informada en el Perú: hacia la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) y Fundación Konrad Adenauer, Lima, 2012.
Este libro es importante para desarrollar los siguientes temas: "marco normativo de la consulta previa", "jurisprudencia sobre la consulta previa" y "doctrina sobre la consulta previa".

SANBORN, Cynthia A., HURTADO, Verónica y RAMÍREZ, Tania, *La consulta previa en el Perú: avances y retos*, Universidad del Pacífico, Lima, 2016.
Este libro es importante para desarrollar los siguientes temas: "aplicación del marco normativo de la consulta previa en el Perú" y "aportes de la jurisprudencia en la aplicación de la consulta previa en el Perú".

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

SCHILLING-VACAFLOR, Almud y FLEMMER, Riccarda, *El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina*, GIZ, Bonn y Eschborn (Alemania), 2013.
Este libro es importante para desarrollar los siguientes temas: "marco normativo de la consulta previa", "doctrina sobre la consulta previa", "aplicación del marco normativo de la consulta previa en el Perú" y "aportes de la jurisprudencia en la aplicación de la consulta previa en el Perú".

VEGA DÍAZ, Ismael (director), *¿Cómo va la aplicación de la Consulta Previa en el Perú?: Avances y retos*, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP), Lima, 2016.
Este libro es importante para desarrollar los siguientes temas: "aplicación del marco normativo de la consulta previa en el Perú" y "aportes de la jurisprudencia en la aplicación de la consulta previa en el Perú".

ARTÍCULOS E INFORMES EN REVISTAS ESPECIALIZADAS O PORTALES ELECTRÓNICOS

BAUTISTA ASCUE, Mariella, "Manual de Participación Ciudadana", Proyecto PERCAN, Lima, 2011.

BAZÁN SEMINARIO, César, HONDA KUROKAWA, José Antonio, TONG GONZÁLES, Francisco y VERNA CORONADO, Vito, "Analizando el marco normativo aplicable a la Consulta Previa", Advocatus, Lima, N° 25 (2011).

CASAFRANCA VALENCIA, Handersson Bady y AGUIRRE VALDYGLESIAS, Yndira, "Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia", Congreso de la República, Lima, 2011.

LA ROSA AIRALDI, Luis Antonio, «Los "Principios de Ecuador" y algunas apreciaciones sobre la implementación del concepto de "desarrollo sostenible" en la actividad minera en el Perú», Advocatus, Lima, N° 25 (2011).

ROJAS ROJAS, Pablo et al., "La ley de consulta previa y su reglamento en el Perú. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), Lima, 2012.

SCURRAH, Martin y CHAPARRO, Anahí, "La participación ciudadana y la consulta previa a los pueblos indígenas: Políticas Públicas para un nuevo rol de la minería y los hidrocarburos en el Perú". En

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

MAKEDONSKI VALDEAVELLANO, Paul Maquet et al. (editores), *Caminos de Transición Alternativas al extractivismo y propuestas para otros desarrollos en el Perú*, Red Peruana por una Globalización con Equidad (RedGE) y CooperAcción, Lima, 2014.

ZEA MARQUINA, Elizabeth (directora), "Titulación de tierras y consulta previa", Cuaderno de Investigación, Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo de la USMP (IDHDES), Lima, Año 2, N° 1 (2015).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis