REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho

"APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN LOS INSTRUMENTOS AMBIENTALES: CONTROVERSIAS Y PROPOSICIONES."

Tesis presentada por la Bachiller:

Macedo Leiva Paola Andrea

Para optar el Título Profesional de

Abogada

Asesor:

Mg. Agramonte Mostajo, Juan Carlos

Arequipa – Perú

2019

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 02 de diciembre de 2019

Sr. Dr.
Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María
Presente. -

De mi consideración:

Habiendo sido nombrado dictaminador del borrador de tesis titulado "APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN LOS INSTRUMENTOS AMBIENTALES: CONTROVERIAS Y PROPOSICIONES", presentado por la señorita Paola Andrea Macedo Leiva, procedemos a pronunciarnos sobre el trabajo propuesto, y si tiene el mérito suficiente para ser sustentado oralmente.

Análisis del Trabajo Individual de Investigación

Habiendo revisado de manera exhaustiva la versión final del borrador del trabajo de investigación presentado tanto en los aspectos metodológicos, como ene l fondo del tema tratado; se plasman a continuación las principales observaciones al mismo:

1. En cuanto a la hipótesis planteada:

   La hipótesis planteada ha sido demostrada ya que se ha podido determinar que la incorrecta aplicación de la Ley de Consulta Previa (Ley 29785) está generando vulneraciones a los derechos fundamentales de pueblos indígenas y en consecuencia el Estado está incurriendo en responsabilidad internacional.

2. En cuanto a los objetivos planteados:

   Los objetivos planteados han sido cumplidos conforme han sido planteados en el subnumeral 2.2. del numeral 2 del Proyecto de Tesis.

3. En cuanto a las conclusiones planteadas:

   Existe concordancia entre los objetivos planteados y las conclusiones arribadas

Conclusiones

En virtud a lo señalado y las observaciones anotadas, consideramos que la sustentación de la tesis resulta viable.

Sin otro particular me despido de Ud.

Atentamente

Juan Carlos Valdivia Cano
Dictaminador de Tesis

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 DE MIEMBRO DE COMISION EVALUADORA

DE: Benjamín Carrasco del Carpio – Dictaminador

A: Dr. Gabriel Torreblanca Lazo – Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

REFERENCIA: Borrador de tesis, "Aplicación de la consulta previa en los instrumentos ambientales controversias y proposiciones"

FECHA: 2 de diciembre de 2019

En relación al asunto de la Referencia emito dictamen sobre el borrador de tesis presentado indicado:

1. La hipótesis: *"Dado que los pueblos indígenas y tribales requieren de atención prioritaria por parte del Estado Peruano, es probable que la incorrecta aplicación de la Ley N° 29785 (Ley de Consulta Previa) esté generando vulneraciones de derechos fundamentales a dichos pueblos y en consecuencia el Estado esté incurriendo en responsabilidad internacional"*, ha sido comprobada.

2. Los objetivos se han cumplido satisfactoriamente.

3. En lo que toca a los resultados del trabajo, guardan concordancia con los objetivos.

4. Respecto a las referencias, considero que están debidamente consignadas.

Atentamente,

Benjamín Carrasco del Carpio
Dictaminador

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

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Dedicatorias

A las personas que más amo:

Norma, Pedro, Juanita, Enrique, Diana y Emmita.

A mi compañero: Nico

A los y las defensoras de derechos humanos, quienes fallecieron en esta lucha.

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 mayor desgracia de un ser humano es apuntar bajo y que le vaya bien. Si tu sueño no es lo suficientemente grande para que te de miedo, ese sueño no es de tu altura"

Francisco Ávalos Lozano

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

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Agradecimiento

A mi mamá y papá por ser los arquitectos de mi vida y por su apoyo incondicional en cada aventura.

A mi hermana por ser mi mejor amiga y mi compañera de vida, a mi sobrina por enseñarme una nueva forma de amar.

A Alyssa Salas Fuentes y Jennyfer Lazo Pinto, mis mejores amigas, gracias por creer en mí y ser mi fortaleza y alegría.

A Diego Barraza Motta, por ser mi soporte emocional.

A Juan Carlos Agramonte y Juan Góngora por su apoyo académico.

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 DE LA INVESTIGACIÓN

Los pobladores pertenecientes a comunidades campesinas e indígenas, han manifestado su preocupación acerca de la forma en que se les viene aplicando el mecanismo de consulta previa-así lo reveló el informe de la ONG OXFAM- e indica que los pobladores originarios tienen la percepción que este procedimiento se ha reducido a un mero trámite, esto en razón a la celeridad con la que se aplican cada una de las etapas que forman parte de este proceso, ello sin tener en cuenta que estamos frente a una población vulnerable que requiere especial protección por parte del Estado.

No obstante, la razonabilidad en los plazos, no es el único factor cuestionado, sino que también la Defensoría del Pueblo a través de su informe N° sugiere que el Estudio de impacto Ambiental al ser un documento de relevancia informativa para los pueblos indígenas, también sea objeto de consulta.

Asimismo, la ya referida ONG también presentó el informe denominado “Sin mujeres indígenas, no” el que revela que en los procedimientos actuales de consulta previa no se viene aplicando enfoque de género, pese a que más de la mitad de la población indígena son mujeres.

En tal sentido, el presente trabajo de investigación tiene por finalidad analizar once proyectos mineros, para determinar en cuáles de ellos se ha cumplido con todas las etapas del proceso de Consulta previa que contempla la Ley N° 29785, así como analizar su proporcionalidad en la manera de aplicarse. A su vez, busca determinar cuáles son los impactos que genera la falta de aplicación de enfoque de género a lo largo del proceso tanto a las mujeres indígenas como al resto de la población. En el mismo sentido, pretende

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 siguiente investigación a través del análisis comparativo y jurisprudencial, determinar si es posible y en todo caso necesario consultar el Estudio de Impacto Ambiental.

Todo lo anteriormente esbozado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.

Palabras clave: pueblos indígenas, consulta previa, estudio de impacto ambiental, enfoque de género, concesión minera, Corte Interamericana.

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

Villagers belonging to peasant and indigenous communities, have expressed their concern about the way in which they are applying the mechanism of prior consultation - as revealed by the report of the NGO OXFAM - and indicates that the original inhabitants have the perception that this This procedure has been reduced to a mere procedure, this is due to the speed with which each of the stages that are part of this process are applied, without taking into account that we are facing a vulnerable population that requires special protection from of the State.

However, the reasonableness of deadlines is not the only questioning factor, but also the Office of the Ombudsman through its report N ° suggests that the Environmental Impact Study as a document of informative relevance for indigenous peoples, also Be the subject of consultation.

Likewise, the aforementioned NGO also presented the report called “Without indigenous women, no”, which reveals that in the current procedures of prior consultation there is no gender approach, although more than half of the indigenous population are women .

In this sense, the present research work has the purpose of analyzing eleven mining projects, to determine in which of them all the stages of the prior consultation process contemplated in Law No. 29785 have been fulfilled, as well as to analyze their proportionality in the way to apply At the same time, it seeks to determine what are the impacts generated by the lack of application of a gender approach throughout the process to both indigenous women and the rest of the population. In the same way, it intends the

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

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

following investigation through comparative and jurisprudential analysis, to determine if it is possible and in any case necessary to consult the Environmental Impact Study.

Everything previously outlined in the framework of international human rights law and fundamental rights.

Keywords: indigenous peoples, prior consultation, environmental impact study, gender approach, mining concession, Inter-American Court.

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

"Todos somos flores en el jardín del Gran Espíritu, compartimos una raíz común, y la raíz es la Madre Tierra. El jardín es hermoso, porque tiene diferentes colores en ella, y los colores representan las diferentes tradiciones y cultura […]". Abuelo David Monongye, del pueblo Hopi.

El fragmento citado líneas arriba, pertenece a un ancestro del pueblo Hopi- Arizona, mismo que no es más que un fiel reflejo de la singular cosmovisión que poseen los pobladores oriundos frente a sus recursos naturales. En efecto, situación análoga sucede en nuestro país, pues los pueblos indígenas, tribales y comunidades campesinas en el Perú, poseen una riqueza cultural que data desde la época preincaica, la que se base en costumbres y tradiciones que son transmitidas de generación en generación, siendo el elemento principal, su identidad cultural. En ese sentido, y por las características ya descritas, es que los pueblos originarios constituyen parte de una población vulnerable en razón de su minoría étnica y por lo tanto, requieren una especial protección por parte del Estado peruano.

Dicho lo anterior, el mecanismo de Consulta Previa resulta un proceso garantista frente la debida observancia de los derechos fundamentales de los pueblos nativos, a razón que es una herramienta que promueve su participación activa ante la toma de decisiones en las que se vean involucrados.

Ante ello, los países ratificantes del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-instrumento que reconoce este mecanismo-se encuentran en la obligación de incorporarlo dentro de su legislación interna en un aspecto formal y material, es decir, no basta únicamente con contemplarlo legislativamente, sino que además debe ser aplicado

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 un enfoque de derechos humanos; lo que se configura como un eje transversal del presente trabajo de investigación.

Establecido ello, corresponde plantear las siguientes interrogantes que serán respondidas a los largo de la investigación: ¿En qué casos estaríamos frente a una inadecuada aplicación del mecanismo de consulta previa? ¿Cuál es la afectación que se origina a los pobladores indígenas la mala práctica de este mecanismo? ¿Qué factores lo originarían? Y finalmente ¿Qué sucedería con un Estado que no la aplica correctamente?

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

Dedicatorias i

Agradecimiento iii

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN iv

ABSTRACT vi

INTRODUCCIÓN viii

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN 1

CAPITULO I: ANTECEDENTES DE LA LEY N° 29785 4

1.1 Los convenios 107 y 169 de la OIT, como bases primigenias de la Ley N° 29785. 4

1.2 Naturaleza de la Consulta Previa: 6

1.3 Estándares internacionales respecto a la consulta previa: 7

1.4 Evolución del derecho a la participación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico peruano 10

1.4.1 Comunidades Indígenas en las Constituciones peruanas: 10

1.4.2. Bases jurídicas y sociales que regulan el derecho a la consulta previa, libre e informada. 13

1.4.3 Decreto Supremo Nº 023-2011-EM 14

1.4.4 Ley N° 29785: escenario de promulgación 16

1.5 Consulta previa, libre e informada en el Perú: 20

1.5.1. Alcances de la Ley 29785, ¿Son las comunidades campesinas pasibles del procedimiento de consulta previa? 31

1.5.2 Instrumentos de Gestión Ambiental 32

1.5.3 La Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente para la Aplicación del Derecho a la Consulta 34

CAPITULO II: ESPECIAL PROTECCIÓN HACIA LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES CAMPESINAS 36

2.1 Los pueblos indígenas como población vulnerable: 36

2.1.1 Principio de igualdad y no discriminación en relación de personas en situación de vulnerabilidad: 38

2.1.2 Pueblos indígenas y tribales, pertenecientes a una categoría sospechosa 40

2.2 La consulta previa como derecho fundamental: 44

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 Derecho a la Propiedad Comunal 46

2.4 El mecanismo de Consulta previa fortalece los derechos económicos, sociales y culturales 48

2.5 Derecho a un medio ambiente sano, derecho al agua en relación con las comunidades indígenas y campesinas 50

CAPITULO III: CONTROVERSIAS Y PROPOSICIONES ENTORNO AL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN EL SECTOR MINERO 54

3.1 La Consulta Previa en el sector minero 54

3.1.1. Naturaleza de la concesión minera: 54

3.1.2. Características de la Concesión minera (124) 54

3.2 La Controversia alrededor de la propuesta de consulta del Estudio de impacto ambiental 56

3.2.1 Estudio de Impacto Ambiental en legislación comparada: el caso de Chile y *Colombia:* 66

3.3 Propuesta de la aplicación de Enfoque de género durante la consulta previa en el sector minero..... 67

3.4 Hacia la obtención del acuerdo: razonabilidad en los plazos 69

3.5. La Consulta previa en legislación comparada: el caso de Canadá y Bolivia..... 74

3.5.1. *La Consulta previa en Canadá:*..... 74

CAPITULO IV: OBLIGACIONES DE RESPETO Y GARANTÍA DEL ESTADO PERUANO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONVENCIONAL..... 79

4.1 Obligaciones generales de los Estados frente a la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH). 79

4.2 Deber de respeto de los Estados americanos frente a derechos humanos: 80

4.3 Deber de garantía de los Estados americanos frente a derechos humanos:..... 81

4.3.1 Obligaciones específicas derivadas del deber de garantía: 82

4.3.2 Deber de prevención durante proyectos de desarrollo:..... 83

4.4. El principio del efecto útil en la Jurisprudencia del Sistema Interamericano..... 85

4.5 Responsabilidad internacional en el Caso Kichwa de Sarayaku contra Ecuador 88

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 90

PROPUESTA DE MEJORA 93

BIBLIOGRAFÍA 96

ANEXO 114

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación se encuentra dividido en cuatro capítulos generales. El primero de ellos, busca analizar las bases normativas que fungen como antecedentes de la Ley Nº 29785. En ese sentido se tiene que i) El Convenio 169 de la OIT nace como consecuencia del Convenio 107, el que a su vez se origina por el Convenio 29, mismo que revelaba que las personas pertenecientes a la población indígena eran quienes en mayor proporción se encontraban sometidas a realizar trabajo forzoso, ii) A lo largo de las doce Constituciones peruanas, la tratativa indigenista fue evolucionando, siendo la de 1979 la encargada de reconocer la autonomía de los pueblos originarios, lo que se vio reforzado por la Constitución de 1993 iii) El Decreto Supremo Nº 023-2011-EM, es la normativa primigenia que regula la consulta previa, como consecuencia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional a raíz de la interposición de una acción de cumplimiento en contra del Ministerio de Energía y Minas y finalmente iv) Se tiene que la base social que genera la regulación de la Consulta previa como mecanismo de participación de los pueblos indígenas en el Perú, es el caso conocido como "El Baguazo", en el que tras una gran conmoción social, lamentables pérdidas humanas y favorecidos por el cambio de gobierno se regula formalmente este mecanismo.

Con posterioridad, en el segundo capítulo se desarrolla la especial situación de vulnerabilidad en las que se encuentran los pueblos indígenas y las circunstancias por las que requieren una protección particular por parte del Estado peruano, sobre ello se tiene que: i) los pueblos indígenas, tribales y comunidades campesinas históricamente han sido discriminados-desde la época de la colonización- en razón de su cosmovisión, lengua,

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, identidad cultural y esperanza de vida; por tanto son parte de una categoría sospechosa para quienes las obligaciones estatales se ven reforzadas, y a su vez también forman parte de una población vulnerable a razón de su fragilidad social, que precisamente se encuentra relacionada con su falta de participación, ii) El mecanismo de Consulta Previa favorece a la tutela de derechos fundamentales que les son inherentes a los pueblos ancestrales, tal es el caso de la propiedad comunal, de los derechos económicos sociales, culturales y ambientales.

Seguidamente, en el tercer acápite se analiza la forma en la que se viene aplicando el mecanismo de consulta previa, sobre ello se determinó que: i) La naturaleza de la Consulta previa es un proceso de diálogo que tiene por finalidad lograr un acuerdo recíproco, sin embargo, de lo analizado se observa que de once procesos de consulta solo en tres se llegó a concretizar la etapa de diálogo, y en diez procesos la etapa de publicidad y etapa preparatoria fueron llevadas a cabo el mismo día; esta situación va en contra de los principios rectores de este mecanismo, tales como de oportunidad y de buena fe, ii) De igual manera, se observó que el Estudio de Impacto Ambiental no se encuentra contemplado dentro de los actos objetos de consulta, al respecto ya existe un pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo en el que se señala la importancia de consultar este documento, al contener la información pertinente a fin de orientar a los pobladores originarios; lo anterior encuentra sustento en el principio pro persona, iii)Asimismo se determinó que actualmente el mecanismo de consulta previa carece de enfoque de género, a pesar que gran porcentaje de la población ancestral está conformada por mujeres, quienes poseen una visión y relación distinta hacia los recursos naturales.

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

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Finalmente, en el capítulo cuatro se evaluó las consecuencias que le podría traer al Estado peruano la inadecuada aplicación del mecanismo, al respecto se tiene que: i) El deber de respeto se traduce en un no hacer por parte del Estado, es decir abstenerse de realizar determinadas acciones que vulneren derechos humanos de sus ciudadanos, mientras que el deber de garantía significa que el Estado debe adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar la protección y respeto de los derechos humanos, ii) Al ser la consulta previa un mecanismo que promueve la participación de los pueblos originarios, su inadecuada aplicación podría estar vulnerando el deber su deber de garantía y en consecuencia el Estado peruano podría incurrir en responsabilidad internacional.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPITULO I: ANTECEDENTES DE LA LEY N° 29785

Es menester del presente trabajo de investigación analizar la actual aplicación del mecanismo de consulta previa, tras ocho años de su incorporación a nuestro ordenamiento legislativo. En ese sentido, resulta necesario ahondar en un primer momento los antecedentes de la ley examinada, es decir los convenios 107 y 169 de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante OIT), para así comprender su esencia y su alcance de protección.

Con posterioridad se analizará la manera en que ha ido evolucionando la tratativa indigenista en nuestro país, para finalmente examinar el contexto social y jurídico que permitió la incorporación de la Ley N° 29785 en nuestro cuerpo normativo.

1.1 Los convenios 107 y 169 de la OIT, como bases primigenias de la Ley N° 29785.

Resulta interesante que las piedras angulares del mecanismo de consulta previa, sean instrumentos emitidos por la Organización Internacional de Trabajo, cuando en apariencia, esta Organización no tendría relación alguna con la protección hacia los pueblos indígenas y tribales. No obstante, desde 1920, la OIT empieza a analizar que de la cantidad de trabajadores rurales, un gran porcentaje era precisamente pobladores originarios; a razón de ello se emite en 1930 el Convenio N° 29 “Convenio sobre el trabajo forzoso”, el que revela que más del 80% de personas sometidas a trabajo forzado eran justamente personas pertenecientes a la población indígena(1); quienes se encontraban en una clara situación de discriminación como consecuencia del clasismo

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

social, a raíz de esta situación es que se crea el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales.

El Convenio 107, se convierte en el primer instrumento de carácter internacional en reconocer derechos a los pueblos indígenas, tales como las condiciones de trabajo, salud, vivienda, entre otros, sin embargo poseía un espíritu asimilacionista, pues nos les reconoce su valor histórico, intentado de esa manera incorporarlos a la cultura occidental, hasta cierto punto, tal convenio minimizaba a los pueblos ancestrales, no reconociéndoles algún derecho de participación, pues consagraba que las decisiones eran tomadas únicamente por el Estado; ello acarrea que en 1986 se llevara a cabo la reunión convocada por el Consejo de Administración de la OIT, quienes concluyeron que *"el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno."(2)*

Con posterioridad a tal reunión, se emitió un nuevo convenio en 1989, el que buscaba subsanar y mejorar lo contenido en el instrumento anterior, estamos hablando del Convenio 169 de la OIT.

Este convenio buscaba esencialmente que el Estado discuta en condiciones de respeto hacia los pueblos indígenas, reconociéndoles de esta forma independencia y autonomía sobre la decisión de sus tierras y recursos naturales; dejando atrás la postura asimilacionista. Dentro de las novedades que trae consigo este Convenio, incorpora el eje rector del presente trabajo de investigación a través de su artículo 6; es decir, la consulta previa.

A tenor del artículo 6, la OIT establece que: *"Los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de 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 representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente […]" con tal mecanismo, busca el instrumento en mención garantizar la efectiva participación de los pueblos originarios, promoviendo la defensa de la interculturalidad. Aunado a ello, busca crear ambientes de equidad, superando las medidas anteriormente estipuladas consideradas discriminatorias.

A modo de conclusión podemos decir, que el Convenio 169, trae consigo el reconocimiento de derechos fundamentales a los pueblos ancestrales, tales como el derecho a la salud, la participación, seguridad social, educación, el derecho a un medio ambiente sano, entre otros, convirtiéndose así en un instrumento moderno en cuanto a la protección de pueblos indígenas y tribales.

1.2 Naturaleza de la Consulta Previa:

Conforme indica la Comisión Interamericana, la consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo(3) , en el mismo sentido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, comporta el establecimiento de "un diálogo verdadero y genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de llegar a un acuerdo"(4)

En el mismo sentido la Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012(TIPNIS) del 19 de julio del 2012, emitida por el Estado boliviano, indica que la consulta tiene una doble naturaleza jurídica, por un lado se trata de un derecho fundamental de carácter colectivo inherente a los pueblos y naciones indígenas que está directamente vinculado con el derecho de los miembros e estos pueblos a la tierra, el territorio y los recursos

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

naturales no renovables , por el otro lado, ésta se convierte en un deber de carácter obligatorio para el Estado el realizarlas en el marco del cumplimiento de las obligaciones constitucionales e incluso internacionales, con el objeto de buscar la paz social.

En el caso de Colombia, a través de la Sentencia C-641 del año 2008, se establece que los procesos de consulta previa no son fines en sí mismos, sino medios para asegurar la protección d la supervivencia colectiva, la integridad cultural, los intereses comunitarios. De este modo, la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar como lo es la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades (5).

Finalmente, el Estado peruano también reconoce la misma naturaleza en la consulta previa que en los casos ya mencionados, a través de la Sentencia N°06316-2008-PA/TC del 11 de noviembre de2009, pues señala que este procedimiento es 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.(6)

1.3 Estándares internacionales respecto a la consulta previa:

La normativa de carácter internacional, así como los pronunciamientos de órganos especializados otorgan directrices a los Estados sobre la manera en cómo se debe llevar acabo la aplicación de la consulta previa, constituyendo así el contenido esencial de este mecanismo.

Así, el desarrollo normativo respecto al derecho de los pueblos indígenas ha determinado que la consulta debe ser i) previa, ii) libre e iii) informada. Respecto al elemento de previa, se debe dar antes que la medida o proyecto sea aprobado, debe ser libre en la medida 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

no debe de existir algún tipo de coerción finalmente, debe ser informada pues debe existir una explicación detallada sobre la ejecución y consecuencias de la medida a aplicarse. (7)

A su vez, debe seguir iv) procedimientos culturalmente adecuados y accesibles, que se adapten a las tradiciones y costumbres propias de los pueblos afectados con las medidas, debe ser de v) buena fe y con el vi) objetivo de obtener el consentimiento de los pueblos(8).

Los elementos anteriormente descritos deben estar plasmados en un debido marco regulatorio en el que se contemple medidas proporcionales en caso no se llegue a un acuerdo entre la comunidad y el Estado (9).

a) Consulta previa:

Para cumplir este requisito, la consulta debe ser dada en la etapa de exploración del proyecto y "antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas" (10) y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado (11) , ello en razón a que la finalidad de este mecanismo es obtener el consentimiento de las comunidades y pueblos afectados (12).

En el mismo sentido, la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, señala que la consulta debe darse "antes de aprobar cualquier proyecto que afecta a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos" (13).

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) Consulta informada

La jurisprudencia interamericana, ha ampliado este concepto, específicamente en el Caso Saramaka contra Surinam, indicando que al momento de brindar información respecto a una medida, es importante que los pueblos y comunidades tengan "conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria" (14) , de igual manera, se debe establecer los beneficios de los cuales serán parte los pueblos indígenas y comunidades campesinas, así como las indemnizaciones que deben recibir frente algún daño ambiental ocasionado por el proyecto o medida que se consulta (15).

c) Consulta culturalmente condicionada:

En el caso ya mencionado "Saramaka contra Surinam, el juez interamericano estipuló que "todos los asuntos relacionados al proceso de consulta, así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la justa indemnización que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo respectivo de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales (16), solo de esa manera se podrá garantizar de manera efectiva la participación del pueblo.

d) Deber de adoptar medidas proporcionadas

Hasta este punto, es claro que los pueblos indígenas y comunidades campesinas no poseen derecho a veto, es decir, en caso no se llegue a algún acuerdo luego de cumplir con los requisitos anteriormente descritos entre el Estado y los pobladores, de todas maneras se procederá a llevar a cabo el proyecto; sin embargo, es necesario que en caso de desacuerdo se adopten medidas razonadas a fin de no perjudicar a los pueblos que no brindaron su consentimiento al proyecto consultado. En ese caso, "los Estados tienen 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

deber de tomar en cuenta las preocupaciones, demandas y propuestas expresadas por los pueblos o comunidades afectados, y de prestar la debida consideración a dichas preocupaciones, demandas y propuestas en el diseño final del plan o proyecto consultado"(17).

1.4 Evolución del derecho a la participación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico peruano

La Constitución Política como esencia de cada Estado, representa el componente principal de su estructura, por tanto, a fin de entender la importancia y los alcances de la Ley N° 29785 es necesario remitirnos a las raíces del actual ordenamiento jurídico en el aspecto indigenista.

1.4.1 Comunidades Indígenas en las Constituciones peruanas:

Si bien, a lo largo de nuestra historia constitucional hemos tenido doce Cartas Magnas, en el presente trabajo de investigación, únicamente se abordarán aquellas en las que se haya dado una tratativa distinta y peculiar a los pueblos y comunidades indígenas, es decir, las Constituciones de 1828, 120, 1933, 1979 y 1993.

En efecto, y pese a que en el año de 1828 más del 60% de la población peruana se identificaba perteneciente a la población indígena, se invisibilizaba el crisol de interculturalidades que se vivía en aquel momento y en consecuencia era considerada esta población como un obstáculo para el desarrollo de la economía del país; ello se ve reflejado en el artículo N°75, numeral10 de este cuerpo normativo, en el que se contempla que son atribuciones de las Juntas Departamentales el *"entender en la reducción y civilización de las tribus de indígenas limítrofes al departamento, y atraerlos a nuestra sociedad por medios pacíficos"*; es decir, se otorgaba un trato peyorativo a las tribus

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 considerando así que constituían una latente amenaza para el resto de la población; incluso la manera en la que se encontraba redactada este artículo denotaba una abierta diferenciación y consecuente desigualdad en la realidad socio cultural.

Es hasta el año de 1920 durante el gobierno paternalista de Leguía que se inauguró el constitucionalismo social en el Perú; pues se pretende "integrar" a los pueblos indígenas, otorgándoseles así un rango constitucional, a las comunidades propiamente, a sus tierras y costumbres. Así las cosas, la Constitución del año en mención, en su artículo N° 41 consagraba que *"los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley"*. Además el artículo N° 58 del mismo instrumento señalaba que el Estado protegía a la raza indígena, por lo que otorgaba leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades; situación que a entender de la autora colocaba a los pueblos indígenas en una situación de desventaja frente al resto de la población y como añadidura eran titulares de un trato diferenciado subjetivo.

A juicio de Pareja Paz Soldán el reconocimiento de la existencia legal de las comunidades indígenas "fue la reforma más trascendental de la Constitución de 1920"(18), sin embargo también se evidenciaba a través del artículo N° 58 que hasta ese momento las comunidades eran invisibilizadas para el Legislador, pues el artículo en mención, señalaba que la Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan(19) , es decir diversos derechos fundamentales no les eran reconocidos por su sola condición de ser personas, sino que eran dejados a discrecionalidad del legislador.

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 misma línea, la Constitución de 1933 da un aporte sustancial para la protección de los derechos sociales(20) y crea el Consejo Técnico de Cooperación Administrativa de Asuntos Indígenas, en el que las comunidades indígenas tenían que inscribirse para ser sujetos de personería jurídica; si bien este cuerpo normativo mejora de manera sustancial la protección hacia estos pueblos (su protección se extiende más allá del territorio), se limita a considerar como tales únicamente a las comunidades de la costa y sierra, más no a la amazonía; además el artículo 212° estipulaba que "El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen", es decir aún se les colocaba en una situación de minusvalía frente al resto de la población.

Fue la Constitución Política de 1979 la encargada de profundizar y ampliar lo desarrollado por la Carta de 1933, pues reconoce la autonomía de las comunidades (ya no con un afán civilizador) así como el carácter de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de sus territorios. Finalmente, la Constitución actual de 1993 busca el reconocimiento de la pluralidad cultural, en ese sentido, oficializa el quechua y aimara como lenguas aborígenes y otorga facultades jurisdiccionales para las comunidades campesinas y nativas; es decir ratifica la figura de las comunidades campesinas, y elimina la distinción terminológica entre "indio y campesino" para así darle un carácter integrador y unificador a las políticas adoptadas por el Estado peruano; no obstante aún no se les reconoce a los pueblos indígenas una participación activa y material en la toma de decisiones.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.4.2Bases jurídicas y sociales que regulan el derecho a la consulta previa, libre e informada.

Como se ha visto hasta el momento, la legislación peruana reguló la realidad indígena desde una perspectiva proteccionista, más no lo hizo desde un enfoque intercultural (21) en el que se promueva su activa intervención a través del respeto a su cultura e identidad. Se acercó a este parámetro en la Constitución de 1993, allí que radica la importancia de este instrumento, pues además de reconocer su derecho a la identidad cultural también reconoce la importancia de su derecho consuetudinario (22); esta mejora legislativa tiene asidero en el Convenio 169 de la OIT (Instrumento que entró en vigencia el 5 de septiembre de 1991) y que fue ratificado por nuestro país el 2 de febrero de 1994.

Paralelamente, este nuevo Convenio como ya se mencionó, trae consigo diversos progresos, por ejemplo reconoce la independencia de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en lo que atañe a su proceso de desarrollo, con lo que reemplazaba al "Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales" de 1957(23) el que únicamente expresaba una concepción integracionista de "poblaciones indígenas".

Ahora bien, como ya fue indicado la piedra angular del Convenio 169, es la incorporación de la Consulta Previa como un mecanismo destinado a construir relaciones democráticas entre el Estado y pueblos indígenas y pese a ello, el Estado peruano recién incorporó tal mecanismo en el año 2011, a través de la Ley N° 29785 durante el Gobierno de Ollanta Humala.

Sin embargo, en el ínterin de ratificación del Convenio hasta la fecha de creación de la Ley N° 29785, hubieron bases jurídicas antecesoras, la autora se refiere al Decreto Supremo Nº 023-2011-EM.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.4.3 Decreto Supremo Nº 023-2011-EM

El decreto que se procederá a analizar responde a una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, estamos hablando de la sentencia N° 05427-2009-PC/TC en la que ordena al Minem regular la consulta previa, a través de un reglamento, pues los demandantes alegaban que desde la ratificación del Convenio 169, el Estado peruano no cumplió con adecuar su normativa interna con los estándares ya ratificados, por lo que interponen acción de cumplimiento.

Expediente	05427-2009-PC/TC
Hechos	La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (en adelante AIDESEP) interpuso demanda de cumplimiento en contra del Ministerio de Energía y Minas (en adelante Minem), alegando que desde la ratificación del Convenio 169 en 1993, no ha cumplido este último en modificar y adecuar su normativa a lo estipulado por tal instrumento internacional.
Pronunciamiento del Tribunal Constitucional	• Dentro de los fundamento del Tribunal, establece que el hecho que los demandantes invoquen el cumplimiento de un tratado supranacional, lejos de ser un obstáculo para pronunciarse, constituye un argumento de fuerza. • Asimismo desarrolla la teoría de la inconstitucionalidad por omisión, misma que puede ser absoluta cuando el poder legislativo no ha expedido alguna ley que cubra el precepto

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	constitucional, o puede ser relativa cuando la norma ha excluido de su ámbito de acción a un grupo de personas, a su vez puede señala que puede ser directa, cuando el legislativo no emite la ley que la Constitución ordena, o finalmente puede ser indirecta, como en el caso sublitis, pues se produce como consecuencia de la falta de reglamentación. • Por otro lado, menciona el Colegiado que el Minem si tiene responsabilidad para reglamentar tal situación, en razón que el Convenio establece que "Los Estados deberán incorporar en sus legislaciones", es decir, el Minem al ser parte del Estado se encontraba facultado. • En el mismo sentido, considera que la falta de reglamentación de consulta previa, es atentatoria de los derechos de los pueblos indígenas y tribales y que si bien el Minem ha emitido cierta normativa, es necesario que la misma se adecue al contenido esencial del derecho a la consulta previa.
Fallo	Ordena al Minem que emita un reglamento que desarrolle de manera detallada el mecanismo de consulta previa. Exhorta al Congreso de la República a que culmine con el trámite de promulgación de la "Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido 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

	Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo".

Luego de esta sentencia, con fecha 12 de mayo del año 2011, se emite el Decreto Supremo Nº 023-2011-EM el que también estuvo sujeto a críticas, pues organizaciones indígenas consideraban que este decreto confundía el derecho de participación con el de consulta previa, asimismo consideraban que el poco tiempo establecido en cada etapa (un máximo de 20 días) no favorecía un verdadero espacio de diálogo.

Por estas razones, y bajo un contexto social bastante tenso- el que será materia de análisis en el siguiente apartado-, meses después se emite la Ley N° 29785

1.4.4 Ley N° 29785: escenario de promulgación

Mención aparte requiere el contexto en el que se dio esta Ley, pues fue en medio de un escenario de violencia y vulneración de derechos humanos, la autora se refiere al denominado “Baguazo”. Los antecedentes de este suceso datan del año 2007 cuando el entonces presidente del Perú, Alan García Pérez publicó un artículo de su autoría denominado “El síndrome del Perro del hortelano”(24) en el que hacía alusión de manera directa a la actividad de los pueblos indígenas dentro de su territorio; en sus líneas mencionaba que como consecuencia del <tabú de ideologías>, de la ociosidad y desidia (25) es que habían muchos recursos sin uso ni inversión, situación que evitaba que se genere empleo y productividad, creado en ese contexto la llamada ley del perro del hortelano, o en palabras del propio ex presidente de la República: "Si no lo hago yo que no lo haga nadie” (art. Cit). A su vez, cuestionaba la identificación de las comunidades campesinas, al señalar que “existen verdaderas comunidades campesinas, pero también

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 artificiales" […] que poseen gran cantidad de hectáreas, mismas que son inutilizadas porque su dueño es aparente, pues no tiene formación ni recursos, ocasionando así que sus habitantes vivan en extrema pobreza. Finaliza este artículo indicando que es un engaño de la demagogia que las tierras no pueden tocarse, y que es errónea la idea de considerar que el territorio es un objeto sagrado.

Esta publicación originó que lo pueblos y comunidades indígenas sientan una ofensiva frontal, ya que se estaba cuestionando su identidad indígena, cosmovisión y cultura.

Poco después de la publicación de este artículo, el entonces mandatario, volvió a transmitir otras dos redacciones de su autoría a las que denominó "El Perro del Hortelano" y "Receta para Acabar con el Perro del Hortelano" y siguiendo la línea del comentario inicial, explica su política inversionista y su afán de evitar el patrimonialismo en varios puntos, de los cuales, la autora ha identificado al punto tres y cuatro como los mayores cuestionamiento a la cultura de los pueblos originarios, pues señala que se debe liberar los bienes que el Estado no usa ni trabaja, a través de la Ley General del Sistema de Bienes Estatales (proyecto 491-2007), por su parte el punto cuatro indicaba que se abriría a la producción y al trabajo las áreas sin uso que tiene el país (26), ello implicaba que mediante un proyecto de Ley se pretendía permitir que las comunidades campesinas tomaran la decisión de vender o alquilar, recursos como el mármol. En conclusión se proponía en estas dos publicaciones que se otorgue la Amazonía en propiedad de inversionistas.

No obstante, tales críticas y propuestas se vieron materializadas en diciembre de ese mismo año, cuando el Poder Legislativo le otorgó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia del Tratado de Libre Comercio (en adelante TLC) con Estados Unidos

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 través de la Ley 29157 (27). Posterior a ello, el gobierno de Alan García Pérez promulgó seis decretos legislativos, siendo los más controvertidos los decretos 1064 y 1090 a fin de favorecer la aplicación del TLC con Estados Unidos.

Respecto al Decreto Legislativo N° 1064, en teoría aprobaba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario, no obstante la verdadera esencia de esta norma era variar las condiciones de la tierra agraria, situación que vulneraba derechos de identidad de los pueblos indígenas, tal como lo señaló la Defensoría del Pueblo (28) en su escrito de inconstitucionalidad, este decreto iba en contra de los parámetros establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en relación con los pueblos originarios, pues dicho Tribunal ya había señalado que los pueblos nativos tienen un régimen constitucional, ello implica la protección reforzada de sus tierras y el derecho a ser consultados sobre cualquier afectación.

Por su parte el Decreto Legislativo N° 1090, o también conocido como Ley Forestal y de Fauna Silvestre, también transgredía derechos fundamentales, pues permitía cambiar la categoría de patrimonio forestal de las tierras, cuando se trataba de "proyectos de interés nacional", a su vez, reducía en un 60%(29) el régimen forestal, esto implicaba que más de cuarenta y cinco millones de hectáreas de tierras quedaban fuera de esta categoría protegida; sin embargo, una de las vulneraciones más evidentes era que las concesiones se otorgaban por iniciativa privada.

Esta situación originó que los pueblos indígenas respaldados por organizaciones como AIDESEP y CONAP, iniciaran protestas por estos decretos.

Ante el silencio del Gobierno, en el año 2009 se inicia la huelga en la Amazonía, bloqueándose varias carreteras y la toma de Estación 6 de Petro Perú, posterior a ello, 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

establecieron varias mesas de diálogos que fueron insatisfactorias para los pueblos indígenas. Tras sesenta días de manifestación, el día cinco de junio en la denominada "Curva del Diablo", ubicada en las provincias de Bagua y Utcubamba, el Ministerio de Defensa, movilizó a miembros de la Policía Nacional del Perú a fin de desalojar a los manifestantes de la carretera. Se llevaron a cabo varios enfrentamientos que terminaron con el lamentable fallecimiento de diez pobladores indígenas y veintitrés policías. Después de estos actos de violencia y en el medio de declaraciones sumamente controvertidas en las que se señalaba que los pueblos indígenas eran adversarios del pueblo y que esta agresión era producto de una conspiración de quienes no querían que el Perú progrese(30) , se derogaron algunos decretos legislativos promulgados, mismos que no fueron consultados a los pueblos indígenas y se decidió abrir un proceso para institucionalizar mecanismos de diálogo con los pueblos originarios.

1.4.4.1 Instauración del mecanismo de consulta previa dentro de la legislación peruana

A propósito del cambio de gobierno, en el año 2011 el ex presidente Ollanta Humala promulgó la Ley N°29785, o también conocida como la Ley del Derecho a la Consulta Previa y un año después se aprobó su reglamento, la finalidad de esta Ley era garantizar el derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultadas frente cualquier medida que afecte su desarrollo de vida y de esa manera lograr un diálogo concertado entre Estado y sociedad.

Dentro de la misma Ley se otorga directrices para su cumplimiento, en ese sentido, primero se deben identificar los proyectos de desarrollo e inversión (objeto de polémica) así como los pueblos originarios que se podrían ver afectados, a través de sus instituciones u organizaciones representativas. Con posterioridad, se debe establecer un diálogo entre

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 Estado y estas comunidades nativas, y finalmente adoptar un acuerdo conjunto. En caso de fracasar el diálogo, dice la norma en artículo 15, será el poder Ejecutivo el encargado de adoptar medidas necesarias "de tal forma que no se afecte el derecho a la vida, la integridad y el pleno desarrollo" de los pueblos indígenas.

No obstante, tras ocho años de su implementación, algunas comunidades han manifestado su preocupación respecto a la forma en la que se está aplicando tal mecanismo, por lo que corresponde analizar de manera exhaustiva las causas que originan tales preocupaciones

1.5 Consulta previa, libre e informada en el Perú:

En el caso de nuestro país, el Convenio 169 de la OIT, fue ratificado por el Poder Legislativo el 17 de enero de 1994, entrando en vigencia un año después. Sin embargo, el mecanismo de consulta previa como tal recién fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2011; tal como la autora señalara en el primer capítulo; la implementación de esta Ley, fue como consecuencia de un grave problema social como fue el caso de “La Curva del Diablo” o también conocido como “Baguazo”

No obstante, pese a que han transcurrido ocho años desde su introducción al sistema jurídico peruano, hasta la fecha existe una brecha de implementación, que tiene como origen diversos motivos, como se pasará a explicar líneas adelante.

La ley N° 29785, establece que el proceso abarca las siguientes etapas:

1) Identificación de la medida a consultar, entendida esta como aquella tarea que tiene el Estado (31) de identificar cualquier medida, ya sea legislativa o administrativa que pudiera afectar de manera positiva o negativa a los pueblos originarios.

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) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados; esta etapa también le corresponde a la entidad estatal, la autora considera que esta fase es la de mayor complejidad, en razón a que uno de las elementos para identificar que una persona pertenece a una población indígena es precisamente su carácter subjetivo; en ese sentido, resulta de suma importancia tomar en cuenta la auto identificación de cada miembro, y a su vez ponderar elementos externos; tal como lo indicara el Art. 1 del Convenio 169 de la OIT, son pueblos aquellos cuyas condiciones culturales y sociales se distinguen de otros colectivos, a su vez se encuentren regidos por sus propias costumbres y tradiciones o que desciendan de pueblos originarios y finalmente aquellos cuya conciencia de su identidad sea un poblador indígena.

   De lo dicho anteriormente, se desprende que existen dos criterios al momento de identificar al pueblo pasible de afectación en caso se aprobara alguna medida, a saber: criterio objetivo y subjetivo (32).

   - Los criterios objetivos son (33): a) Continuidad histórica b) Conexidad territorial e c) Instituciones distintivas.
   - Respecto al criterio subjetivo, este se traduce en la auto identificación

   En el mismo sentido, el Viceministerio de interculturalidad (34) ha señalado características que deben ser tomadas en cuenta a fin de identificar a un pueblo originario; indicando así que no basta con autodenominarse “indígena” sino poseer una identidad como tal, así pues, la lengua al ser parte de una institución sociocultural es un fiel reflejo de su cosmovisión y por tanto permite transferir conocimientos. Aunado a ello, la organización social y política de un pueblo reconoce su continuidad histórica.

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 ese sentido, el Ministerio de Cultura ha identificado a cincuenta y cinco pueblos originarios, cincuenta y uno amazónicos y cuatro andinos, tal como se detalla a continuación:

PUEBLOS INDÍGENAS AMAZÓNICOS		
N.º	**Pueblo Indígena**	**Lengua**
1	Achuar	Achuar
2	Amahuaca	Amahuaca
3	Arabela	Arabela
4	Ashaninka	Ashaninka
5	Asheninka	Ashaninka
6	Awajún	Aguaruna
7	Bora	Bora
8	Capanahua	Capanahua

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	Cashinahua	Cashinahua
10	Chamicuro	Chamicuro
11	Chapra	Kandozi-chapra
12	Chitonahua	Yaminahua
13	Ese eja	Ese eja
14	Harakbut	Harakbut
15	Ikitu	Ikitu
16	Iñapari	Iñapari
17	Isconahua	Isconahua
18	Jíbaro	Achuar
19	Kakataibo	Kakataibo
20	Kakinte	Kakinte

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

21	Kandozi	Kandozi-chapra
22	Kichwa	Quechua
23	Kukama kukamiria	Kukama Kukamiria
24	Madija	Madija
25	Maijuna	Maijuna
26	Marinahua	Sharanahua
27	Mashco Piro	Yine
28	Mastanahua	Sharanahua
29	Matsés	Matsés
30	Matsigenka	Matsigenka
31	Muniche	Muniche
32	Murui-muinani	Murui-muinani

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

33	Nahua	Nahua
34	Nanti	Nanti
35	Nomatsigenga	Nomatsigenga
36	Ocaina	Ocaina
37	Omagua	Omagua
38	Resígaro	Resígaro
39	Secoya	Secoya
40	Sharanahua	Sharanahua
41	Shawi	Shawi
42	Shipibo-konibo	Shipibo-konibo
43	Shiwilu	Shiwilu
44	Tikuna	Tikuna

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

45	Urarina	Urarina
46	Vacacocha	Awshira (lengua extinta)
47	Wampis	Wampis
48	Yagua	Yagua
49	Yaminahua	Yaminahua
50	Yanesha	Yanesha
51	Yine	Yine

Pueblos indígenas andinos		
N.º	**Pueblo indígena**	**Lengua**
1	Aimaras	Aimara
2	Quechuas	Quechua

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	Jaqaru	Jaqaru
4	Uro	Uru

Tras evaluar todos los elementos anteriormente descritos, se procede a la siguiente etapa.

3) Publicidad de la medida a consultar, la medida a consultar, así como el Plan de Consulta debe ser entregada tanto a las comunidades campesinas y/o indígenas pasibles de una posible afectación y a su vez, debe ser publicada en la página web del Estado, la autora considera importante indicar que dicha publicidad se da en idioma español, lo que a su entender significa que esta espacio no está revestido de interseccionalidad, en razón a que como se mencionó líneas arriba una característica propia de estas comunidades es precisamente la lengua, por tanto resulta indispensable que el Plan de Consulta sea transmitido en el idioma originario de tales pueblos, a fin de evitar que exista alguna tergiversación del contenido publicitario.
4) Información, conforme el Artículo 18 del Reglamento de la Ley N° 29785 es función de los entidades promotoras el brindar la información correspondiente (implicancias y consecuencias) a los pueblos susceptibles de ser afectados. Para la comprensión adecuada de la medida consultada, es necesario que se le otorgue asistencia técnica, ello en un plazo entre 30 y 60 días.
5) Evaluación interna, luego de haber recibido la información pertinente, los pueblos y comunidades en un plazo máximo de 30 días, deberán comunicar por escrito 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

de manera oral a la entidad promotora si se encuentran de acuerdo o si plantean alguna propuesta de modificación a la medida consultada; en caso que dentro de este plazo no haya un pronunciamiento por parte de los pueblos, se entenderán que no se encuentran de acuerdo con la medida, por tanto se procede a la etapa de diálogo. (35)

6) Diálogo, esta etapa se lleva a cabo respecto a los puntos en desacuerdo, se da en un ambiente de interculturalidad, por lo que los pueblos tendrán derecho a usar su propia lengua; si en caso alguna de las partes desconociera el idioma, se recurrirá a intérpretes. Debido a que esta etapa se lleva a cabo en las instalaciones que la entidad promotora designe, será esta última la encargada de coberturar los viáticos respectivos.
7) Decisión, tras cumplir con todas las etapas anteriormente descritas la entidad promotora tendrá a su cargo la decisión respecto a la medida. Si durante el proceso las comunidades y pueblos no se encuentran de acuerdo con la medida consultada, podrán dejar constancia en el acta correspondiente.

El proceso previamente descrito, debe ser llevado a cabo junto con dos principios transversales rectores, como lo son el de buena fe y el de interculturalidad, ello para evitar que tales procesos se alejen de su objetivo principal, es decir lograr el consentimiento y en consecuencia se conviertan en mera formalidad.

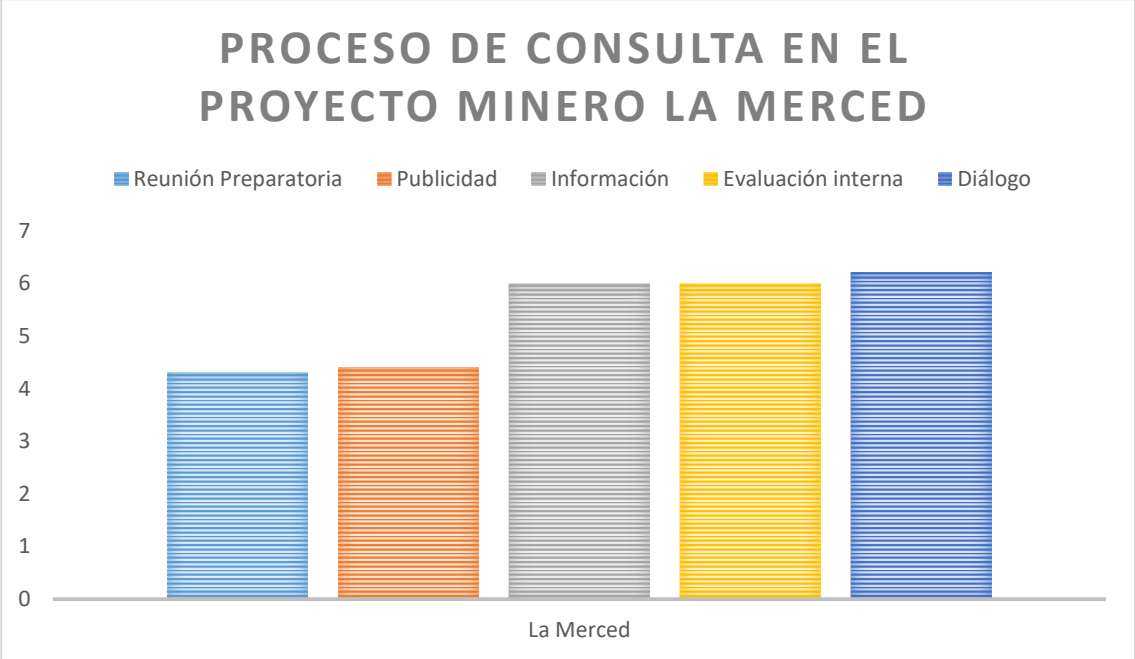
Respecto al principio de la buena fe, el mismo puede ser analizado desde dos aristas, por un lado la entidad promotora (El Estado) y por otro los pueblos y comunidades. Dentro de los deberes del Estado, se encuentra el de garantizar que durante todo el proceso no medie algún tipo de coerción, a su vez, garantizar que se brinde la información necesaria, dentro de la que se encuentra el Estudio de Impacto ambiental (en adelante EIA). En este

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

punto, la autora considera importante resaltar que el aspecto del plazo razonable también resulta contenido dentro de este principio, pues si bien, el reglamento de la Ley de Consulta Previa establece plazos máximos en las distintas etapas, no establece mínimos, lo que genera que en algunos casos, los procesos de consulta sean en cortos periodos de tiempo; tal es el caso del Proyecto extractivo La Merced, en el que el proceso se llevó a cabo conforme el siguiente detalle (36):



Fuente: Elaboración propia

En el proyecto en mención, tanto la etapa de información, de evaluación interna y la etapa de diálogo se realizó en menos de cinco días, pese a que el Reglamento establece un máximo de entre 30 y 60 días para la etapa de información y 30 días respectivamente para la etapa de evaluación interna. En ese sentido, se pronunció la Defensoría del Pueblo a través del informe N°003-2016-DP/AMASPPI-PPI (37) sobre el proceso de Consulta Previa del Proyecto de Exploración Minera la Merced, y realizó diversas observaciones,

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 por ejemplo sobre la metodología empleada en la etapa de información, indicó que pese a que en el auditorio se evidenciaba la presencia de adultos mayores, quienes emplean su idioma originario para comunicarse, la presentación solo fue traducida parcialmente al idioma quechua.

En la misma línea, respecto a la etapa de evaluación interna, la Defensoría indica que "**al igual que en otros proyectos**"- subrayado de la autora- se observa que la etapa de evaluación interna y la etapa de información se realizaron el mismo día (pese de contar con un máximo establecido como se señaló líneas arriba)

La situación descrita anteriormente, es una manifestación que en algunos procesos no se toma en consideración la relevancia que ostenta dentro del proceso de consulta previa, las etapas tanto de información como de dialogo interno; pues son en estos periodos en los que existe un contacto directo con los pobladores

Por otro lado, respecto al principio de interculturalidad, este busca garantizar que no exista algún problema de comunicación entre ambas partes, para ello es necesaria la presencia de traductores, a fin de garantizar que en el proceso se respeten las lenguas de origen.

En el mismo sentido, para asegurar la eficacia de este principio, los plazos son sumamente importantes, pues nos encontramos en un marco de diálogo intercultural, en el que es indispensable que se vea reflejada la cultura de estos pueblos, es decir, que tengan el derecho de preservar sus sociedades fuera de la sociedad dominante (38). Para lograr este ambiente, es trascendental que ambas partes tengan la disposición de colocarse en la posición del otro, a fin de entender los motivos de sus argumentos.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.5.1. Alcances de la Ley 29785, ¿Son las comunidades campesinas pasibles del procedimiento de consulta previa?

Si bien, con anterioridad a la promulgación de la Ley de Consulta Previa en el año 2011, existía un debate acerca de si las comunidades campesinas se encontraban contenidas dentro de la terminología de comunidades indígenas, con la promulgación de esta Ley, en cierto modo se puso punto final a tal incertidumbre, pues en su artículo 7 establece que: "Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios […]" es decir, les otorga una tratativa autónoma tanto a las comunidades campesinas, como a las comunidades indígenas. En efecto, el reconocimiento individual que le otorga el Legislador a las comunidades campesinas, tiene asidero en lo estipulado en nuestra actual Constitución Política, pues en el artículo 89 reconoce su derecho a la identidad cultural, ello en relación a la Ley General de Comunidades Campesinas (39), misma que en su artículo 2 las define como "organizaciones con existencial legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua".

Respecto a lo anterior, es menester recalcar que un sector tiene la concepción que el mecanismo de consulta previa, únicamente es aplicado a las comunidades indígenas, ello en razón a que las comunidades campesinas – en su mayoría- se encuentran en contacto con el mundo urbano; no obstante la Ley de Comunidades campesinas, al señalar que propicia el desarrollo de su identidad cultural, les reconoce diversidad cultural, criterio establecido por la OIT a fin de ser considerados pueblos indígenas (40).

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 modo de conclusión, se puede afirmar que en primer lugar el Estado peruano incorporó de manera tardía dentro de su legislación, lo establecido en el Convenio 169 de la OIT (la instauración del mecanismo de consulta previa), ello originó diversos problemas sociales, como fue el caso de "la Curva del Diablo".

Por otro lado, dentro de los alcances de la Ley N°29785, no sólo se encuentran los pueblos y comunidades indígenas, sino también las comunidades campesinas; esta ley de carácter especial se da además, por la especial protección que requieren estas comunidades, como se desarrollará en el capítulo siguiente.

1.5.2 Instrumentos de Gestión Ambiental

Los instrumentos de gestión ambiental cobran un rol de suma importancia dentro del procedimiento de aprobación de un proyecto de índole extractiva, pues conforme la Ley Nº 27446 (Ley del Sistema Nacional de Evaluación Ambiental) – en adelante SEIA- y su reglamento, ante cualquier proyecto de desarrollo pasibles de generar afectaciones negativas al medio ambiente, deben de contar con una certificación ambiental. En ese sentido, los instrumentos exigidos por el SEIA son:

1.5.2.1. Estudio de Impacto Ambiental (EIA)

Conforme el Servicio Nacional de Certificación Ambiental (SENACE) el EIA es un instrumento de gestión ambiental que contiene una descripción de la actividad propuesta y de los posibles impactos tanto positivos como negativos, a su vez permite identificar probables medidas destinadas a mitigar los daños que se pudieran originar como consecuencia del proyecto de inversión planteado. Así lo señala la declaración de Rio del año 1992, conforme al Principio 17, establece que el EIA tiene calidad de instrumento

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

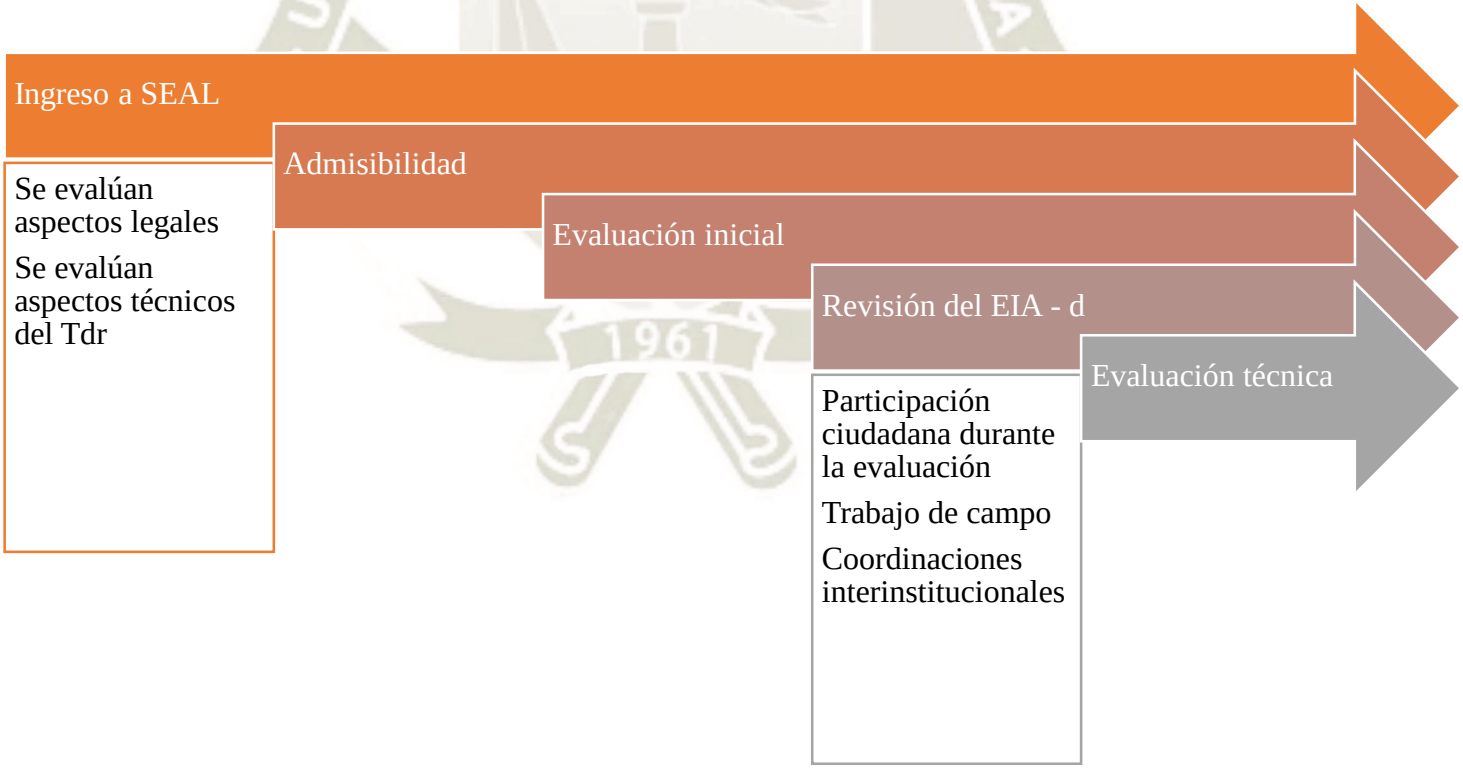
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

nacional y que debe ser aplicado ante algún posible daño ambiental y se encuentra sujeto a la autoridad nacional competente.

La finalidad de la realización del EIA, es precisamente contribuir con el óptimo desarrollo de la actividad propuesta, pues permite que las personas que se encuentren dentro de los territorios que podrían ser afectados, posean la información necesaria a fin que puedan participar en todas las etapas pertinentes.

1.5.2.2. Estudio de Impacto Ambiental semi detallado (EIA – d)

Se aplica cuando se prevé que existirá impactos significativos ante el desarrollo de la actividad propuesta, por tanto, requiere de la aprobación de varias etapas, como se explicará a continuación.



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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.5.2.3. Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-sd)

Su aplicación tiene lugar cuando se propone la realización de proyectos que no van a implicar probables daños moderados y que puedan ser mitigados a través de la adopción de medidas positivas.

1.5.2.4. Ficha Técnica Ambiental (FTA)

Conforme el artículo 41, 42 y 44 del DS N° 042-2017-EM, la FTA es un instrumento de gestión ambiental que se aplica para aquellos proyectos que prevé impactos negativos no significativos, es decir, hasta 20 plataformas de perforación o si se encuentra ubicado el proyecto a más de 100 metro de protección de bosques.

El solicitante debe acreditar la ejecución previa de un taller previo participativo.

Tal instrumento se encuentra sujeto a aprobación, en un plazo máximo de 10 días hábiles, en caso de existir observaciones y luego de haberlas subsanado, se procede a remitirlo a la OEFA.

1.5.2.5. Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA)

Es aquel instrumento que contiene la identificación de los posibles daños, así como aquellas acciones destinadas a la mitigación de vertimientos al medio ambiente.

Es un requisito indispensable para aquellas operaciones que se encuentren enmarcadas dentro de la Categoría II y III.

1.5.3 La Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente para la Aplicación del Derecho a la Consulta

Precisamente con la intención de hacer seguimiento a los procesos de consulta previa, en el año 2013 el Poder Ejecutivo creó la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente

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 del Derecho a la Consulta, mediante el Decreto Supremo Nº 021-2013-PCM, el que en su artículo 3, establece las funciones de esta Comisión dentro de las que se encuentra a) Evaluar las políticas gubernamentales orientadas a la implementación de la Ley N° 29785 b) Proponer normativas, destinadas a mejorar la aplicación actual del mecanismo de consulta previa c) Establecer mecanismos de cooperación entre la población indígena y la población civil d) Otras funciones orientadas a cumplir el objeto del decreto.

Con fecha 24 de julio del 2016, a través del Decreto Supremo 052-2016-PCM, se limita las funciones de la Comisión y se reduce al seguimiento de la implementación de los acuerdos logrados en los procesos de consulta**.** Aunado a esta observación, en junio del presente año la Defensoría del Pueblo ha manifestado su preocupación respecto a la efectividad de esta Comisión, pues no ha sesionado desde el año 2017.

De lo anterior se evidencia que en efecto, la Comisión creada por el Ejecutivo, constituye un elemento óptimo para coadyuvar a la correcta aplicación del mecanismo de consulta, pues podría actuar como suerte de un ente regulador, sin embargo a la fecha no se encuentra funcionando de manera activa.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPITULO II: ESPECIAL PROTECCIÓN HACIA LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES CAMPESINAS

Sobre las especiales características de las comunidades indígenas

Nuestro país posee el 24% de población indígena, con un total de siete millones (41), por tanto el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas positivas que garanticen el adecuado desarrollo de los pobladores originarios, más aún cuando además de ser parte de la denominada "categoría sospechosa" también pertenecen a una población vulnerable.

2.1 Los pueblos indígenas como población vulnerable:

Para hablar de vulnerabilidad es necesario remitirnos a los estándares establecidos por la Corte Interamericana, a razón que este Tribunal ha definido ampliamente su significado, en ese sentido para este órgano la vulnerabilidad implica el análisis de las características propias de la persona, así como las circunstancias por las que atraviesa.

Para la Red de Estudios Sociales en Prevención de Desastres en América Latina (42) solo es posible hablar de vulnerabilidad cuando existe una probable amenaza, frecuente e intensa. Respecto al factor de amenaza, la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-1026 del año 2002, estableció que se deben considerar cinco elementos, a saber:

a) Realidad de la amenaza, ello implica que la amenaza haya sido manifestada a la víctima y pueda ser objetivamente corroborada, es decir no debe ser un miedo ficticio.

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) La individualidad de la amenaza, se requiere que la amenaza haya sido dirigida contra un sujeto o contra un grupo determinado o determinable de personas; esto en razón para que proceda la intervención del Estado.

c) La situación específica del amenazado, se debe tener en cuenta los aspectos subjetivos que rodean al peticionario y de esa manera determinar si se encuentra en situación de vulnerabilidad y si en consecuencia sus derechos fundamentales corren un riesgo superior de ser violados en relación con el resto de la población.

d) El escenario en el que se presentan las amenazas, en este punto se debe tener en cuenta las características del escenario y verificares probable que aumente el riesgo real.

e) Inminencia del peligro, es decir la autoridad competente debe verificar que la amenaza sea individualizada y que se presente en una zona de presencia activa de los grupos insurgentes, aumenta la probabilidad de su ocurrencia.

Es decir, para la Corte Constitucional colombiana, hablamos de vulnerabilidad cuando un mismo hecho afecta de manera superlativa a un determinado grupo, con base a características tanto personales como circunstanciales. En el mismo sentido, para la Corte Interamericana a través de la Opinión Consultiva N° 18, señala que la vulnerabilidad viene de la mano con la violación al principio de igualdad; si bien la citada opinión desarrolla ampliamente la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (43), la traigo a colación pues establece que la condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales) (44) .

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 Principio de igualdad y no discriminación en relación de personas en situación de vulnerabilidad:

La Corte Interamericana ha señalado que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el principio de la igualdad y no discriminación, al tener este un carácter fundamental (45), ello en beneficio de todos sus ciudadanos. En el mismo sentido, conforme la sentencia N° 0045-2004-AI del Tribunal Constitucional, indica que en primer lugar la igualdad consagrada constitucionalmente en el artículo 2 inciso 2, posee una doble condición, por un lado es un principio y por otro, un derecho fundamental.

Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico; y como derecho fundamental, en cuanto constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto implica, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario (46). En palabras de Ferrajoli, la igualdad quiere decir que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales (47) , mientras que las diferencias en términos descriptivos reconoce que entre las personas hay diferencias, las cuáles están dadas por su identidad y circunstancias contextuales.

En consecuencia, para garantizar el principio de igualdad, tal como lo señalara la Corte Interamericana, mediante la ya citada opinión consultiva N° 18 “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación

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 ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales (48)"

Por lo tanto, resulta relevante determinar el concepto de discriminación, el que fuera definido por el Comité de derechos humanos de la ONU a través de la Observación General N°18 como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas" (49).

En el caso de los pueblos indígenas se encuentran expuestos a una mayor fragilidad física y social la que los coloca en una posición de desventaja frente al resto de la población. En efecto, hablamos de fragilidad física cuando un determinado grupo de personas posee características comunes que les son exclusivas (50), por ejemplo, en el caso de los pueblos indígenas su fragilidad física está dada por su identidad étnica y cultural minoritaria, pues han sido apartados de sus tierras, sus tradiciones y su modo de vida; en algunos lugares han sido víctimas de políticas nacionales etnocidas, que han originado la pérdida de su identidad. (51)

Por otro lado, respecto a la fragilidad social es definida como el conjunto de características económicas, jurídicas, políticas, entre otras, de un individuo o grupo de individuos que lo ponen en situación de desventaja en un momento dado. De hecho, la fragilidad social es altamente sensible a las políticas públicas del Estado y su

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

transformación (52) , en este caso, la fragilidad social de los pueblos indígenas aumenta debido al nivel de intolerancia institucional del Estado donde se encuentren (53).

En ese sentido, los pueblos originarios se encuentran expuestos a una situación de desprotección frente a sectores dominantes (54), debido a que muchas veces son despojados de sus tierras y son colocados a territorios totalmente ajenos; y si bien en algunos casos no son desplazados, no terminan siendo reparados adecuadamente; no obstante la situación descrita data de muchos años atrás, como se mencionó líneas arriba, los pueblos indígenas desde la época de la colonización han sido discriminados; por tanto también pertenecen a la población denominada "categoría sospechosa".

2.1.2 Pueblos indígenas y tribales, pertenecientes a una categoría sospechosa

Este término – categoría sospechosa- ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, como por ejemplo en el caso Toyosaburo Korematsu v. United States (55) este caso se dio como consecuencia del ataque de Pearl Harbor, pues el presidente de Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, emitió la orden ejecutiva 9066 mediante la cual, para evitar acciones de sabotaje y espionaje, autorizó a las Fuerzas Armadas a remover a las personas que considerara conveniente de áreas sensibles del país y a trasladarlas a centros de internamiento (56). En ese contexto, Fred Korematsu descendiente de madre japonesa decidió continuar con su vida como ciudadano estadounidense, por lo que fue arrestado y acusado de violar tal orden ejecutiva, situación que ocasionó que fuera colocado en un campo de internamiento. Como consecuencia de ello, la Corte Suprema señaló que para empezar toda restricción legal que disminuye los derechos civiles de un solo grupo racial son

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

inmediatamente suspicaces, y por lo tanto deben estar sujeta a un "escrutinio estricto" (57) ; este criterio ha sido adoptado entre otras, por la Corte Interamericana de derechos humanos, por ejemplo en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile, grosso modo los hechos del caso en mención inician cuando Karen Atala Riffo, quien ostentaba la tenencia de sus tres menores hijas, luego de haber finalizado su matrimonio entabla una nueva relación sentimental con Emma Ramón; ante ello el padre de las menores interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarica, misma que fue rechazada, luego de varias apelaciones la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso y le concedió la tuición al padre indicando que "aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendidas sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirles por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas"(58). Respecto a ello, la CIDH manifestó que "ya existe un consenso por parte de los Estados en reconocer que la discriminación en razón de orientación sexual se encuentra prohibida, y que en el derecho constitucional comparado se ha acudido a la figura de "categoría sospechosa" y, consecuentemente, se ha aplicado un escrutinio estricto a casos relacionados con la orientación sexual (59)"; ello en respuesta a lo alegado por el Estado chileno, el que refería que aún no existía un acuerdo en los Estados respecto al respeto pleno de los derechos de las minorías sexuales; en el mismo sentido la Corte Idh, señaló que esta presunta falta de un consenso interior no puede ser argumento válido para negarles o restringirles 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

derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido" (60).

En efecto este término también ha sido acogido por cortes regionales, como por ejemplo la Corte Suprema de Argentina en el proceso de conocimiento respecto a la provincia del Chaco, en la que otorgó una medida cautelar ordenando al Estado nacional y a la provincia del Chaco la provisión de agua potable y alimentos a comunidades de pueblos originarios que habitaban una región de esa provincia fectada por una emergencia extrema, así como la provisión de medios de transporte y comunicación adecuados hacia los puestos sanitarios (61).

Esta decisión se da por la particular vulnerabilidad que poseen los pueblos indígenas, que por sus características puede constituir una categoría sospechosa de discriminación, pues como se viene explicando, históricamente han sido segregados, en tanto existe una situación de omisión o acción insuficiente por parte de los poderes públicos. Tal conducta estatal debería ser evaluada a la luz del escrutinio estricto (62).

De la medida anteriormente adoptada por el Estado argentino, se desprenden que existen características particulares en una población indígena que justifican el enfoque diferencial que merecen y es en razón a ello que requieren un trato singular en las políticas públicas, debido a las necesidades diferenciales de atención y protección que necesitan, además que el accionar estatal en su conjunto debe buscar la protección de los derechos individuales y colectivos de los grupos étnicos (63).

Esto ha sido reconocido por la Corte Constitucional Colombiana en su *Sentencia T-349/96* donde afirma que los elementos que distinguen a un grupo minoritario y étnico, gira en torno al concepto de cultura, concebida como el conjunto de creaciones

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 comportamientos colectivos, que diferencia a un grupo humano (64). En el caso de la poblaciones indígenas se ve reflejado en elementos como: i) Cosmovisión ii) Lengua iii) Territorio iv) Identidad Cultural y la v) Esperanza de vida (65).

i) Cosmovisión: la Corte IDH observa que la identificación cultural está basada en sus propias cosmovisiones, y estas deben ser especialmente reconocidas y respetadas en una sociedad democrática (66); dicho término es definido por Villela F. Samuel como el elemento que da un sentido y coherencia a una forma de vivir y pensar (67). Como se viene señalando, uno de los elementos que el criterio de la Corte IDH, en el C*aso Xákmok Kásek vs. Paraguay*, este Tribunal determinó que el uso de los recursos naturales engloban una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo de las Comunidades Indígenas(68), que éstos se constituyen como "elementos integrantes de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural" (69).

ii) Lengua: Sobre este punto, cabe traer a colación que la Corte IDH (70) reconoció que la lengua es uno de los elementos más importantes de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura (71), iii) Territorio: Como lo ha reconocido la Corte IDh (72) , la importancia del territorio y propiedad para las comunidades indígenas radica en que más allá de su producción; su territorio comprende elementos culturales, de integridad e incluso espirituales (73) y su descuido acarrea consecuencias perjudiciales para el grupo (74) ; iv) Identidad cultural: En el Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade de la Corte IDH en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* el magistrado señala que la identidad cultural es un componente o agregado del derecho fundamental a la vida 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

su amplia dimensión. En lo que concierne a los miembros de comunidades indígenas, la identidad cultural se encuentra estrechamente vinculada a sus tierras (75).

v) Esperanza de vida: Ahora respecto a este punto es preciso señalar que según el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas (76), la esperanza de vida de las comunidades indígenas es más corta y existe una baja calidad de los servicios médicos, realidad que no es ajena a los países desarrollados (77).

2.2 La consulta previa como derecho fundamental:

Conforme la Declaración y Programa de Acción de Viena (78) , los Estados deben tomar medidas afirmativas acordadas entre Estado y sociedad, mismas que deberán alinearse con el derecho internacional, "a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y de esa manera reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social". Es decir, para salvaguardar la preservación de las comunidades tanto indígenas como campesinas, el eje fundamental es la consulta previa (79). En efecto, este mecanismo constituye un derecho mediante el cual se busca proteger la real voluntad de los pueblos indígenas, así como asegurar su integridad, supervivencia y vida digna acorde a sus costumbres y tradiciones.

Este derecho tiene raigambre histórica, pues desde la época de la Colonización se relegaba e incluso maltrataba a la población indígena, por ejemplo en el caso de la Amazonía, a las personas pertenecientes a estas comunidades se les torturaba a fin que "confesaran" donde se encontraba El dorado (80) y de esa manera poder extraer los minerales que en sus tierras se encontraban. Así, en el caso de nuestro país en la época del Auge del caucho la actividad extractiva tuvo consecuencias perjudiciales para los pueblos indígenas (81),

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

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

pues las personas que no se encontraban de acuerdo en la manera en cómo se llevaba a cabo los procesos extractivos eran asesinadas.

Con los eventos anteriormente descritos, este mecanismo de consulta previa, busca reparar las violaciones de derechos humanos, de los que fueron sujetos los pueblos originarios.

A su vez, el derecho de consulta tiene asidero en el derecho a la vida consagrado en el art. 2.1 de nuestra Constitución Política y en el art. 4 de la CADH. El derecho a la vida tiene dos vertientes (82) , por un lado un aspecto negativo, que implica un "no hacer" por parte de los Estados, es decir no privar arbitrariamente de la vida a una persona y una vertiente positiva, que importa que se adopten medidas positivas que garanticen el derecho de las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción, tal como lo estableciera la Corte IDH en el caso Yakye Axa en dónde indica que en su rol de garante el Estado debe incorporar medidas compatibles a asegurar la vida digna, especialmente cuando se trate de poblaciones vulnerables (83). En ese mismo caso, el Tribunal indicó que en el caso de los pueblos indígenas los derechos mínimos que debe garantizar son el de salud, trabajo, vivienda y educación diferenciada (84). Y justamente estos derechos pueden verse afectados cuando se fuerza a estos grupos a dejar sus tierras.

En este punto es preciso hacer hincapié en que si bien la consulta previa es relacionada con proyectos de inversión, este mecanismo debe aplicarse frente a cualquier medida que afecte a los pueblos originarios, e incluso cuando estas acciones resulten beneficiosas para estos pueblos, por ejemplo el otorgamiento de agua, pues constituye una garantía de protección.

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 Derecho a la Propiedad Comunal

En relación con lo anterior, es menester indicar que si bien el derecho a la consulta previa, se encuentra íntimamente relacionado con la protección al territorio y propiedad comunal, no son los únicos derechos tutelados, como será desarrollado posteriormente,

Dentro de los derechos fundamentales que se encuentran consagrados en nuestra Constitución, se encuentra contemplado el derecho a la propiedad; el que a su vez configura un elemento del régimen económico que rige a nuestro país, en esa línea el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia N° 2727-2002-AA/TC ha señalado que "la propiedad es uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo constitucional económico"(85). No obstante, este derecho se encuentra sujeto a límites como lo son la seguridad nacional y necesidad pública; dichos límites, responden a la función social de este derecho.

En el caso específico del derecho a la propiedad, este influye muchas veces en la realización de un bien común, en ese sentido en la sentencia N° 008-2203-AI/TC el Tribunal indica que es fundamental que el propietario reconozca que la función social es indispensable a fin de armonizar el derecho de propiedad individual con el bien común, lo que se ve estrechamente relacionado con el interés general (86).

Justamente el interés general, es el elemento invocado la mayoría de veces al plantear un proyecto de índole extractiva, no obstante cuando nos encontramos ante la posibilidad de restringir el derecho a la propiedad de comunidades indígenas, se debe analizar otros factores. En efecto, conforme lo señalado por el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia N.º 00024-2009-PI los pueblos originarios canalizan sus derechos individuales y colectivos (87) mediante el uso de sus tierras, específicamente desde la óptica 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

propiedad comunal, o en palabras del ex Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya "superando la dicotomía de derechos y deberes de Estados e individuos, los pueblos indígenas han demandado y articulado sus derechos humanos en términos de derechos colectivos" (88)

En la misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) establece que cuándo se trata de pueblos originarios, el artículo 21 de este instrumento (derecho a la propiedad) tiene alcances distintos pues se debe considerar y salvaguardar la estrecha relación que existe entre los miembros de una comunidad con sus tierras y los recursos que allí se encuentran(89). Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) considera que este artículo protege el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en un sentido comunal, por tanto dos elementos integrantes de este derecho son la cultura y la cosmovisión que poseen los miembros integrantes de tales pueblos, estas implican una forma de vida de ser, ver y actuar en el mundo construida a partir de la vinculación que tienen con sus tierras; o dicho en otras palabras su identidad cultural (90).

Por ejemplo, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, la Corte precisa que las personas indígenas poseen una forma comunitaria de propiedad, ello en razón a que la relación que mantienen con la tierra que habitan debe ser comprendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y economía; lo que trasciende al mero hecho de posesión. (91)

Así también en el caso de la comunidad Yakye Axa, ubicada en el chaco paraguayo, el Ttribunal Interamericano estableció que tanto la propiedad privada de los particulares

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 la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. (92)

En el mismo sentido se pronunció nuestro máximo intérprete de la Constitución al señalar que la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el concepto clásico de "propiedad" sobre el que se basa el Derecho Civil, en razón que para los miembros de estas comunidades, la tierra no es sólo un bien económico y material, sino que tiene un significado espiritual y cultural; debido a que en estos lugares desarrollan sus creencias y formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación (93).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Organización Internacional de Trabajo (OIT) por intermedio del Convenio 169, específicamente el artículo 14 ha otorgado directrices que los Estados deben adoptar a fin de proteger los derechos de propiedad de los pueblos originarios y de esta manera determinar las tierras que ocupan tradicionalmente, dentro de los cuales se encuentra el mecanismo de consulta previa.

2.4 El mecanismo de Consulta previa fortalece los derechos económicos, sociales y culturales

Ahora bien, el mecanismo de consulta no está únicamente relacionado con los derechos de vida y propiedad, sino también con el derecho de participación, identidad cultural y vivir en un medio ambiente adecuado, tal como lo señalara la CIDH en el Informe de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales (94).

En ese sentido, tal mecanismo, también constituye una garantía para el pleno cumplimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (este último será desarrollado posteriormente) entendiendo dentro de estos, el derecho a la vivienda,

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 alimentación, el derecho a la salud, al agua, y a la vida cultural de los pueblos originarios y campesinos en específico.

Así, sobre el derecho a la vivienda de los pueblos indígenas, y comunidades campesinas la Observación General N° 7 del Comité DESCA consideró que en efecto, este sector de la población se encuentra en una especial situación de vulnerabilidad frente a las prácticas de desplazamientos forzados, en el marco de proyectos de índole extractiva. Lo anterior se relaciona con lo establecido por el Convenio 169, que en su artículo 16.2, establece que "Cuando excepcionalmente 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"

Sobre la alimentación en relación con la accesibilidad física, la Observación General N° 12 del mismo Comité indica que la alimentación debe ser asequible a todos, incluido a los individuos físicamente vulnerables (95).

Respecto al derecho a la salud la Observación General N° 14 indica "que los pueblos indígenas tienen derecho a que se aplique un tipo de medicina ancestral que respete su identidad cultural, por ejemplo el uso de medicinas tradicionales y prácticas curativas, en el mismo sentido, los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas disfruten del más alto nivel posible de salud física y mental; por tanto debe protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de tales pueblos. A su vez, este Comité indica que en el caso particular de las comunidades indígenas, el derecho a la salud tiene una doble dimensión: individual y colectiva, las que se ven íntimamente relacionadas, pues la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en conjunto, por consiguiente la pérdida de los

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 esas poblaciones y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones (96).

2.5 Derecho a un medio ambiente sano, derecho al agua en relación con las comunidades indígenas y campesinas

El derecho a un medio ambiente sano ha sido abordado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte IDH, en relación con otros derechos, como lo son el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, el acceso a la información y derechos políticos.

En ese sentido, indica Eduardo Ferrer Mac-Gregor que la protección al medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido mayor presencia a través del artículo 21 de la CADH (97), también ha sido relacionado con el derecho a la vida digna en relación con el deber de garantía de los Estados. (98)

Así por ejemplo en el caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros contra Honduras la Corte IDH estableció que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a la conservación y protección de su medio ambiente y de la capacidad productiva de sus territorios y recursos naturales (99) , sin embargo en ese caso en particular, el Tribunal Interamericano, no declaró vulnerado de manera autónoma tal derecho –pudiendo hacerlo a través de los derechos económicos, sociales y culturales-. Es hasta el *Caso Lagos del Campo vs Perú* que la Corte declara vulnerado de manera autónoma el mencionado artículo (100), es a partir de este precedente que los derechos derivados del art. 26 pueden ser justiciables de manera directa a través del mecanismo de peticiones individuales ante el SIDH (101) . En ese sentido, dentro de este artículo, se encuentra el derecho a un medio ambiente sano, esta (102) idea ha sido confirmada por la misma Corte IDH en la Opinión Consultiva 23, reconociendo así su justiciabilidad (103), y de 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

jurisprudencial en el Caso *Pueblos Kaliña Y Lokono vs. Surinam (104)* , remitiéndose al artículo 11 del protocolo de San Salvador

En esta línea de ideas la Corte IDH en uno de los primeros pronunciamientos relacionados con la protección de los Derechos Ambientales a la luz de la CADH, ha considerado pertinente establecer la relación entre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente para posteriormente hacer referencia a aquellos derechos humanos que se ven afectados por la degradación ambiental (105).

Respecto del derecho al acceso a la información, el Acuerdo de Escazú en su artículo 2, la define como aquel derecho de participación en la toma de decisiones de asuntos ambientales, incluido riesgos ambientales así como impactos que puedan afectar tanto al medio ambiente como a la salud; asimismo, en el artículo 5 del mencionado instrumento, se menciona que este derecho comprende:

a) Solicitar y recibir información sin mediar causa alguna de justificación a las autoridades competentes.
b) Ser informado de forma inmediata si la autoridad competente posee la información solicitada
c) En caso no se otorgue la información requerida, que se le otorgue al solicitante los requisitos para poder impugnarla.

Ahora bien, existen excepciones en cuanto a este derecho, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 5.6 de tal acuerdo y señala que:

a) La información puede ser restringida cuando la divulgación de la misma pueda poner en riesgo la vida o seguridad de alguna persona.
b) Cuando se pueda afectar la seguridad nacional.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

c) Cuando su publicación ponga en riesgo el medio ambiente.

Tales excepciones deben satisfacer el principio de legalidad.

Por otro lado, este Tribunal al establecer la relación entre los derechos humanos y el derecho a un medio ambiente sano; ha resaltado que la degradación del mismo puede causar daños irreparables en los seres humanos (106), por lo cual el derecho a un medio ambiente sano en su *i) dimensión colectiva*, es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad., como interés universal y en su *ii)dimensión individual* hace referencia a la innegable relación entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos como la vida e integridad (107).

Es así que diversos entes internacionales como la Asamblea General de la OEA (108), el TEDH (109), la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (110), hacen referencia a la estrecha relación entre ambos de tal manera que la afectación de los derechos ambientales conlleva a la vulneración de derechos humanos.

De la misma manera tanto el Consejo de Derechos Humanos (111) como la CIJ (112) resaltan que el medio ambiente representa un espacio vital el cual le permite a los seres humanos desarrollarse y por ello este debe tener un ambiente propicio.

Dada la importancia de los derechos ambientales, durante los últimos años diversos países de la región como Perú (113) , Colombia (114), Brasil (115), Ecuador (116)y Venezuela (94) en razón al diálogo jurisprudencial y al principio de *progresividad* de los DESCA, le han otorgado un rango constitucional.

Ello fue plasmado en la Declaración de Estocolmo, de la cual nuestro país es signatario, en donde se estableció que “el desarrollo económico y social es indispensable 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

asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida" (118)

Lo anterior, fue ratificado por la Opinión Consultiva ya mencionada , e indica que con la protección directa al derecho a un medio ambiente sano se busca proteger la naturaleza no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos (119).

Dicho lo anterior, es importante señalar que nuestro país no es ajeno a la protección ambiental -de manera formal-, pues en el año 2005, fue publicada la Ley N°28611 "Ley General del Ambiente" cuyo objetivo es asegurar el efectivo ejercicio del derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida (120); con posterioridad el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia N° 03343-2007-PA/TC estableció que el medio ambiente sano debe ser entendido como como la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación (121).

En la sentencia en mención el Tribunal hizo especial énfasis en la importancia del procedimiento de consulta previa, como un mecanismo que contribuye a la protección del medio ambiente. Por tanto, es menester analizar en el próximo capítulo, la Ley de Consulta Previa, así como estándares de la región e internacionales.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPITULO III: CONTROVERSIAS Y PROPOSICIONES ENTORNO AL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN EL SECTOR MINERO

3.1 La Consulta Previa en el sector minero

El presente trabajo de investigación está dirigido a estudiar la aplicación de la consulta previa en el sector minero, en ese sentido, resulta importante empezar definiendo que se entiende por el término *concesión minera* , para luego analizar la manera en como se está llevando a cabo el mecanismo actualmente y finalmente examinar los desafíos actuales, que constituyen una brecha de implementación.

3.1.1. Naturaleza de la concesión minera:

En palabras de Martin Belunde, la naturaleza de la concesión minera es que es un acto jurídico administrativo mediante el cual se autoriza realizar una actividad exploración-desarrollo-explotación (122), mismo que busca satisfacer un interés público así como un interés privado. En el mismo sentido, señala Enrique Lastres “las concesiones nacen de un acto administrativo, regulado por normas de orden público que expide y administra el Estado (123)”

3.1.2. Características de la Concesión minera (124):

Señala Martin Moreyra, que algunas de las características de la concesión minera son:

a) Es una manifestación de la soberanía del Estado sobre los recursos naturales de la nación, pues es un acto unilateral.
b) No es un acto arbitrario, dado que para poder otorgarse, el Estado se debe ceñir a lo establecido en el Capítulo II de la Ley. General de Minería (D.S. Nº 014-92-EM)

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

c) Tampoco es un contrato, a razón que no existe una negociación de por medio entre el peticionario y la autoridad encargada de otorgar la concesión, a su vez ambas partes deben respetar lo estipulado en la Ley, y finalmente, las partes involucradas carecen de voluntad.

d) De acuerdo al artículo 10 del TUO de la LGM, la concesión tiene carácter irrevocable que solo queda sin efecto mientras se incurra en las causales de extinción que la Ley establece.

e) No es un usufructo, ya que conforme lo señalado en el artículo 999 del Código Civil, a través de esta figura se concede a una persona el derecho de usar y disfrutar un bien que le es ajeno de manera temporal, sin poder modificarlo sustancialmente; sin embargo, en el caso de la concesión, el derecho del concesionario es indefinido e irrevocable, además necesariamente para poder extraer los minerales allí ubicados se debe transformar el yacimiento.

f) Tampoco se puede decir que la concesión se asemeja al derecho real de propiedad, debido a que si bien es cierto que el concesionario tiene derecho de explorar y explotar el yacimiento, no es propietario del mismo, ni del suelo o subsuelo, el Estado es quien ostenta tal dominio.

g) Se puede clasificar dentro de la categoría de un bien inmueble, a tenor de lo señalado en el artículo 885 del Código Civil, del que el concesionario es titular.

h) Posee un carácter divisible, pues puede ser fraccionada a cuadriculas no menores a cien hectáreas en un sentido vertical, como consecuencia de la solicitud presentada por el concesionario.

i) Es un derecho real sui generis, ya que puede ser materia de contratos de opción, de transferencia, de cesión y de hipoteca minera; a su vez, puede ser pasible 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

ser heredada, puede estar sometida a la figura de la permuta, la adjudicación en pago y compra-venta , también puede ser embargada, y finalmente rematada. En conclusión, la concesión minera otorga varios derechos reales en favor del concesionario.

3.2 La Controversia alrededor de la propuesta de consulta del Estudio de impacto ambiental

Phillippe Sands señala que para garantizar una eficaz política ambiental se deben tomar acciones de protección ambiental de manera temprana (125); ello en concordancia con lo establecido en el Principio 17 de la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, firmada en 1992, mismo que señala que "deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente". En ese sentido, el Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EIA) constituye un elemento sin el cual no se puede dar inicio a un proyecto de inversión, en razón a que en ese documento se describe de manera detallada las características del proyecto, así como las medidas de mitigación, reparación y/o compensación.

No obstante, pese a la importancia del EIA, ha sido definido como un acto administrativo no sujeto a consulta, ello con base a lo establecido en el artículo 6 del Convenio Nº169 de la OIT, que establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados, "cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" ello se relaciona con lo establecido en el artículo 3 del Reglamento de la Ley 29785, que 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

su literal i) señala que se entiende por medidas administrativas las normas reglamentarias de carácter general que faculte el inicio de la actividad o proyecto y que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas; en efecto, se entiende por afectación directa, conforme a lo establecido en el literal b) del mismo artículo, aquel acto que puede producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos. En la misma línea, menciona Agustín Gordillo, que los efectos deben surgir del mismo acto (126); en ese sentido, se podría decir que el EIA no causa efectos inmediatos sobre una población, pues para que se dé inicio a la actividad es necesario haber obtenido otros títulos habilitantes.

Aunado a ello, es menester recalcar que tal como se mencionó líneas arriba el 22 de diciembre del año 2017, se aprobó el Decreto Supremo N° 042-207-EM, mismo que entró en vigencia el 25 de marzo del 2018, el que trajo consigo la incorporación de la Ficha Técnica Ambiental (FTA), tal decreto precisamente buscaba elevar los estándares en cuanto a protección ambiental y participación ciudadana, tal instrumento será aplicado para aquellos proyectos que posean de 1 a 20 plataformas de perforación, es decir para aquellos que no tengan un impacto significativo; y para los proyectos que posean hasta 40 plataformas, se aplicara la Declaración de Impacto Ambiental (en adelante DIA). En ese sentido, en su artículo 38, este Decreto establece que los aportes u observaciones del Estudio de impacto ambiental serán manifestadas durante la etapa de participación ciudadana, mismas que serán derivadas al Titular minero a fin que otorgue la respuesta correspondiente, lo anterior en concordancia y para reforzar lo establecido en el D.S. Nº 028-2008-E.M respecto al Reglamento de Participación Ciudadana.

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 ejemplo, en el caso del Proyecto de Exploración Minera Cerro Puagjanca tal como muestra su DIA, específicamente sobre el Resumen de las Acciones realizadas a fin de informar adecuadamente a la población de Cajamarquilla, ha realizado una serie de actividades, las mismas que se proceden a detallar en el siguiente extracto, ello a fin de cumplir y garantizar el derecho de participación ciudadana.

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 desarrollo del taller se detalla a continuación:

- El Taller Informativo de Participación Ciudadana se realizó el día 14 de enero del año 2012 a las 15:50 horas, en el local Comunal, ubicado en la jurisdicción de la Comunidad de Santa Catalina, distrito de Santa Cruz de Andamarca, provincia de Huaral, departamento de Lima. Esta reunión se realizó con la presencia del representante de la Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional de Lima, el Ing. Edward Rivera Blanco, quien actuó como presidente de Mesa Directiva, el Sr. Gilmar Casazola Alapa, presidente de la Comunidad Campesina Santa Catalina, quien actuó como secretario; la Sra. Elizabeth Calderón Sánchez, representante de la empresa Votorantim Metais – Cajamarquilla S.A., y los Ingenieros Martha Laura Vigo y Miller Rivera Beltrán en representación de la empresa consultora GEA-DES Ingenieros S.A.C.

  En el Taller se tocaron temas relacionados como:

  - Información relevante del Proyecto de Exploración Minera Cerro Puagjanca.
  - Implementación de procedimientos de protección ambiental según la DIA.
  - Temas de relacionamiento comunitario con las zonas de influencia social.

  El Taller finalizó a las 17:15 horas y contó con la asistencia de quince (15) asistentes y finalizando la exposición se formularon dos (02) preguntas escritas y tres (03) verbales; las cuales fueron absueltas por los ponentes.

  La documentación que acredita la realización del Taller Participativo (copia de los cargos de invitación, copia del acta del taller, material informativo,

En el mismo sentido, en el caso del Proyecto Concesión de Beneficio Libertad Cía Minera Libertad S.A.C, durante la etapa de exploración y de la aplicación del EIA, el titular de la empresa consultora y representante de la Dirección Regional de Energía y Minas, propusieron la realización de tres talleres participativos a fin de informar los

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

objetivos del EIA – sd, así como los posibles efectos e impactos que podría traer consigo este proyecto.

Estos talleres en su organización se encuentran dirigidos por un representante de la Autoridad Regional Ambiental Huancavelica, un representante de la empresa y otro de la empresa consultora, la finalidad es tener un contacto directo con la población para así hacerse una idea respecto a la impresión que genera el proyecto dentro de los pobladores; las evidencias recabadas fueron actas, filmaciones y listas de asistentes.

Asimismo, dentro de las prepuestas presentadas por la empresa se encuentra la Instalación de la Oficina física de Información permanente en el área de desarrollo del proyecto; ello con la intención de brindar la información requerida respecto al plan de inversión, a su vez, recibir sugerencias y absolver inquietudes de la población.

Esta oficina se encuentra a cargo de un profesional especialista en la materia.

Es importante resaltar que en el caso en concreto, Cia Minera Libertad S.A.C. cuenta con un financiamiento propio destinado a la ejecución del derecho a la participación ciudadana durante la etapa de la evaluación del EIA-sd., dentro de ellos se encuentra los gastos respecto a alojamiento, transporte y alimentación del equipo informativo; asimismo se debe considerar que también se requiere el acondicionamiento del local donde se llevan a cabo los talleres, es decir, la implementación de laptop, ecran, filmadora, amplificador de sonido, entre otros. Finalmente, se planteó el monitoreo y vigilancia de la participación ambiental, para ello, se conforma de manera voluntaria un Comité de Vigilancia ambiental.

Por otro lado es menester señalar, que cuando no se ha acreditado que se ha respetado el derecho de participación ciudadana, el EIA no es aprobado, tal como sucedió 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

caso del proyecto Minero Tía María, en el que Ministerio de Energía y Minas solicitó al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo la revisión del EIA, como resultado de la evaluación se realizaron 328 observaciones y recomendaciones, por lo que mediante resolución directorial Nº 105-2011-MEM-AAM se dispone declarar inadmisible el EIA, en razón que no se cumplió con garantizar el derecho de la participación ciudadana, lo que implica generar espacios de diálogo en el que se otorgue la información adecuada y oportuna

Respecto a la FTA, se establece en el artículo 44 que el Titular minero debe acreditar la realización de un taller participativo con pobladores de la zona pasible de afectación, a través de fotos, listas de participantes o audiovisuales, así también se indica que se debe presentar un resumen acerca de las acciones llevadas a cabo a fin de recabar las percepciones de la actividad que se llevará a cabo. Ello con base a lo establecido por SENACE mediante la Guía de Participación Ciudadana con Enfoque Intercultural para la Certificación Ambiental, es decir, que toda participación ciudadana debe buscar garantizar los siguientes pilares:

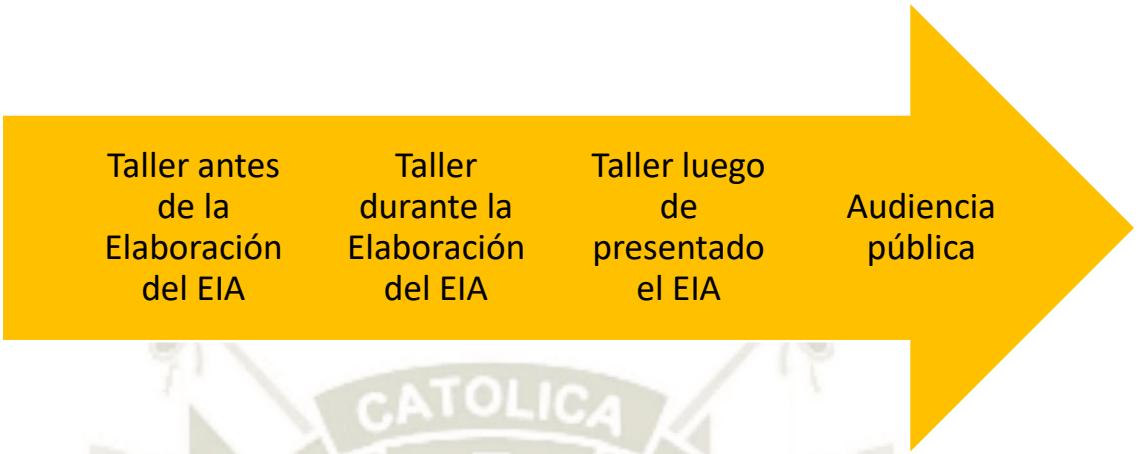
- Accesibilidad, esto implica que la información sea sencilla de comprender.
- Transparencia, que la misma sea veraz
- Inclusión, incentivar la participación de grupos vulnerables

Ahora bien, tal como señala SENACE, en su guía de Participación Ciudadana en el proceso de Certificación Ambiental del año 2017, señala que los mecanismos de participación ciudadana que son evaluados y obligatorios son:

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 primer taller, se debe realizar luego de 15 días de emitido el Oficio de SENACE, en el idioma o dialecto de la comunidad o población para presentar a la consultora ambiental y al equipo informativo, así como recoger las observaciones, inquietudes y percepciones entorno al proyecto.

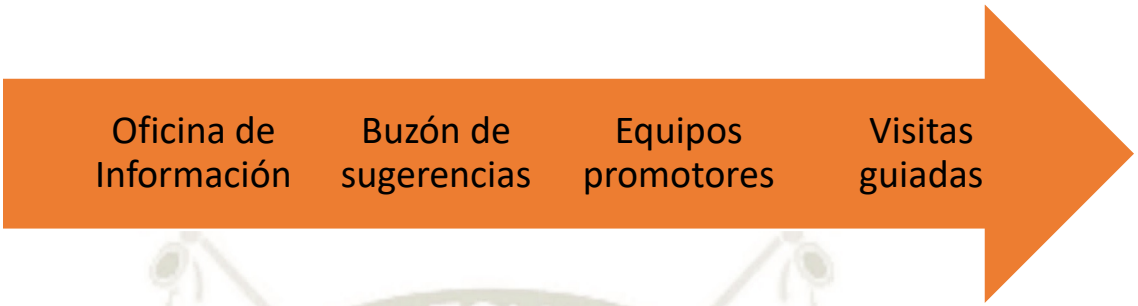
El segundo taller, puede ser llevado a cabo exclusivamente por la empresa, en este punto se pretende recolectar resultados y líneas de base. En el tercer taller, se analizan e identifican los impactos y efectos del proyecto y finalmente durante la etapa de la Audiencia Pública, se presenta la evaluación final del EIA, la estrategia del plan ambiental; tal audiencia se publicita en diversos medios, ya sea emisoras radiales, afiches. Perifoneo, entre otros.

Y como mecanismos complementarios, sugiere SENACE:

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 ejemplificar lo anterior, se tiene el Informe N° 235 -2011-MEM-AAM/EAF/PRR/WAL/RST/JCV/MES/GCMYBC/RBC/RBG/CMC/ARP respecto al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto "Las Bambas" presentado por Xatrata Tintaya S.A, y respecto a la participación ciudadana se tiene que:

2. DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

- Se realizó una primera ronda de Talleres Participativos (antes de la elaboración del EIA) los días 5 y 6 de marzo de 2010, en las localidades de Challhuahuacho y Huancuire (área Las Bambas) y los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2009 en los distritos de Colquemarca, Velille, Coporaque y Haquira, respectivamente (área del Mineroducto), posteriormente se realizó la segunda ronda de Talleres Participativos (durante la elaboración del EIA) los días 1, 2 y 3 de setiembre de 2009 en el distrito de Challhuahuacho, C.C. de Fuerabamba y C.C. de Huancuire, respectivamente (área Las Bambas) y los días 6, 8, 9 y 10 de febrero de 2010 en los distritos de Haquira, Colquemarca, Velille y Coporaque, respectivamente (área del Mineroducto), adicionalmente estos mecanismos de participación fueron complementados con publicidad en los medios escritos y radiales, y distribución de materiales informativos, de igual modo también se programaron visitas al área del proyecto.
- Posteriormente durante la etapa de evaluación del EIA se realizaron los Talleres Participativos los días 16, 17 y 18 de junio de 2010, en la C.C de Fuerabamba, distrito de Challhuahuacho y distrito de Haquira (área Las Bambas) y los días 2, 3 y 5 de julio de 2010 en los distritos de Colquemarca, Velille, Coporaque (área del Mineroducto), finalmente el día 16 de julio de 2010 se ha realizado la Audiencia Pública del Proyecto en el Instituto Superior Tecnológico del distrito de Challhuahuacho, provincia de Cotabambas, departamento de Apurímac.
- De acuerdo a las normas de participación ciudadana que aplican al presente Estudio de Impacto Ambiental, el D. S. N° 028-2008-EM y la R. M. N° 304-2008-EM/DM, la DGAAM ha recepcionado los siguientes documentos con observaciones al proyecto, los cuales fueron remitidos al titular mediante el Oficio N° 1367-2010/MEM-AAM del 27 de agosto de 2010, para su correspondiente descargo técnico/legal, los escritos enviados al titular se listan a continuación:

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Así también, respecto a los talleres que exige la FTA, se tiene como referencia lo tabulado por SENACE respecto a varios proyectos mineros:

Nombre del Proyecto	Titular	Lugar	Región	Fecha	Hora prograr	Estado	Número de a	Número de n	Número de h	Número de preguntas - Total
Estudio Ambiental Detallado del Proyecto Minero El Padrino	Nexa Resources Perú S.A.A	Local de la Comunidad Campesina de Aquía	Ancash	14/07/2019	No especifica	Programado	111	53	58	36
Estudio Ambiental Detallado del Proyecto Minero El Padrino	Nexa Resources Perú S.A.A	Local del Centro Poblado de Pachapaqui	Ancash	13/07/2019	3:00 p.m.	Programado	57	24	33	20
EIA-d del Proyecto Minero Ancos	Apumayo S.A.C.	Local Comunal - Anexo de Chaquipampa	Ancash	12/06/2019	10:00 a.m.	Reprograma				
EIA-d del Proyecto Minero Ancos	Apumayo S.A.C.	Auditorio Municipalidad Distrital de Sancos	Ancash	11/06/2019	10:00 a.m.	Reprograma				
Estudio Ambiental Detallado del Proyecto Minero El Padrino	Nexa Resources Perú S.A.A	Local de la Comunidad Campesina de Aquía	Ancash	26/05/2019		Reprograma				
Estudio Ambiental Detallado del Proyecto Minero El Padrino	Nexa Resources Perú S.A.A	Local del Centro Poblado de Pachapaqui	Ancash	25/05/2019		Reprograma				
EIA-d del Proyecto Minero Ancos	Apumayo S.A.C.	Local del Auditorio de la Municipalidad Distrital de Sanc	Ayacucho	06/12/2018	10:00 a.m.	Programado	0	0	0	0
EIA-d del Proyecto Minero Ancos	Apumayo S.A.C.	Local Comunal de la Comunidad Campesina de Sancos, s	Ayacucho	06/12/2018	10:00 a.m.	Programado	0	0	0	0
Estudio de Impacto Ambiental de la Unidad Minera Acumulación Yauricocha	Sociedad Minera Corona S	Local comunal de la Comunidad Campesina de Alis	Lima	09/02/2018	10:00 a.m.	Realizado	43	13	30	38
Estudio de Impacto Ambiental de la Unidad Minera Acumulación Yauricocha	Sociedad Minera Corona S	Local comunal de la Comunidad Campesina de Tinco	Lima	08/02/2018	10:00 a.m.	Realizado	31	12	19	31
Estudio de Impacto Ambiental de la Unidad Minera Acumulación Yauricocha	Sociedad Minera Corona S	Local comunal de la Comunidad Campesina de Laraos	Lima	07/02/2018	10:00 a.m.	Realizado	66	37	30	18
Estudio Ambiental Detallado del Proyecto Minero El Padrino	Nexa Resources Perú S.A.A	Local del Centro Poblado de Pachapaqui	Ancash	13/07/2001	3:00 p.m.	Programado	57	24	33	20

En ese sentido, se desprende que en la actualidad tanto la DIA, la FTA y el EIA, se encuentran sujetos a participación ciudadana; por lo que se podría considerar que añadirle el procedimiento de consulta también al EIA contribuiría a arraigar barreras burocráticas.

Sin embargo, apartándose de lo mencionado, la Defensoría del Pueblo a través de su informe N° 001-2019-DP-AMASSPI-PPI, interviene a petición de la comunidad campesina Huini Coroccohuayco, quienes solicitan la participación a SENACE en la modificación de estudio de impacto ambiental del Proyecto Antapaccay, amparados en el artículo 9 de la Ley N° 29785. Al responder la solicitud, SENACE, indica que no hay algún mandato legal que ampare el requerimiento. Así las cosas, la Defensoría empieza señalando en el informe en mención la diferencia entre el derecho de participación y el derecho de consulta, pues este último se da exclusivamente en el marco del Convenio 169 de la OIT, y los titulares son específicamente pueblos indígenas y comunidades campesinas, susceptibles de ser afectados ante una medida

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

adoptada por el Estado, mientras que en el derecho de participación, los titulares son la población en general.

Respecto a este punto es importante señalar que también existe una diferencia sustancial entre el derecho de consulta y el de información; en razón que en el derecho a la información el titular es la ciudadanía en general, que pueda acceder a información que se encuentra bajo el dominio del Estado (127), mientras que en el derecho de consulta existe un debate de por medio que debe estar dirigido a obtener el consentimiento por parte de los pueblos indígenas.

Luego de realizar tal diferenciación, la Defensoría menciona en su informe que uno de los principios rectores de la consulta-como se desarrolló líneas arriba- es precisamente el principio de oportunidad, este implica que la consulta se dé, de manera previa, es decir con la suficiente anticipación a la toma de decisiones, de tal manera que permita a la población consultada incidir sobre la medida a consultar (128). En ese sentido, la Defensoría considera que el Estudio de Impacto Ambiental, constituye la oportunidad idónea en la que los pueblos tendrán la información concreta acerca de los posibles daños y consecuentes mitigaciones que generaría la medida a consultar, lo que permitiría que en el proceso de diálogo los pueblos manifiesten sus preocupaciones y así buscar medidas razonables que atiendan a lo expuesto por los pueblos originarios.

Aunado a ello, con base al principio *pro persona* es importante hacer una interpretación extensiva y garantista de las normas, así en el caso de los pueblos indígenas, al permitirles que participen en la etapa de evaluación de impacto

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ambiental se está protegiendo su derecho a la identidad cultural; circunstancia que ya se viene dando en países de la región, como veremos posteriormente.

En nuestro país, ya se han dado los primeros pasos respecto a implementar esta medida, debido a que en mayo del presente año, la Primera Sala Constitucional admitió la demanda de amparo interpuesta por la Organización Indígena ORPIO, en la que solicitaba se consulte el Estudio de Impacto Ambiental para la Hidrovía amazónica, pues se alegan que SENACE formuló 48 observaciones al EIA, además las organizaciones indígenas, consideran que no existe suficiente información ambiental al respecto En ese sentido, Jorge Pérez Rubio, presidente de la organización señaló que "Consideramos que el proceso como se ha realizado el EIA es ineficiente. La consulta previa debe realizarse en cada una de sus etapas y no solo al inicio de un proyecto" remarcó el dirigente indígena (129).

3.2.1 Estudio de Impacto Ambiental en legislación comparada: el caso de Chile y *Colombia:*

En el caso de Chile, a través de su Ley N°19300 Ley sobre bases generales del Medio Ambiente se establece en el artículo 7 que "*en la etapa de aprobación, se deberá elaborar un anteproyecto de política que contendrá un informe ambiental, que será remitido al Ministerio del Medio Ambiente para sus observaciones, para luego ser sometido a consulta pública por parte del organismo responsable*", ello concuerda con lo establecido en el artículo 10 de la misma ley, pues señala que *"los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental".*

Es decir, en el caso chileno se establece que el EIA susceptible de causar impacto ambiental debe ser sometido a un 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

En la misma línea, en Colombia a través del Decreto N°1320, en el capítulo IV se establece la Consulta Previa en materia de licencias ambientales, así en su artículo 5 se establece la *"participación de las Comunidades Indígenas y negras en la elaboración de los estudios ambientales. El responsable del proyecto, obra o actividad que deba realizar consulta previa, elaborará los estudios ambientales con la participación de los representantes de las comunidades indígenas […]*"

El mismo sentido adoptó la Corte Interamericana en el caso Saramaka contra Surinam pues indica que Los EIA deben realizarse con carácter previo a la aprobación de los planes respectivos, debiendo permitir que los pueblos indígenas participen en su realización, ya que los mismos deben respetar sus costumbres y tradiciones y finalmente deben ser compartidos a las comunidades, al ser un instrumento sustancial para su decisión.

3.3 Propuesta de la aplicación de Enfoque de género durante la consulta previa en el sector minero

La autora reconoce la importancia de aplicar un enfoque interseccional en un mecanismo tan importante como es el de consulta previa, en el que se considere y priorice a grupos vulnerables e históricamente discriminados, no obstante uno de los primeros desafíos que presenta este mecanismo en nuestro país, es precisamente la falta de enfoque de género. Término que fuera definido por el por el Viceministerio de Iinterculturalidad como la "perspectiva que busca generar condiciones de participación equitativa entre los hombres y las mujeres, buscando acortar las brechas de desigualdad que los/las afecta" (130), en el mismo sentido, en el objetivo N°5 de la Agenda 2030 para desarrollo sostenible, se resalta que "La igualdad entre los géneros no es solo un derecho humano fundamental, sino la base necesaria para conseguir un mundo pacífico, próspero y sostenible"

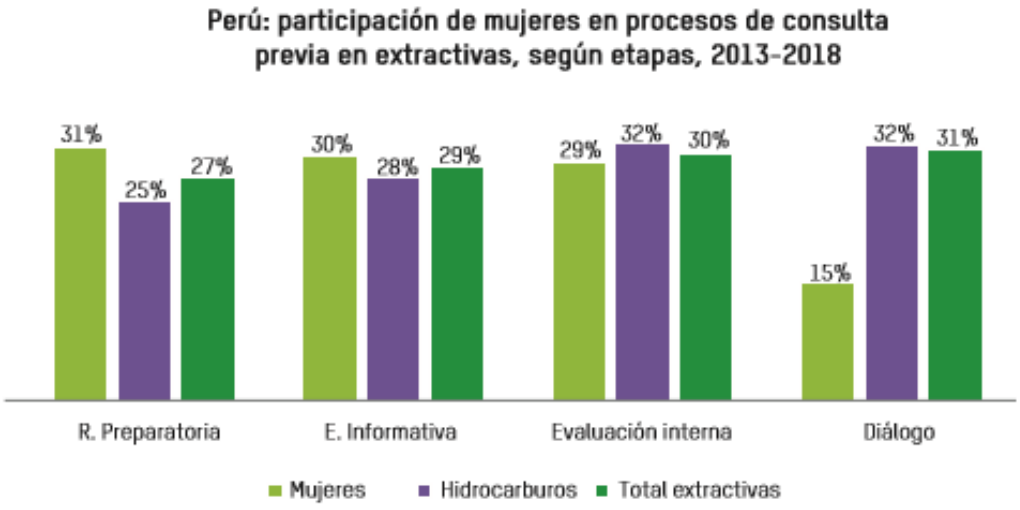
Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Lo anterior, cobra vital importancia en nuestro país, pues en cuanto población indígena, las mujeres representan el 51.4% (131), situación que justifica un trato diferenciado al momento de aplicar el mecanismo de consulta previa, pues los proyectos extractivos les causan impactos distintos, a razón que las mujeres han adquirido conocimientos ancestrales que las permite ostentar el título de guardianas de la interculturalidad y de sus familias, ya que son ellas-conforme a sus tradiciones-quienes se encuentran al pendiente del cuidado y protección de sus hijos.

Sin embargo, de la relación de asistentes en los procesos de consulta previa en actividades extractivas, se evidencia que de 5 709 asistentes en 27 procesos de consulta, solo el 29% (1 649) fueron mujeres indígenas (132), conforme el siguiente detalle:



Fuente: Informe Sin mujeres indígenas no

Lo anterior, responde a varios motivos, conforme se procede a detallar:

a) Históricamente las mujeres han sido discriminadas, en razón a su sexo, situación que se ha visto arraigada por prejuicios y estereotipos de género, ello coloca a la mujer en una situación de desventaja al momento de ejercer sus derechos. 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

ejemplo de ello, es que aún parte de las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas, es que la mujer se encargue del mantenimiento del hogar, mientras que el hombre es el encargado de laborar.

b) Además, las entidades que organizan las reuniones para los procesos de consulta no ofrecen condiciones en las que las mujeres también puedan distribuir su tiempo en el cuidado de los miembros de su hogar.

c) No existe un verdadero diálogo intercultural, pues los talleres son explicados con palabras técnicas que no son de conocimiento de los pobladores, y si a ello, le sumamos que las mujeres indígenas tienen menor acceso a la educación, el resultado es la dificultad en el entendimiento.

d) Finalmente, la mayoría de reuniones y talleres no son llevados en el dialecto originario, sino en el idioma español, lo que origina que haya un temor a ser discriminadas en caso hagan uso de la palabra, por ello, el porcentaje de representatividad en el caso de las mujeres indígenas, es menor.

Por las razones expuestas anteriormente, es que resulta de suma importancia la incorporación del enfoque de género en medidas de tal envergadura, como es el inicio de proyectos extractivos, mismos que podrían cambiar su estilo de vida.

3.4 **Hacia la obtención del acuerdo: razonabilidad en los plazos**

Tal como mencionó la autora líneas arriba, dentro del principio transversal de buena fe, se encuentra comprendida la razonabilidad en los plazos, ello en mérito a que si bien es cierto, el mecanismo de consulta previa no se traduce en el derecho a veto, conforme lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la finalidad de la implementación de este mecanismo, es precisamente llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento, este

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

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

último se da cuando nos encontremos en supuestos específicos que serán desarrollados posteriormente.

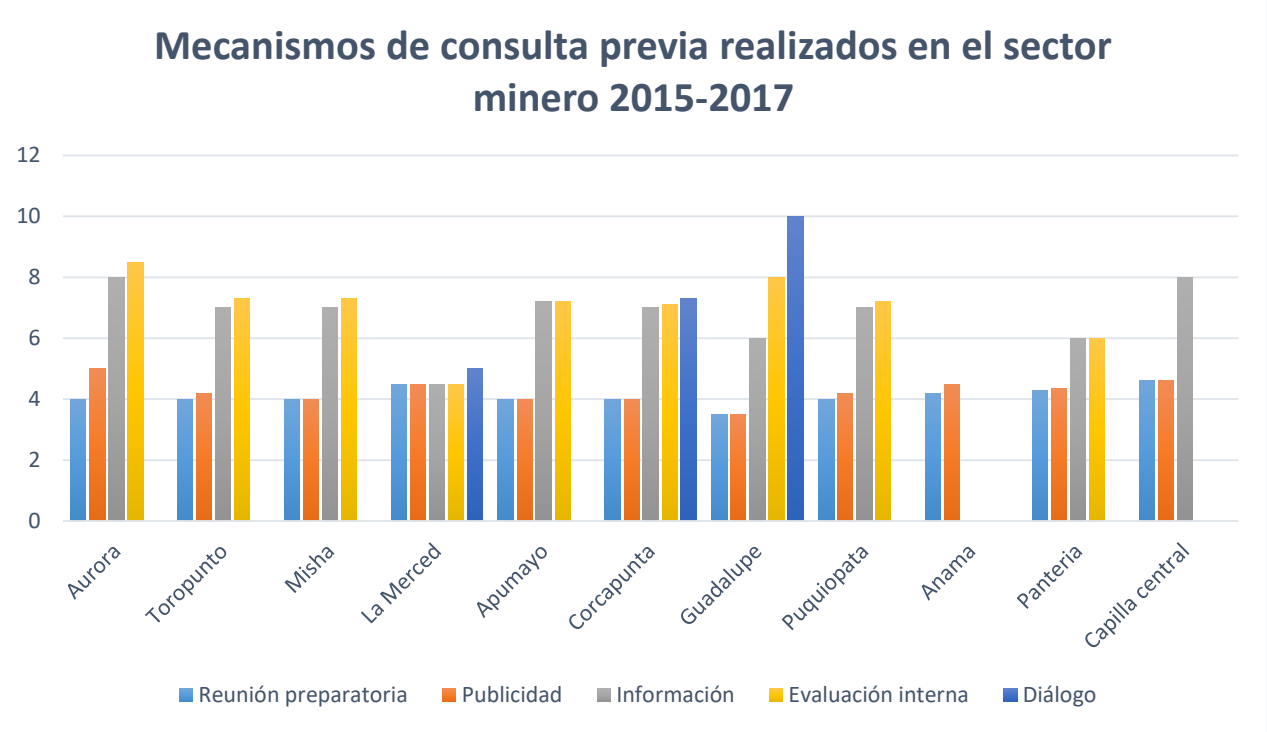
En efecto, tal como lo señala la Comisión Interamericana en su informe "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales", el hecho que no se exija el consentimiento, no implica que el deber estatal de consultar se vea parametrado en cumplir únicamente procedimientos formales (133).

En ese sentido, justamente una de las preocupaciones de los pobladores originarios (134) es que consideran que este mecanismo se está traduciendo en un mero trámite, pues si bien conforme al Artículo 24 del Reglamento de la Ley Nº 29785, establece que el plazo máximo para llevar a cabo el procedimiento de consulta es de 120 días, en la realidad los procesos se vienen aplicando hasta en 50 días menos de lo establecido, ello con base al registro de Consultas previas realizadas en nuestro país hasta el año 2017, conforme al siguiente detalle:

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: elaboración propia.

De lo anterior, se desprende que de once proyectos mineros, únicamente tres han cumplido con realizar la etapa de diálogo, asimismo, entre la etapa de información y de evaluación interna, no existe margen de tiempo que las diferencie, llegando a realizarse en algunos casos, como el Proyecto extractivo "La Panteria" en el mismo día ambas etapas.

Ahora bien, la autora considera que existe una estrecha relación entre lograr un acuerdo, y la razonabilidad en los plazos, pues solo si se aplica cada etapa en un tiempo proporcional, atendiendo al enfoque diferenciado que requieren los pueblos indígenas, por las características propias que poseen, se podrá transmitir de manera adecuada la información referente a beneficios, posibles daños, y medidas de mitigación; lo que facilitaría la negociación entre ambas parte de una manera equitativa.

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 los casos en los que es necesario que se logre el consentimiento por parte de los pueblos y no basta con el acuerdo son: a) en caso de desplazamiento forzoso b) de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas y c) en los casos de ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación a gran escala (135).

Aunado a ello, si de por sí, es indispensable que ante una medida de cualquier índole que afecte a los pobladores indígenas, se aplique el mecanismo de consulta previa, en algunos casos no se ha aplicado, como por ejemplo, en el caso La Arboleda, el cual se pasará a desarrollar a continuación:

Caso La Arboleda:

Expediente	**N.º 01129-2012-PA/TC**
Hechos del caso	El 16 de setiembre del 2011, la Comunidad campesina La Arboleda, interpone recurso de Amparo, en contra del Minem, por haber otorgado concesiones dentro de su territorio, sin haber aplicado el mecanismo de consulta previa. El Tercer Juzgado Civil de Puno, el 26 de setiembre del 2011, declara improcedente la demanda, pues señala que no se especifica cuáles son las concesiones otorgadas, no se desprende que se haya agotado la vía previa y además el recurso es extemporáneo. La segunda instancia confirma la decisión.

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 Tribunal Constitucional considera que los argumentos expuestos por los juzgados antecesores carecen de fundamento. Sin embargo, señala que el Colegiado posee dos opciones i) Revoca la sentencia 2) Resuelve la controversia. Finalmente se inclina por la primera opción a razón que el Minem no tuvo oportunidad para ejercer su derecho de defensa.
Pronunciamiento del Tribunal Constitucional	Con fecha 05 de diciembre del 2008, el Tribunal decide declarar nulo todo lo actuado y ordena el regreso del expediente al juzgado de primera instancia.
Comentarios de la autora	Si bien la sentencia emitida por el Tribunal es sumamente clara, es necesario hacer hincapié en los votos razonados de los magistrados que acompañan la misma, así por ejemplo en el voto del Magistrado Espinosa – Saldaña Barrera, señala que el Colegiado está plenamente legitimado para pronunciarse respecto a esa materia, y que la consulta previa constituye un requisito sine qua non para que un proyecto tenga validez; a su vez, menciona que es importante adoptar la teoría moderadora, es decir en la que se pueda llegar a ciertos acuerdos en caso no se logre el consentimiento.

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 entender de la autora, tras siete años de espera se podría pensar que la decisión del Tribunal no fue la más idónea, y que tal como han señalado diversos autores, con esta resolución, el Máximo intérprete de la Constitución estaría denegando el respaldo a las comunidades campesinas e indígenas, no obstante ciñéndonos a otro derecho como es el debido proceso, si el Tribunal tomada alguna decisión, se estaría causando indefensión a la parte demandada. Así las cosas, considera la autora que la actuación del Colegiado fue la correcta, no obstante tal decisión pudo estar dotada de desarrollo en cuanto a la importancia del derecho a la consulta previa, para de esa manera poder reforzar este mecanismo, robusteciendo la jurisprudencia constitucional respecto a este derecho y no únicamente limitarse a declarar nulo todo lo actuado.

3.5. **La Consulta previa en legislación comparada: el caso de Canadá y Bolivia**

3.5.1. ***La Consulta previa en Canadá:***

Canadá es uno de los países que no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, y paradójicamente es reconocido por las buenas prácticas en la actividad minera, ello en razón a que ha optado por incorporar varios mecanismos dentro de su normativa que garantizan el derecho de los pueblos indígenas, y favorece por lo tanto un ambiente de diálogo y negociación. Como por ejemplo:

a) Los acuerdos de reclamo de tierras o también conocidos como *land claim agreements* (136) son aquellos que reconocen la propiedad de la tierra indígena

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

(suelo y subsuelo) dotándolos así de autonomía al momento de establecer los requisitos para acceder a concesiones dentro de su territorio, este mecanismo se ve favorecido gracias al gobierno federal.

b) A su vez también rigen los acuerdos integrales de reclamo de tierras *o comprehensive land claim settlements*, que comprenden aquellos tratados históricos realizados entre la Corona y los pueblos originarios, en los que se reconoce a la población indígena, ello se ve materializado en el art. 35 de la Constitución de 1982, la que consagra el derecho y deber de consulta del Gobierno frente a cualquier afectación o medida que concierna a los pueblos ancestrales (137).

c) Como tercer elemento se encuentra el Ministerio de Recursos Naturales (138) el que tiene como objetivo promover la participación activa y directa de los pueblos originarios en los proyectos mineros, fortaleciendo y promoviendo espacios de diálogo y negociación. Para garantizar que este objetivo se vea realizado, el Ministerio en mención a elaborado guías metodológicas que contienen la información pertinente para facilitar la cooperación entre ambas partes (139).

d) En la misma línea, en el año 2009 se instauró la "Oficina del Consejero de la Responsabilidad Social Corporativa", la que busca prevenir conflictos sociales, promoviendo prácticas responsables en el sector minero; este mecanismo va de la mano con los Acuerdos de Impacto y Beneficio, mismos que se celebran entre las empresas mineras y los pueblos originarios, buscando formalizar su relación

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

(140). Estos convenios incluyen, aspectos como el monitoreo ambiental, ofertas laborales, indemnizaciones en caso de mitigación y comités de planificación. Ejemplo de ello, es la minera Diavik Diamond Mine, la empresa ha realizado tres acuerdos formales con las comunidades que residen en los territorios del noroeste de Canadá, con tales acuerdo ha logrado obtener la "licencia social"

De los elementos ahora expuestos, se evidencia que Canadá ha destinado la mayor parte de mecanismos al fortalecimiento del diálogo entre comunidades y empresas, y tal como se mencionó líneas arriba, es uno de los países que pese a no haber ratificado el Convenio 169 de la OIT se encuentra a la vanguardia en la aplicación de este mecanismo, sin embargo, es preciso señalar que estos mecanismos son posibles gracias al federalismo canadiense.

3.5.1.1. La Consulta previa en Bolivia:

Bolivia es uno de los países de la región con mayor índice de diversidad étnica, por tanto resulta importante analizar ¿Cómo se aplica el mecanismo de consulta previa actualmente?

Desde la Constitución de 1994, en el Art. 171 del mismo instrumento, se consagraba la especial protección que requieren los pueblos originarios, así se detalla que *"Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la Ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones"*. No obstante, no es hasta la Constitución del año 2009, en la que se incorpora al mecanismo de Consulta previa como un derecho fundamental del 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

gozan los pueblos ancestrales frente a cualquier medida que les pueda afectar, asimismo indica que al tratarse de naciones originarias, este mecanismo debe ser aplicado alineándose a sus costumbres y tradiciones.

Por otro lado, a través de la Sentencia Constitucional 0045/2006, 2 de junio de 2006 el Tribunal Constitucional señala que si bien la consulta previa es un mecanismo previo y obligatorio este no significa que se "deba lograr el consentimiento de las comunidades, y en consecuencia declara inconstitucional los artículos 115 y 116 pues manifiesta que los recursos naturales son propiedad del Estado.

No obstante lo anterior, nuevamente el máximo intérprete de la Constitución boliviana en el año 2010 otorga un fallo especialmente controvertido ello en razón a que otorga la posibilidad que los pueblos indígenas gocen del derecho a veto en caso de planes de desarrollo a gran escala que afecte su libre desarrollo, ello en tres supuestos (141):

1. Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación

2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas

3. Planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio.

Señala a su vez el juez constitucional, que tal fallo se encuentra motivado por la normativa y jurisprudencia internacional y al haber ratificado Bolivia el Convenio 169 de la OIT, así como la Convención Americana sobre derechos humanos, es que puede realizar un control de convencionalidad haciendo una interpretación propersona.

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 lo expuesto, en el caso de Bolivia, si bien no tiene mecanismos específicos como en el caso de Canadá, se puede observar que el estado ha desarrollado un rol garantista frente los derechos de los pueblos originarios.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPITULO IV: OBLIGACIONES DE RESPETO Y GARANTÍA DEL ESTADO PERUANO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONVENCIONAL

Hasta el momento, se ha analizado como se viene aplicando actualmente el mecanismo de consulta previa en nuestro país, observándose así que aún falta incorporar diversas perspectivas y elementos dentro de nuestra legislación a fin de asegurar que el mecanismo sea efectivo.

En ese sentido, el presente capítulo tiene por finalidad, analizar si al momento de aplicar la consulta previa se observa el deber de respeto y garantía, como herramienta de protección de los derechos de los pueblos indígenas y así determinar si nuestro país estaría incurriendo en responsabilidad internacional, en caso no cumpla con tales deberes.

4.1 Obligaciones generales de los Estados frente a la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH).

Tal como señala Juan Hitters, la CADH tiene aplicación directa cuando un Estado americano la ha ratificado (142), cada Estado cede soberanía al momento de ratificar un instrumento vinculante de carácter internacional.

Así, en el caso de nuestro país, la misma fue suscrita el 27 de julio de 1977, ratificada el 12 de julio de 1978, a partir de ese momento los preceptos contenidos en la Convención se convirtieron en piedras angulares al momento de legislar, ello con base al art. 1, numeral 1 de este instrumento, mismo que señala que *"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin*

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo , idioma, religión, opiniones policía o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". De este artículo se desprenden dos obligaciones para los Estados ratificantes, por un lado respetar derechos y libertades, así como, garantizar su pleno ejercicio.

La falta de cumplimiento de estas dos pautas, puede generar responsabilidad internacional a los Estados americanos, es así que para garantizar la observancia de ambos preceptos, se ha dado paso a una herramienta hermenéutica como el control de convencionalidad, ello con base al art.2 de la CADH, artículo que conlleva la obligación de los Estados "de acoplar su legislación interna a lo preceptuado en el Pacto de San José, de tal manera que haya perfecta armonía y congruencia entre las normas internas y las internacionales contenidas en dicha Convención" (143).

4.2 Deber de respeto de los Estados americanos frente a derechos humanos:

En palabras de Gros Espiell, el deber de respeto implica *"la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención"* (144) , es decir, se tratan de espacios individuales que se encuentran alejados de la intervención estatal. En la misma línea se pronunció el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de la Observación General N° 31 e indica que a los Estados partes se les impone una obligación general de respetar los derechos de los individuos sometidos a su jurisdicción (145).

De lo anterior se desprende que la obligación de respeto se traduce en un "no hacer" por parte de los Estados; ello no debe entenderse como una inacción, o una acción pasiva, por

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 contrario, se entiende como un deber de cumplimiento que busca proteger derechos y libertades de los ciudadanos. Por ejemplo, en el caso del derecho humano a la vida, la obligación de respeto se vería asegurada si el Estado "no priva arbitrariamente de la vida a una persona" (obligación negativa).

Con base a este supuesto es que desde el histórico caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, la Corte Interamericana, siendo su primer caso contencioso, declara la responsabilidad internacional de Honduras por haber incumplido su deber de respeto en el marco de una desaparición forzada (146) ejecutada por los propios agentes del Estado.

Otros supuestos que configuran como incumplimiento de esta obligación son los casos de masacres, por ejemplo Masacre de Ituango contra Colombia, o el caso masacre plan de Sánchez contra Guatemala, los casos de ejecuciones extrajudiciales (Caso Neira Alegría contra Perú, caso Penal Miguel Castro Castro contra Perú, y finalmente los casos de tortura (Caso Panel Blanca contra Guatemala).

De los cuatro supuestos citados, se puede observar que el común denominador es la intervención del Estado, ya sea de manera directa o indirecta, sobrepasando justamente la esfera individual de cada persona.

4.3 Deber de garantía de los Estados americanos frente a derechos humanos:

A diferencia del deber de respeto, la obligación de garantía impone a los Estados un "hacer", es decir es una obligación positiva que requiere la intervención del Estado a fin de asegurar que un derecho se vea debidamente observado. Al respecto, Gros Espiell señala que esta obligación *"supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a 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

jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica" (147)

En el mismo sentido, la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva N°11 de 1990 señala que el deber de garantía contiene un deber positivo para los Estados, es decir, debe tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.

En consecuencia de ello, la Corte Interamericana a través del caso Hermanos Landaeta Mejía estableció que dentro de la obligación de garantía se encuentran los deberes de prevenir, investigar y sancionar (148) cualquier violación de los derechos convencionales, buscando así su restablecimiento o reparación.

4.3.1 Obligaciones específicas derivadas del deber de garantía:

De la obligación general de garantía, se derivan obligaciones de cumplimiento que tienen asidero en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, estas son i) Obligación de adecuar la normativa a parámetros internacionales ii) El deber de proteger a sus ciudadanos de amenazas en el goce de derechos iii) Adopción de medidas de prevención frente a violaciones de derechos humanos iv) Reparar a las víctimas.

a) Respecto a la Obligación de adecuar la normativa interna a parámetros internacionales

Como se mencionó líneas arriba, la obligación principal de cada Estado es incorporar las normas internacionales de los instrumentos que hayan ratificado dentro de su normativa interna. Tal obligación se puede ver favorecida del control de convencionalidad a través del artículo 2 de la CADH.

b) Sobre el deber de proteger a sus ciudadanos de amenazas en el goce de 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

Frente a una amenaza seria del derecho, la obligación del Estado es adoptar medidas proporcionales para enfrentarla, no obstante, tal obligación no se ve satisfecha con la adopción de medidas genéricas, sino se requiere medidas particulares para una situación concreta (149).

Ahora bien, resultaría utópico exigir que el Estado sea responsable por alguna amenaza por parte de un particular, pues sería atribuirle una carga ilimitada, para evitar ello, se ha establecido en el caso Masacre de Pueblo Bello contra Colombia que ante la existencia de un riesgo real e inmediato para un individuo y existiendo posibilidades de impedirlo, el Estado no lo hace, se puede activar el ilícito internacional, es decir , por la falta de debida diligencia respecto a la prevención.

c) Adopción de medidas de prevención frente a violaciones de derechos humanos

En el supuesto que se hayan cometido vulneraciones de derechos humanos, las mismas deben ser investigadas de manera adecuada, iniciándose de ex officio, sin dilación, una investigación serial, imparcial y efectiva que busque el enjuiciamiento (150).

d) Reparar a las víctimas

La Corte Interamericana en el caso Duque contra Colombia ha establecido que ante un daño, existe el deber de reparar adecuadamente o en palabras de Sergio García Ramírez el restitutio in integrum (151) incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, incluyendo el daño moral (152).

4.3.2 Deber de prevención durante proyectos de desarrollo:

Como se explicó líneas arriba, el deber de prevención también se configura entre particulares, en ese sentido, cuando hablamos de proyectos de extracción otorgados 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

terceros, el Estado mantiene su rol de garante en caso se configuraran los elementos ya mencionados, de un riesgo real e inminente.

A razón que por su naturaleza los proyectos de extracción pueden representar riesgos de posibles vulneraciones a derechos humanos de los pueblos indígenas, por tanto se requiere que antes de otorgar una autorización se realice una evaluación de los riesgos propios, o dicho en otras palabras, es indispensable la realización de un Estudio de impacto ambiental, con enfoque de derechos humanos y no únicamente desde la perspectiva ambiental, por ello, es fundamental la participación de los pueblos originarios en este tipo de estudios.

Así, la Corte en el caso Saramaka contra Surinam ha establecido que uno de los factores que debiera tratar el Estudio de impacto social y ambiental, es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos (153), respetado sus costumbres y tradiciones, aunado a ello, ha indicado este Tribunal que el Estudio en mención debe tener por finalidad preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas y tribales con sus territorios, y así garantizar su subsistencia (154), una vez finalizado debe ser proporcionado a los pueblo originarios para que tengan la información necesaria.

Ahora bien, el deber de prevención también se extiende al mecanismo de consulta previa, pues el Estado tiene la obligación de requerir a la empresa que adopte las medidas necesarias para impedir que se materialicen los riesgos previstos en el EIA(155), en caso de no cumplir con tal obligación se podría invocar la posible responsabilidad internacional de un Estado, tal como lo hizo su homólogo, en el Tribunal Europeo en el caso Fadeyeva contra Rusia encontró la responsabilidad del estado Ruso por no diseñar 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

aplicar medidas para la reducción de contaminación ambiental, de ello se desprende que el deber de garantía y el de prevención requieren un "hacer" por parte de los países.

En la misma línea, el deber de prevención también se materializa en la fiscalización supervisión que deben realizar los Estados a las actividades empresariales (156) a fin de proteger no sólo el medio ambiente, sino también salvaguardar derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales.

4.4. El principio del efecto útil en la Jurisprudencia del Sistema Interamericano

De las obligaciones de respeto y garantía anteriormente esbozados se deriva el compromiso de adoptar obligaciones de carácter interno acorde a instrumentos internacionales, conforme el artículo 2 de la CADH, del que se desprende dos vertientes tal como fuera señalado en el Cao Castillo Petruzzi contra Perú; en primer lugar la supresión de normas que traigan consigo la vulneración de la CADH y la expedición de normas y el desarrollo de prácticas destinadas a garantizar la eficacia de los derechos consagrados en artículos de instrumentos internacionales, o el también llamado principio del efecto útil.

Término que fuese definido en un voto concurrente del juez Cançado Trindade sobre el asunto de medidas provisionales respecto de Trinidad y Tobago, en el que señaló que el principio de efectividad, es aquel mediante el que hay que asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios en el derecho interno de los Estados Partes. En ese sentido, no basta con que exista una ley, sino que la misma debe estar debidamente implementada, de lo contrario estaríamos frente a un supuesto de vulneración típica a este principio.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Siguiendo tal línea, en el cuadro que se mostrará a continuación, la autora ha procedido a analizar el número de casos en los que la Corte Idh ha declarado responsable a un Estado por contravenir el artículo 2 de la CADH, en la vertiente del efecto útil, estos son:

- Caso López Soto y otros Vs. Venezuela.
- Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil.
- Caso I.V. Vs. Bolivia.
- Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras,
- Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala.
- Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana.
- Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador
- Caso Wong Ho Wing Vs. Perú.
- Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile.
- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.
- Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana.
- Caso Fernández Ortega y otros Vs. México.
- Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.
- Caso Vélez Loor Vs. Panamá.
- Caso Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos
- Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela.
- Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá.

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

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

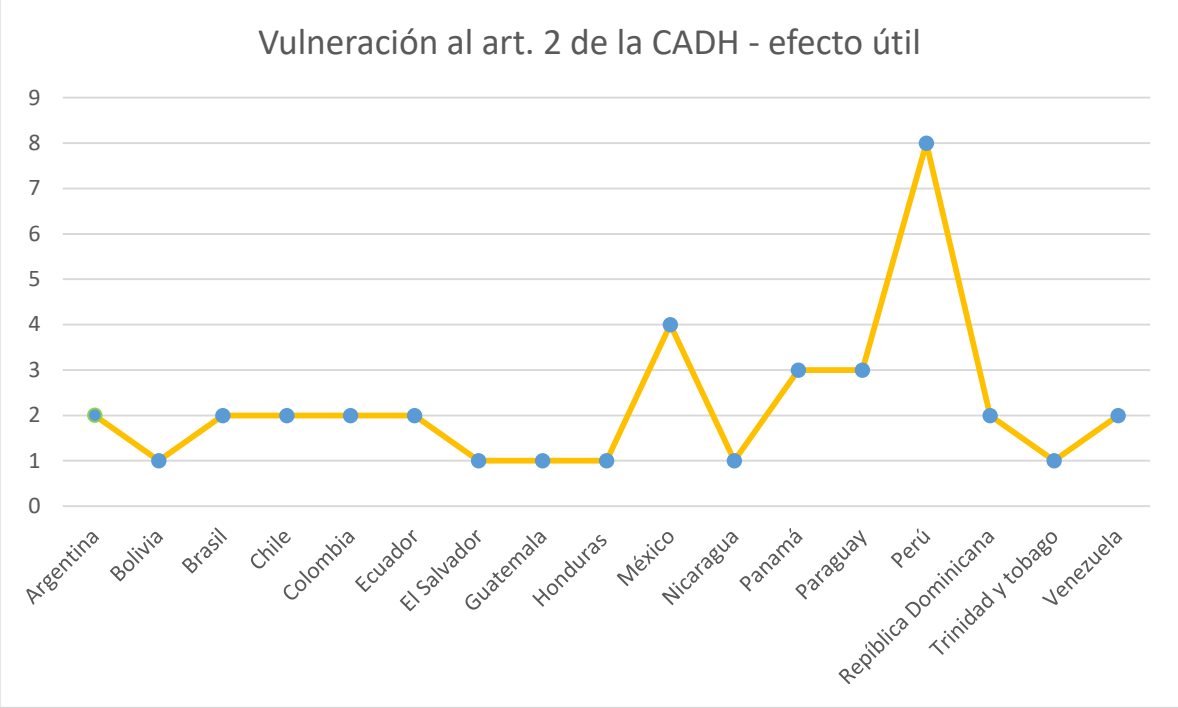
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

- Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.
- Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia.
- Caso La Cantuta Vs. Perú.
- Caso Yatama Vs. Nicaragua.
- Caso Gómez Palomino Vs. Perú.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.
- Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia.
- Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay.
- Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú.
- Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú.
- Caso Bulacio Vs. Argentina.
- Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá.
- Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago.
- Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.
- Caso Barrios Altos Vs. Perú.
- Caso Cesti Hurtado Vs. Perú.
- Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA



4.5 Responsabilidad internacional en el Caso Kichwa de Sarayaku contra Ecuador

Los hechos del caso que se procederá a analizar, se enmarcan en la petición presentada por el pueblo de Sarayaku, ubicado en Ecuador, quienes manifestaban que el Estado otorgó a una empresa petrolera el permiso de realizar la actividad de exploración y explotación en el espacio que se constituía con su territorio, sin haberles consultado ni haber obtenido su consentimiento, durante estas dos etapas – alegaban los peticionarios- que se le impidió la libre circulación y de igual manera se restringió su identidad cultural.

Por su parte, los agentes estatales manifestaban que no tenían obligación alguna de consultar u obtener el consentimiento del pueblo Sarayaku a razón que para tal fecha aún el Estado no había ratificado el Convenio 169 de la OIT.

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

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Este caso, constituye un hito jurisprudencial histórico emitido por la Corte Interamericana en materia de derecho de los pueblos indígenas, pues desarrolla exhaustivamente el mecanismo de consulta previa.

En efecto, indica que este mecanismo debe ser aplicado ante cualquier medida que afecte a los pueblos originarios, o que ponga en riesgo desde su supervivencia hasta su cosmovisión o identidad cultural. De igual manera, indica este Tribunal que cada etapa del procedimiento debe ser regida por el principio de buena fe.

Asimismo, determina que como una medida de reparación el Estado de Ecuador, respetando el artículo 2 de la CADH, debe adecuar su legislación interna a la normativa internacional.

Finalmente declara responsable al estado ecuatoriano por la omisión de sus funcionarios en garantizar el derecho de la consulta previa, poniendo en riesgo la vida e integridad de los pobladores, además de haber vulnerado el derecho a la propiedad.

Ahora bien, la autora citó el caso anterior, con la finalidad de realizar un símil con el caso peruano, ello con base a que si bien en ese momento el Estado ecuatoriano no había ratificado el Convenio 169- y que podría ser alegado como un atenuante frente a la vulneración- la realidad peruana es sumamente distinta, ya que pese a haber ratificado el Convenio en mención, y tal como se ha demostrado anteriormente, el Estado peruano no viene aplicando de manera adecuada y acorde a parámetros internacionales el mecanismo de consulta previa, lo que podría generar una eventual responsabilidad internacional, al igual que Ecuador, por no cumplir su deber de garantía frente a 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

CONCLUSIONES

En atención a los objetivos planteados en el proyecto de investigación que promovió la presente investigación, se alcanzaron las siguientes conclusiones:

Primera

La consulta previa es un mecanismo positivo que por su naturaleza entabla espacios de diálogo, logrando de esa manera la legitimidad de proyectos, así como la pacificación de la sociedad a través de la participación ciudadana y el acceso a la información.

Segunda

Los pueblos originarios constituyen parte de una población vulnerable y categoría sospechosa por su identidad cultural, cosmovisión y minoría étnica social , por lo tanto requieren una especial protección por parte del Estado peruano. Siendo así, la consulta previa aplicada adecuadamente, constituye el mecanismo idóneo mediante el cual se tutelan y garantizan los derechos de los pueblos indígenas, tribales y comunidades campesinas, a razón de ello, y teniendo en cuenta que nuestro país posee un gran porcentaje de interculturalidad es que ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, adecuándolo a nuestra legislación nacional a través de la Ley N° 29785.

Tercera

El mecanismo de consulta previa no posee enfoque de género, ello es importante porque los proyectos de inversión afectan de manera distinta a las mujeres que a los hombres, pues su relación con el medio ambiente se extiende a la protección familiar, en 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

sentido, resulta fundamental que para lograr la igualdad de género se creen condiciones de cambio, traducidas en acciones de inclusión

Por otro lado, el Ministerio de Energía y Minas ha señalado que en aquellos proyectos en donde se alcanzó la etapa de diálogo se ha percibido un mayor índice de satisfacción y seguridad respecto al desarrollo del proyecto; en ese sentido se recalca la importancia de la debida observancia de las etapas que constituyen la consulta previa

Cuarta

En el año 2013 el Poder Ejecutivo creó la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente para la aplicación del Derecho a la Consulta, atendiendo a su objeto, es importante su reactivación, (a razón que no sesiona desde el año 2017) ya que contribuiría sustancialmente a que este mecanismo sea llevado a cabo siguiendo parámetros internacionales garantizando el respeto a los derechos fundamentales de los pueblos originarios.

Quinta

El EIA garantiza la conservación del medio ambiente, la participación ciudadana y el acceso a la información, a razón que conforme a DS 042-2017-EM, se establece que se debe acreditar mediante fotos, videos, actas, listas, el respeto al derecho de participación.

De lo anterior se desprende que actualmente existen mecanismos suficientes que contribuyen a la activa participación de los pobladores en todas las etapas de la evaluación del EIA; por tanto, la duplicidad de procedimientos administrativos – la extensión de la aplicación de la consulta previa a este instrumento de gestión ambiental- únicamente contribuiría a desincentivar la inversión en el Estado peruano, a fortalecer la burocracia y evitar la operatividad lógica.

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

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Sexta

El mecanismo de consulta previa, está relacionado con la protección de los siguientes derechos: el derecho de propiedad comunal, lo derechos económicos, sociales y culturales y con el derecho a un medio ambiente sano. Por tanto, al tutelar tantos derechos fundamentales resulta indispensable su correcta aplicación.

En ese sentido, ante una inadecuada aplicación del mecanismo de consulta previa, se está incumpliendo el deber de garantía de los Estados desprendido del artículo 1.1 de la CADH, lo que podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado peruano

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

PROPUESTA DE MEJORA

A lo largo de la presente investigación, se ha abordado el carácter transcendental que posee la consulta previa, como un mecanismo que promueve el respeto y garantía hacia los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tribales y comunidades campesinas. En ese sentido, resulta fundamental su adecuada aplicación, siguiendo los lineamientos y parámetros internacionales, caso contrario y de verse afectada algún pueblo o comunidad originaria a raíz de la incorrecta aplicación de este mecanismo, el Estado peruano podría incurrir en un ilícito internacional, acarreando así su responsabilidad ante sistemas supranacionales.

Dicho lo anterior, es menester del presente trabajo de investigación plantear propuestas de mejora orientadas a superar el punto indicado. Siendo estos:

1. En primer lugar, la autora propone reactivar la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente para la aplicación del Derecho a la Consulta, para que con posterioridad se le otorguen mayores facultades, pues actualmente se le ha limitado únicamente al seguimiento de la implementación de los acuerdos logrados en los procesos de consulta, sin embargo, se recomienda que el ente en mención sea el encargado de verificar que los procesos consultivos que se vayan a aplicar, cumplan su verdadera esencia, es decir, la obtención del consentimiento de los pueblos originarios, o en su defecto un acuerdo y así evitar que se convierta en un proceso de mero trámite o formalidad.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

También se recomienda que dentro de las facultades de la Comisión se encuentre el realizar el seguimiento al proceso, desde la etapa de reunión preparatoria. En efecto, si bien el reglamento de la Ley N° 29785, estipula que este mecanismo se debe llevar a cabo en un máximo de 120 (ciento veinte) días, de los 11 proyectos analizados en la presente investigación, se ha observado que se llevan a cabo en un máximo de 90 días, ello en razón a que en algunos casos la etapa de publicidad, así como la etapa preparatoria han sido realizados el mismo día; o en solo 2 proyectos se concretizó la etapa de diálogo. Por tanto, al otorgarle a la Comisión facultades de control, se pretende lograr que cada etapa se realice en un mínimo proporcional a su finalidad. A su vez, la autora propone que dentro de la Comisión se asigne un staff de abogados especialistas en la materia, que sean pagados por parte del consultante a fin que brinden asesoría a los pueblos originarios; en la misma línea, la autora recomienda que tal Comisión cuente con una membresía revestida de enfoque intercultural, en la que también se cuente con la participación de representantes de la población originaria.

2. En el mismo sentido, resulta significativo que los pueblos originarios fortalezcan su representatividad, para de esa forma participar activamente en las mesas de diálogo, así como a lo largo del proceso de consulta, para ello, resulta adecuado que el Ministerio de Cultura promueva la conservación de la colectividad indígena y/o campesina, de igual manera, se promueva la conservación de su 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, cosmovisión, costumbres y tradiciones; pues la importancias de éstas serán transmitidas a través de sus representantes a las autoridades estatales.

3. Finalmente la autora propone, que el mecanismo de consulta previa sea llevado a cabo aplicando enfoque de género, ello con base a la especial cosmovisión que poseen las mujeres indígenas y sobre todo atendiendo a la intersección de su doble situación de vulnerabilidad, pues históricamente tanto los pobladores indígenas, así como las mujeres han sido discriminadas, en consecuencia, es prioritario observar sus necesidades especiales, ya que para ellas los recursos naturales pasibles de afectación poseen un significado distinto que para el resto de pobladores. De igual manera, que las reuniones de cada una de las etapas del proceso, sean realizadas de manera inclusiva, lo que se traduce en una respuesta positiva a las características particulares de las mujeres indígenas y su relación con el núcleo familiar.

4. Al ser el Acuerdo de Escazú, un instrumento que garantiza el derecho de participación ciudadana respecto a temas medio ambientales y por tanto contener estándares más garantistas respecto a las personas que puedan ser sujetos de una posible afectación frente a proyectos de inversión, se recomienda que el Estado Peruano lo ratifique, al ser uno de los países faltantes para que este acuerdo pueda entrar en vigencia.

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

[55] 323 US 214, Corte Suprema de Estados Unidos, de 18 de diciembre de 1944, en: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase. pl?court=US&vol=323&invol=214

[129] Admiten amparo para consulta previa del EIA de Hidrovía Amazónica Published en Servindi - Servicios de Comunicación Intercultural (2019, Mayo 10) recuperado de: https://www.servindi.org/actualidad-noticias/09/05/2019/admiten-demanda-de-amparo-para-la-consulta-previa-del-eia-de-hidrovia

[45] African Commission of Human and Peoples´ Rights (2001) Communication No: 211/98- Legal Resources Foundation v. Zambia, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya. Página 9.

[38] AHREN, M. (2013) Introducción a las disposiciones sobre tierras, territorios y recursos naturales de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, página 7.

[88] ANAYA, J. "Pueblos indígenas, comunidad internacional y derechos humanos en la era de la globalización", en Fernando Mariño y Daniel Oliva (Eds.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas,* Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, página 93.

[108]Asamblea General de la OEA, (2008) Resolución titulada "Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas", aprobada en la cuarta sesión plenaria, AG/RES. 2429 (XXXVIIIO/08).

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[56] BBC NEWS MUNDO, 2018, “El caso Korematsu: la decisión que aún avergüenza a la Corte suprema de EE.UU” recuperado de: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-44636615

[122] BELAUNDE, M. (2009) Derecho minero y concesión – Tercera Edición Página 51

[124] BELAUNDE, M. (2009) Derecho minero y concesión – Tercera Edición Página 53

[89] BLONDET R (2012) “Medio ambiente, derechos colectivos, consulta previa y ejercicio de derechos humanos por personas jurídicas”

[27] BREGALIO R; OCAMPO D. y OLIVIEA J. (2012) “Consulta previa, libre e informada” Idehpucp, página. 14.

[21] BREGALIO R; OCAMPO D. y OLIVIEA J. (2012) “Consulta previa, libre e informada” Idehpucp, página 12

[22] BREGALIO R; OCAMPO D. y OLIVIEA J. (2012) “Consulta previa, libre e informada” Idehpucp, página 99

[40] BUSTAMANTE, M. (2004) “El proceso de la comisión revisora de la legislación sobre comunidades campesinas y comunidades nativas” Pàgina123.

[54] CARRILLO, J. (2001) Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo. 2 Páginas 23-24.

[60] Caso Atala Riffo vs. Chile, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 párr. 92

[59] Caso Atala Riffo vs. Chile, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 párr. 72

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[79] Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 100

[99] Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 346

[92] Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C 125 párr. 143

[104] Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125 párr. 163,

[69] Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125 párr. 163

[90] Caso Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 de marzo 2006. Serie C No. 146 párr. 164.

[72] Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de Noviembre de 2007.31 de agosto 2001 Serie C No. 79 párr. 149

[91] Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de Noviembre de 2007.31 de agosto 2001 Serie C No. 79 párr. 149

[150] Caso Espinoza Gonzales vs. Perú.Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 20 de Noviembre de 2014. Serie C No289 parr. 241

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[148] Caso Hermanos Landaeta Mejía vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 27 de Agosto de 2014. Serie C No 281 párr. 214

[153] Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de Noviembre de 2007. Serie C No. 172 parr. 41

[98] Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de Noviembre de 2015. Serie C No 309, párr. 172

[146] Caso Ticona Estrada vs. Bolivia, Sentencia del 27 de Noviembre de 2008, Fondo, reparaciones y costas, Serie C 191, párr. 151

[81] Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, CHIRIF A. (2017) "El caucho, un auge pagado con la vida de miles de indígenas", recuperado en https://www.caaap.org.pe/website/2017/10/24/el-caucho-un-auge-pagado-con-la-vida-de-miles-de-indigenas/

[52] CHAPMAN, A. y CARBONETTI, B, (2011) "Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", Human Rights Quarterly, . Página 706

[133] CIDH Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos OEA/Ser.L/V/II.Doc 56/09. 30 de diciembre de 2009. Página 124

[71] CIDH Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos OEA/Ser.L/V/II.Doc 56/09. 30 de diciembre de 2009. Página. 109

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] CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 249.

[15] CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

[154] CIDH, Infome: Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 de junio de 2007, parr. 254

[135] CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales- Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc 56/09. 30 diciembre 2009. Página 126

[112] CIJ, Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Opinión consultiva del 8 de julio de 1996, párr. 29, y CIJ, Caso Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría Vs. Eslovaquia). Sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 112.

[110] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Caso Centro de Acción por los Derechos Sociales y Económicos y Centro de Derechos Económicos y Sociales Vs. Nigeria. Comunicación 155/96. Decisión de 27 de octubre de 2001, párr. 51.

[3] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II,Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 285

[17] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia 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

Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II,Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 326

[49] Comité de Derechos Humanos. Observación General 18: No discriminación, 1989, U.N Doc. CCPR/C/37 (10 de noviembre de 1989), Párr. 6

[145] Comité de los Derechos humanos, Observación General N°31, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80° periodo sesiones, U.N.Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 2005 /2004(párr.3)

[115] Congreso Constituyente del Brasil, Constitución de la República Federativa del Brasil, 1988, capitulo III artículo 186

[111] Consejo de Derechos Humanos, Informe preliminar del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, 24 de diciembre de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, párr. 19.

[116] Constitución de la Republica de Ecuador, 2008, Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador, Capitulo II artículos 395, 396, 397, 398, 39.

[114] Constitución Política de Colombia, 19991, Asamblea Nacional Constituyente, Capitulo III artículos 78, 79, 82

[113] Constitución Política del Perú, 1993, Asamblea Constituyente, Capitulo II, Artículos 66, 67, 68, 69.

[100] Corte IDH, Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr.166

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[102] Corte IDH, Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 142 a 144.

[103] Corte IDH. "Medio Ambiente y Derechos Humanos". Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párrafo 57 y 234.

[106] Corte IDH. "Medio Ambiente y Derechos Humanos". Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párrafo 57 y 234.

[68] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Párrafo 174.

[11] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

[14] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 125

[16] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 27

[105] Corte IDH. Caso Kawas Fernandez vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009, párrafo 148.

[107] Corte IDH. Caso Kawas Fernandez vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009, párrafo 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

[70] Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 171 y párr. 164.

[94] Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 171 y párr. 164.

[101] Corte IDH. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párr. 35.

[66] Corte IDH. Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* .Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.Serie C No. 245, párr. 159.

[53]Corte IDH, Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos del niño, OC-17/02, 28 agosto 2002

[172] Corte IDH, Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos del niño, OC-17/02, 28 agosto 2002

[118] Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1. Principio 8.

[13] Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.2.

[78] Declaración y programa de acción de viena (1993) recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

[61] Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento", del 18/09/2007, Fallos 330:134.

[37] Defensoría del Pueblo, Informe N°003-2016-DP/AMASPPI-PP

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[139] DELGADO M “Buenas prácticas en el sector minero canadiense: un análisis comparativo con el caso peruano”

[76] Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas: “Situación de los Indígenas en el Mundo”— DPI/2551/A — 09-64061 — Enero del año 2010 pág.1 párr. 4.

[77] Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas: “Situación de los Indígenas en el Mundo”— DPI/2551/A — 09-64061 — Enero del año 2010 pág.1 párr. 4.

[117] Diputados de la Asamblea Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, capitulo IX artículos 127, 128 y 129

[64] DE OBIETA CHALBAUD, J. (1989) “El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos”, Editorial Tecnos, Página. 43.

[127] Estándares regionales de actuación defensorial en procesos de consulta de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú (2017) Página.27

[128] Estándares regionales de actuación defensorial en procesos de consulta de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú 2017 pg.28

[50] ESTUPIÑAN R. (2006) “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología” pg. 211

[158] ESTUPIÑAN R. (2006) “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología” pg. 211

[33] Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios, guía metodológica. Sección 2, pasos para la identificación de pueblos indígenas u originarios, paso 2: establecer los temas clave. Página 28

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[34] Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios, guía metodológica. Sección 2, pasos para la identificación de pueblos indígenas u originarios, paso 2: establecer los temas clave. Página 30

[85] EXP N°2727-2002-AA/TC, de 19 de diciembre de 2003 fundamento 5

[86] EXP N°2727-2002-AA/TC, de 19 de diciembre de 2003 fundamento 5

[87] EXP. N.º 00024-2009-PI Fundamento 16 https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.html par. 16

[93] EXP. N.º 00024-2009-PI https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.html parr. 18

[47] FERRAJOLI L. "Igualdad y diferencia" Página. 15

[97] FERRER MAC GREGOR, E. (2017)" La justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales, culturales Y AMBIENTALES EN EL Sistema interamericano de derechos humanos "

[149] FERRER MAC-GREGOR, E. y PELAYO MOLLER, C. Las Obligaciones generales de la Convención Americanas obre derechos humanos, página. 35

[73] FERRERO H., R. (2016) "Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte" Revista IIDH, Páginas. 71 -72.

[36] Fuente informes finales de consulta publicados en la páginas web del Minem disponible en:

[7] GALVIS, M y RAMIREZ Á. (2013) Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propia comunitaria. "Fundación para el debido proceso" Washington D.C.20036. Página. 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

[8] GALVIS, M y RAMIREZ Á. (2013) Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propia comunitaria. "Fundación para el debido proceso" Washington D.C.20036. Página. 75

[24] GARCIA A. (2007) "El síndrome del perro del hortelano", recuperado de El Comercio, disponible en: http://peruesmas.com/biblioteca-jorge/Alan-Garcia-Perez-y-el-perro-del-hortelano.pdf

[25]GARCIA A. (2007) "El síndrome del perro del hortelano", recuperado de El Comercio, disponible en: http://peruesmas.com/biblioteca-jorge/Alan-Garcia-Perez-y-el-perro-del-hortelano.pdf

[26] GARCIA A. (2007) "Receta para acabar con el perro del hortelano", recuperado de http://apra-global.blogspot.com/2007/11/receta-para-acabar-con-el-perro-del.html

[138] Gobierno de Canadá (3 de agosto de 2011). «The Department» *Natural Resources Canada*

[63] Gobierno de Colombia mediante Departamento para la Prosperidad Social. "Descripción Enfoque Diferencial", pág. 1.

[126] Gordillo, Agustín (1963). Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 3: "El acto administrativo", Capítulo II, p. II4. Buenos Aires.

[144] Gros Espiell, H (1991) La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, página 65

[147] Gros Espiell, H (1991): La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo, (Santiago, Editorial jurídica de Chile), p. 65.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[130] Guía Metodológica de la Consulta a los Pueblos Indígenas, Ministerio de Cultura 2013

[142] HITTERS, J. y FAPPIANO O. Derecho Internacional de los derechos humanos 2ª, ed. Buenos Aires,2007 Tomo 1, vol 1 págs. 528 – 529

[131] INEI, Informe Nacional, (2017) Perú perfil Sociodemográfico, recuperado de: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/libro.pdf

[41] INFOLATAM, VARCARCEL, M (2014) ¿En qué países viven más indígenas y mejor en la región? Recuperado de https://politicaindigenanews.wordpress.com/2014/10/16/ranking-infolatam-en-que-paises-viven-mas-indigenas-y-mejor-en-la-region/

[123] LASTRES. E. "Las concesiones en la Legislación minera", recuperado de http://www.elabog.com/web/?p=499

[28] La República, CASTILLO M. (2009)"DL 1064 vulnera el derecho de nativos a ser consultados por todo lo que les afecte" recuperado de https://larepublica.pe/politica/402445-dl-1064-vulnera-el-derecho-de-nativos-a-ser-consultados-por-todo-lo-que-les-afecte/

[74] LEAKE, A. "Los pueblos indígenas cazadores-recolectores del Chaco Salteño: población, economía y tierras" - 1a ed. - Salta: Fundación Asociación: Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, Universidad Nacional de Salta, 2008, pág. 79 párr. 2.

[39] Ley 24656. Ley General de Comunidades Campesinas, publicada el 14 de abril de 1987

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[120] Ley N° Título I,"Política Nacional del ambiente y gestión ambiental" Capitulo Aspectos generales I

[2] Los derechos de los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT Guía para la aplicación recuperado de: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/6903.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/6903

[51] ANAYA J. (2005) "Los pueblos indígenas en el derecho internacional" Página. 150

[143] MONROY CABRA, M. "Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José", en Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos organizado por la Comisión Interamericana de Abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Washington, OEA, 198. PA. 34

[4] OIT, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), párr. 38 en Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

[69] Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm 169), Ref: ILC.100/III(IA, 16 de febrero de 2011.

[12] ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 65.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[95] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 12, El derecho a un alimentación adecuada (artículo 11), 20 periodo de sesiones, U.N Doc. E/C.12/1999/5, párr. 13.

[96] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible

[156] ONU. Informe Ruggie J. "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar" A/HRC/17/31, 21demarzo de 2011, principio 5

[44] Opinión Consultiva N° 18, fundamento 112.

[48] Opinión Consultiva N° 18, fundamento 103.

[43] Opinión Consultiva OC 18 (2003) "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados"

[119] Opinión Consultiva N°23 (2017) "Medio ambiente y derechos humanos3

[32] Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT. Ginebra: OIT, 2009.

[18] PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Las Constituciones del Perú*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1954, pp. 312-313

[42] PIERS,B ; TERRY,C; IAN, D; BEN,W (1996) "Vulnerabilidad" recuperado de: http://www.desenredando.org/public/libros/1996/vesped/vesped-todo_sep-09-2002.pdf

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[155] QUINTANA, K y FLORES R(2017) Los derechos de los pueblos indígena una visión desde el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos" Página. 174

[19] RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía.* Lima: Fondo Editorial PUCP, 2015, p.115

[31] QUINTANA K. (2017) "Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el sistema interamericano de los derechos humanos" Página 29.

[35] Reglamento de la Ley de Consulta Previa Ley Nª 29785. Artículo 19

[151] ROJAS J. (2008) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos"

[125] SANDS, P. Principles of International Enviromental Law. Combrige Uviersity Press, 2003 Pag. 247

[137] Semana económica. CAZORLA P. 19 de diciembre 2013 Buenas prácticas internacionales: ¿Qué se puede aprender de los acuerdos de Impactos y Beneficios en Canadá? Recuperado dehttp://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/mineria/128666-buenas-practicas-internacionales-que-se-puede-aprender-de-los-acuerdos-de-impacto-y-beneficios-de-canada/ página 9

[140] Semana económica. CAZORLA P. 19 de diciembre 2013 Buenas prácticas internacionales: ¿Qué se puede aprender de los acuerdos de Impactos y Beneficios en Canadá? Recuperado dehttp://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/mineria/128666-buenas-practicas-internacionales-que-se-puede-aprender-de-los-acuerdos-de-impacto-y-beneficios-de-canada/ página 5

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[141] sentencia 2003/2010 del Tribunal Constitucional de Bolivia

[58] Sentencia de la Corte Suprema de Chile (2004), Caso Atala Riffo considerando 17

[121] Sentencia N° 003343-2007-PA/TC, parr. 4

[6] Sentencia N°06316-2008-PA/TC del 11 de noviembre de2009, párr. 18

[9] Sentencia N°06316-2008-PA/TC del 11 de noviembre de2009, párrs. 298 y 323

[5] Sentencia SU-039 de 1997, M.P Antonio Barrera Cabonell.

[29] SERVINDI (2009) "Perú: congreso derogará Decreto Legislativo 1090 sobre Ley Forestal, recuperado de: https://www.servindi.org/actualidad/11699

[23] SERVINDI, Chirif A. (2015) "Los 20 años del Convenio 169 de la OIT en el Perú" recuperado de: https://www.servindi.org/actualidad/128507

[80] SERVINDI, Vega W (2009) " Perú: el racismo hacia los pueblos amazónicos" recuperado de: https://www.servindi.org/actualidad/opinion/11580

[1] SILVA SANTISTEBAN, A. y BEDOYA GARLAND, E. "Servidumbre por Deudas y marginación en el Chaco Paraguayo", 2005 Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_081941.pdf

[132] OXFAM (2019) Sin mujeres indígenas ¡no!: aproximaciones desde la implementación de la Consulta previa, libre e informa en la industria extractiva del Perú, recuperado de https://cng-cdn.oxfam.org/peru.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/Sin_mujeres_indigenas_no.pdf pg. 39

[46] Sentencia 0045-2004-AI página 15.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

[109]TEDH, Caso Budayeva y otros Vs. Rusia, No. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02. Sentencia de 20 de marzo de 2008, párrafoss. 128 a 130, 133 y 159,

[20] UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. *Historia de las constituciones del Perú*. Lima: Andina, 1978, p. 527

[57] TEDH, Caso United States v. Carolene Products (1938).

[82] Caso Corte Idh. Velásquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C 04 párr. 100

[152] Caso Corte Idh. Velásquez Rodríguez v Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C 04 ras, párr. 195

[134] IDLADS Perú (2018) "Apariencia y realidad de la Consulta previa en el Perú" recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=v24OK6RxObo

[30] Perú Cultural (5 de junio 2015) "La espera: historia del Baguazo" recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=pgYUFnxs-6U

[67] VILLELA F., S. "Cosmovisión Indígena", UNAM, México cap. 13 pág.465.

[75] Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.* Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C. N° 146 párr. 28.

[65] Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C 125 párr. 57

[83] Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C 125 párr. 162

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

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

[84] Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C 125 párr. 167

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

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ANEXO

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

Escuela Profesional de Derecho

"*Causas y efectos del incumplimiento de la normativa de la consulta previa (Ley N°29785) desde su implementación hasta la actualidad, en el sector minero*"

Proyecto de Tesis presentada por

La egresada Paola Andrea Macedo Leiva

Para obtener el Título Profesional de Abogada

AREQUIPA – PERÚ

2019

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 DE INVESTIGACIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los pueblos indígenas y tribales constituyen parte de una población que históricamente ha sido discriminada, en consecuencia se les considera en situación de vulnerabilidad. Esto ha sido reconocido por la Corte Constitucional Colombiana en su *Sentencia T-349/96* donde establece que los elementos que distinguen a un grupo minoritario y étnico (que por lo tanto justifica su atención prioritaria); gira en torno al concepto de cultura, concebida como el conjunto de creaciones y comportamientos colectivos, que diferencia a un grupo humano[1]. En el caso de la poblaciones indígenas se ve reflejado en elementos como: i) Cosmovisión ii) Lengua iii) Territorio iv) Identidad Cultural y la v) Esperanza de vida.

En ese sentido, los pueblos indígenas poseen una fragilidad superior que al promedio de otros sujetos en el seno del mismo Estado, lo que provoca un grado mayor de exposición a la violación convencional[2], por tanto precisan la implementación de políticas públicas, debido a las necesidades diferenciales de atención y protección que requieren, por ello, en el año 2011, el Congreso aprobó la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios (Ley N°29785), medida que estaba diseñada, a tenor de su Artículo 1, para desarrollar el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a

[1]DE OBIETA CHALBAUD, J. "EL DERECHO HUMANO DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS", EDITORIAL TECNOS, MADRID, 1989. PÁG. 43.
[2]ESTUPIÑA, R. "LA VULNERABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH", EDICIONES PEDONE, PARÍS, 2014, PÁG 200.

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 previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente, interpretadas a la luz del Convenio 169 de la OIT.

Es relevante mencionar lo anteriormente descrito, en razón a que hasta el año 2011, los pueblos indígenas y tribales tenían nula participación en la toma de decisiones en nuestro país (pese a que las mismas los afectaban directamente) sin embargo, si bien he mencionado que en la actualidad tienen participación, ello no implica que realmente ésta sea activa (como se profundizará a lo largo de la presente investigación) ni mucho menos significa que posean derecho a veto.

En la misma línea de ideas, a nivel internacional no existen lineamientos que otorguen directrices a los Estados, respecto de la forma en la que deben aplicar el mecanismo de consulta previa (dependiendo por lo tanto, únicamente de su buena fe); desde la implementación de la mencionada Ley, los pueblos indígenas han manifestado su insatisfacción[3] con la misma debido a su falta de eficacia al momento de aplicarse el mecanismo de Consulta previa. Si bien el Ministerio de Cultura ha indicado que desde su incorporación en el año 2011, hasta julio del 2018 se ha cumplido con realizar cuarenta y uno procesos de consulta[4], la realidad es que este procedimiento se está convirtiendo en un mero formalismo, pues no se está *i)* cumpliendo con un verdadero diálogo interseccional, *ii)* no se están consultando procedimientos administrativos como la Evaluación de Impacto ambiental y finalmente *iii)* existe una deficiente institucionalización de pueblos y comunidades indígenas, lo que genera que se legitime

[3] ANA LEYVA, Informe Cooper Acción, Consúltame de Verdad: Aproximación a un balance sobre consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarburífero, junio 2018.
[4] ANDINA, "Agencia peruana de noticias" Un total de 41 procesos de consulta previa ya se han desarrollado en nuestro país, Publicado el 19/07/18, disponible en: https://andina.pe/agencia/noticia-un-total-41-procesos-consulta-previa-ya-se-han-realizado-el-pais-718034.aspx

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

explotaciones mineras sin una verdadera participación por parte los pueblos, quienes serán sujetos de posibles afectaciones. Por todo ello, es menester de la presente investigación analizar si es posible otorgar a la Comisión Multisectorial de Seguimiento para la aplicación del Derecho a la Consulta Previa[5], (creada por el Ejecutivo) mayores facultades a fin que no solo sea un mecanismo de seguimiento sino también constituya un mecanismo evaluador de la forma en que se llevan a cabo los procedimientos de consulta previa; teniendo como principio rector el diálogo interseccional.

2. INTERROGANTES Y OBJETIVOS:

2.1 Interrogantes Básicas de la investigación

2.1.1. ¿Por qué es importante que el Estado le otorgue atención prioritaria a los pueblos indígenas y tribales?

2.1.2. ¿La Ley N° 29785 cumple su finalidad de respetar los derechos de los pueblos indígenas y tribales?

2.1.3. ¿Cuáles son las principales causas del incumplimiento de la Ley N° 29785?

2.1.4. ¿El Estado peruano estaría incurriendo en responsabilidad internacional en caso no se aplique correctamente el mecanismo de consulta previa?

[5] **Comisión Multisectorial de Seguimiento a Consulta Previa, publicado el 26/02/13, disponible en: http://www.pcm.gob.pe/2013/02/comision-multisectorial-de-seguimiento-a-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

2.1.5. ¿A la Comisión Multisectorial de Seguimiento para la aplicación del Derecho a la Consulta Previa se le podría dar la facultad de evaluar las consultas previas a realizarse en el sector minero?

2.2 Objetivos:

2.2.1. General:

- Analizar si la aplicación de la Ley N° 29785 cumple su finalidad de respeto y protección a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT.

2.2.2. Específicos:

- Examinar la importancia de la atención prioritaria a los pueblos indígenas y tribales por parte del Estado
- Determinar si el Estudio de Impacto Ambiental debe ser un acto sujeto a consulta previa.
- Analizar la propuesta de la incorporación del enfoque de género al mecanismo de consulta previa.
- Determinar los efectos para el Estado peruano frente a la inadecuada aplicación de la Ley N° 29785
- Estipular la posibilidad de otorgar mayores facultades a la Comisión de Seguimiento de Consulta Previa, a fin que se constituya como un mecanismo idóneo de evaluación de los procedimientos 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

3. JUSTIFICACIÓN:

Dentro de los Estados que pertenecen al sistema interamericano, el Estado peruano es uno de los que mayor población de personas indígenas posee (7.5 millones)[6], cuyo factor de vulnerabilidad se ve determinado en su identidad étnica y cultural minoritaria[7], frente a ello, resulta necesario otorgar un trato meticuloso, específico y diferenciado a poblaciones culturalmente distintas. Por tanto, la consulta previa constituye un mecanismo esencial para proteger derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la familia, a la identidad cultural, a un medio ambiente equilibrado, entre otros.

En ese sentido, el derecho a la consulta previa se encuentra íntimamente ligado con el derecho a la participación ciudadana, el que se encuentra consagrado en el Artículo 2.17 de nuestra Constitución Política, así como en el Artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que busca garantizar que los procesos de toma de decisiones públicas, no sean sustituidos por procesos de decisión estatal en los que los intereses y necesidades de la población sean relegados[8].

Dentro de los principios que rigen la consulta, se encuentra el de la buena fe, ello en razón a la ausencia de lineamientos internacionales que dirijan la manera en que se realiza este procedimiento. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de derechos Humanos ha indicado que la buena fe, exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del

---

[6] VALCÁRCEL, MARISA. "RANKING INFOLATAM: ¿EN QUÉ PAÍSES VIVEN MÁS INDÍGENAS Y MEJOR EN LA REGIÓN?" INFOLATAM RSS, OCTUBRE DE 2014. CONSULTADO EL 26 DE MAYO DE 2016. DISPONIBLE EN: HTTP://WWW.INFOLATAM.COM/2014/10/14/ RANKING-INFOLATAM-EN-QUE-PAISES-VIVEN-MAS-INDIGENAS-Y-MEJOR-EN-LAREGION/

[7] Corte IDH. Caso Yatama Vs Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 201 y 202

[8] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con Proyectos de Desarrollo e Infraestructura página 82

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 o de agentes o de terceros[9]; a su vez, la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-461 de 2008 ha establecido que la realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados.[10]

No obstante ello, lo que sucede en nuestro país no se asemeja a lo estipulado por tribunales tanto internacionales como nacionales, pues conforme a la matriz de procesos de consulta en el Perú[11], a la fecha se han realizado un total de 42 procesos de consulta previa[12], sin embargo y de manera antagónica el informe de julio del año 2018, expuesto por la ONG Cooper Acción; indica que desde el 2012 existe una brecha de implementación, pues ninguno de los actos consultables establece la pertinencia ni las condiciones sobre las que se dará la actividad minera; tampoco establecen las medidas de prevención, mitigación ni compensación de sus impactos sobre los pueblos indígenas[13]. Aunado a ello, la falta de información, genera que la consulta se realice en tiempos muy breves, incluso en un mismo día.

A su vez, existen factores aledaños que generan que el mecanismo de consulta previa resulte ilusorio (tomando como punto de referencia diversos proyectos mineros[14]), tales como la ausencia de consulta del procedimiento administrativo de Estudio de impacto

[9] Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C N° 245 párr. 187

[10] Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P Manuel José Cepeda Espinosa)

[11] ¿Cómo va la aplicación de la Ley de la Consulta Previa en el Perú? Avances y Retos 2017, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP), Lima, diciembre 2017

[12] Ver Anexo 1

[13] ANA LEYVA, Informe Cooper Acción, Consúltame de Verdad: Aproximación a un balance sobre consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarburífero, junio 2018.

[14] Proyecto de hidrocarburo Lote 64, 192 y Proyecto Minero Aurora - 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

ambiental así como la falta de institucionalización de los pueblos indígenas; si bien, es probable que existan más factores que contribuyen a la existencia de la brecha de implementación de la consulta previa por parte del Estado (más no se abordará en el caso de privados) la presente investigación está enfocada a evidenciar los más resaltantes, abordando a su vez, de manera somera el caso de la minera Arboleda, pues sin duda, al ser el primer caso llevado ante el Tribunal Constitucional requiere de especial atención; por tanto la presente busca ser un aporte significativo para evitar que se vulnere derechos fundamentales de poblaciones en situación de vulnerabilidad.

El contexto descrito anteriormente, requiere de particular interés, en mérito a que en caso de realizarse de manera incompleta, errónea o incorrecta el procedimiento de consulta previa, estaríamos ante un eventual escenario de vulneraciones de derechos fundamentales a los pueblos indígenas, lo que podría acarrear que se determine la responsabilidad internacional del Estado, ante una sede supranacional.

4. CONCEPTOS BÁSICOS EXTRAÍDOS DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Pueblos indígenas: los pueblos indígenas de las Américas son grupos culturalmente diferenciados que mantienen un vínculo ancestral con las tierras en las que viven, o en las que desean vivir[15] . En ese sentido, las personas pertenecientes a los pueblos indígenas o tribales son una categoría de personas vulnerables.[16] En este caso, su vulnerabilidad aumenta debido al nivel de intolerancia institucional del Estado donde se encuentren[17].

[15] Organización de los Estados Americanos, pueblos indígenas, disponible en: http://www.oas.org/es/temas/pueblos_indigenas.asp

[16] CorteIDH, Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos del niño, OC-17/02, 28 agosto 2002, (en adelante: OC-17/02), párr.10.

[17] Iidem

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 misma línea, se pronunció el Banco mundial indicando que los pueblos indígenas son sociedad culturalmente diferentes[18], ello en razón de su cosmovisión la que se relaciona no solo con su bienestar físico, sino también espiritual.; es por este motivo que conforme a los datos estadísticos brindados por la entidad anteriormente mencionada, los trescientos setenta millones de indígenas que hay alrededor del mundo, protegen el 80% de la biodiversidad que aún queda en nuestro planeta. Por tanto es prioritario hablar de diversidad étnica y cultural, la que es definida por la Corte Constitucional Colombiana a través de la sentencia Sentencia T-605 de 1992 y T-308 de 1993, donde la define como "la diversidad de formas de vida y concepciones del mundo, no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población. En consecuencia supone la aceptación de la existencia de muchas formas de comprensión del mundo en un mismo territorio[19]

Derechos fundamentales: en palabras de Ferrajoli los derechos fundamentales son aquellas expectativas o facultades de todos que definen connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías como limites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: derecho a la vida, derecho a la libertad, derechos sociales a la subsistencia, derecho a la salud, a la educación, a la conservación del ambiente o similares[20].

Conforme a la teoría liberal los derechos fundamentales garantizan la liberta del individuo frente al Estado[21], en ese sentido, para Hauriou, los derechos fundamentales tienen un

[18] BANCO MUNDIAL, Pueblos Indígenas, disponible en: https://www.bancomundial.org/es/topic/indigenouspeoples Consultado el 23/03/19

[19] Sentencia T-605 de 1992 y T-308 de 1993 de la Corte Constitucional.

[20] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón Teoría de Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furio Ceriol, Valencia 2002. Pag. 806

[21] Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5638/7359

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

doble carácter constitucional: como derechos de la persona y como un orden institucional[22]

Dialogo Jurisprudencial: en palabras de Eduardo Ferrer Mac Gregor, el diálogo jurisprudencial constituye una suma de espacios de interlocución de los tribunales. El diálogo incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano, o más progresivamente la creación de un *ius constitucionale commune* , de esta manera se combina tanto el derecho constitucional como el derecho internacional de los derechos humanos[23].

Control de Convecionalidad: en Palabras de Carbonell es "una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos)"[24]. Es importante señalar que dicho control de convencionalidad, es una obligación ex oficio impuesta a los jueces de la región de hacer prevalecer los tratados internacionales, como por ejemplo la Convención Americana sobre derechos humanos, así como las sentencias y opiniones consultivas que en el marco de sus funciones emite la Corte Interamericana de derechos humanos; tal como sucedió en el histórico caso

[22]H auriou, Maurice, Précis de Droit Constitutionnel, reimpresión del CNRS, París, Sirey, 1965 (primeras ediciones: 1910, 1923 y 1929), p. 612, así como pp. 618 y ss.; asimismo revisar: Kaufmann, Erick, Das Wesen des Völkerrechts und die clasula rebus sic stantibus (Neudruck der Ausgabe Tübingen, 1911), Aaalen, Scientia Verlag, 1964, pp. 128

[23] Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Ttribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/2885-1.pdf

[24] CARBONELL, Miguel, Introducción general al control de convencionalidad, pp. 94-95, disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf, consultado: 20/08/2015.

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Almonacid Arellano contra Chile[25], y replicado posteriormente en otros tantos, verbigracia: caso Mirna Mack Chan contra Guatemala.

ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS:

A la fecha existen investigaciones que han abordado el tema de la Consulta Previa en relación a los pueblos indígenas (ninguna ha analizado las causas y efectos del incumplimiento de tal normativa, específicamente en el sector minero) pudiendo citar y tomar de referencia las siguientes tesis de pregrado para obtener el título de abogado:

A nivel local:

Titulo	"LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONSULTA PREVIA Y SU APLICACIÓN EN EL PERÚ (2011-2016)"
Autora	Rivera Orihuela Cynthia Kelly
Fecha de publicación	Nueve de enero de 2018
Disponible en	http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/8181
Editorial	Universidad Católica de Santa María
Conclusiones	La autora concluye que 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

[25] Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 124

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

	otorga la capacidad de impedir que las medidas legislativas o administrativas se lleven a cabo, a su vez concluye que en caso no se consideren los principios que conforman el derecho a la consulta previa las medidas consultadas podrían ser materia de cuestionamientos y la afectación del derecho de consulta será de tipo arbitraria e inconstitucional; asimismo 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

A nivel nacional:

Titulo	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
Autora	Chuquiruna Novoa, Lariela Danixa
Fecha de publicación	Tres de marzo de 2015
Disponible en	http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/601
Editorial	Universidad Privada Antenor Orrego – UPAO

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	La autora concluye que la Ley N°29785 recorta gravemente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, asimismo 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. A su vez concluye que el convenio 169 es mucho más amplio y protector de los pueblos indígenas.

Titulo	"LA OMISIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y SU IMPLICANCIA EN EL DERECHO A LA SALUD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AWAJÚN Y WAMPIS DE LA PROVINCIA DE CONDORCANQUI AMAZONAS, 2016-2017"
Autora	Sánchez Alca, Jackelinne
Fecha de publicación	Diecinueve de septiembre de 2018
Disponible en	http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/19977
Editorial	Universidad César Vallejo
Conclusiones	La autora busca demostrar la vulneración de los derechos que existe por parte del estado hacia los pueblos indígena 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

	pesar de la existencia de una Ley de Consulta Previa y una norma de rango constitucional como es el Convenio 169 de la OIT. Al analizar esta problemática se observó el poco interés que posee el gobierno en garantizar los derechos de los pueblos, priorizando la inversión y las actividades extractivas en el Amazonas teniendo como consecuencia el incremento del índice de mortalidad de los integrantes de los pueblos por la falta de protección del derecho a la salud y los mecanismos de prevención del mismo

Titulo	LA TUTELA COLECTIVA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: ¿LEGITIMACIÓN PARA OBRAR O REPRESENTACIÓN PROCESAL?
Autor	Glave Mavila, Carlos
Fecha de publicación	Dos de octubre del 2017
Disponible en	http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/9446
Editorial	Pontificia Universidad Católica del Perú
Conclusiones	La naturaleza colectiva del derecho a la consulta previa y su necesaria legitimación para obrar amplia. La valoración de la representación debida como garantía de una adecuada tutela del colectivo.

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 complejidad de la tutela colectiva en general y la especial complejidad del derecho a la consulta previa como principales dificultades para este tipo de procesos.

Titulo	"ENCUENTROS Y DESENCUENTROS DE DISCURSOS SOBRE LA CONSULTA PREVIA A PUEBLOS INDÍGENAS: EXPERIENCIA A PARTIR DE SU IMPLEMENTACIÓN EN EL PERÚ"
Autora	Vega Auqui, Yohannaliz Yazmin
Fecha de publicación	Nueve de abril de 2016
Disponible en	http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6699
Editorial	Pontificia Universidad Católica del Perú
Conclusiones	La autora concluye que los discursos sobre los indígenas y sobre la consulta reflejan la permanencia de representaciones de lógica colonial. A su vez concluye que los discursos sobre los indígenas y la consulta se ponen en cuestión al enfrentar el discurso jurídico de la consulta –encuentros y desencuentros.

Titulo	"LINEAMIENTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA LEY DE CONSULTA PREVIA – LEY Nº 29785 A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA 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

	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”
Autor	Ruelas Llerena, Luis
Fecha de publicación	Nueve de enero de 2018
Disponible en	http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/ucv/9265
Editorial	Universidad Cesar Vallejo
Conclusiones	El autor de la presente tesis de pregrado no ha autorizado la publicación de la misma

A nivel internacional:

Titulo	LA LEY DE CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ Y SU REGLAMENTO. LA PROBLEMÁTICA DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS
Autora	Nataly María Herrera Rodríguez
Fecha de publicación	Buenos Aires, 2014
Disponible en	http://www.unsam.edu.ar/ciep/wp-content/uploads/2014/11/Nataly-Herrera-Rodriguez2.pdf
Editorial	Universidad Nacional de San Martin
Conclusiones	La autora concluye que en el Perú, durante los últimos años ha habido un crecimiento acelerado de la inversión privada para el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales en zonas andinas y amazónicas donde habitan

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, sin consultar previamente con las comunidades afectadas, por otro lado, concluye que la Ley de Consulta Previa y su Reglamento han dejado erróneamente abierto el problema de las medidas adoptadas antes de la entrada en vigencia de la Ley, pero posteriores a la entrada en vigor del Convenio 169 OIT 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

5. HIPÓTESIS

Dado que los pueblos indígenas y tribales requieren de atención prioritaria por parte del Estado peruano.

Es probable que la incorrecta aplicación de la Ley N° 29785 (Ley de Consulta Previa) esté generando vulneraciones de derechos fundamentales a dichos pueblos y en consecuencia el Estado esté incurriendo en responsabilidad internacional.

6. MARCO OPERATIVO

7.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

7.1.1. TÉCNICAS.

Conforme a las interrogantes y objetivos propuestos, para la recolección de información se empleará la técnica de investigación documental

7.1.1.1Tipo y nivel de investigación

7.1.1.2 Tipo: Descriptiva

7.1.1.3. Nivel: Pura.

7.2. INSTRUMENTOS

Fichas bibliográficas

Fichas de resumen.

Documentos

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

BIBLIOGRAFIA, HEMEROGRAGIA E INFORMATIGRAFIA

a) BIBLIOGRAFÍA

a.1) Normas Legales y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos del sistema Interamericano y europeo:

- Convención Americana de Derechos Humanos

- Convenio Europeo de Derechos Humanos

- Constitución Política del Perú de 1993.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos

- Ley N° 29785

a.2) Textos

- ARTEAGA ANA CECILIA, BUSTAMANTE MINDA, DE LEON JOSE ANTONIO , TALAVERA MARIA ELOISA Y ZEA ELIZABETH, Políticas Públicas e Institucionalización de intereses indígenas. Proyecto Participa – Unión Europea Fundación Konrad Adenauer – 2015.

- GALVIS PATIÑO MARIA CLARA Y RAMIREZ RINCON ANGELA MARIA, Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria. Fundación para el debido proceso – Washington 2013.

- GONGORA MAAS JUAN JESUS Y QUINTANA OSUNA KARLA, Los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en los sistemas de Derechos Humanos. Universidad

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas Comisión Nacional de Derechos Humanos – México 2017.

- QUINTANA KARLA Y FLORES ROGELIO, Los Derechos de los Pueblos Indígenas, una visión desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Quéretaro – México 2017.

- SALMON ELIZABETH, La consulta previa, libre e informada en el Perú, la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos. Fundación Konrad Adenauer e Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Lima 2012.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas – México 2014.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con Proyectos de Desarrollo e infraestructura – México 2014

- VALER BELLOTA PAVEL HUMBERTO, Derecho y Política en Sociedad Multiculturales, Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco – 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

a.3.) Jurisprudencia Supranacional

- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 142.
- Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. Caso Moiwana vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.
- Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia 27 de junio del 2012. Serie C No. 245.
- Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.
- Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Comunidad Endorois vs. Kenia Comunicación Nº 276/2003 Decisión de julio del 2010.
- Corte Europea de Derechos Humanos, Affaire Gradinger c. Austria, Sentencia del 23 octubre del 1995, Serie A No. 266

Jurisprudencia Comparada

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-282/11 del año 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

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-349/96 del año 1996.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.° 022-16-SIS-CC CASO N.° 0010-15-IS del año 2016.
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116 del año 2009.
- Tribunal Constitucional Español. STC 66/1995 del año 1995.
- Tribunal Constitucional Federal Alemán. Caso Apothekenurteil del año 1958.
- Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Pleno Jurisdiccional STC Exp. Nº 003-2005-PI/TC del año 2005.
- Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia N.° 2050-2002-AA/TC- Lima del año 2002.

WEB GRAFIA

- Brito, A.L.C., Barbosa, E.M. Indigenous leadership: The right to prior consultation and the mode of participation of indigenous peoples in processes of creation and implementation of environmental policies disponible en: https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84951193604&partnerID=40&md5=acda45646b0d74a41682439112ff1c2b
- Derecho a la consulta previa, módulos de capacitación, Ministerio de Consulta, Primera edición, primera reimpresión, Lima, febrero 2014
- ¿Cómo va la aplicación de la Ley de la Consulta Previa en el Perú? Avances y Retos 2017, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP), Lima, diciembre 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

- Gorki Gonzales Mantilla, La Consulta Previa para repensar la teoría Constitucional en el Perú, disponible en: https://vlex.com.pe/vid/consulta-previa-repensar-teoria-611206906, Consultado el 23/03/2019
- Eguiguren Praeli, Francisco Jose, El derecho de los Pueblos Indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos, disponible en: https://vlex.com.pe/vid/derecho-pueblos-indigenas-consulta-691306913 Consultado el 23/03/2019

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

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ANEXO 1:

NOMBRE DEL PROCESO	ÁMBITO GEOGRÁFICO
Proceso de consulta por el lote 169	Ucayali
Proceso de consulta por el lote 195	Ucayali y Huánuco
Proceso de consulta por el lote 164	Loreto
Proceso de consulta por el lote 175	Junín y Ucayali
Proceso de consulta por el lote 189	Ucayali
Proceso de consulta por el lote 181	Tarapoto
Proceso de consulta por el lote 157	Madre de Dios
Proceso de consulta por el lote 191	Madre de Dios
Proceso de consulta por el lote 165	Loreto
Proceso de consulta por el lote 190	Madre de Dios
Proceso de consulta por el lote 198	Loreto
Proceso de consulta por el lote 197	Loreto
Proceso de consulta por el lote192	Loreto
Proceso de consulta proyecto minero Aurora	Cusco
Proceso de consulta proyecto minero Toropunto	Áncash
Proceso de consulta proyecto minero Misha	Apurímac
Proceso de consulta proyecto minero La Merced	Áncash

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 proyecto minero Anama	Apurímac
Proceso de consulta proyecto minero Corcapunta	Áncash
Proceso de consulta proyecto minero Apumayo (I)	Ayacucho
Proceso de consulta proyecto minero Apumayo (II)	Ayacucho
Proceso de consulta proyecto minero Puquiopata	Ayacucho
Proceso de consulta proyecto minero Guadalupe	Ancash
Proceso de consulta proyecto minero Capilla Central	Huancavelica
Proceso de consulta de la hidroeléctrica del Río Araza	Cusco
Proceso de consulta proyecto Hidrovías	Loreto
Proceso de consulta de la Política Sectorial de Salud Intercultural	ámbito nacional
Proceso de consulta del Reglamento de Ley Forestal y de Fauna Silvestre	ámbito nacional
Proceso de Consulta del Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe	ámbito nacional

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 del Reglamento de la Ley N° 29735, Ley de Lenguas Originarias	ámbito nacional
Proceso de consulta de Categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional	Loreto y Ucayali
Proceso de Consulta de Categorización de la Zona Reservada de Yaguas	Loreto
Proceso de Consulta de Categorización del área de conservación regional Maijuna – Kichwa	Loreto
Proceso de consulta de Categorización del Área de Conservación Regional Bosque Nublado Amaru	Huancavelica
Proceso de Consulta de Actualización del Plan Maestro Área de Conservación Regional Cordillera Escalera	San Martin
Proceso de Consulta de propuesta de establecimiento del Área de Conservación Regional Ausangate	Cusco
Proceso de Consulta de propuesta de establecimiento del Área de Conservación Regional Urusayhua	Cusco

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 de propuesta de establecimiento del Área de Conservación Regional Tres Cañones	Cusco
Proceso de Consulta de Propuesta de establecimiento del Área de Conservación Regional Corredor Biologico Marcapata – Camanti	Cusco
Proceso de Consulta de propuesta de establecimiento del Área de Conservación Regional Señor de la Cumbre	Madre de Dios
Proceso de Consulta de zonificación del Área de Conservación Regional Imiría	Ucayali

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