

FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS



Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“PROYECTOS EXTRACTIVOS Y EL DERECHO A
LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS U ORIGINARIOS, CASO CAÑARIS”

Tesis para optar el título profesional de:

ABOGADO

Autor:

Jorge Luis Cornejo Sobrino

Asesor:

Mg. Edwin Morocco Colque

Trujillo - Perú

2021

ACTA DE AUTORIZACIÓN PARA SUSTENTACIÓN DE TESIS

El asesor Jenny Torpoco Alcoser, docente de la Universidad Privada del Norte, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Carrera profesional de DERECHO, ha realizado el seguimiento del proceso de formulación y desarrollo de la tesis de los estudiantes:

- Cornejo Sobrino Jorge Luis

Por cuanto, **CONSIDERA** que la tesis titulada: Proyectos extractivos y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en el Perú en los años 2013 al 2019 para aspirar al título profesional de: Abogado por la Universidad Privada del Norte, reúne las condiciones adecuadas, por lo cual, AUTORIZA al o a los interesados para su presentación.

Ing. /Lic./Mg./Dr. Nombre y Apellidos
Asesor

ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS

Los miembros del jurado evaluador asignados han procedido a realizar la evaluación de la tesis de los estudiantes: *Haga clic o pulse aquí para escribir texto*, para aspirar al título profesional con la tesis denominada: *Haga clic o pulse aquí para escribir texto*.

Luego de la revisión del trabajo, en forma y contenido, los miembros del jurado concuerdan:

Aprobación por unanimidad

Aprobación por mayoría

Calificativo:

Excelente [20 - 18]

Sobresaliente [17 - 15]

Bueno [14 - 13]

Calificativo:

Excelente [20 - 18]

Sobresaliente [17 - 15]

Bueno [14 - 13]

Desaprobado

Firman en señal de conformidad:

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado
Presidente

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos
Jurado

DEDICATORIA

A mis padres José y Betty, quienes me brindaron y continúan brindando un profundo amor y respeto, artífices del cimiento de valores invaluable que constituyen la brújula de mi vida. No alcanzará la vida para compensar lo que sin desmayo pudieron ofrecerme.

A mi esposa Kelly, el regalo máspreciado que el creador puso en mi camino. Su madurez, constancia, disciplina y su amor me inspiran cada día

AGRADECIMIENTO

Al Dios todopoderoso, que día a día guía mi camino y me orienta por el buen sendero. Eternamente agradecido por las enseñanzas de nuestro Señor Jesucristo.

“Den gracias al Señor, porque él es bueno; su gran amor perdura para siempre”. Salmos 107:1

A la Universidad Privada del Norte, mi segunda casa de estudios, por contribuir mediante sus buenas políticas y buenos docentes en mi formación profesional.

Tabla de contenidos

ACTA DE AUTORIZACIÓN PARA SUSTENTACIÓN DE TESIS	2
ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS	3
DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
ÍNDICE DE TABLAS	7
RESUMEN	8
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA	59
CAPÍTULO III: RESULTADOS	65
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	103
REFERENCIAS	121
ANEXOS	126

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Matriz de consistencia.....	70
Tabla 2. Operacionalización de variables.....	71
Tabla 3. Validación de entrevistas.....	72

RESUMEN

La presente investigación de tesis tiene como objetivo de estudio determinar de qué manera la ejecución de los proyectos extractivos promovidos por el Estado incide en el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas.

Mediante el empleo de la entrevista se recurrió a expertos con la finalidad de recoger información pertinente. A través de la técnica del análisis documental se realizó el análisis de dos casos referido a consulta previa que se ha presentado antes y después de la dación de la Ley de consulta previa. Para complementar la investigación se realizó el análisis de la normativa nacional.

A través de la técnica de triangulación de métodos de recolección resultó que existe un compulsivo interés del Estado por promocionar la intervención de grupos de inversionistas en la explotación de recursos naturales, así como la intervención social en determinada comunidad solo cuando se advierte la existencia de recursos explotables.

Se concluye finalmente que la ejecución de los proyectos extractivos promovidos por el Estado incide de manera negativa en el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, puesto que se soslaya la voluntad de los pueblos a su libre desarrollo, deviniendo en protestas sociales masivas con resultados funestos.

Palabras clave: Consulta previa, proyectos extractivos, pueblos indígenas

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

1.1.1 Descripción del problema.

Con la Constitución de 1993 el Estado peruano pretende la promoción de la inversión privada, de tal manera que ha concertado incentivos para la empresa privada, referentes a ofrecer estabilidad jurídica que no cambien las reglas de juego para las empresas inversionistas y evitar sean perjudicadas. Aquí están comprendidas las empresas mineras y de hidrocarburos.

Las actividades extractivas de recursos naturales deberían constituir una fuente de bienestar para las comunidades indígenas donde se apuestan dichos recursos, sin embargo, son muchos los conflictos socio ambientales existentes en el Perú que se encuentran relacionados precisamente a la explotación de los recursos naturales. Estos conflictos son causados por el estado de abandono y desamparo que sienten las comunidades indígenas, generados por la poca atención que ofrece el Estado peruano, el cual les brinda importancia y atención solo cuando se va a desarrollar algún proyecto extractivo en las áreas geográficas donde habitan estas comunidades, lo cual conduce irremediablemente a sentirse utilizados.

Sumado a lo anterior, los conflictos tienen relación directa con la incorrecta aplicación o inaplicabilidad de la consulta previa, mediante la cual el Estado peruano tiene la obligación de consultar con los pueblos indígenas las decisiones administrativas o normativas que les afecten. La consulta previa está reconocida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y ratificado por el Congreso de la República en diciembre de 1994, entrando en vigencia en diciembre de 1995. Ejemplo de la incorrecta aplicación de la consulta previa lo constituye el denominado “Baguazo”, manifestación violenta

ocurrido en Bagua el año 2009, en la cual el Estado, tras la puesta en marcha del TLC con Estados Unidos, pretendía brindar facilidades para la explotación de recursos naturales de la selva peruana, siendo afectadas las comunidades indígenas de la zona. Este conflicto desencadenó la muerte de 33 personas y la renuncia del gabinete del Ejecutivo. Luego de lo sucedido, se aprobó en 2011 la Ley 29785, Ley de consulta previa.

La cultura de las comunidades tradicionales ha sido considerada un importante patrimonio de las naciones, de particular relevancia para los países en desarrollo como base de su identidad cultural. Sin embargo, pareciera que es precisamente en estos países donde dicha característica pierde importancia al momento de decidir entre la protección de las comunidades tradicionales y sus culturas o la explotación de los recursos naturales ubicados al interior de sus territorios. Esta parece ser una característica compartida por varios países en desarrollo, pues los problemas relacionados con la consulta se presentan en algunos países latinoamericanos, tal como lo muestran los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia. Paradójicamente, estos países hacen parte del Convenio 169 de la OIT, instrumento que consagra la consulta previa como obligación para sus Estados signatarios.

1.1.2 Antecedentes internacionales

Entre los antecedentes internacionales que han sido útiles para la presente investigación contamos con los siguientes:

En la tesis *“La ineficaz aplicación de la consulta previa, libre e informada trasgrede derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas consultadas”* de la Universidad Central del Ecuador de Farinango (2015) la autora fija como objetivo determinar si la aplicación de la consulta previa, libre e informada involucra el consentimiento del pueblo o nacionalidad indígena consultado, mediante el análisis de la Constitución de

la República, normativa de organismos internacionales y la legislación extranjera, para verificar si se están vulnerando los derechos colectivos de estos pueblos.

La autora concluye que en su país el derecho a la consulta previa, libre e informada se enmarca en el ámbito de los recursos naturales no renovables, por ende, si estos recursos se encuentran en el hábitat de los pueblos indígenas y al no cumplirse ese derecho a cabalidad, se transgrede también su derecho al territorio. Así mismo, resuelve que en el Ecuador al aplicar la consulta previa, libre e informada y no obtener el consentimiento de los consultados, la decisión queda en manos de la autoridad administrativa respectiva, la cual elabora una resolución motivada para llevar adelante el proyecto objeto de la consulta, con lo cual esta se convierte en un mero acto de difusión o socialización de información. Además, indica que las experiencias vividas por los pueblos indígenas debido a la explotación de los recursos naturales asentados en sus territorios, resultaron en rechazo a posteriores extracciones debido a que las consecuencias generadas han sido de todo tipo; principalmente económicas, sociales, culturales, muchas de las cuales fueron irreparables.

Así también Herrera (2016) en su tesis *“La consulta previa, libre e informada y el derecho constitucional a la información de los pueblos que habitan zonas de aprovechamiento de recursos naturales no renovables”* fijó como objetivo elaborar un ensayo crítico jurídico sobre la consulta previa, libre e informada para difundir y sensibilizar el cumplimiento del derecho constitucional a la información de los pueblos y nacionalidades indígenas que habitan en zonas de aprovechamiento de recursos naturales no renovables.

El autor concluye que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que se encuentran en zonas de aprovechamiento de recursos naturales no renovables, participan de la información parcializada e incompleta que el Estado les proporciona conforma a la Ley de Hidrocarburos; más no participan de manera directa a fin de obtener su consentimiento con información clara, completa y oportuna. El autor también afirma que, desde la óptica del capital, la consulta previa, libre e informada ha sido devastada, de tal manera que la disminuye a una forma procedimental, dando la apariencia de que actores con intereses contrapuestos siguiendo ciertos procedimientos parecidos a un diálogo ideal, pueden llegar a obtener acuerdos o consensos, ocultando las relaciones antagónicas de poder que configuran las posibilidades reales de deliberación en el marco de acumulación capitalista.

A su vez, Vega (2012) en su tesis *“Consulta previa a los pueblos indígenas y tribales: análisis y propuesta de legislación”* establece como objetivo proponer los elementos que permitan diseñar un proyecto de normatividad sobre consulta previa que adecue la legislación colombiana al Convenio 169 de 1989 de la OIT, que tenga en cuenta los pronunciamientos de los órganos de administración, vigilancia y supervisión del mismo, la declaración de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Concluye en su estudio que el derecho a la consulta previa ha evolucionado en los últimos años hacia el consentimiento previo, libre e informado, a través de diferentes mecanismos e instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Pueblos Indígenas, e incluso con los documentos del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU. Esta evolución se ha visto en el derecho internacional, tanto en el denominado derecho de minorías, en los pronunciamientos de los órganos

internacionales encargados de vigilar ciertos tratados como la CEACR de la OIT; además de la expedición de la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, que avanza más allá del Convenio 169, en establecer casos en los que las consultas deben ser obligatorias para conseguir el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos. El sistema Regional a través del documento de la CIDH “*Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales - Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, de diciembre de 2009, avanza en la sistematización de la jurisprudencia interamericana, en la incorporación de la Declaración Universal y en lo que el SIDH, denomina una consulta “culturalmente adecuada”. Esta evolución también se ha dado en lo interno con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha sentado las bases para la exigibilidad del derecho a la consulta previa como un derecho colectivo, con características especiales, que ha llevado incluso a que normas generales como el Estatuto de Desarrollo Rural y la Ley Forestal, hayan sido declarados inexecutable por no haber surtido la consulta con los pueblos afectados.

Sin embargo, los intereses sobre los territorios de los pueblos indígenas y tribales (afrodescendientes) son muy grandes, y quienes quieren ejecutar proyectos sobre ellos no se detienen y en muchos casos cuentan con el apoyo de las entidades estatales.

Granados (2018) en su tesis “*El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: análisis de casos*” precisa como objetivo analizar si existió una violación al derecho de consulta de los pueblos indígenas por parte del Estado de Costa Rica en dos casos específicos, tomando como parámetro los presupuestos del derecho internacional de los derechos humanos y la normativa interna.

Concluye que se identifica un distanciamiento doctrinario entre la protección del derecho a un ambiente sano y los derechos de los pueblos indígenas, estos últimos

supeditados a las excepciones existentes en materia ambiental en la explotación de recursos naturales sin tomar en cuenta la afectación particular que tienen los pueblos indígenas como sujeto colectivo, poniendo en riesgo su supervivencia cultural. Una herramienta de gran utilidad para el análisis del derecho de consulta es el derecho constitucional comparado. La jurisprudencia constitucional latinoamericana es vasta y enriquecedora a la hora de comprender las dinámicas nacionales y la aplicación de estándares interamericanos.

1.1.3 Antecedentes nacionales

Nataly Herrera (2014) en su trabajo de tesis *“La ley de consulta previa en el Perú y su reglamento. La problemática de las comunidades campesinas y nativas”* fija como objetivo determinar la situación real de protección y/o vulneración de los derechos de las comunidades campesinas y nativas en los procesos de consulta previa en el Perú, desde su reglamentación en abril del 2012 hasta el presente. 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 pueblos indígenas, sin consultar previamente con las comunidades afectadas. El área geográfica ocupada por la minería y lotes petroleros se han multiplicado. Los conflictos sociales han aumentado al mismo ritmo de crecimiento de la inversión privada y el manejo ambiental inadecuado de aquellos ha creado inestabilidad e inseguridad. A pesar del interesante desarrollo legislativo y jurisprudencial que reconoce los derechos de los Pueblos Indígenas, la situación de estos pueblos en el Perú es cada vez más delicada. Ello es así, básicamente, debido a la incesante presión que ejerce el mercado sobre los recursos que se encuentran en sus tierras y la urgencia del Estado por explotarlos.

Ocupa y Saldaña (2016) en su tesis *“La Aplicación de la Ley Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios N° 29785, vulneraría el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos en el Perú”* designan como objetivo realizar el análisis funcional de la aplicación de la ley de consulta previa y determinar la probable vulneración del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en el Perú. Concluye que la Ley de consulta previa N° 29785, recorta gravemente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio N° 162 de la OIT, por lo tanto, esta Ley no garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida los pueblos indígenas, situación que generará en nuestro país conflictos ambientales debido al reclamo de los pueblos indígenas.

Por su parte Valdivia (2017) en su tesis *“La consulta previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas”* establece como objetivo determinar los problemas que surgen de la aplicación de la consulta previa en el país, a partir de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas. El autor concluye que los problemas que surgen de la aplicación del proceso consulta previa en nuestro país tienen una relación directa con el deficiente rol que tiene el Estado frente al proceso de consulta. El Estado en su debilidad institucional le ha costado proteger los derechos de las comunidades indígenas, además de ser reactivo al reconocimiento del Convenio N°169 de la OIT por no existir una Ley que lo regule, que dejó conflictos de gran envergadura como lo ocurrido en Bagua. El Estado en virtud de reconocer el derecho de consulta previa que poseen los pueblos indígenas promulgó La Ley N°29785, en el año 2011, la cual fue criticada y cuestionada por las propias comunidades indígenas por agregar criterios que no estaban reconocidos en el convenio internacional. Por otro lado las empresas privadas que buscaban satisfacer

intereses económicos propios, simulaban muchas veces talleres informativos por procesos de consulta previa, ya que el Estado le delegaba funciones que no le correspondían y por último los pueblos indígenas quienes tenían dificultad para trabajar en conjunto con el Estado, sobre medidas administrativas y legislativas que podían causarles afectación alguna, ya que las comunidades al no estar correctamente organizadas dificultaban aún más el correcto desarrollo del proceso de consulta, situación que genera y generará en nuestro país conflictos sociales por una incorrecta aplicación del proceso de consulta previa entre los pueblos indígenas, el Estado y la empresa privada, produciendo vulneración de derechos reconocidos en el Convenio N°169 de la OIT y dificultando en el desarrollo económico de nuestro país.

1.1.4. Bases teóricas

1.1.4.1 Proyectos extractivos

1.1.4.1.1 Industria extractiva

En América Latina la industria extractiva incide de forma considerable en el Producto Bruto Interno (PBI), dado la importancia que desempeña el sector minero e hidrocarburos en la economía de la región. En informes desarrollados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en 2019 y el U.S. Energy Information Administration (EIA) en 2017, entre América Latina y El Caribe cubren el 40% de la diversidad biológica del orbe. Estas regiones poseen el 30% de agua dulce disponible y aproximadamente el 50% de los bosques tropicales del planeta. Además, cuentan con el 20% de las reservas petrolíferas y un 4% de gas natural. Aquí se encuentra los principales yacimientos de cobre, hierro, oro, plata, zinc y carbón de actual importancia para la economía mundial (Zárate, Vélez y Caballero, 2020).

Es por ello el interés de las empresas por la explotación de estos recursos en estas regiones, no obstante, ello conlleva a la aparición de conflictos sociales; por un lado, las empresas y el Estado tratan de minimizar los daños ambientales y el perjuicio a las poblaciones asentadas en estos territorios ocasionados por la industria extractiva, y, por otra parte, las poblaciones afectadas se unen a Organismos No Gubernamentales (ONG) a fin de hacer prevalecer sus derechos. En estos roces, es inevitable la visualización de tendencias, respecto a las pugnas presentadas en estas zonas, así se puede observar: el Estado y su apoyo a las empresas extractivas, incentivando y blindando su desarrollo a través de medidas políticas, económicas y hasta militares; el uso de la violencia con que maniobran los actores comprometidos; las reglamentaciones irregulares en favor o en contra de los involucrados. Así, los conflictos suelen darse entre las empresas y las comunidades o entre los diversos niveles de gobierno (OCMAL, 2017) y (Betancourt, 2016).

En América Latina, el auge minero se dio a inicios de los 90 del siglo pasado, en circunstancias cuando países que sobresalían en el desarrollo del sector extractivo, tales como Canadá, Estados Unidos, Noruega y Australia, empezaron a sentir la disminución de sus reservas, incremento en los costos de producción, eliminación de incentivos fiscales y las normas ambientales fueron más exigentes. En ese escenario, América Latina se enfocó en iniciar la apertura económica al fomentar la ampliación de la inversión en la región, lo cual fue favorecido con el incremento de los precios mundiales de la materia prima, la flexibilización y reforma de la normatividad para atraer capitales. Consecuencia de ello, se produjo una lluvia de concesiones para el sector extractivo, lo cual benefició la economía de muchos países de Latinoamérica (Altomonte & Sánchez, 2016).

La industria extractiva en el Perú, bajo el modelo económico primario-exportador, tiene como signo central la separación de grandes áreas por la extracción de materias primas no renovables, con un alto impacto social y ambiental, lo que aumenta exponencialmente situaciones de vulneración de derechos humanos, a raíz de una creciente expansión de la actividad de explotación minera e hidrocarburífera.

Desde la década de los años noventa, la explotación de recursos naturales en Perú se encuentra principalmente en manos de empresas y conglomerados privados, principalmente extranjeros, los cuales realizan sus actividades extractivas bajo reglas establecidas en sus contratos de concesión y con el compromiso de proveer rentas para el Estado y para los gobiernos subnacionales ubicados en las áreas de explotación. Adicionalmente, en el caso del gas natural estos contratos requieren cubrir la demanda interna; es así como la producción destinada a la exportación solo se determina luego de cumplir con este requerimiento. (Del Valle, 2013).

Entre los años 1990 y 2000 el marco jurídico e institucional peruano se caracterizó por el establecimiento de reglas favorables a la inversión privada a partir de la Constitución de 1993, promulgada durante el gobierno de Alberto Fujimori, la cual consagró un régimen económico de libre iniciativa privada y el rol subsidiario del Estado. Asimismo, la Constitución de 1993 incorporó la cuestionable figura de los contratos-ley, con el fin de pactar condiciones de seguridad jurídica para la inversión privada. A su vez, los recursos naturales son considerados patrimonio de la Nación y pueden ser objeto de concesiones del Estado a particulares para su uso y aprovechamiento. Igualmente, la Constitución estableció el papel rector del Estado en la política nacional ambiental, la conservación de la diversidad biológica y de áreas naturales protegidas y el desarrollo sostenible de la Amazonia. De acuerdo con la Constitución y la legislación nacional, el Estado posee el dominio del subsuelo y de los recursos que

contengan hasta el momento en que sean otorgados a particulares, bajo las modalidades debidamente aprobadas mediante ley orgánica. Dicho otorgamiento se realiza a cambio del pago de una regalía o derecho por el aprovechamiento de los recursos (Comisión Internacional de Juristas, 2016).

1.1.4.1.2 Minería.

La actividad minera se caracteriza en general por su concentración en manos de pocas firmas. Así, en el caso del cobre, el 83% de la producción nacional de 2001 provino de tres empresas privadas: Antamina (en el departamento de Ancash), Southern (en los departamentos de Moquegua y Tacna) y Cerro Verde (en el departamento de Arequipa). Por tanto, la mayor parte de las rentas provenientes de la extracción de dicho metal se destinan a las cuatro regiones mencionadas donde operan estas empresas. Dicha concentración viene decreciendo en el caso del oro, debido a que en su extracción participan un mayor número de empresas medianas y pequeñas. Para el año 2011, el 48% de la producción provenía de tres empresas privadas: Yanacocha, Buenaventura y Barrick Misquichilca, las cuales realizan sus operaciones en cinco regiones del país: Cajamarca, Arequipa, Huancavelica, La Libertad y Ancash (Del Valle, 2013).

1.1.4.1.3. Hidrocarburos

Dentro de los hidrocarburos, la producción de petróleo se ha desacelerado, hasta alcanzar un promedio diario de 70 mil barriles en 2011, lo cual ha sido compensado con la tendencia al aumento de los hidrocarburos líquidos. Cabe indicar que la ausencia de nuevos descubrimientos de pozos de petróleo ha conducido a que desde la década de los años noventa Perú pase a ser un importador neto, aunque aún exporta parte de

su producción y satisface la demanda interna con hidrocarburos líquidos. (Del Valle, 2013).

1.1.4.1.4 Gas

Luego de la fase exploratoria, la producción de gas natural ha crecido exponencialmente. Con ella no solo se atiende plenamente la demanda interna, sino que además permite acumular reservas y abastecer el mercado externo desde 2010. Para 2011 la producción diaria promedio había sido de 1.099 millones de pies cúbicos, mientras que la de los líquidos de gas natural había ascendido a 83 mil barriles diarios. Ambas producciones provienen principalmente de los lotes 88 y 56 concesionados al Consorcio Camisea (alrededor del 95% de la producción total de gas natural). (Del Valle, 2013).

1.1.4.2 Proyectos mineros en el Perú

1.1.4.2.1 Estado actual

Perú ha logrado sobresalir en el rubro de la producción minera a nivel mundial, y esto se debe no solo a su riqueza geológica, sino a factores decisivos como la competitividad en términos de costos operativos, experiencia y capacidades humanas, aunado a ello se cuenta con atractivos regímenes legales y tributarios, lo que constituye una excelente oportunidad para los inversores internacionales. Este sobresaliente liderazgo se basa en los siguientes indicadores: Perú ostenta el segundo lugar en la producción mundial de cobre, zinc y plata; el primer lugar en la producción de oro, plomo, zinc, estaño de la región; cuenta con las mayores reservas de plata a nivel mundial. Así mismo, posee importantes recursos no metálicos como fosfatos, litio y uranio. Estos beneficios se deben a la presencia de la Cordillera de los Andes en el

territorio nacional. Con la actividad de exploración surge la actividad minera, propiciando la captación de la inversión nacional y extranjera, descubrir yacimientos nuevos y prolongar la vida de yacimientos que ya se encuentran en producción. Actualmente se tiene en cartera 60 proyectos, concentrados en 16 regiones del país, con una inversión proyectada en US \$ 506 millones. La actividad minera continuará siendo para el país el sostén macroeconómico, influirá en el incremento del PBI como consecuencia de los mayores ingresos fiscales, mejores inversiones y crecientes exportaciones (Ministerio de Energía y Minas, 2021).

1.1.4.2.2 Fases del desarrollo de la actividad minera

Aquino (2015) considera a la exploración, construcción, operación y cierre como las principales etapas de la actividad minera y las describe de la siguiente manera:

a) Exploración minera. Denota la construcción de vías de acceso, instalación de plataformas para el equipo de perforación, efectuar perforaciones para extraer muestras del subsuelo, empleo de sustancias químicas, uso de agua y mano de obra.

b) Construcción. Conlleva remover grandes masas de terreno para la construcción de vías de acceso, plataformas y todas las estructuras que serán usadas en la explotación minera. Se desplazarán maquinarias y equipos a la zona de intervención, así mismo se instalarán campamentos que cobijarán al personal que llegará al lugar de operaciones. Estos harán un consumo importante de alimentos, agua e insumos. Se observarán grandes cambios en el entorno natural y social, suele durar entre uno a tres años.

c) Operación. Corresponde a la ejecución de la explotación minera y el procesamiento del mineral. Esta etapa demanda el uso intenso de explosivos y maquinaria, así como de agua. Se obtiene grandes cantidades de residuos mineros, los cuales son dispuestos en botaderos, en relaveras o en otros depósitos. En el transcurso de la operación, esta

puede ir redefiniéndose, recortando o alargando su vida útil, de acuerdo al precio de los metales o a la mayor investigación del lugar de explotación.

d) Cierre. En esta etapa concluye la vida operativa de la mina e implica el desmantelamiento de la infraestructura utilizada. Abarca un conjunto de actividades que tienen el objetivo de dejar el área intervenida compatible con el ecosistema circundante. En consecuencia, contempla un periodo de monitoreo post cierre, para verificar el cumplimiento del objetivo propuesto.

1.1.4.2.3 Proyecto Cañariaco

Candente Copper (2021) Cañariaco Norte 100% de propiedad de Cañariaco Copper Perú S.A, ubicado en el distrito de Cañaris, provincia de Ferreñafe, departamento de Lambayeque, alberga un asiento de cobre a cielo abierto prolífico en el norte peruano. La empresa canadiense Candente Copper, ha realizado la perforación de 72 mil metros desde el año 2004 ubicados en 240 pozos. Se ha definido un depósito de pórfido de 7.500 millones de libras de cobre medidos, con excelente potencial de expansión. Los estudios de prefactibilidad indican 22 años de vida útil inicial, con una extracción de 260 M de libras de cobre anualmente, 39 mil onzas de oro y 911 mil de onzas de plata al año. Cañariaco Sur se ubica a menos de dos km de Cañariaco Norte y se han ubicado en el área pórfidos de cobre, oro y plata. Esta mineralización está a cielo abierto, se han perforado 13 pozos, en las cuales se han hallado minerales de cobre, oro y plata en su superficie y hasta en una profundidad de 500 metros. Quebrada Verde es el tercer proyecto de la empresa, ubicado a 3.5 km de Cañariaco Norte, de excelente de suelo, se extiende sobre un área de 0.8 a 2 km.

1.1.4.2.4 Evolución del caso Cañariaco

Dado que no existe documento oficial que explique los eventos acontecidos en el proyecto Cañariaco, tomaremos la investigación de Sanborn (2016), quien señala que la empresa minera de origen canadiense, Candente Copper Corporation, en el 2001, obtuvo la licencia para exploración en la comunidad de San Juan Bautista de Cañaris, con el objetivo de desarrollar minería polimetálica de tajo abierto.

Inicio de las exploraciones

En 2004 se iniciaron las exploraciones y se previó su construcción para el año 2014. Se proyectó que la mina tendría una vida útil de 22 años. Sin embargo, el proyecto minero fue paralizado, debido principalmente a dos aspectos: se presentó la resistencia de una parte de la comunidad y a la falta de financiamiento por parte de la empresa. Al darse la Ley de Consulta Previa en 2011, los líderes de la comunidad en Cañaris se reunieron y demandaron su derecho a una consulta informada con respecto a las concesiones y la explotación de minerales en su territorio. Aunque ya estaba instalada la empresa, existía descontento hacia el proyecto y preocupación por el impacto de la actividad extractiva a gran escala en sus tierras. La demanda de la comunidad de Cañaris sobre la consulta formal no fue aceptada por la empresa, lo propio hicieron los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas, quienes argumentaron que la Ley no podía aplicarse de manera retroactiva. Los líderes de la comunidad acudieron a instancias regionales, a integrantes del Congreso de la República y hasta los medios de comunicación nacionales. En 2012, sin embargo, el Ministerio aprobó la evaluación de impacto ambiental (EIA) de la empresa, y el Congreso no siguió adelante con la investigación del caso.

Nueva autorización solicitada por la empresa

Por consiguiente, la empresa solicitó a la comunidad una nueva autorización de uso de sus tierras superficiales para perforaciones adicionales para la exploración. Los comuneros sostuvieron que esta autorización sí debería haber sido consultada dentro del nuevo orden legal, lo que significaba que los representantes del Estado tenían la obligación de consultar con los representantes de la comunidad sobre si deseaban un desarrollo sucesivo del proyecto. No obstante, se llevaron a cabo dos asambleas de consecuencias disimiles en Cañaris, la primera el 8 de julio de 2012, en la cual, un juez de paz local convocó a una asamblea a la comunidad para decidir sobre esta medida, asistió una minoría de la población y de éstos la mayoría votó a favor de la concesión de derechos para la exploración, y esta votación fue aceptada como legal por las autoridades gubernamentales y la directora general de la empresa. El presidente de la comunidad cuestionó la legitimidad de esta asamblea y optó por realizar una nueva “consulta popular” dos meses después, en la que asistió casi la mitad de la población de la comunidad y el 95 por ciento de los presentes votaron en contra de renovar el permiso de la empresa. Ni el Minem, ni los representantes de la empresa aceptaron como legítima esta segunda consulta.

Instalación de Mesa de Desarrollo

El resultado de este conflicto, en el que las posiciones de las partes eran opuestas y por otro lado el Minem se negó a aplicar los siete pasos del proceso de consulta según la Ley 29785, llevó a la suspensión de toda exploración en tierras de la comunidad de Cañaris. Durante finales de 2012 y 2013, se produjeron enfrentamientos violentos en el lugar. Posteriormente se instaló una Mesa de Desarrollo organizada por la PCM, en la que diversos representantes a nivel del gabinete se comprometieron a llevar servicios

públicos e inversión social a los habitantes de Cañaris. Los participantes de la Mesa aprobaron unos 49 nuevos proyectos de inversión para la comunidad, la mayoría serían financiados por el Gobierno, aunque algunos por la empresa. Sin embargo, para entonces, el futuro del proyecto siguió siendo incierto.

Exposición del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En octubre de 2014, mientras la compañía aún esperaba obtener luz verde de la comunidad para reanudar las actividades de exploración, un grupo de oposición dentro de la comunidad empezó a impacientarse con la negativa del Gobierno a aceptar los resultados de la consulta popular y decidió llevar sus demandas al ámbito internacional. El 31 de octubre de 2014, con el apoyo del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS), una ONG de defensa de los derechos indígenas, una líder de la comunidad Cañaris, Rosa Sara Huamán, participó en una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en Washington D.C. El foco central de la audiencia fueron los problemas generales de los derechos legales y a la tierra de los pueblos indígenas del Perú, y como resultado de ella la CIDH emitió un comunicado en el que exhortaba al Estado peruano a cumplir con sus obligaciones internacionales.

Decisión controversial

Llevar este caso ante la CIDH fue una decisión controversial dentro de la comunidad de derechos humanos del Perú, pues algunos sostuvieron que los Cañaris aún no habían agotado las vías legales y administrativas disponibles dentro del Estado peruano para exigir el reconocimiento de su derecho a la consulta previa, al menos en lo referido a medidas administrativas o autorizaciones posteriores al año 2011. El abogado que

brindaba asesoría a la comunidad sostenía que el derecho a la consulta en este caso, debería ser retroactivo, que el otorgamiento inicial de la concesión sin la debida consulta en 2001 violó este derecho, y que no tiene sentido realizar consultas sobre futuros permisos mientras esta decisión fundamental siga siendo incierta. Al respecto, la incorporación de la consulta previa por el propio Ministerio de Energía y Minas en los casos de “otorgamiento, modificación y oposición de concesión de Beneficio” y de “autorización para inicio / reinicio de las actividades de exploración, desarrollo, preparación, explotación en concesiones mineras metálicas y modificaciones”, respaldaría la realización de un proceso de consulta previa antes de que la empresa pueda reanudar su proyecto. En enero de 2015, Florentino Barrios, el entonces presidente de la comunidad, anunció que se opondría a cualquier intento de reinicio de las exploraciones de Candente Copper, invocando un acuerdo más amplio entre los miembros de la comunidad en contra de la mina propuesta. En mayo del mismo año, la comunidad eligió a sus nuevos líderes, quienes reiteraron su oposición al proyecto y denunciaron al Gobierno por incumplir los compromisos de inversión social acordados en la mesa de diálogo del año anterior, y en noviembre de 2015 declararon su oposición a toda concesión o actividad minera en sus tierras (Sanborn, 2016).

1.1.4.3. Proyectos de hidrocarburos en el Perú

1.1.4.3.1 Estado actual

En la década de los 70 el Perú era considerado un país exportador de petróleo, con una producción diaria de 200 mil barriles de crudo, principalmente provenientes de reservas de hidrocarburos en la selva norte. Luego, en los 80 empezó un descenso en la producción petrolera, y sobre todo en las inversiones. Actualmente, de las 18 cuencas petrolíferas identificadas, solo 05 han sido exploradas. El consumo de petróleo

ha sido desplazado por el hallazgo de la reserva de gas de Camisea en el Cuzco, las cuales ostentaron valiosas perspectivas de desarrollo. Los factores por los cuales no se han desarrollado inversiones exploratorias petroleras en el Perú, figuran: las regalías que se paga al Estado, que suelen ser más altas respecto a las cobradas por los países vecinos, los permisos ambientales suelen tardar mucho, y los conflictos sociales que afectan al sector petrolero. A la hora de decidir en invertir en el campo de los hidrocarburos, estos factores son tomados en cuenta por las empresas inversoras, quienes desvían sus capitales hacia países vecinos como Ecuador y Colombia (Villafani, 2018).

1.1.4.3.2 Fases de la industria petrolera

La industria de los hidrocarburos se puede resumir en tres fases (Sociedad Peruana de Hidrocarburos, 2021), dentro de la cadena de valor: exploración, producción y refinación. Las dos primeras fases corresponden a la exploración y producción, en las cuales se desarrolla el descubrimiento y desarrollo de las reservas. También se les conoce a estas etapas como upstream. La última fase corresponde a la comercialización de productos. Esta fase es denominada downstream.

Fase de exploración. Es la etapa que antecede al descubrimiento de las reservas de petróleo y es la que demanda mayor inversión y riesgo. Se realiza el reconocimiento de las estructuras geológicas que contienen hidrocarburos. Este procedimiento puede realizarse a través del análisis de imágenes por satélite o por la actividad sísmica por reflexión. Se ejecutan las perforaciones y evaluaciones de las muestras para determinar la existencia de hidrocarburos. Sólo el 16% de las exploraciones tienen éxito.

Fase de producción. Identificado el descubrimiento, es preciso determinar el volumen de reservas de petróleo o gas, lo cual permitirá definir el tipo y cantidad de pozos necesarios para su producción. Se desarrollan las reservas. Resulta de la puesta en marcha de un plan de producción donde se evalúa la perforación de pozos, así la implantación de tareas de monitoreo, tratamiento, transporte y almacenamiento del recurso.

Fase de comercialización. Luego de producirse la extracción de hidrocarburos, este pasará por procesos de refinación y petroquímica para extraer productos derivados de uso comercial, como la gasolina, el GLP, lubricantes, materias primas para los cosméticos, fertilizantes, fibras sintéticas, entre otras. Luego de su tratamiento, estos productos serán transportados y comercializados.

1.1.4.3.3 Lote 192

Se encuentra ubicado en el distrito de Andoas, en la provincia de Datem del Marañón y en los distritos de Tigre y Trompeteros, provincia de Loreto, de la Región Loreto. Abarca un área de 512, 347.241 Ha que contiene el actual Lote 1AB e incorpora áreas adicionales para la exploración. En esta área se ha identificado la existencia de los pueblos Achuar, Kichwa y Quechua pertenecientes a las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes y Tigre, donde se desarrollan 26 localidades (Ministerio de Cultura, 2021).

1.1.4.3.4 Evolución del caso del Lote 192

Según lo manifestado por Sanborn (2016) el lote 192 cuenta con más de cuarenta años de explotación. Inicialmente fue explotada por la empresa Occidental Petroleum Corporation, posteriormente le sucedió Plus Petrol, la cual ingresó a partir del año

2000. Comparte su ubicación con el territorio de cuatro grupos étnicos: Kichwa, Quechua, Achuar y Urarina.

Nueva consulta previa

El contrato de concesión a Plus Petrol concluyó en 2015. Fue entonces que se realizó una nueva consulta previa en marzo de 2015 antes del otorgamiento de la licencia a otra empresa. Participaron cuatro federaciones representando a los pueblos indígenas, las cuales aprovecharon la oportunidad para demandar la atención del Estado de otras necesidades, entre las cuales figuraban la titularidad de la propiedad y las postergadas remediaciones del suelo, que luego de cuarenta años de contaminación no se había atendido. La Presidencia del Consejo de Ministros tuvo que enviar una comitiva en marzo de 2015 luego de que en enero del mismo año comuneros indígenas tomaron los pozos petroleros del lote 192. El acuerdo asumido por el Estado fue destinar la suma de S/ 50 millones de soles para remediar la contaminación. Se había previsto que los procesos de licitación del lote y la consulta previa se desarrollarían en forma simultánea y que culminarían en agosto de 2015, sin embargo, no hubo ninguna propuesta técnica en la subasta. Perupetro, anuncia en 2015 la decisión de firmar un contrato temporal con la empresa canadiense Pacific Stratus Energy, donde Petroperú participaría con hasta 25 por ciento del contrato.

Complicación del proceso de consulta

A todo esto, el proceso de consulta del lote 192 se complicó dado a que no se había garantizado la participación de todos los representantes indígenas, ni la de las autoridades subnacionales llamadas a participar. Además, en ese ínterin el Gobierno no formuló una propuesta integral para resolver las demandas indígenas. A pesar de todo ello, la etapa de diálogo se inició en julio de 2015 y se programó la reunión final para el 13 de agosto, donde estuvieron presentes los ministros de Energía y Minas y

de Vivienda. El Gobierno llevó como principal propuesta la creación de un nuevo fondo social para ser cedido a las comunidades, y que representaría al 0,75 % del valor monetario de la producción del lote, la cual la nueva empresa estaría obligada a cumplir. Sin embargo, las federaciones indígenas involucradas no lograron ponerse de acuerdo respecto de esta oferta. De las cuatro federaciones que participaron, solo con dos de ellas el Gobierno llegó a acordar, las otras dos, Feconaco y Fediquep, se negaron a firmar, esgrimiendo que la nueva propuesta se centraba solo en los beneficios económicos y no incluía otros temas pendientes (títulos de propiedad, la remediación ambiental y su participación en el monitoreo para prevenir futuros derrames). Ante este escenario, el Gobierno presentó una contrapropuesta a los puntos planteados por estas dos federaciones, no obstante, el proceso de consulta *per se* fue declarado concluido por el Minem el mismo día en que se celebró la reunión final. Fue entonces que representantes de la Feconaco y la Fediquep trataron de retrasar las operaciones del lote mediante paros y la obstrucción de los pozos petroleros, en un intento de lograr la realización de un nuevo proceso.

Envío de delegación por parte del Gobierno

Nuevamente el Gobierno en respuesta a estas protestas envió una delegación que incluía representantes de la PCM y de los ministerios de Cultura, de Vivienda y de Energía y Minas, además del Defensor del Pueblo. Finalmente, el 24 de septiembre de 2015, se firmó un acuerdo entre el Gobierno y todas las organizaciones indígenas involucradas, lo cual incluyó inversión pública por un monto de US\$ 42 millones para el período comprendido de 2016-2017. El Ejecutivo también presentó una propuesta al Congreso para aprobar financiamiento para hacer frente a la contaminación ambiental del lote 192. Este hecho fue considerado una victoria para las comunidades

indígenas, aunque la responsabilidad de la empresa Pluspetrol por las actividades de remediación quedó sin resolver (Sanborn, 2016).

1.1.3.2 Derecho a la consulta previa

1.1.3.2.1 El Derecho a la Consulta Previa.

La consulta previa es el derecho fundamental que tienen las comunidades étnicas a ser consultadas toda vez que en sus territorios ocupados ancestralmente se vayan a desarrollar proyectos. Esta medida se hace para proteger sus valores, prácticas sociales, culturales, religiosas, espirituales, e institucionales. Dicho derecho se materializa en el procedimiento por medio del cual los representantes de los pueblos indígenas entablan un diálogo participativo, serio, intercultural, libre, informado, y previo con los gobiernos sobre la toma e implementación de las medidas que los afecten de manera directa (Ramírez, 2019).

1.1.3.2.2 Característica de la Consulta Previa

Ramírez (2019) sostiene que, para ejercitarse la consulta previa, esta tiene que realizarse de acuerdo con el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Las características de la consulta previa son:

La consulta debe ser previa. Ello implica que debe ser anterior a la adopción y aplicación de una medida legal o administrativa.

La consulta previa es libre. Lo que quiere decir que “No deben existir interferencias, ni intimidación, coerción, presión o manipulación por parte del Estado a particulares, antes o durante el proceso de consulta. El Estado es garante del cumplimiento de esta

característica en todo el proceso de consulta, lo cual implica el respeto a los procesos internos de cada comunidad, pueblo o nacionalidad desde sus tradiciones propias.

La consulta previa debe ser informada. Quiere decir que la medida propuesta debe ser conocida por la comunidad, identificando los riesgos de afectación ambiental, social o cultural, con el fin de que pueda adoptar una posición y formular alternativas de prevención o corrección de los impactos negativos que se pudiesen ocasionar.

1.1.3.3 Instrumentos Internacionales

1.1.3.3.1 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales número 169, es un tratado internacional adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT) en 1989. Este Tratado entra en vigencia en el año 1991 a nivel internacional. Se cimenta en el respecto a las manifestaciones culturales y a los modos de vivir de los pueblos indígenas. Admite los derechos de estos pueblos sobre sus tierras y los recursos naturales presentes en estas. Así mismo, reconoce el derecho a decidir sobre sus propias prioridades. El objetivo que persigue este convenio principalmente es dejar atrás los actos discriminatorios hacia los pueblos indígenas. Este Tratado también se ocupa de temas relativos a los pueblos indígenas, tales como empleo y formación profesional, educación, salud y seguridad social, manifestaciones religiosas, las lenguas, instituciones originarias, derecho consuetudinario y cooperación de los pueblos fronterizos (OIT, 2013).

Yrigoyen (2009) señala que el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por el Congreso Constituyente Democrático (CCD) mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 26 de noviembre de 1993. El CCD envía el 02 de diciembre de 1993 la Resolución al presidente para su promulgación. Esta se produjo el 05 de diciembre de 1993. Luego

el Estado peruano hizo el registro o depósito internacional en la OIT el 02 de febrero de 1994, a partir de esta fecha aplica la ratificación internacional. En Convenio 169 entra en vigor el 02 de febrero de 1995, es decir, al año siguiente de realizado su depósito internacional. A la fecha, el Convenio continua vigente y es totalmente exigible.

Como ya se ha mencionado, el Convenio 169 de la OIT trata diversos temas, no obstante, para efectos de la presente investigación, nos ocuparemos de aquellos puntos que están relacionados con la consulta previa de los pueblos indígenas. Enseguida se hará la revisión de los derechos colectivos que garantizan la identidad y desarrollo de los pueblos indígenas (OIT, 1989):

Aplicación del Convenio

El Convenio aplica a los pueblos que descenden de poblaciones que habitaban el país o una actual región en el momento de la conquista o colonización o de la definición de las actuales fronteras estatales y que, al margen de su situación jurídica, conservan todas o parte de sus instituciones culturales, sociales, económicas, políticas, etc. (Art. 1b).

Reconocimiento de derechos de los pueblos

Los gobiernos deben promover el reconocimiento y vigencia de los derechos culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas, con la observancia de su identidad, costumbres, tradiciones y sus instituciones que conservan. (Art. 2b).

Consulta a los pueblos

Antes de la aplicación de medidas administrativas o legislativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, el gobierno deberá realizar la consulta a estos pueblos, a través de sus instituciones que los representan y con los procedimientos convenientes. (Art. 6-1a).

El principio de la buena fe debe prevalecer en las consultas realizadas en aplicación de este Convenio, acorde a las circunstancias, a fin de obtener un acuerdo o consentimiento de las medidas que se pretenden aplicar (Art. 6-2)

Derecho de los pueblos a decidir sus propias prioridades

En cuanto al proceso de su desarrollo, las medidas que tome el gobierno al respecto, no deberán afectar sus vidas, bienestar espiritual, creencias e instituciones y a las tierras que los acogen, por lo que deberá asegurarse que los pueblos tendrán el derecho de decidir sus propias prioridades y de efectuar el control de su avance social, cultural y económico, en la medida de lo posible. Así mismo, los pueblos deberán participar en los programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarles directamente (Art. 7-1).

Realización de estudios sobre incidencia

El gobierno en cooperación con los pueblos indígenas, debe proporcionarles protección ante actividades de desarrollo previstos, mediante el impulso de estudios para prever incidencias de orden cultural, social o medioambiental que puedan afectar a los pueblos. Los resultados que arrojen estos estudios son de relevancia fundamental para la realización de los proyectos presentados (Art. 7-3).

Derecho sobre el territorio que ocupan los pueblos

El gobierno reconocerá la protección efectiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos sobre el territorio que tradicionalmente ocupan y aquellas tierras que no usan en exclusividad, pero que acceden a ellas para su subsistencia (Artículo 14).

Consulta de exploración de recursos en tierras de los pueblos

Cuando los recursos naturales del suelo o subsuelo pertenezcan al Estado, este deberá establecer mecanismos de consulta sobre la ejecución o autorización de programas de

exploración o explotación de los recursos existentes en las tierras de pueblos indígenas para determinar si sus intereses se verían perjudicados (Artículo 15-2).

Consentimiento de los pueblos al traslado y reubicación

Los pueblos no deben ser trasladados del lugar que ocupan. De forma excepcional, cuando se considere necesario realizarlo, la reubicación deberá ser con consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas. Cuando ya no existan las causas por las cuales los pueblos fueron trasladados, estos deberán conservar el derecho de regresar a sus tierras, en la medida que sea posible (Artículo 16 -1,2,3).

1.1.3.3.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

ONU (2021) La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada el 13 de septiembre de 2007. Es un documento completo que abarca aspectos como derechos colectivos, culturales, salud, educación, empleo y de identidad. La Declaración destaca el derecho de los pueblos indígenas de tutelar y fortalecer su cultura, tradiciones e instituciones. Toma en cuenta las aspiraciones y necesidades de los pueblos, por ello trabaja para su desarrollo. Así mismo, se esfuerza por hacer frente a todo tipo de discriminación y racismo.

Como se ha visto, la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos indígenas está encaminada en redoblar esfuerzos para garantizar la igualdad y los derechos de los pueblos indígenas. A continuación, se tratarán solo los puntos que atañen a la consulta y consentimiento de los pueblos indígenas de dicha Declaración (ONU, 2007):

Consentimiento sobre el traslado de los pueblos

Los pueblos indígenas no podrán ser trasladados o desplazados sin su consentimiento libre, previo e informado de sus territorios. De haber algún acuerdo sobre su desplazamiento, cabe la opción de regreso, siempre que sea posible (Artículo 10).

Consulta sobre medidas legislativas o administrativas

Antes de aplicar medidas administrativas o legislativas, los Estados realizarán consultas a los pueblos indígenas para obtener el consentimiento libre e informado a través de las instituciones que los representan (Artículo 19).

Consentimiento para aprobación de proyectos de explotación de recursos

El Estado llevará a cabo la consulta previa e informada con los pueblos indígenas canalizadas a través de sus instituciones, cuando existan proyectos de desarrollo de recursos naturales en las tierras que ocupan los pueblos, a fin de obtener el consentimiento para su aprobación (Artículo 32.2).

1.1.3.3.3 Corte Interamericana de los Derechos Humanos

1.1.3.3.1 Caso Saramaka vs Surinam

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 23 de junio de 2006, representando al pueblo de Saramaka, presentó una demanda contra el Estado de Surinam ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La demanda tenía como objeto declarar a Surinam internacionalmente responsable por no haber procedido a tomar medidas de reconocimiento de los derechos de propiedad colectiva sobre las tierras que ocupan tradicionalmente el pueblo de Saramaka, dado que se declaran como

un pueblo propietario de las tierras y no como propietarios individuales, por la trasgresión del derecho a la consulta y por la falta de reconocimiento de personalidad jurídica como pueblo dentro de Surinam (Ruíz, 2014).

Para efectos de la presente investigación abordaremos los párrafos 133 a 137 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Saramaka vs Surinam del 28 de noviembre de 2007 (Corte IDH, 2012):

El Estado de Surinam debe consultar con el pueblo de Saramaka sobre los planes de desarrollo en su territorio, lo que implica brindar información y recibirla de parte del pueblo. Las consultas deben emplear procedimientos culturalmente adecuados, bajo el principio de buena fe, tomando en cuenta los métodos tradicionales del pueblo de Saramaka, con la finalidad de llegar a un acuerdo. La consulta al pueblo de Saramaka debe realizarse en las etapas tempranas del proyecto, cuando el pueblo tenga la oportunidad de discutir internamente y brindar una respuesta a la propuesta. El Estado está en la obligación de comunicar los riesgos sanitarios o ambientales que demanda la realización de los proyectos, con la finalidad de que acepten con pleno conocimiento y de forma voluntaria la realización de la propuesta (Párrafo 133).

La Corte sustenta que cuando existan proyectos de inversión de gran magnitud con relevante impacto en el territorio de Saramaka, el Estado no solamente debe consultar al pueblo, sino que además debe obtener de estos el consentimiento previo, libre e informado (Párrafo 134).

Con respecto a lo señalado, el Relator de la ONU ha manifestado que cuando se desarrollan proyectos de inversión en territorios indígenas, estos se vean

profundamente afectados con pérdida de su tierra, desalojo, consumo de los recursos de subsistencia, contaminación ambiental y cambios sociales, los cuales las autoridades competentes no son capaces de entender ni mucho menos anticipar. Es por ello, la importancia del consentimiento libre e informado para la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas cuando se desarrollan grandes proyectos de desarrollo (Párrafo 135).

Otras organizaciones y organismos (CEDR) también se han pronunciado al respecto, anunciando que los Estados deben obtener el consentimiento libre y voluntario de los pueblos indígenas, ante la implementación de grandes proyectos de inversión de gran impacto sobre los territorios de las comunidades (Párrafo 136).

El Estado reconoce que se requiere una consulta a los pueblos o tribus afectadas. Pero además la Corte añade, que, sumado a la consulta, debe considerarse el consentimiento libre, previo e informado del pueblo de Saramaka, según sus costumbres y tradiciones, en razón de los posibles impactos ocasionados por los planes de inversión (Párrafo 137).

1.1.3.3.2 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador

Corte IDH (2021) El caso describe la responsabilidad internacional del Ecuador en perjuicio del pueblo indígena de Sarayaku, al cual se afectaron los derechos a la consulta, a la identidad comunal y a propiedad comunal, en relación al artículo 21 de la Convención Americana, en correspondencia con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

El pueblo indígena de Sarayaku habita en la provincia de Pastaza y cuenta con una población de 1200 habitantes, quienes para su subsistencia se dedican a la agricultura

comunitaria, caza, pesca y recolección, de acuerdo a sus costumbres tradicionales. La firma estatal firma contrato en 1996 con el consorcio de la Compañía General de Combustible SA (CGC) y la Petrolera Argentina San Jorge para la realización de las actividades de exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo en una superficie de 200.000 Ha, dentro de las cuales habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. En varias ocasiones la empresa CGC intentó obtener el consentimiento del pueblo de Sarayaku para la explotación petrolera de sus tierras, sin tener éxito. Por lo contrario, en 2002 la Asociación de Sarayaku envió una solicitud al Ministerio de Energía y Minas, en la cual manifestaban su oposición al desarrollo de la explotación petrolera en sus tierras. En noviembre del mismo año, la empresa CGC ingresó al territorio de Sarayaku, lo que ocasionó que se paralizaran las actividades en Sarayaku. Las acciones que intentó el pueblo fueron vanas para defender su territorio, la empresa CGC abrió trochas sísmicas, construyó helipuertos, destruyó fuentes de agua, taló árboles de subsistencia alimentaria. En los años siguientes, varios líderes comunales sufrieron amenazas y hostigamiento. En noviembre de 2010 el Estado ecuatoriano firmó contrato con la empresa CGC para que realice acciones de exploración y explotación de petróleo crudo del Bloque 23. El pueblo no fue informado sobre los términos de negociación ni de las condiciones en que se celebró dicho contrato.

Para efectos de la presente investigación abordaremos los puntos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Saramaka vs Surinam del 27 de junio de 2012 referidos a la Consulta previa (Corte IDH, 2012):

El artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT señala que los gobiernos deben establecer mecanismos para consultar a los pueblos interesados, con la finalidad de determinar si

habrá perjuicio de los intereses de esos pueblos, antes de impulsar proyectos de prospección o explotación de recursos presentes en sus tierras. Acerca de ello el Tribunal de la Corte ha observado que la consulta debe ser realizado en las primeras etapas del proyecto de inversión y no dejarla para cuando se necesite obtener la aprobación de la comunidad, pues el aviso temprano permite a los pueblos el desarrollo de una adecuada discusión interna para la adopción de una respuesta estudiada (Párrafo 180).

El Estado estaba obligado a realizar consulta previa desde 1998, no obstante, se llevaron a cabo los referidos actos de ejecución de concesión, sin la participación del pueblo de Sarayaku. Por lo consiguiente, no ha sido controvertido que el Estado no ha desarrollado la consulta previa en el pueblo de Sarayaku en ninguna de las fases de la explotación a través de sus instituciones (Párrafo 183 y 184).

Es obligación del Estado llevar a cabo el proceso de consulta a los pueblos y de ninguna manera debe ser delegada esta actividad a empresas privadas, con menor razón a empresas que tienen intereses directos con los planes de inversión (Párrafo 187).

Cuando la delegación de la Corte acudió al territorio de Sarayaku, el Estado ha reconocido no haber desarrollado el proceso de consulta previa en la referida localidad. Además, miembros de Sarayaku expresaron que en la intervención de la empresa CGC hubo presencia militar, para garantizar la seguridad de los trabajos de la empresa interventora en ante la oposición del pueblo de Sarayaku (Párrafo 189 y 190).

En relación a lo anterior, es relevante manifestar que el Estado suscribió un convenio con las empresas petroleras en julio de 2001, mediante el cual se comprometía, a través de las fuerzas armadas, a brindar seguridad de las instalaciones petroleras y del personal que allí laboraba. En tal forma, el Estado apoyó las actividades de exploración

petrolera de la empresa CGC mediante la cooperación militar, para garantizar la seguridad de las actividades de la empresa privada. La presencia militar no contribuyó a generar un clima de confianza para alcanzar acuerdos entre las partes (Párrafo 192 y 193).

La falta de voluntad del Estado por desarrollar una consulta seria y responsable, propició un clima de conflictividad y división entre comunidades indígenas de la zona, por lo que queda claro que el Estado se inclinó por favorecer la realización de un contrato de exploración minera, en desmedro de hacer partícipe al pueblo de Sarayaku de decisiones de vital importancia en la vida social, económica y cultural de la comunidad (Párrafo 198 y 199).

La posición sostenida por el Estado de pretender delegar la realización de la consulta previa a la empresa CGC, la misma que realizaría la explotación del petróleo en el subsuelo de Sarayaku, no son entendidos como una adecuada y accesible aplicación del proceso de consulta previa (Párrafo 203).

De acuerdo a lo señalado en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT, acerca de la realización de estudios de impacto ambiental a fin de evaluar la incidencia social, cultural y espiritual sobre las comunidades ocasionado por los proyectos de inversión, el Tribunal fijó su posición de que el Estado no debería entregar concesión en territorio de comunidad indígena, hasta que entidades independientes y técnicamente idóneas, supervisadas por instituciones del Estado, ejecuten estudios previos de impacto social y ambiental, acorde con estándares internacionales, con el respeto a la cultura y tradiciones de los pueblos, cuya conclusión debe realizarse previo a la entrega de la concesión, con la finalidad de que los pueblos deban ser informados acerca de las repercusiones que demandan la ejecución de determinados proyectos. En tal sentido, el rol del Estado es preponderante en supervisar los estudios de impacto ambiental y a

la par de garantizar la participación de los pueblos indígenas en el permiso para brindar las concesiones (Párrafo 205 y 206).

El Tribunal concluye respecto al estudio de impacto ambiental desarrollado en Sarayaku no se desarrolló de conformidad con lo regulado en su jurisprudencia, ni con los estándares establecidos en la materia debido a: no hubo participación del pueblo de Sarayaku; fue realizada por una entidad privada sub contratada por la empresa privada interventora, sin supervisión de alguna institución estatal; y por último, no se previó la incidencia social, cultural y espiritual sobre el pueblo de Sarayaku de las actividades extractivas previstas (Párrafo 207).

La Corte concluye que el pueblo de Sarayaku no ha sido partícipe de un proceso adecuado y efectivo derecho de consulta, previo al otorgamiento de la autorización de los programas de exploración y explotación petrolíferos que albergarían su territorio.

1.1.3.4 Instrumentos Nacionales

1.1.3.4.2 Ley del derecho a la Consulta Previa

La Ley 29785 - Ley del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se encuentra vigente desde el 07 de diciembre de 2011. (Castillo, 2018). Este cuerpo legal expone los contenidos, los principios y el procedimiento para efectuar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas u originarios previo a la aprobación de medidas legislativas o administrativas, proyectos, planes o programas que pueden perjudicar los derechos colectivos de las comunidades indígenas (Congreso de la República, 2011). A continuación, se realizará la revisión de los

puntos de la Ley del Derecho a la consulta previa directamente relacionados con la presente investigación

Derecho a la consulta

Es el derecho que poseen los pueblos indígenas u originarios interesadas de ser consultadas previamente acerca de medidas administrativas o legislativas que serían implementadas en sus territorios y que podrían tener repercusiones sociales, culturales, económicas en la comunidad. Es el Estado el único que tiene la potestad de llevar a cabo el proceso de consulta (Artículo 2).

Finalidad de la consulta

Alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos respecto a las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a estos últimos en forma directa. El dialogo que se establezca tomará en cuenta en las decisiones del Estado a la participación de los pueblos indígenas (Artículo 3).

Criterios de identificación de los pueblos indígenas

Se consideran criterios objetivos y subjetivos. Entre los criterios objetivos, tenemos los siguientes: a. Los pueblos indígenas deberán tener descendencia directa de las poblaciones iniciales del territorio. b. Tener vínculo espiritual e histórico con el área geográfica que ocupan y usan ancestralmente. c. Poseer instituciones sociales y costumbres naturales. d. Modos y estilos de vida propios, diferente a las demás regiones del país. El criterio subjetivo se refiere tener conciencia colectiva de tener una identidad indígena. También serán considerados como pueblos indígenas u originarios las comunidades campesinas o andinas, las comunidades nativas y los pueblos amazónicos (Artículo 7).

Etapas del proceso de consulta

Mínimamente deben cumplirse las siguientes etapas en todo proceso de consulta:

- Identificación de la medida legislativa o administrativa objeto de consulta: está a cargo de instituciones del Estado, verificarán si existe una afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos, que, de existir, se procederá a realizar una consulta previa.
- Identificación de los pueblos indígenas a ser consultados: a cargo de las entidades estatales promotoras de las medidas legislativas o administrativas (Artículo 10).
- Publicidad de la medida legislativa o administrativa: las medidas para consulta, serán puestas en conocimiento a los pueblos indígenas, por medio de las entidades promotoras de dichas medidas (Artículo 11).
- Información sobre la medida legislativa o administrativa: a cargo de las entidades estatales, quienes informarán los motivos, impactos y consecuencias de las medidas a consultar (Artículo 12).
- Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa: los pueblos indígenas contarán con un plazo razonable para analizar sobre el contenido de la medida y su relación con la afectación sobre su derecho colectivo (Artículo 13).
- Dialogo entre representantes del Estado y de los pueblos indígenas: se exponen los fundamentos de las medidas, las posibles consecuencias a los derechos colectivos y las recomendaciones y sugerencias de los pueblos indígenas, que serán escuchadas por las autoridades y funcionarios que llevan adelante el proceso de consulta (Artículo 14).
- Decisión: el Estado a través de la entidad competente tiene la decisión final sobre la medida legislativa o administrativa. La decisión debe ser motivada, e implica tomar en cuenta las recomendaciones de los pueblos indígenas propuestos durante el proceso de consulta, así mismo, analizar las consecuencias de las medidas sobre

los derechos colectivos de los pueblos indígenas, contemplados en los tratados ratificados por el Estado. El acuerdo tomado es de carácter obligatorio para ambas partes, exigibles en sede administrativa y judicial. De no haber acuerdo, las entidades del Estado adoptarán las medidas convenientes para garantizar los derechos colectivos, a la vida, integridad y desarrollo de los pueblos indígenas (Artículo 15).

Derogación de normas

La presente Ley no modifica ni deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia (Segunda Disposición final).

1.1.3.4.3 Reglamento de la Ley de Consulta Previa

Fue aprobado mediante D.S N° 001-2012-MC y entró en vigencia el 04 de abril de 2012. El Reglamento de la Ley del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, regula el acceso a la consulta, las características fundamentales del proceso y además incluye la formalización de los acuerdos tomados por las partes en el proceso de consulta (Ministerio de Cultura, 2012). En seguida, se realizará la revisión de los puntos del Reglamento directamente relacionados con la presente investigación.

Carácter vinculante

Después de desarrollado la consulta, el resultado del proceso no es vinculante, no obstante, si lo es en aquellos aspectos en que se llegó a un acuerdo entre ambas partes (Artículo 1.5)

De la finalidad de consultar

La finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas consultadas, para ello existe la necesidad de que el pueblo indígena sea informado, escuchado y que alcance sus propuestas por medio del diálogo intercultural. De no alcanzarse el acuerdo o consentimiento, el Estado a través de las entidades promotoras, se encuentran facultadas para dictar las medidas propuestas, debiendo garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el derecho a la vida, integridad y a su desarrollo (Artículo 5e).

Consulta previa y recursos naturales

Los recursos naturales del suelo y del subsuelo son patrimonio del Estado, y estando estos recursos en las zonas geográficas que ocupan los pueblos indígenas, es obligación del Estado, llevar a cabo la consulta sobre las medidas que podrían afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, de acuerdo al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT (Artículo 6).

Etapas de evaluación interna

Una vez concluida la etapa de evaluación interna, los representantes de los pueblos indígenas, entregarán a la entidad promotora un documento en el cual dejan constancia de su acuerdo con la medida, o presentar sus propuestas respecto a las medidas y en qué medida afectan sus derechos colectivos (Artículo 19.3).

Etapas de decisión

Corresponde a la entidad estatal promotora tomar la decisión final de la aprobación de la medida legislativa o administrativa. Los acuerdos alcanzados, sean totales o parciales, son de carácter vinculantes para las partes. De no alcanzarse un acuerdo, corresponde a la entidad promotora dictar la medida, tomando en cuenta la adopción

de medidas que garanticen el cumplimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas (Artículo 23).

Traslado de los pueblos indígenas

En relación al traslado de los pueblos indígenas, cuando así lo requiera, se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT (Séptima Disposiciones complementarias, transitorias y finales).

Excepción de consulta

Están exceptuadas de proceso de consulta, las medidas administrativas que apruebe la reanudación de la actividad, en tanto no implique variación en los términos inicialmente autorizados (Décimo cuarta Disposiciones complementarias, transitorias y finales).

1.1.3.4.4 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Como máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, ha dedicado un progresivo reconocimiento a los derechos colectivos a los pueblos indígenas u originarios. En ese quehacer, ha seguido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en virtud de lo dispuesto de manera general en la IV Disposición Final y Transitoria, y de manera específica lo señalado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ministerio de Cultura, 2016).

A continuación, trataremos tres sentencias del Tribunal Constitucional, las cuales constituyen la base regulatoria sobre el derecho a la consulta previa.

EXPEDIENTE N° 03343-2007-PA/TC

Contexto. Corresponde a un recurso de agravio constitucional interpuesto por Jaime Hans Bustamante Johnson contra la Resolución de la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fecha 10 de mayo de 2007, la cual declara infundada la demanda de autos. El recurrente interpone demanda de amparo contra las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú y Petrobras Energía Perú S.A., por considerar que se amenazan sus derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; a la vida, el libre desarrollo y el bienestar; a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber a su promoción y defensa; a exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas; alimentación; y al agua. Solicita que se repongan las cosas al momento en que se inició la amenaza de violación de dichos derechos y se suspenda la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida "Cordillera Escalera".

El demandante alega que en el Lote 103 (área a explorar y explotar) se encuentra el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, establecida mediante D. S. N° 045-2005-AG. Dicha área tiene especial importancia por su biodiversidad y como fuente captadora y almacenadora de agua ya que ahí nacen las tres cuencas hidrográficas (Cumbaza, Caynarachi y Shanusi) que son la única fuente proveedora de agua con la que cuenta la población de zonas aledañas. A su vez, manifiesta que la explotación petrolera implica que millones de litros de agua de producción petrolera con alta salinidad serán extraídos del subsuelo y aflorarán a la superficie contaminando y devastando el medio ambiente (principalmente el agua), dado que dichas aguas

saladas suelen ser vertidas a los cauces de los ríos. Además, indica que la exploración se está realizando incumpliendo lo previsto en el artículo 27 de la Ley N. ° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, el que establece que el aprovechamiento de los recursos naturales en áreas naturales protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro.

A lo referido, el Juzgado Especializado en lo Civil de San Martín, con fecha 31 de enero de 2007, declara infundada la demanda, argumentando que en las conclusiones del informe técnico presentado por el perito de la especialidad de ingeniería ambiental, se aprecia que el impacto donde se realizaron los trabajos de exploración ha sido mínimo y que no se ha utilizado agua para dichos trabajos, más allá del agua para consumo humano directo del personal que laboró en dichas obras; asimismo, agrega que la muestra tomada para análisis de la Quebrada del río Charapillo arroja que el agua necesita tratamiento previo para el consumo humano, mas no se aprecia niveles de contaminación relevantes o que representen un peligro para la población de zonas aledañas.

Ante ello, la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 10 de mayo de 2007, confirma la apelada considerando que de la lectura del Informe N° 082-2006-MEM-AAE/MB, el mismo que versa sobre la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto de exploración sísmica de la estructura Pihuicho en el lote 103, desprende que se ha emitido una opinión favorable para la aprobación del EIA, de acuerdo a lo establecido en el D.S N° 015-2006-EM, por lo que no existe amenaza de violación al ambiente; y que del peritaje obrante en autos se colige que no se ha generado impactos ambientales de envergadura, habiéndose determinado que en las operaciones de análisis sísmico experimental realizado por las emplazadas, no se hizo uso del recurso hídrico,

precisándose que no existe afectación directa o indirecta sobre el agua superficial y subterránea que atente contra el uso y consumo humano.

Decisión del Tribunal Constitucional. El T.C declaró FUNDADA la demanda. En consecuencia, quedó prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. En caso de que ya se encuentre en ejecución la última fase de la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas (Tribunal Constitucional del Perú, 2007).

EXPEDIENTE N° 00022-2009-PI/TC

Contexto. Se trata de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1089, el cual regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008. Mencionan que ésta norma fue promulgada sin efectuar ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la OIT, afectándose con ello los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral, establecidos en los artículos 6, 15, 17 del mencionado convenio. De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Declaran que con dicha norma se afectan otros derechos establecidos en el Convenio N° 169, como el derecho sobre las tierras de los pueblos indígenas (artículos 13 al 19), en el considerando que no se tomaron en cuenta medidas que garanticen la protección de sus derechos de propiedad y posesión. Exponen que se afecta también el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas, previsto en el artículo 17 del Convenio, que declara el respeto de sus formas tradicionales de transmisión de sus territorios. Por último, alegan que se estaría vulnerando lo previsto en el artículo 19 del Convenio en cuanto se afecta el derecho al desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas.

Finalmente, alegan que el D. L. N° 1089, vulnera lo previsto en el artículo 6 inciso 1 a) y 2 del Convenio N° 169 de la OIT (derecho al consentimiento previo, libre e informado), así como el artículo 19 de la DNUDPI. Además, sugieren que ello es una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio N° 169, así como los artículos 70 y 88 de la Constitución.

Decisión del Tribunal Constitucional. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. **INTERPRETAR** el Decreto Legislativo N° 1089 de conformidad con el fundamento 57 de la presente sentencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas (Tribunal Constitucional del Perú, 2010).

EXPEDIENTE N° 05427-2009-PC/TC

Contexto. Se refiere al recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESEP) contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha 4 de junio de 2009, que declaró improcedente la demanda de cumplimiento de autos. La Asociación recurrente interpone demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas a fin de que dé cumplimiento al Convenio N° 169 de la OIT y que, en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional a pesar de que el citado Convenio fue suscrito por el Estado Peruano y ratificado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 26253 - promulgada y publicada el 2 de diciembre de 1993- , el Ministerio de Energía y Minas no ha cumplido con adecuar su normatividad interna de acuerdo con el contenido de dicho tratado, particularmente en los temas relativos al derecho de consulta, tierras, territorios y recursos naturales. Agrega que si bien existen algunas normas que se refieren a estos temas, ellas son de carácter general, es decir, aplicables para toda la población nacional y no especialmente para los pueblos indígenas.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, declara improcedente la demanda por estimar que, de la revisión de la misma, se desprende un conflicto e interpretación del sistema jurídico vigente, lo cual torna complejo el mandato cuyo cumplimiento se solicita.

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró nula la resolución apelada por considerar que el juez a quo ha incurrido en un error al rechazar en forma liminar la demanda interpuesta.

El Quincuagésimo Noveno Juzgado especializado en lo Civil de Lima declara improcedente la demanda por considerar que el mandato cuyo cumplimiento se solicita es controvertido y requiere de la actuación de medios probatorios, agregando que existen otros procedimientos especiales previstos en el propio Convenio para cuestionar el cumplimiento del mismo por parte del Estado, los que, a su entender, constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias.

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada, por estimar que para establecer el cumplimiento por parte del Estado de las disposiciones establecidas en el Convenio 169 de la OIT se hace necesaria la verificación o confrontación de normas que se han emitido sobre la materia, lo cual no puede realizarse en un proceso constitucional como el de cumplimiento.

Decisión del Tribunal Constitucional. Declarar FUNDADA la demanda de cumplimiento interpuesta por la Asociación interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), por haberse acreditado el cumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT. ORDENAR al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia. EXHORTAR al Congreso de la República a que, dentro del marco de sus competencias establecidas en el artículo 108° de la Constitución, culmine con el trámite de promulgación de la "Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", aprobada en la sesión ordinaria del 19 de mayo del 2010,

en el término más inmediato posible. Declarar IMPROCEDENTE la demanda en el extremo referido a la obligación del Ministerio de Energía y Minas de adecuar sus reglamentos a lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT, en materia de derecho a la tierra, al medio ambiente y los recursos naturales, por no ser asunto de su competencia.

1.1.3.4.5 Listado de pueblos indígenas u originarios

Los pueblos indígenas u originarios están conformados por aquellas comunidades cuyo origen se remontan a tiempos anteriores al surgimiento del Estado, establecidas en este país o región y se caracterizan porque conservan todas o parte de sus instituciones que las distinguen y además sus habitantes presentan conciencia colectiva de poseer una identidad indígena u originaria. Actualmente en el Perú se han identificado 55 pueblos indígenas, 51 en la región amazónica y 4 en los Andes (ver Anexo). El pueblo de Cañaris se encuentra incluido en el listado de pueblos indígenas como parte de los denominados pueblos quechuas, cuya presencia se localiza en el departamento de Lambayeque (Ministerio de Cultura, 2021).

1.1.3.3 Pueblos Indígenas

Herrera (2014) sostiene que no existe una definición precisa de “pueblos indígenas” en el derecho internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria a efectos de proteger sus derechos humanos. Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas de las Américas y del resto del mundo, una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva. Si bien ni los instrumentos interamericanos de derechos humanos, ni la jurisprudencia

de los órganos interamericanos de protección, han determinado con exactitud los criterios para constituir un “pueblo indígena”, se han consagrado criterios relevantes en otros instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y otros.

El artículo 1.1.(b) del Convenio 169 de la OIT dispone que dicho tratado se aplicará “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Por otro lado, el artículo 1.2 del mismo Convenio establece que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (Herrera, 2012).

En la Guía de Aplicación del Convenio 169, la OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los elementos objetivos incluyen: (i) la continuidad histórica, v.g. se trata de sociedades que descenden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; e (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena.

Actividades extractivas y conflicto social

En el Perú, tanto la expansión física y económica de la minería como los impactos desiguales que ha tenido su entorno han sembrado en varias regiones un clima de tensión y conflictividad. Las grandes minas de tajo abierto, en particular, no generan mucho empleo ni oportunidades de negocios para los más pobres, pero tienen una enorme presencia en la vida diaria de comunidades colindantes. La falta de consulta o diálogo fluido con estas comunidades, y la falta de beneficios concretos para la gente más necesitada, exacerbaban esta situación. Desde 2004, la Defensoría del Pueblo mantiene un registro de los conflictos sociales, según causas o reclamos principales, ubicación territorial, competencias institucionales y procesos de solución. La mayoría han sido denominados “socioambientales”, relacionados “al control, uso y/o acceso al ambiente y sus recursos”, aunque estos también tienen componentes políticos, económicos, sociales y culturales y la mayor parte de ellos están asociados a empresas mineras o de hidrocarburos (Sanborn & Dammert, 2013).

1.1.4 Definiciones conceptuales

Proyecto extractivo. Son todas aquellas proyecciones de actividades económicas que implican la explotación y/o extracción de elementos naturales del suelo, subsuelo o el mar a escala industrial y a un ritmo mucho mayor que el ritmo natural de reposición de dichos elementos naturales. La extracción petrolera y minera son dos ejemplos de proyectos extractivos.

Comunidad indígena. Comunidades que tienen una continuidad histórica con las sociedades que se desarrollaron en sus territorios con anterioridad a la ocupación colonial y se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que en la actualidad prevalecen en esos territorios o en parte de ellos.

Derecho a la consulta previa. El artículo 6° inciso 1 del Convenio 169 de la OIT estipula: “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

1.2. Formulación del problema

Pregunta general

¿De qué manera la ejecución de los proyectos extractivos promovidos por el Estado incide en el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú en los años 2013 al 2018?

Preguntas específicas

¿Cuál es el rol del Estado peruano en la ejecución de los proyectos extractivos en áreas donde se asientan las comunidades indígenas?

¿Cuál es el comportamiento de las empresas extractivas frente a la implementación de la ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios?

¿Cuál es el contenido del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas regulado en la Ley 29785 y su Reglamento, el DS N° 001-2012 MC?

¿Cuál es el contenido del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas regulado en el Convenio 169 de la OIT?

Objetivos

Objetivo general

Determinar de qué manera la ejecución de los proyectos extractivos promovidos por el Estado incide en el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas en el Perú en los años 2013 al 2018.

Objetivos específicos

- Analizar el rol del Estado peruano en la ejecución de los proyectos extractivos en áreas donde se asientan las comunidades indígenas.
- Evaluar el comportamiento de las empresas extractivas frente a la implementación de la ley de consulta previa de las comunidades indígenas.
- Analizar el contenido del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas regulado por la Ley 29785 y su Reglamento, el DS N° 001-2012 MC.
- Analizar el contenido del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas regulado en el Convenio 169 de la OIT.

1.4 Hipótesis

La ejecución de los proyectos extractivos promovidos por el Estado incide de manera negativa en el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, debido a la priorización del Estado por sacar adelante estos proyectos en afectación del libre desarrollo de las comunidades indígenas.

II. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

La presente investigación es cualitativa en su enfoque, puesto que se ha analizado la legislación nacional con la finalidad de determinar cuál es el alcance de dichas normas y su adecuada aplicación en el Perú. Es correlacional en su nivel, en tanto se persigue medir el grado de relación existente entre las variables explotación de recursos naturales, normas legales y el derecho de la consulta previa. Es básica en su propósito, puesto que se acrecienta los conocimientos, al haber recopilado información de la doctrina, casuística, legislación referente al derecho de consulta previa desde el ámbito nacional.

Diseño de investigación

La presente investigación descriptiva cuenta con un diseño de investigación no experimental de corte transversal, pues no se manipulará ninguna variable y se analizará una situación jurídica-social.

Diseño transversal

Estudio	T1
M	O

Donde:

M: Muestra

O: Observación

2.2. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)

Población A

La población de esta tesis está dada por dos proyectos extractivos, uno en el sector hidrocarburos y el otro en el sector minero, los cuales han solicitado al Estado el derecho a la consulta previa, libre e informada.

Población B

La población de esta tesis está dada por cuatro abogados especialistas en Derecho minero o Derecho ambiental que han impartido clases en dicha especialidad en instituciones de Educación Superior, a nivel de pregrado o post grado o laboren en instituciones públicas que se relacionen o atiendan temas relativos al derecho a la consulta previa libre e informada.

Muestra

Tipo de muestra

a. No probabilístico “i” (en relación a la población A)

Dada la circunscripción de la población A, el tipo de muestreo es no probabilístico debido a que se hará una investigación a fondo de las consideraciones teóricas que han vertido investigadores respecto de los dos casos tratados. En consecuencia, no resulta relevante para el investigador establecer una evaluación estadística de esta muestra.

b. No probabilístico “ii” (en relación a la población B)

Dada la circunscripción de la población B, el tipo de muestreo es no probabilístico debido a que se requerirá únicamente las consideraciones teóricas personales que tienen los expertos (Hernández-Sampieri, 2018) en relación a proyectos extractivos y al derecho a la consulta previa contemplados en la Ley de Consulta previa y su Reglamento, así mismo al Convenio 169 de la OIT. En consecuencia, no resulta relevante para el investigador establecer una evaluación estadística de esta muestra.

2.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

Métodos

Método analítico-sintético. Se indagó minuciosamente en la doctrina, legislación peruana y el estudio de casos relacionados al tema de investigación. Posteriormente, se trabajó de forma integral obteniendo criterios que alimentaron a la presente investigación.

Método inductivo-deductivo. Se realizó el análisis de dos casos determinados en los cuales se evidenció la problemática que fue objeto de investigación, concluyéndose en apreciaciones generales. De la misma forma, se empleó principios, normativa y postulados de validez comprobada que sirvieron de apoyo para la resolución de casos particulares suscitados en nuestro país.

Método exegético. Se realizó la interpretación de la legislación en el Perú referida al derecho de la consulta previa de las comunidades indígenas, tratando de hallar el significado que el legislador quiso expresar de forma fiel y auténtica.

Muestra seleccionada

a. Para la muestra en relación a la Población A

Proyecto del Lote 192 (sector Hidrocarburos)

Proyecto Cañariaco (sector minería)

b. Para la muestra en relación a la Población B

Entrevistado 1: Dr. Marlon Alarcón Azpilcueta

Abogado egresado de la Universidad Privada Antenor Orrego - Trujillo

Maestría en Regulación Ambiental – Universidad Complutense de Madrid

Cátedra UNESCO en Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible

Docente de la Universidad Privada del Norte Sede Trujillo

Docente de Post Grado de la Universidad Nacional de Trujillo

Entrevistado 2: José Félix Tejada Ramos

Abogado egresado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Doctorado en Derecho – Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo

Fiscal Provincial de Chiclayo – Fiscalía provincial especializada en Materia Ambiental.

Entrevistado 3: Federico Emiliano Corzo Hernández

Abogado egresado de la Universidad Nacional de Trujillo

Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo – Universidad Nacional de Trujillo

Comisionado de la Defensoría del Pueblo en La Libertad

Entrevistado 4. Mario Alberto Arista Malaver

Abogado egresado de la Universidad Nacional de Trujillo

Fiscal Adjunto Provincial - Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental La Libertad

Técnicas

Entrevista. Se recurrió a expertos con la finalidad de recoger información en el tema de consulta previa y su aplicación frente a la urgencia del Estado por implementar

proyectos extractivos. Se utilizó una Guía de entrevista o cuestionario que permitió obtener con exactitud la información relevante, pasando por su validación previa este instrumento (Ver Anexo 1).

Técnica de análisis documental. Se realizó la búsqueda de casos de suma importancia y críticos referido a consulta previa que se ha presentado antes y después de la dación de la Ley N° 29785, Ley de consulta previa.

Técnica de análisis legislativa nacional y comparada. Se realizó el análisis de la Ley 29785, Ley de la consulta previa y su Reglamento.

2.4. Procedimiento

En la presente investigación se utilizó la herramienta informática procesador de textos Office 2016 (MS Word 2016 y Excel 2016). Se empleó resúmenes, cuadros, gráficos, mapas conceptuales, infografías y tablas.

Se entrevistó a cuatro expertos en el tema de consulta previa y su aplicación frente a la urgencia del Estado por implementar proyectos extractivos. Se utilizó una Guía de entrevista o cuestionario que permitió obtener con exactitud la información relevante. Se realizó el análisis de dos casos de suma importancia y críticos referido a consulta previa que se ha presentado antes y después de la dación de la Ley N° 29785, Ley de consulta previa.

Se realizó el análisis de la normativa nacional, Ley 29785, Ley de la consulta previa y su Reglamento.

Así mismo, se empleó la técnica de triangulación de métodos de recolección de datos, interceptando los resultados de las diferentes fuentes y métodos de recolección de información utilizados, para que sistemáticamente se puedan observar todos los resultados.

2.5 Matriz de consistencia (Ver Anexo 2)

2.6 Consideraciones éticas

Para el desarrollo de la presente tesis se empleó fuentes confiables de información, las cuales fueron seleccionadas rigurosamente por el autor para el desarrollo de los antecedentes, bases teóricas, legislación, casos de proyectos extractivos y entrevistas a expertos. También se usó las normas APA para la redacción y presentación, además de cumplir estrictamente el formato de tesis UPN, sin modificar y alterar su estructura, salvo los permitidos, que no perjudiquen el desarrollo del presente trabajo de investigación.

En el caso de las entrevistas a expertos, se obtuvo su consentimiento de los mismos para la entrevista, manteniendo la confidencialidad respectiva.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

Los resultados obtenidos se basan en dos casos de proyectos extractivos, uno en minería y el otro en hidrocarburos, entrevistas realizadas a especialistas en el ámbito del derecho ambiental y por último se recurrió a la legislación nacional e internacional, principalmente el Convenio 169 de la OIT.

3.1 Resultados en relación a la pregunta de investigación 1: ¿Cuál es el rol del Estado peruano en la ejecución de los proyectos extractivos en áreas donde se asientan las comunidades indígenas?

3.1.1 Análisis documental

Caso Cañaris

No aplicación retroactiva de la Ley de Consulta Previa

Al darse la Ley de Consulta previa en el año 2011, los líderes de la comunidad de Cañaris se reunieron y demandaron derecho a la consulta previa e informada, respecto a las concesiones y explotación de recursos minerales que ya se habían dado en su territorio, lo cual ocasionaba descontento y preocupación por el impacto de la actividad extractiva a gran escala llevada a cabo en sus tierras. La demanda de consulta informada no fue aceptada por el Estado, el cual estaba representado por el Ministerio de Energía y Minas, quienes alegaban que la Ley no podía aplicarse de manera retroactiva (Sanborn, 2016).

Nueva autorización de uso de tierras, nueva consulta previa

En 2012, le era imprescindible a la empresa realizar perforaciones adicionales en tierras superficiales de Cañaris para la exploración, por lo que solicitó la autorización a la comunidad. Los comuneros sostuvieron que esta autorización sí debería ser consultada dentro del nuevo orden legal, lo que significa que los representantes del Estado tenían la

obligación de consultar con los representantes de la comunidad sobre si deseaban un desarrollo sucesivo del proyecto. No obstante, se llevaron a cabo dos asambleas de consecuencias disímiles en Cañaris, la primera el 8 de julio de 2012, en la cual, un juez de paz local convocó a una asamblea a la comunidad para decidir sobre esta medida, asistió una minoría de la población y de éstos la mayoría votó a favor de la concesión de derechos para la exploración, y esta votación fue aceptada como legal por las autoridades gubernamentales y la directora general de la empresa. El presidente de la comunidad cuestionó la legitimidad de esta asamblea y optó por realizar una nueva “consulta popular” dos meses después, en la que asistió casi la mitad de la población de la comunidad y el 95 por ciento de los presentes votaron en contra de renovar el permiso de la empresa. El Minem no aceptó como legítima esta segunda consulta (Sanborn, 2016).

Proyectos de inversión para la comunidad

Durante finales de 2012 y 2013, se produjeron enfrentamientos violentos en el lugar. Posteriormente se instaló una Mesa de Desarrollo organizada por la PCM, en la que diversos representantes a nivel del gabinete se comprometieron a llevar servicios públicos e inversión social a los habitantes de Cañaris. Los participantes de la Mesa aprobaron unos 49 nuevos proyectos de inversión para la comunidad, la mayoría serían financiados por el Gobierno, aunque algunos por la empresa. Sin embargo, para entonces, el futuro del proyecto siguió siendo incierto (Sanborn, 2016).

Incumplimiento de compromisos de inversión del Estado

En enero de 2015, Florentino Barrios, el entonces presidente de la comunidad, anunció que se opondría a cualquier intento de reinicio de las exploraciones de Candente Copper, invocando un acuerdo más amplio entre los miembros de la comunidad en contra de la mina propuesta. En mayo del mismo año, la comunidad eligió a sus nuevos líderes, quienes

reiteraron su oposición al proyecto y denunciaron al Gobierno por incumplir los compromisos de inversión social acordados en la mesa de diálogo del año anterior, y en noviembre de 2015 declararon su oposición a toda concesión o actividad minera en sus tierras (Sanborn, 2016).

Caso lote 192

Desatención de demandas indígenas del Estado

El contrato de concesión a Plus Petrol concluyó en 2015. Fue entonces que se realizó una nueva consulta previa en marzo de 2015 antes del otorgamiento de la licencia a otra empresa. Participaron cuatro federaciones representando a los pueblos indígenas, las cuales aprovecharon la oportunidad para demandar la atención por parte del Estado de otras necesidades, entre las cuales figuraban la titularidad de la propiedad y las postergadas remediaciones del suelo, que luego de cuarenta años de contaminación no se había atendido (Sanborn, 2016).

La propuesta del Estado era solo económica

La etapa de diálogo se inició en julio de 2015 y se programó la reunión final para el 13 de agosto, donde estuvieron presentes los ministros de Energía y Minas y de Vivienda. El Gobierno llevó como principal propuesta la creación de un nuevo fondo social para ser cedido a las comunidades, y que representaría al 0,75 % del valor monetario de la producción del lote, la cual la nueva empresa estaría obligada a cumplir. Sin embargo, las federaciones indígenas involucradas no lograron ponerse de acuerdo respecto de esta oferta. De las cuatro federaciones que participaron, solo con dos de ellas el Gobierno llegó a acordar, las otras dos, Feconaco y Fediquep, se negaron a firmar, esgrimiendo que la nueva propuesta se centraba solo en los beneficios económicos y no incluía otros temas pendientes (títulos de propiedad, la remediación ambiental y su participación en el monitoreo para prevenir futuros

derrames). Ante este escenario, el Gobierno presentó una contrapropuesta a los puntos planteados por estas dos federaciones, no obstante, el proceso de consulta *per se* fue declarado concluido por el Minem el mismo día en que se celebró la reunión final.

Acuerdo entre el Gobierno y las organizaciones indígenas

Representantes de la Feconaco y la Fediquep trataron de retrasar las operaciones del lote mediante paros y la obstrucción de los pozos petroleros, en un intento de lograr la realización de un nuevo proceso. Nuevamente el Gobierno en respuesta a estas protestas envió una delegación que incluía representantes de la PCM y de los ministerios de Cultura, de Vivienda y de Energía y Minas, además del Defensor del Pueblo. Finalmente, el 24 de septiembre de 2015, se firmó un acuerdo entre el Gobierno y todas las organizaciones indígenas involucradas, lo cual incluyó inversión pública por un monto de US\$ 42 millones para el período comprendido de 2016-2017. El Ejecutivo también presentó una propuesta al Congreso para aprobar financiamiento para hacer frente a la contaminación ambiental del lote 192.

3.1.2 De las entrevistas

Respecto a la pregunta de investigación 1, se ha planteado las siguientes preguntas a los entrevistados:

Pregunta 1

Entrevistado	¿Cree Ud. que el Estado peruano brinda la importancia adecuada al derecho a la consulta previa a las comunidades indígenas o más bien se preocupa por afianzar o forzar la intervención de las grandes empresas extractivas?
Dr. Marlon Alarcón Aspilcueta	Yo te puedo responder sí y no. Sí porque en mérito al Convenio 169 de la OIT ratificaban en el año 95, pues este dio paso a una Ley de una consulta previa en

	<p>el año de 2011 y a su reglamento en el 2012, lo cual quiere decir que sí hay una preocupación por el estado por atender los derechos colectivos de estas comunidades indígenas y nativas. Pero, por otro lado, el Estado incentiva el tema de la promoción de la inversión privada y muchas veces pues se pasan por alto estos derechos de los pueblos indígenas que no solo se trata de un derecho sino también de un deber del Estado promover la consulta previa.</p>
<p>Dr. José Félix Tejada Ramos</p>	<p>No considero que el Estado haya dado la importancia debida a la consulta previa, por lo contrario, existen limitaciones. Respecto a la segunda parte de la pregunta, estoy de acuerdo que muchas veces el Estado forza la intervención de la empresa minera, desprotegiendo a las comunidades indígenas.</p>
<p>Dr. Federico Emiliano Corzo Hernández</p>	<p>El Estado si se preocupa y también se preocupa por afianzar, no forzar, afianzar los trabajos extractivos como recursos naturales.</p>
<p>Dr. Mario Alberto Arista Malaver</p>	<p>Actualmente el Estado Peruano está realizando un trabajo proporcional a que no exista conflictos sociales porque depende de todo esto no. En lo referente a gobiernos anteriores se ha visto que el tema de la consulta previa ha iniciado básicamente con el Baguazo, cuando entró en vigencia el TLC de EE.UU y el Estado Peruano emite decretos legislativos a gran escala para que puedan facilitar las negociaciones o las inversiones en el Estado Peruano, en ese sentido el problema social que generó con las muertes tanto de policías y personas de la ciudad de Bagua, pueblos indígenas, especialmente fue a raíz concretamente de esto, de ese momento hacia la actualidad el estado peruano ha implementado normas y ha suscrito algunos tratados además e inclusive existen propias ONG que han impulsado acciones de amparo ante jueces constitucionales en este caso como es en la ciudades de Tarapoto y más lo que es en la Amazonía he podido ver especialmente cuando se trata de extracción de hidrocarburos, donde se han amparado medidas cautelares inclusive, eso creo que el Estado Peruano si está haciendo un esfuerzo por qué no lo ha dejado de lado, es complicado porque es trabajar con muchas comunidades indígenas inclusive las que tienen pro actividad y falta las que no son contactadas, el campo de acción es bastante amplio para</p>

	<p>cada pueblo es ver su cultura su tradición, y que pueda tener una conexión más beneficiosa con lo que es una industria o la inversión que quieran realizar.</p> <p>En este caso el Estado tiene un papel importante porque primero tiene que promocionar las industrias extractivas, digamos incentivar la economía, pero por otro lado tiene que proteger también a los pueblos indígenas.</p> <p>Lógicamente, el Estado Peruano es la única entidad que puede promover una inversión, ante la promoción de una inversión va a existir el crecimiento en la economía, mas trabajos, más empleos, más recursos, el PBI puede subir, sin embargo, esto no debe darse al margen de la dignidad o defensa o de los derechos fundamentales de las personas sean en este caso zonas indígenas o pueblos indígenas o sean netamente una ciudad.</p>
--	--

Pregunta 2

Entrevistado	¿Cree Ud. que el Estado peruano se acerca a las comunidades y ofrece su atención sólo cuando en tal comunidad se desarrollará un proyecto extractivo o es que existe una agenda indígena del Estado?
Dr. Marlon Alarcón Aspilcueta	Bueno lo que tenemos claro es que no tenemos una agenda indígena, el Estado peruano no tiene una agenda indígena, cuando tenemos presente a esos pueblos pues es precisamente cuando se va a llevar a cabo o se tiene planeado un proyecto extractivo, lo cual va a atentar contra algunos de los derechos colectivos reconocidos a esos pueblos indígenas. Por ejemplo, los pueblos consideran que se va a dañar sus bosques, sus tierras, los recursos naturales que poseen, es ahí cuando nosotros podemos acercarnos a ellos y decir señores queremos que usted de su opinión de determinado proyecto. Pero ahí también viene el tema, se trata de una opinión, es una consulta no es una condición, no es un veto, luego el Estado podrá hacer suyas la preocupación de estos pueblos indígenas, pero puede seguir adelante con el proyecto y tendrá que motivar en una Resolución y tendrá

	<p>que sustentar de qué manera va a salir adelante teniendo en cuenta esas preocupaciones de esos pueblos indígenas.</p> <p>Cuando hay un interés económico por parte del Estado, también crece el interés social. A manera de ejemplo, nuestra Ley general del ambiente, tiene un principio que es el principio de equidad y dice que las políticas públicas ambientales deben estar destinadas a generar crecimiento económico mediante el destierro de la pobreza. Entonces, si el Estado ubica en estas poblaciones olvidadas, recursos naturales que pueden ser susceptibles a ser explotados y extraídos, pues el Estado también se preocupa por que esas comunidades se beneficien del crecimiento económico, tenga un impacto en la zona, que es lo que se hace con el canon minero, el cual se redistribuye a quien posee el recurso.</p> <p>La función del Estado es un estado omnipresente, que debe de estar en cada rincón del país, pero muchas veces no es así, pues tenemos zonas olvidadas no solo en comunidades indígenas y nativas de la selva, sino en costa y sierra entonces es lo que debería ser, pero no es.</p>
<p>Dr. José Félix Tejada Ramos</p>	<p>No existe agenda indígena alguna, los pueblos indígenas del Perú profundo están descuidados. Sus recursos naturales constituyen el único atractivo por el cual el Estado los toma en cuenta, después se les tiene muy olvidados, no forman parte del desarrollo integral del país.</p>
<p>Dr. Federico Emiliano Corzo Hernández</p>	<p>Antes de que el Estado pueda dar una certificación de exploración o explotación siempre se busca un acercamiento con el ciudadano, siempre, no hay forma.</p> <p>No existe un lugar en el Perú donde no exista un Centro Educativo, un Centro de Salud o la Policía, salvo que me estés hablando de comunidades nativas, en zonas de grupos de no contactación o aislamiento total, donde justamente por respeto por su idiosincrasia su idea no se puede acercarse a ellos.</p>
<p>Dr. Mario Alberto Arista Malaver</p>	<p>Referido eso en el acercamiento, a qué tipo de acercamiento se refiere. Por ejemplo, apoyo social, apoyo en salud, en la educación, solamente se acerca a estas comunidades cuando descubre un hallazgo de algún mineral que se pueda</p>

extraer o es que siempre está atento el Estado a las necesidades de las comunidades.

A ver hay que poder definir Estado primero. El Estado es conformado de una manera material y de una manera formal, materialmente todos nosotros somos parte del Estado, formalmente se simplifica a los poderes del Estado y a órganos constitucionales autónomos, entonces cada órgano o cada entidad o cada poder tiene un rol fundamental que se concatena y actúan entre si de una manera simétrica, por ejemplo en emitir normas o delegar normas que hace el poder legislativo, el ejecutivo para que pueda promover una inversión por ejemplo no, o proteger a cierta comunidad indígena o a la ciudad, entonces si hablamos de Estado es obviamente que todos en cada cuota que corresponde de poder, actúan en beneficio de la sociedad, por ejemplo el Ministerio Público tiene competencia también en zonas muy alejadas, claro que su presencia no puede ser tan permanente como lo es en la ciudad, pero si tenemos competencia como lo es el Gobierno Ejecutivo que engloba en la mayor política de gobernabilidad en este caso como lo es salud, educación, agricultura, vivienda, todas esas áreas lo copa el Gobierno Central Poder Ejecutivo, entonces depende mucho del Gobierno actual o de los anteriores para que se acerquen esas comunidades, en general es un trabajo bastante amplio pero si existe por lo menos atenciones básicas. Se presta mayor atención cuando va existir un proyecto de inversión obviamente, porque ante eso se tiene que ver que recursos naturales debe haber en el territorio si esto va afectar directa o indirectamente a este grupo poblacional, si también va afectar su estilo de vida o no. Son básicamente las cuestiones plus que deben de tenerse en cuenta cuando se trate de una consulta previa. En ese sentido cuando hablemos del Estado notamos o nos referimos de las instituciones públicas que representan al Estad, llámese Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Ministerio de Vivienda y Construcción con las obras de Saneamiento Básico, esta pregunta está referida si es que el Estado a través de estas instituciones se acerca a los pueblos o comunidades indígenas solo cuando hay hallazgos de yacimientos,

	<p>minerales o Hidrocarburos y si no los hubiera pues no se les brinda la atención. Claro eso es lo que se reitera en la realidad, va a ver mucha más atención cuando existe ahí una inversión, es por lógica, además de eso, si se trata de una gran inversión, la empresa que va asumir el costo social además va a tener una responsabilidad social con la comunidad, por ejemplo, en dar trabajo, en poder, si es por ejemplo en la agricultura en utilizar otras alternativas para poder tener mayor rentabilidad en eso, o sea es símil entre el Estado y la Empresa.</p>
--	---

Pregunta 3

Entrevistado	¿Considera Ud. que las comunidades indígenas son bien representadas por el Estado peruano?
Dr. Marlon Alarcón Aspilcueta	<p>Yo diría que no. Porque si bien es cierto el encargado de realizar la consulta previa es el Viceministerio de interculturalidad del Ministerio de cultura, existen otros actores que tienen que ver con el tema, que forman parte de esa consulta previa, como por ejemplo muy puntual el Ingemmet, al otorgar una concesión minera, previamente se debería realizar la consulta previa pero muchas veces no se hace, entonces que pasa, que hay una mala coordinación de estos organismos que le pertenecen al Estado, organismos públicos, entonces si partimos de esa premisa, se evidencia una deficiente representación de los pueblos indígenas de parte del Estado.</p> <p>Recordemos que el ambiente no es más que la interrelación entre las culturas y los eco sistemas, y por ello, es que debe existir la consulta previa en base al convenio 169 de la OIT, el cual garantiza el respecto a derechos comunitarios de los pueblos indígenas. Ahora, cuál es el papel del Estado: un papel transectorial, del Ministerio de Energía y Minas, del Ministerio de Cultura, del Ministerio de Economía, etc. Así como se asignan presupuesto para determinadas ciudades, así debe asignarse a las comunidades para el logro de las consultas previas.</p>

	<p>El papel del Ministerio de Energía y Minas en materia ambiental y de protección, en materia de consulta previa de pueblos indígenas y nativos, por así decirlo, es muy reducido, debido a que su función de este es más bien velar por la promoción de las actividades extractivas llámese minería.</p>
<p>Dr. José Félix Tejada Ramos</p>	<p>No se aprecia una real representación verdadera y efectiva. Las instituciones gubernamentales no se interiorizan en los confines del territorio, mayormente su presencia se deja sentir en las urbes, más no en las comunidades indígenas y nativas.</p>
<p>Dr. Federico Emiliano Corzo Hernández</p>	<p>Yo he recorrido esa zona (selva), conozco quienes representan el tema de las comunidades nativas, quienes son los que están sentados sobre una mesa son las ONG. Somos un país donde los recursos naturales son necesarias para nuestra economía, hay que hacerla sostenible.</p> <p>¿Qué cosa es responsabilidad del Estado y responsabilidad Ciudadana? Es muy fácil trasladar todo a un tema de Estado. La pregunta es, las comunidades Campesinas y Nativas están verdaderamente fortalecidas para que vean el problema globalmente en la defensa de derecho y obligaciones. Se habla de justicia rondera, es cierto que los ronderos saben que pueden poner en jaque a una empresa minera, que mal que bien, pueden supervisarla, puedan cerrar una empresa minera formalizada y sin embargo no atacar a la minería ilegal.</p> <p>Nadie quiere contaminación del medio ambiente, es una afectación al derecho, no solo al ambiente, sino a la salud de las personas, pero también debemos decir que muchas autoridades, representantes o supuestos defensores de derecho del medio ambiente no hacen absolutamente nada por ello.</p>
<p>Dr. Mario Alberto Arista Malaver</p>	<p>En el “Baguazo” ocurrió ese tema de una no representación del Estado. Desde aquel momento es donde nosotros pudimos percibir, en forma más latente y más cercana dicha situación. Hemos visto como el dirigente de esa etnia, llamado Pisan, fue perseguido por el Estado Peruano, procesos judiciales, le tuvieron que dar asilo político y era la única persona que podía representar en ese momento a esas personas indígenas, entonces eso se da justamente de que no estaba</p>

	<p>regulado, pese a haber ratificado un tratado de la Organización Internacional de Trabajo, no estaba regulado con una norma de cómo se debe hacer una consulta previa, en ese momento fue el punto de quiebre a lo que ahora tenemos. Ahora el Estado peruano es más receptivo también a la participación de la población y depende mucho de la ideología del Gobierno de turno. De sus Políticas Públicas. Exactamente.</p>
--	--

3.1.3 De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Respecto a las obligaciones que tienen los Estados en la ejecución de proyectos extractivos en áreas donde se asientan las comunidades indígenas, en la sentencia del 19 de febrero de 2009 del Expediente N° 03343-2007-PA/TC emitido por el TC, se expuso lo siguiente:

El Estado debe realizar la consulta antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.

A su vez, en la sentencia del 09 de junio de 2010, del Expediente N° 0022-2009-PI/TC emitido por el TC, se expuso lo siguiente:

Es por ello que el Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta. Ello desde luego no diluye la responsabilidad de los pueblos indígenas de plantear organizaciones que puedan detectar previamente al dictado de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, y por lo tanto, plantear al órgano estatal pertinente que se lleve a cabo la consulta. Ello pone a prueba la transparencia con la que opera el Estado al momento de establecer medidas, en este caso, relativas a los pueblos indígenas.

En cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, el Estado debe poner en conocimiento de dichos pueblos tal afectación. También es importante que se establezca cuáles van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto.

Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo **en forma previa** a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además, generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos

consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan.

3.1.3 De la Jurisprudencia de la Corte IDH

Respecto a las obligaciones que tienen los Estados en la ejecución de proyectos extractivos en áreas donde se asientan las comunidades indígenas, en la sentencia del 28 de noviembre de 2007 del Caso Saramaka vs Surinam, emitido por la Corte IDH, se expuso lo siguiente:

El Estado de Surinam debe consultar con el pueblo de Saramaka sobre los planes de desarrollo en su territorio, lo que implica brindar información y recibirla de parte del pueblo. Las consultas deben emplear procedimientos culturalmente adecuados, bajo el principio de buena fe, tomando en cuenta los métodos tradicionales del pueblo de Saramaka, con la finalidad de llegar a un acuerdo. La consulta al pueblo de Saramaka debe realizarse en las etapas tempranas del proyecto, cuando el pueblo tenga la oportunidad de discutir internamente y brindar una respuesta a la propuesta. El Estado está en la obligación de comunicar los riesgos sanitarios o ambientales que demanda la realización de los proyectos, con la finalidad de que acepten con pleno conocimiento y de forma voluntaria la realización de la propuesta (Párrafo 133).

Así mismo, la Corte sustenta que cuando existan proyectos de inversión de gran magnitud con relevante impacto en el territorio de Saramaka, el Estado no solamente debe consultar al pueblo, sino que además debe obtener de estos el consentimiento previo, libre e informado (Párrafo 134).

De igual forma, la Corte IDH, respecto al rol del Estado peruano en la ejecución de los proyectos extractivos en áreas donde se asientan las comunidades indígenas, en la sentencia del 27 de junio de 2012 del caso Sarayaku vs Ecuador, expone:

El artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT señala que los gobiernos deben establecer mecanismos para consultar a los pueblos interesados, con la finalidad de determinar si habrá perjuicio de los intereses de esos pueblos, antes de impulsar proyectos de prospección o explotación de recursos presentes en sus tierras. Acerca de ello el Tribunal de la Corte ha observado que la consulta debe ser realizado en las primeras etapas del proyecto de inversión y no dejarla para cuando se necesite obtener la aprobación de la comunidad, pues el aviso temprano permite a los pueblos el desarrollo de una adecuada discusión interna para la adopción de una respuesta estudiada (Párrafo 180).

Es de considerar, que el Estado ecuatoriano estaba obligado a realizar consulta previa desde 1998, no obstante, se llevaron a cabo los referidos actos de ejecución de concesión, sin la participación del pueblo de Sarayaku. Por lo consiguiente, no ha sido controvertido que el Estado no ha desarrollado la consulta previa en el pueblo de Sarayaku en ninguna de las fases de la explotación a través de sus instituciones (Párrafo 183 y 184).

Miembros de Sarayaku expresaron que en la intervención de la empresa CGC hubo presencia militar, para garantizar la seguridad de los trabajos de la empresa interventora ante la oposición del pueblo de Sarayaku (Párrafo 189 y 190). El Estado suscribió un convenio con las empresas petroleras en julio de 2001, mediante el cual se comprometía, a través de las fuerzas armadas, a brindar seguridad de las instalaciones petroleras y del personal que allí laboraba. En tal forma, el Estado apoyó las actividades de exploración petrolera de la empresa extractiva, mediante la cooperación militar, para garantizar la seguridad de las actividades de la empresa privada. La presencia militar no contribuyó a generar un clima de confianza para alcanzar acuerdos entre las partes (Párrafo 192 y 193).

La falta de voluntad del Estado por desarrollar una consulta seria y responsable, propició un clima de conflictividad y división entre comunidades indígenas de la zona, por lo que queda claro que el Estado se inclinó por favorecer la realización de un contrato de exploración minera, sin hacer partícipe al pueblo de Sarayaku de decisiones de vital importancia en la vida social, económica y cultural de la comunidad (Párrafo 198 y 199).

La posición sostenida por el Estado de pretender delegar la realización de la consulta previa a la empresa CGC, la misma que realizaría la explotación del petróleo en el subsuelo de Sarayaku, no son entendidos como una adecuada y accesible aplicación del proceso de consulta previa (Párrafo 203).

El Tribunal fijó su posición de que el Estado no debería entregar concesión en territorio de comunidad indígena, hasta que entidades independientes y técnicamente idóneas, supervisadas por instituciones del Estado, ejecuten estudios previos de impacto social y ambiental, acorde con estándares internacionales, con el respeto a la cultura y tradiciones de los pueblos, cuya conclusión debe realizarse previo a la entrega de la concesión, con la finalidad de que los pueblos deban ser informados acerca de las repercusiones que demandan la ejecución de determinados proyectos. En tal sentido, el rol del Estado es preponderante en supervisar los estudios de impacto ambiental y a la par de garantizar la participación de los pueblos indígenas en el permiso para brindar las concesiones (Párrafo 205 y 206).

3.2 Resultados en relación a la pregunta de investigación 2: ¿Cuál es el comportamiento de las empresas extractivas frente a la implementación de la ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios?

3.2.1 Del análisis documental

Caso Cañaris

La empresa exige la no aplicación retroactiva de la Ley de Consulta Previa

Al darse la Ley de Consulta previa en el año 2011, los líderes de la comunidad de Cañaris se reunieron y demandaron derecho a la consulta previa e informada, respecto a las concesiones y explotación de recursos minerales que ya se habían dado en su territorio, lo cual ocasionaba descontento y preocupación por el impacto de la actividad extractiva a gran escala llevada a cabo en sus tierras. La demanda de consulta informada no fue aceptada por la empresa extractiva, ni por el Estado, quienes alegaban que la Ley no podía aplicarse de manera retroactiva (Sanborn, 2016).

La empresa extractiva requería nueva autorización para uso de tierras

En 2012, la empresa necesitaba efectuar perforaciones adicionales en tierras superficiales de Cañaris para continuar con la exploración, por lo que solicitó la autorización a la comunidad. En ese entonces ya se había promulgado la Ley de Consulta previa en el Perú. Los comuneros sostuvieron que esta autorización solicitada por la empresa, sí debería ser consultada dentro del nuevo orden legal, lo que significa que los representantes del Estado tenían la obligación de consultar con los representantes de la comunidad sobre si deseaban un desarrollo sucesivo del proyecto. Fue entonces que se desarrolló dos asambleas en Cañaris con resultados diferentes. La primera, llevada a cabo el 8 de julio de 2012, en la cual, un juez de paz local convocó a una asamblea a la comunidad para decidir sobre esta medida, asistió una minoría de la población y de éstos la mayoría votó a favor de la concesión de derechos para la

exploración, y esta votación fue aceptada como legal por la directora general de la empresa extractiva. El presidente de la comunidad cuestionó la legitimidad de esta asamblea y optó por realizar una nueva “consulta popular” dos meses después, en la que asistió casi la mitad de la población de la comunidad y el 95 por ciento de los presentes votaron en contra de renovar el permiso de la empresa. Los representantes de la empresa aceptaron como ilegítima esta segunda consulta (Sanborn, 2016).

Caso lote 192

40 años de explotación petrolera y de contaminación por parte de las empresas extractivas

El contrato de concesión a Plus Petrol concluyó en 2015. Fue entonces que se realizó una nueva consulta previa en marzo de 2015 antes del otorgamiento de la licencia a otra empresa. Participaron cuatro federaciones representando a los pueblos indígenas, las cuales aprovecharon la oportunidad para demandar la atención por parte del Estado de otras necesidades, entre las cuales figuraban la titularidad de la propiedad y las postergadas remediaciones del suelo, que luego de cuarenta años de contaminación no se había atendido (Sanborn, 2016).

La empresa extractiva no asumió la remediación ambiental

Representantes de la Feconaco y la Fediquep trataron de retrasar las operaciones del lote mediante paros y la obstrucción de los pozos petroleros, en un intento de lograr la realización de un nuevo proceso. Nuevamente el Gobierno en respuesta a estas protestas envió una delegación que incluía representantes de la PCM y de los ministerios de Cultura, de Vivienda y de Energía y Minas, además del Defensor del Pueblo. Finalmente, el 24 de septiembre de 2015, se firmó un acuerdo entre el Gobierno y todas las organizaciones indígenas involucradas, lo cual incluyó inversión pública por un monto de US\$ 42 millones para el

período comprendido de 2016-2017. El Ejecutivo también presentó una propuesta al Congreso para aprobar financiamiento para hacer frente a la contaminación ambiental del lote 192. Este hecho fue considerado una victoria para las comunidades indígenas, aunque la responsabilidad de la empresa Pluspetrol por las actividades de remediación quedó sin resolver (Sanborn, 2016).

3.2.2 De las entrevistas

Pregunta 4

Entrevistado	¿Considera Ud. que a las empresas extractivas les interesa proteger, conservar la cultura, las costumbres, el territorio de los pueblos indígenas?
Dr. Marlon Alarcón Aspilcueta	Buena pregunta. Pero no hay que perder de vista que las empresas extractivas son eso, son empresas y como empresas su función principal es buscar rentabilidad económica, es decir, generar riqueza, no obstante tienen que respetar el marco normativo que protege a las comunidades indígenas y nativas y sus derechos colectivos, pero es por un tema de que están obligados y tienen el deber de cumplir con esa normativa, pero que tengan un interés de protección, pues obviamente yo pienso que no, porque el interés es obviamente privado de generar rentabilidad económica.
Dr. José Félix Tejada Ramos	Toda empresa busca rentabilidad y no invertir donde no hay rentabilidad. Son muchos los casos en que las empresas han abandonado lugares donde han explotado recursos naturales por haberse agotado y han dejado destrucción del ambiente y sin recursos a los habitantes de dichos lugares no quedándoles otra alternativa que emigrar a otros sitios.
Dr. Federico Emiliano Corzo Hernández	No. Que yo sepa no. Sé que a las empresas extractivas les interesa los minerales, el petróleo, sin embargo, mantienen relaciones con las comunidades. Se tiene que establecer cuál es un pueblo indígena, de qué pueblo estamos hablando, si tú te vas en zona de sierra de la Libertad, ¿hay pueblos indígenas en

	<p>la Libertad? No es lo mismo que los pueblos de las zonas de selva. El Estado tiene que poner las reglas.</p> <p>Existe responsabilidad social de la empresa de que todo el entorno mejore, es su obligación. Un ejemplo claro de la época que te estoy hablando es Cajamarca, la cual fue el boom en su momento. En lo que respecta a Yanacocha, sabes cuántos millones hubo para mejorar el tema de Cajamarca. Millones, no tienes idea, sin embargo, la pobreza no disminuyó, por lo contrario, empeoró. ¿Cuánto dinero hay por el canon y cuánto se tiraron del canon? Una empresa extractiva o una empresa no es la solución a los problemas sociales, el Estado tiene que dar las pautas para darle solución, las empresas solo acompañan este proceso. Muchas veces son las empresas mineras quienes pagan el profesor de inglés, el médico, la ambulancia y no es el Estado.</p>
<p>Dr. Mario Alberto Arista Malaver</p>	<p>Claro, si hablamos de empresa extractiva, estamos hablando de aquellas que se desenvuelven dentro de un margen legal, o sea formal, junto a las autorizaciones y todo lo que conlleva. Si hablamos de que tengan interés es muy subjetivo saber de qué las empresas extractivas van actuar dolosamente en no proteger o no conservar sus costumbres o ese territorio, eso se extralimita a mi opinión en este caso. No te pondré responder en ese punto, desconozco totalmente y todos desconocemos totalmente cual es la intención en sí de dichas empresas. La intención propiamente es lo que da la norma que es la inversión, dentro de ese marco de inversión una industria o una empresa extractiva en este caso debe de presentar a parte de la consulta previa un PAMA que viene hacer una adecuación de materia ambiental donde va a describir todas las características de la zona de la calidad del aire, del agua de la tierra, de los recursos naturales de cómo está encontrando esa situación y ese es un instrumento que está en la Ley General del Ambiente está reconocido dentro de este marco y que ante su incumplimiento da pie a sanciones administrativas, entonces eso es la forma de como el Estado Peruano Regula con un pacto ambiental y con el PAMA.</p>

	<p>Quiere decir que una empresa al ingresar o intervenir determinada zona o yacimiento se rige a un marco legal del estado en que se encuentra. Claro cuando es lógicamente formal, por ejemplo, tenemos en la Región La Libertad a la Empresa La Arena que se encuentra por Huamachuco que tiene también su programa social, pero hay otras empresas que han sido formales, pero han dejado consecuencias negativas como es por ejemplo la minera Quiruvilca. Es una cuestión de política de empresa y quiénes son los inversionistas que vienen atrás, algunos son de inversiones chinas, por ejemplo, que tienen otra cultura, otra cuestión de acuerdo, como es que se dirigen las empresas. Claro muchas empresas extranjeras han abandonado la explotación de los recursos y han dejado una calamidad.</p>
--	--

Pregunta 5

Entrevistado	<p>¿Considera usted que los grupos empresariales ven a la Ley de consulta previa como un obstáculo?</p>
Dr. Marlon Alarcón Aspilcueta	<p>Por su puesto. Si tomamos la Ley de consulta previa como un filtro para realizar determinada actividad que tenga que ver con la extracción de recursos naturales, con el uso de bosques o de tierras, entre otros, de estas comunidades, pues si se convertiría en una barrera, por el hecho simple de que existe un paso previo antes de que pueda iniciar mis actividades extractivas, y es que debo someterme al procedimiento de la consulta previa y esperar si el Estado, pues decide ir en el camino de lo que el pueblo decide o lo que el pueblo piensa o simple y sencillamente el Estado decide ignorarlo y continuamos con el proyecto extractivo, es decir, no es que la empresa tiene la seguridad de que el proyecto va ir bien, sino que de pronto el Estado se orienta hacia las dudas de la población y pues el proyecto no va.</p>
Dr. José Félix Tejada Ramos	<p>Definitivamente que sí, porque la Ley de Consulta Previa, en sus artículos 2 y 3 sobre la Finalidad expresa “conseguir un acuerdo o consentimiento”. Entonces,</p>

	<p>ello empodera a las comunidades indígenas quienes asumen un rol protagonista en la decisión de proyectos a desarrollarse en el lugar donde se ubican. A su vez esto constituye una traba para los inversionistas, porque ya no es suficiente las facilidades que brinda el Estado para la inversión, sino de la capacidad decisora de dichas comunidades.</p>
<p>Dr. Federico Emiliano Corzo Hernández</p>	<p>Creo que sí, si lo ve como un obstáculo. Pero reitero, la consulta previa debe estar orientada a comunidades originarias, cualquier pueblo no lo es. Por ejemplo, tú no puedes hacer la consulta previa en cualquier lugar de la provincia de Otuzco, aunque puedas creer que es una ciudad originaria, pero no lo es, muchas están occidentalizadas, por las costumbres, por la forma en que se desarrollan. En conclusión, sería importante definir qué es un pueblo originario en el Perú.</p> <p>¿El hecho de que un pueblo esté occidentalizado, le quita el derecho que tienen los pueblos originarios?</p> <p>No, lo que no se le puede quitar así sea originario o no originario es el derecho de la persona de vivir con dignidad, como derecho fundamental.</p>
<p>Dr. Mario Alberto Arista Malaver</p>	<p>Obviamente que sí, si uno se pone en el perfil de inversionista lo más beneficioso para ellos es que se apruebe su inversión, que se apruebe todas sus autorizaciones en el plazo más rápido, lo que nosotros estamos viendo ahora a nivel nacional de lo que ha hecho la empresa ODEBRECHT donde ha existido lobby, donde ha existido presión en el Congreso de la República, todo se ha destapado a raíz de este caso de cómo actúan ellos, se han aprobado decretos de urgencias de un día para otro inclusive donde esto agilizaba la inversión pese a que existían informes en contra, entonces en un mayor porcentaje las empresas van a tener que ser su lobby, claro el lobby no es ilegal, existe una ley del lobby en nuestro país, pero lo que se debe evitar es hacer un Lobby negativo, contra el interés de las personas o estos pueblos indígenas y es una traba para ellos en su inversión.</p>

3.2.3 De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Respecto al comportamiento de las empresas extractivas frente a la implementación de la Ley de Consulta previa en los pueblos indígenas u originarios, en la sentencia del 19 de febrero de 2009 del Expediente N° 03343-2007-PA/TC emitido por el TC, se expuso lo siguiente:

En la actualidad, existe consenso en indicar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a que asuma su responsabilidad social. Los efectos que las empresas generan han suscitado que se tomen ciertas medidas a fin de lograr una inserción más pacífica de la empresa en la sociedad. Es así como se ha desarrollado el concepto de responsabilidad social de la empresa, que tiene diversos ámbitos de aplicación como el interno: el relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y al clima laboral interno, así como al buen gobierno corporativo; y el externo, que enfatiza más las relaciones entre la empresa y la comunidad y su entorno.

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

Así, la estabilidad que una empresa requiere para desarrollar su actividad, no solo depende del orden que desde el Estado se pueda generar, sino también de la propia acción de las empresas las que tendrán que cumplir un rol protagónico y comunicativo a través de su responsabilidad social. Es oportuno indicar que la legislación que promueve la consulta es, a su vez, reflejo de la responsabilidad social de la empresa, en cuanto busca una consolidación del vínculo que

deberán establecer las empresas con las comunidades que puedan sufrir los efectos del impacto de la actividad hidrocarburífera. Así, no sólo es la preocupación que la empresa pueda tener respecto del ambiente, sino también en relación con la población aledaña, debiendo plantear medidas que busquen, por ejemplo, el menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades. De igual forma, si se lleva a afecto la extracción de recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades nativas, es claro que tendrán que implementarse mecanismos de participación de las comunidades en actividad y de las rentas que se puedan generar.

En la sentencia del 10 de junio de 2010 del Expediente N° 05427-2009-PC/TC emitido por el TC, se expuso lo siguiente:

Ingreso de empresas a territorios de comunidades indígenas sin considerar la consulta previa

El Tribunal considera que la ausencia de una apropiada *interpositio legislatoris* en el tema del derecho a la consulta previa e informada ha minusvalorado considerablemente los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país y ha desencadenado no pocos conflictos sociales con saldos más que lamentables. Es preciso recordar, en este punto, que en el momento más álgido del conflicto sucedido en la localidad de Bagua, los pueblos indígenas de la Amazonía enarbolaron como uno de sus principales reclamos la derogación de los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo, justificados en la ausencia del procedimiento de consulta previa que no se había seguido al promulgar estos decretos. Así, de acuerdo al Informe Final de la Comisión Especial para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua *Ajumaish Junikchamu Ati* (Para que nunca más vuelva a suceder), presentado con fecha 21 de diciembre de 2009, el reclamo por el derecho a la consulta estuvo presente en los siguientes hechos:

El 28 de junio de 2008 se promulga el D. Leg. 1090 o "Ley de la Selva". En la citada norma las concesiones son otorgadas a los empresarios por plazos renovables de 40 años, sin embargo, en ninguna parte se señala que éstas estén circunscritas a determinadas zonas de manejo de superficie forestal. No se considera la **consulta** a los pueblos indígenas que viven en la zona concesionada. En el artículo 10, correspondiente a permisos y autorizaciones, no se señala la **consulta** que debe realizarse a los pueblos indígenas.

3.2.3 De la Jurisprudencia de la Corte IDH

Respecto al comportamiento de las empresas extractivas frente a la implementación de la Ley de Consulta previa en los pueblos indígenas, en la sentencia del 27 de junio de 2012 del Caso Sarayaku vs Ecuador, emitido por la Corte IDH, se expuso lo siguiente:

Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta (Párrafo 187).

Es decir, el Estado no sólo delegó en parte, inadecuadamente, en una empresa privada su obligación de consulta, en incumplimiento del referido principio de buena fe y de su obligación de garantizar el derecho del Pueblo Sarayaku a la participación, sino que desfavoreció un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona, al favorecer la ejecución de un contrato de exploración petrolera (Párrafo 199).

3.3 Resultados en relación a la pregunta de investigación 3: ¿Cuál es el contenido del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas regulado en la Ley 29785 y su Reglamento, el D.S. N° 001-2012-MC?

3.3.1 Del análisis de Normas

Ley 29785, Ley de Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT

Entre los aspectos más resaltantes de la Ley de Consulta que se ha considerado analizar a propósito de la presente investigación, figuran:

El artículo 3 determina la finalidad de la consulta previa es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos respecto a las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a estos últimos en forma directa. El dialogo que se establezca tomará en cuenta las decisiones del Estado a la participación de los pueblos indígenas (Artículo 3).

El artículo 7 establece los criterios de identificación de los pueblos indígenas. Se consideran criterios objetivos y subjetivos. Entre los criterios objetivos, tenemos los siguientes: a. Los pueblos indígenas deberán tener descendencia directa de las poblaciones iniciales del territorio. b. Tener vínculo espiritual e histórico con el área geográfica que ocupan y usan ancestralmente. c. Poseer instituciones sociales y costumbres naturales. d. Modos y estilos de vida propios, diferente a las demás regiones del país. El criterio subjetivo se refiere tener conciencia colectiva de tener una identidad indígena. También serán considerados como pueblos indígenas u originarios las comunidades campesinas o andinas, las comunidades nativas y los pueblos amazónicos.

El artículo 15 señala que el Estado a través de la entidad competente tiene la decisión final sobre la medida legislativa o administrativa. La decisión debe ser motivada, e implica tomar

en cuenta las recomendaciones de los pueblos indígenas propuestos durante el proceso de consulta, así mismo, analizar las consecuencias de las medidas sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, contemplados en los tratados ratificados por el Estado. El acuerdo tomado es de carácter obligatorio para ambas partes, exigibles en sede administrativa y judicial. De no haber acuerdo, las entidades del Estado adoptarán las medidas convenientes para garantizar los derechos colectivos, a la vida, integridad y desarrollo de los pueblos indígenas.

En la Segunda Disposición final, esta Ley no modifica ni deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia (Segunda Disposición final).

Cuadro N° 1

Principales observaciones a la Ley 29785, Ley de consulta previa

Art. 3	Art. 7	Art. 15	Segunda Disposición final
Finalmente, el consentimiento de los pueblos no es tomado en cuenta, cuando es subyugado por el artículo 15.	Limitación de la denominación de pueblos indígenas u originario	La decisión final sobre quien decide si va o no un proyecto es del Estado y no las comunidades indígenas	Dispone que sigan activas las medidas legislativas y administrativas anteriores a la vigencia de la Ley

D.S N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT

Entre los aspectos más resaltantes del Reglamento de la Ley de Consulta que se ha considerado analizar a propósito de la presente investigación, figuran:

El artículo 1.5 señala que después de desarrollado la consulta, el resultado del proceso no es vinculante, no obstante, si lo es en aquellos aspectos en que se llegó a un acuerdo entre ambas partes.

El artículo 5e indica que la finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas consultadas, para ello existe la necesidad de que el pueblo indígena sea informado, escuchado y que alcance sus propuestas por medio del diálogo intercultural. De no alcanzarse el acuerdo o consentimiento, el Estado a través de las entidades promotoras, se encuentran facultadas para dictar las medidas propuestas, debiendo garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el derecho a la vida, integridad y a su desarrollo.

El artículo 6 expone que los recursos naturales del suelo y del subsuelo son patrimonio del Estado, y estando estos recursos en las zonas geográficas que ocupan los pueblos indígenas, es obligación del Estado, llevar a cabo la consulta sobre las medidas que podrían afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, de acuerdo al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

El artículo 23 apunta que le corresponde a la entidad estatal promotora tomar la decisión final de la aprobación de la medida legislativa o administrativa. Los acuerdos alcanzados, sean totales o parciales, son de carácter vinculantes para las partes. De no alcanzarse un acuerdo, corresponde a la entidad promotora dictar la medida, tomando en cuenta la adopción de medidas que garanticen el cumplimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La Séptima Disposición Complementaria, transitoria y final señala, en relación al traslado de los pueblos indígenas, cuando así lo requiera, se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT.

La Décimo Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final menciona que están exceptuadas de proceso de consulta, las medidas administrativas que apruebe la reanudación de la actividad, en tanto no implique variación en los términos inicialmente autorizados.

Cuadro N° 2

Principales observaciones al Reglamento de la Ley 29785, Ley de consulta previa

Art. 2	Art. 2.3	Art. 3 y 6	Art. 7.2	Art. 3i y Quinta Disposición Complementaria	Sexta Complementaria	Disp. Complementaria	Décima Complementaria	Disp.
Convalida la omisión de consulta de los hechos. ocurridos antes de la Ley de Consulta y posteriores al Convenio	Otorga poder de veto al Viceministerio de Interculturalidad por irrupción de gobiernos subnacionales a cargo del Poder Ejecutivo.	Los procesos de consulta se realizarán antes de la exploración, más no indica que deben realizarse antes de la concesión, violando de esta manera	Excluye a las organizaciones nacionales de los pueblos indígenas de las consultas	No se reconoce el derecho específico de los pueblos indígenas de participar de manera continua en los procesos de toma de decisiones que les conciernen.	Regula insuficientemente la obligación del Estado de realizar, cooperación con los pueblos afectados, estudios de evaluación social, espiritual y cultural de las	No se regula el derecho de los pueblos indígenas de participar en los beneficios que reporten las actividades de explotación de actividades de explotación de los recursos naturales y de percibir una indemnización		

N° 169 de el principio actividades de equitativa por
la OIT de desarrollo cualquier daño.
oportunidad

3.3.2 De las entrevistas

Pregunta 6

Entrevistado	¿Cree usted que es suficiente la dación de la Ley de consulta previa y su Reglamento para garantizar los derechos de las comunidades indígenas?
Dr. Marlon Alarcón Aspilcueta	Bueno yo no creo que sea suficiente, pero tampoco creo que falte, es decir es una paradoja, yo creo que es lo que hay y que por ahí debemos comenzar, es decir al menos ya tenemos la Ley y tenemos el reglamento, entonces debemos avanzar en ese sentido, porque muchas veces sobre estimamos y sobre regulamos más de lo mismo y los resultados siguen siendo lo mismo. Yo creo que es un buen inicio tener la Ley y el Reglamento y complementarlo con el Convenio 169 y creo que es lo que contamos y debe ser por ahora al menos.
Dr. José Félix Tejada Ramos	Además de la Ley y su Reglamento, es muy importante que exista voluntad política del Ejecutivo y del Legislativo en fiscalizar. Que las instituciones cumplan con su trabajo con objetividad, de mano al cumplimiento de las normas.
Dr. Federico Emiliano Corzo Hernández	No. ¿Crees que el código Penal es la solución para todos los delitos? No, verdad. La Ley de consulta previa tiene que ir enmarcada con otros procesos, como participación ciudadana. No existe política pública si el ciudadano no participa. El ciudadano común y corriente no puede concebir que es dueño del suelo, pero no lo es del sub suelo. Somos un país que requiere de recursos naturales para poder mejorar y subsistir y que ese recurso que se origina que no se mal gaste, sino que se invierta para mejoría, para beneficio de la población.
Dr. Mario Alberto Arista Malaver	El sentido de la norma viene a ser legítimo de todas maneras, en la suficiencia o no se tiene que ver estadísticamente que se ha evitado conflictos sociales, de eso

	<p>va a depender del avance de esta norma. Si en esa zona estuvo por existir conflicto social y a través de esta consulta previa se pudo hacer algo, se pudo manejar, cuidar su territorio o lo que ellos están buscando a beneficio de esta población indígena, creo que si ha tenido frutos en ese momento, claro que toda norma en cada sociedad las cosas siempre cambian las sociedades cambian en cualquier momento y la norma no está limitada a ese periodo de tiempo, tiene que ir cambiando también, entonces si es que existe más trabajos o más puntos donde estén en zonas grises esta norma puede cambiar o pueda existir otra promoción de normas o paquete de normas que hagan un bloque pues en el tema de la consulta previa.</p>
--	---

Pregunta 7

Entrevistado	<p>¿Considera usted que la implementación de la Ley de consulta previa es un trámite, una mera formalidad, que produce insatisfacción en los pueblos indígenas?</p>
Dr. Marlon Alarcón Aspilcueta	<p>Podría decirse que sí, desde el momento que es una consulta y no es una condición, es decir, el Estado te consulta y posteriormente, si cree por conveniente, pues hace caso a tus observaciones, o si no, pues continua adelante con el proyecto. Considero que es una formalidad que viene pues de la implementación del convenio 169 para la dación de la Ley en el año 2011 consulta previa y su posterior reglamento en el 2012.</p>
Dr. José Félix Tejada Ramos	<p>Los Organismos involucrados en el tema suelen ser poco expeditivos. La resolución de dificultades que surjan en las consultas previas debe caracterizar a estas instituciones, deben saber manejar y prever situaciones adversas, saber orientar a las comunidades para que estas finalmente tomen la mejor decisión en base a un buen acompañamiento.</p>
Dr. Federico Emiliano Corzo Hernández	<p>Yo creo que genera expectativas en la población sobre la posibilidad de poder contribuir con el desarrollo de un pueblo o no. No es un mero trámite. La gente</p>

	<p>piensa ¡ah consulta previa! y la opción que se tiene de decidir, quiero o no. No genera satisfacción en los pueblos en donde se explotan los recursos, porque muchas veces los recursos no retornan a estos pueblos a través de desarrollo social. En el Perú si te puedes dar cuenta el problema no está en que no haya recursos, los hay, lo que pasa es que no se gastan correctamente, se gastan indebidamente, hemos perdido mucho dinero y hemos perdido dinero desde hace mucho tiempo, desde cuando pasamos la época de Fujimori hasta la fecha; si sumas la cuenta cuánto se ha perdido, creo que, si hubiésemos dado a cada peruano un millón de soles, hubiésemos estado mejor.</p>
<p>Dr. Mario Alberto Arista Malaver</p>	<p>Es una norma que hay que respetar, sus lineamientos están dados para ser aplicados y como tal la correspondencia es evitar nuevos conflictos respetando a los pueblos indígenas y a la inversión privada.</p>

Pregunta 8

<p>Entrevistado</p>	<p>¿Qué Considera Usted que debe incluirse a la Ley de consulta previa y a su Reglamento?</p>
<p>Dr. Marlon Alarcón Aspilcueta</p>	<p>Bueno, la verdad yo creo tal como está, no es que esté bien, pero como siempre digo es lo que hay, porque si nosotros queremos darle otro aire a la Ley de consulta previa, pues entonces no debería ser una consulta previa, sino una condición previa y el hecho de hablar de condición previa es decir que ya no consultemos y que el Estado decida si toma en cuenta esa opinión del pueblo indígena o no, sino que sea una condición determinante para que se inicie de pronto un proyecto extractivo pues tendría también su lado negativo porque dejaría también al Perú, de pronto, sin ingresos económicos por actividades extractivas de importancia, entonces yo creo que tal como está, pues es lo que hay y un cambio haría de una consulta a una condición, pues también traería problemas de pronto, ya no para el colectivo de pueblos indígenas y nativos sino para el Estado y la población en general.</p>

Dr. José Félix Tejada Ramos	Que antes de la viabilización de un proyecto minero este debe de contar con la consulta previa como requisito de fondo y no de forma y asegurar que el proyecto minero contenga los beneficios a las comunidades y que estos sean susceptibles de supervisión y fiscalización de alto nivel.
Dr. Federico Emiliano Corzo Hernández	La pregunta es compleja. La Ley está bien, pero no sé si responderá al requerimiento o recoge el sentir de la población, o sea la ley de la consulta previa no es un tema que al Perú se le ocurrió decir, la consulta previa es una exigencia internacional, para establecer justamente quiénes son los pueblos originarios, la consulta previa tiene que ser direccionada a los pueblos originarios, no para pueblos en donde en realidad existen pues los recursos necesarios. Lo que se busca es justamente generar las condiciones de mejoría, por supuesto en la población de la zona, donde existen las riquezas, que no es propiedad de ese grupo de personas, sino que es de todos los peruanos.
Dr. Mario Alberto Arista Malaver	En lo referente a eso tengo entendido que se basa en ejes principales, proteger los recursos naturales del territorio, no cambiar las costumbres de las personas en ese territorio, ver si esta inversión va a cambiar o no el estilo de vida de ellos y que exista por parte del Estado Políticas públicas especiales, sumamente especiales que puedan atender a estos pueblos indígenas. En base a ello, se podría agregar contar con una entidad de control y monitoreo unificada más que todo. Entiendo yo que ahora es la defensoría del pueblo que atiende todos los puntos de los conflictos sociales. También está el Vice Ministerio de Interculturalidad a cargo del Ministerio de Cultura quienes están manejando todos los pasos de consulta previa.

3.4 Resultados en relación a la pregunta de investigación 4: ¿Cuál es el contenido del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas regulado en el Convenio 169 de la OIT?

3.4.1 Del análisis de la Norma

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Entre los aspectos más resaltantes del Convenio 169 de la OIT que se ha considerado analizar a propósito de la presente investigación, figuran:

El artículo 1b indica que el Convenio aplica a los pueblos que descienden de poblaciones que habitaban el país o una actual región en el momento de la conquista o colonización o de la definición de las actuales fronteras estatales y que, al margen de su situación jurídica, conservan todas o parte de sus instituciones culturales, sociales, económicas, políticas, etc.

El artículo 2b señala que los gobiernos deben promover el reconocimiento y vigencia de los derechos culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas, con la observancia de su identidad, costumbres, tradiciones y sus instituciones que conservan.

El artículo 6 – 1a menciona que antes de la aplicación de medidas administrativas o legislativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, el gobierno deberá realizar la consulta a estos pueblos, a través de sus instituciones que los representan y con los procedimientos convenientes.

El artículo 6 – 2 expone que el principio de la buena fe debe prevalecer en las consultas realizadas en aplicación de este Convenio, acorde a las circunstancias, a fin de obtener un acuerdo o consentimiento de las medidas que se pretenden aplicar.

El artículo 7 – 1 determina que, en cuanto al proceso de su desarrollo, las medidas que tome el gobierno al respecto, no deberán afectar sus vidas, bienestar espiritual, creencias e instituciones y a las tierras que los acogen, por lo que deberá asegurarse que los pueblos tendrán el derecho de decidir sus propias prioridades y de efectuar el control de su avance social, cultural y económico, en la medida de lo posible. Así mismo, los pueblos deberán participar en los programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarles directamente.

El artículo 7 – 3 indica que el gobierno en cooperación con los pueblos indígenas, debe proporcionarles protección ante actividades de desarrollo previstos, mediante el impulso de estudios para prever incidencias de orden cultural, social o medioambiental que puedan afectar a los pueblos. Los resultados que arrojen estos estudios son de relevancia fundamental para la realización de los proyectos presentados.

El artículo 14 manifiesta que el gobierno reconocerá la protección efectiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos sobre el territorio que tradicionalmente ocupan y aquellas tierras que no usan en exclusividad, pero que acceden a ellas para su subsistencia.

El artículo 15-2 indica que cuando los recursos naturales del suelo o subsuelo pertenezcan al Estado, este deberá establecer mecanismos de consulta sobre la ejecución o autorización de programas de exploración o explotación de los recursos existentes en las tierras de pueblos indígenas para determinar si sus intereses se verían perjudicados.

El artículo 16-1,2,3 establece que los pueblos no deben ser trasladados del lugar que ocupan. De forma excepcional, cuando se considere necesario realizarlo, la reubicación deberá ser con consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas. Cuando ya no existan las causas por las cuales los pueblos fueron trasladados, estos deberán conservar el derecho de regresar a sus tierras, en la medida que sea posible.

3.4.2 De las entrevistas

Pregunta 9

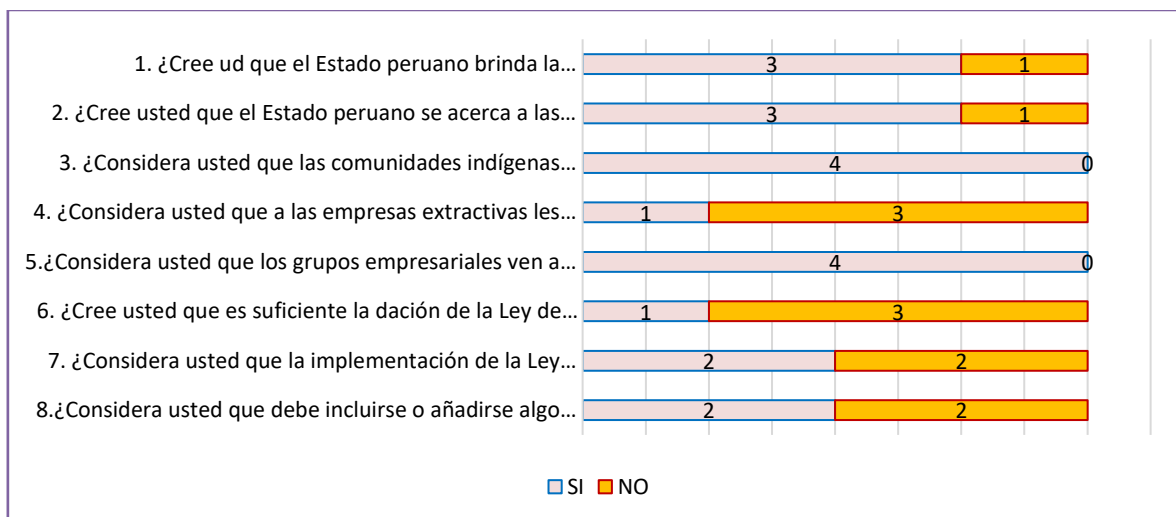
Entrevistado	¿Por qué cree usted que siendo ratificado el Convenio 169 de la OIT por nuestro país en el año 1995, recién con la implementación de la Ley 29785 en el año 2011 se somete a consulta previa a las Comunidades Indígenas?
Dr. Marlon Alarcón Aspilcueta	Bueno pues, nuestro país - como siempre digo - pues tiene esas vicisitudes, cuando se habla de materia ambiental, siempre se posterga, el ejemplo más claro

	<p>lo tenemos pues en la Política Nacional del Ambiente - además del tema de la consulta previa - en la Política Nacional del Ambiente es un mandato establecido en la Constitución del año 1993, en su artículo 67, y recién la primera Política Nacional del Ambiente salió a flote en el año 2009, prácticamente son 16 años, es decir tardó 16 años en implementar lo que fue un mandato constitucional, pues por ahí viene más o menos la dejadez, es decir no hay una preocupación real del Estado en materia ambiental, creo que muchas veces se privilegia más la promoción de la inversión privada.</p>
<p>Dr. José Félix Tejada Ramos</p>	<p>Por las presiones políticas. Por favorecer intereses de grupos económicos que requieren del Estado las mayores garantías para la inversión de sus capitales.</p>
<p>Dr. Federico Emiliano Corzo Hernández</p>	<p>Nosotros como Perú somos los primeros en convenciones, protocolos y todo el tema internacional, somos un país en vías de desarrollo, y así seguro seremos mucho tiempo o tal vez nos quedaremos toda la vida con ese tema. El tema de los recursos naturales, pasa por la voluntad política del Gobierno de turno, es un tema que nosotros nos ratificamos y estuvimos obligados a cumplir, ¿cómo lo haremos, en qué tiempo lo haremos? Eso ya escapa, dependerá de cada gobernante. Es una política pública. Definitivamente siempre va a ver un tema de conflictividad cuando se trate de actividades extractivas.</p> <p>En el gobierno de Alan García se produjo el Baguazo, en el cual, mediante decreto Legislativo se promovió el desarrollo del tema minero en la zona de la selva. Para algunos fue una aberración, para otros lo para otros lo consideraron necesario, pero eso no se consultó. Debió haberse entendido la ideología de la gente del lugar, que considera a su área como la madre tierra, en consecuencia, para ellos tiene un valor distinto, en comparación al de una persona occidentalizada.</p> <p>Ahora hay lugares donde sí se requiere necesariamente hacer explotación, pero también se requiere una actividad frecuente del Estado, quien no puede llegar de la noche a la mañana a pretender imponer decisiones en lugares donde nunca antes llegó. El Estado también debe ser un padre responsable que diga bueno siempre he estado contigo y tengo que tener las condiciones sin poder perjudicarte</p>

	y por tu mejoría también poner las condiciones de desarrollo en tu zona y también en otros lugares.
Dr. Mario Alberto Arista Malaver	<p>Eso era un problema de que este convenio no lo consideraban como una cuestión vinculante, el Art. 56, 57 de la Constitución da el marco constitucional como se incorpora un tratado o un convenio a nuestro Estado Peruano, si existe un convenio que ha sido ratificado ya y es parte del derecho nacional, o sea esta norma es parte del Derecho Nacional sin embargo no le han prestado interés y esto puede darse a que existía unos intereses del grupo empresarial, no existe ninguna reglamentación ninguna norma que pueda dar pie que este convenio 169 fue a caminar, básicamente eso. Tuvo que suceder un hecho bastante lamentable como el ocurrido en Bagua para que se diera la Ley 29785 y su Reglamento. Claro, exactamente, y es más esta norma se da en el año 2011 ya con el nuevo periodo de Gobierno, con el de Ollanta Humala, que le pagó subvención en el periodo de Alan García donde no habían prácticamente deslindado responsabilidad en todo sentido político, eso inclusive hay documentales que han tocado el tema del Baguazo. Baguazo se llama el documental donde se ve ambos lados.</p>

Gráfico 1

Entrevista a juristas



Del gráfico mostrado se advierte que tres de los cuatro juristas entrevistados sostienen que actualmente el Estado brinda la importancia adecuada a la Ley de Consulta Previa de los pueblos indígenas, sin embargo, todos los entrevistados coinciden en manifestar que el interés del Estado por promocionar la intervención de grupos de inversionistas en la explotación de recursos naturales. De la misma forma, la mayoría de los juristas declaran que el Estado expresa su interés por acercarse a determinada comunidad cuando esta ostenta algún recurso bajo su superficie, de otra forma no advierte significancia al Estado. A decir de los juristas, ninguna comunidad indígena ha estado apropiadamente representada por el Estado peruano, muchas veces ese rol lo ha hecho suyo las ONG a fin de salvaguardar los intereses de las comunidades nativas. Salvo un especialista manifestó que a los grupos inversionistas les interesa respetar la cultura de los pueblos indígenas, puesto que así está normado en la legislación y así estos grupos están obligados a respetar; sin embargo, la mayoría de los entrevistados expresa que el único interés de las empresas extractivas es invertir para obtener de rentabilidad. Todos los especialistas consideran que estos privados observan la Ley de consulta previa como un obstáculo para afianzar sus inversiones, puesto que lo hace es esperar la decisión que pueda tomar el Estado en relación a las demandas comunitarias. La mayoría de los especialistas entrevistados, creen que, con la normativa vigente, nacional e internacional, es suficiente para lograr el respeto de los derechos de los pueblos indígenas. En cuanto a si es la Ley de la consulta un mero trámite, las opiniones están divididas, mitad para los que así lo consideran y la otra mitad para los que no piensan así. Los que piensan que es un mero trámite, fundamentan que quien decide finalmente si va o no un proyecto es el Estado; y quienes no piensan así, declaran que la norma debe respetarse y sus procesos están ya determinados de la forma como se debe desarrollar la consulta y solo queda cumplirla. Ya no es necesario añadir nada más a la norma, se debe

monitorear los acuerdos alcanzados entre el Estado, la comunidad indígena y la empresa extractiva.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

A partir de los hallazgos encontrados aceptamos la Hipótesis general que establece que la ejecución de los proyectos extractivos promovidos por el Estado incide de manera negativa en el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, debido a la priorización del Estado por sacar adelante estos proyectos en afectación del libre desarrollo de las comunidades indígenas.

4.1 Discusión N° 1

La presente discusión obedece al primer objetivo específico planteado: Analizar el rol del Estado peruano en la ejecución de los proyectos extractivos en áreas donde se asientan las comunidades indígenas.

El proyecto Cañariaco es de propiedad de la empresa canadiense Candente Copper, está ubicado en el distrito de Cañaris, provincia de Ferreñafe, departamento de Lambayeque. El proyecto alberga un asiento minero de cobre a cielo abierto. En 2001 la empresa canadiense obtuvo la licencia para exploración en la comunidad de San Juan Bautista de Cañaris, con el propósito de desarrollar minería polimetálica de tajo abierto. En 2004 se inician las exploraciones y se proyectó una vida útil de 22 años. En aquel entonces no estaba regulado el derecho de consulta previa de los pueblos indígenas en la norma doméstica; sin embargo, se contaba con la norma convencional a través del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual fue ratificado por el Estado peruano el 02 de febrero de 1994 y entra en vigor el 02 de febrero de 1995, al año siguiente de realizado su depósito internacional. De tal forma, que el Estado peruano, luego de ratificado el Convenio 169, estuvo en la obligación de aplicarlo, y para ello debió realizar las reformas normativas e institucionales necesarias, no pudiendo el Estado usar como pretexto la falta

de normas internas o deficiencias institucionales para incumplir lo estipulado en el Convenio 169. Al respecto, el TC se pronunció a través del Expediente 0022-2009- /TC que “no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho”.

Además, cabe precisar que en 2007 fue aprobada la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), la cual destaca el derecho de los pueblos indígenas de tutelar y fortalecer su cultura, tradiciones e instituciones. El TC en la sentencia del caso Tuanama (Expediente 0022-2009-PI/TC), de fecha 9 de junio de 2010, detalla respecto al DNUDP que, las Declaraciones no son ratificadas como lo son los Tratados; sin embargo, explica que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas. Además, añade que, el contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que, sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes.

Por lo tanto, si bien es cierto, la DNUDPI no tiene carácter vinculante, no obstante, ejerce una orientación moral a la hora de atender y decidir sobre los derechos de las comunidades

indígenas. En ese sentido, esta declaración es manifiesta al anunciar en su artículo 19 que se antes de aplicar medidas administrativas o legislativas, los Estados realizarán consultas a los pueblos indígenas para obtener el consentimiento libre e informado a través de las instituciones que los representan.

Pero la situación no queda allí, sino que luego de haberse creado la Ley de Consulta previa, no se quiso implementar el Cañaris so pretexto de que, al no estar incluido en ese entonces en el listado de Pueblos indígenas, no merecía ser objeto de consulta, no obstante mantener las características de un pueblo indígena.

El caso de lote 192, que corresponde a una explotación de hidrocarburos, se encuentra ubicado en los distritos de Tigre y Trompeteros, provincia y departamento de Loreto. En esta área, se identificó a los pueblos Achuar, Kichwa y Quechua pertenecientes a las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes y Tigre, donde se apuestan 26 localidades. Si bien aquí si se llevó a cabo la consulta, tras vencerse el contrato después de 40 años de explotación; sin embargo, antes de llevar a cabo el proceso de consulta sobre la concesión a un nuevo postor, 4 federaciones indígenas demandaron la atención de asuntos postergados al gobierno, como la titularidad de tierras y la remediación ambiental. Estas organizaciones ejercieron fuerte presión ante el gobierno, mediante la realización de paros y obstrucción de pozos petroleros. En respuesta a estos actos, el gobierno lanzó una contrapropuesta a los puntos planteados por las federaciones, consistente en la inversión pública de \$ 42 millones y propuesta del Ejecutivo hacia el Congreso para el financiamiento de la contaminación ambiental del Lote 192. De este modo, fue el Estado quien asumió los pasivos ambientales derivados de la explotación de las empresas extractivas privadas, quien, llevado por el afán del ingreso de otras empresas inversoras, terminó por hacerse cargo de la remediación de los suelos.

De las entrevistas realizadas a los especialistas consultados, sostienen en criterio unánime que los últimos cuatro gobiernos, bajo la normativa vigente, tomando como base la

Constitución, muestran una tendencia a brindar condiciones muy favorables a los grandes grupos inversores para que realicen la extracción de los recursos naturales, lo cual no estaría mal, siempre que se configuren una serie de compromisos referidos al desarrollo sostenible de los pueblos indígenas u originarios, remediación de los daños ocasionados al ambiente, un razonable pago de impuestos y regalías por parte de dichas empresas.

Al realizar el análisis de la actuación del Tribunal Constitucional a través de sus sentencias, respecto al rol del Estado peruano en la ejecución de los proyectos extractivos en áreas donde se asientan las comunidades indígenas, se ha evidenciado el contraste en cuanto a sus apreciaciones y decisiones, plasmadas principalmente en tres resoluciones.

Así, en el Expediente 03343-2007-PA/TC, en el fundamento 35, el TC deja establecido el deber del Estado de implementar la consulta a la comunidad indígena ante la instauración de cualquier proyecto significativo que pudiera afectar a la salud de los integrantes de la comunidad u ocasionar perjuicio al ambiente. La comunidad deberá recibir información referente al tipo de recurso a explotar, el área que comprende dicha explotación, el impacto ambiental a que serán sometidos sus comunidades y qué empresa estará a cargo de la extracción de los recursos. Dicha información deberá ser proporcionada de manera anticipada para su discusión y ponderación en el interior de la comunidad, sin atisbos de coerción por parte del gobierno.

Lo discutible de esta sentencia, es que siendo la oportunidad para que el TC emita un precedente vinculante que reconozca y efectivice el derecho a la consulta previa y la participación de las comunidades indígenas en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente, lo que hace el máximo ente de interpretación de la Constitución, es basar su decisión en temas secundarios, esto es el plan maestro como requisito para realizar la última fase de la etapa de prospección y la siguiente etapa de explotación en el área protegida.

En tanto el Expediente 0022-2009-PI/TC, en los fundamentos 34, 35 y 36 deja establecido que el Estado peruano antes del dictado de medidas legislativas o administrativas es responsable de llevar a cabo la consulta. Así mismo, los pueblos indígenas pueden plantear la consulta ante los órganos estatales cuando detecten si dichas medidas pueden afectarles directamente. Al margen de la manifestación de los pueblos sobre la afectación que puedan sufrir, es deber del Estado ponerles en conocimiento de las medidas a implementar y sus consecuencias sean positivas o negativas, en base al principio de buena fe. Además, considera que la consulta debe realizarse de forma previa, los pueblos deben ser incluidos desde el inicio del proceso de consulta, a efectos de que puedan plantear sus perspectivas y expectativas respecto a la medida. Incluirlos en forma tardía, sobre decisiones ya tomadas es faltar al principio de buena fe.

No obstante, la discusión que deviene de esta sentencia, está dada en los fundamentos 24 y 25, los cuales ponen de manifiesto que, el Estado, ante la no obtención del consentimiento de los pueblos sobre una medida, estos no están en la capacidad de impedir que se lleven a cabo. El Convenio 169 de la OIT lo reconoce expresamente en el artículo 6.2, el consentimiento como objetivo de todo proceso de consulta. La interpretación de esta norma, se suma a lo manifestado por la DNUDPI, que en el artículo 19 ratifica el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos antes de que el Estado ejecute medidas administrativas y legislativas.

La Corte IDH a través del Caso Saramaka vs Surinam, establece en el fundamento 134, que, de desarrollarse un proyecto a gran escala, el Estado no solo tiene la obligación realizar la consulta, sino que además debe obtener el consentimiento de las comunidades indígenas, según sus costumbres y tradiciones. El Estado peruano no quiso identificar que el proyecto Cañariaco, representaría para los Cañaris cambios sociales y económicos producto del

desarrollo de la actividad minera y que a decir de la propia empresa Candente Copper tendría una producción anual de 262 millones de libras de cobre.

De todo ello se puede evidenciar la tendencia de los gobiernos de entonces, de propiciar las concesiones para la explotación de los recursos naturales en detrimento de los derechos colectivos de las comunidades indígenas. La Comisión Internacional de Juristas (2016) sostiene que el modelo económico primario-exportador en Perú se sustenta fundamentalmente en la remoción grande de territorio por la extracción de materias primas no renovables, con el consiguiente impacto social y ambiental, lo que aumenta exponencialmente situaciones de vulneración de derechos humanos, a raíz de una creciente expansión de la actividad de explotación minera e hidrocarburífera. Además, la Comisión agrega que entre los años 1990 y 2000 el nuevo marco jurídico e institucional peruano fundamentado en la Constitución de 1993 promulgada por el gobierno de Alberto Fujimori, se caracterizó por el establecimiento de reglas favorables a la inversión privada. Dicha Constitución consagró un régimen económico de libre iniciativa privada y el rol subsidiario del Estado. Asimismo, el máximo cuerpo legal de 1993 incorporó la figura de los contratos-ley, con la finalidad de ofrecer condiciones de seguridad jurídica para incentivar la inversión privada. Respecto a los recursos naturales precisa que son considerados patrimonio de la Nación y pueden ser objeto de concesiones del Estado a particulares para su uso y aprovechamiento. Respecto al suelo y los recursos que contengan, la carta Magna señala que el Estado posee el dominio de estos del subsuelo hasta el momento en que sean otorgados a particulares, bajo las modalidades debidamente aprobadas mediante ley orgánica. Dicho otorgamiento se realiza a cambio del pago de una regalía o derecho por el aprovechamiento de los recursos.

Finalmente debe tenerse en cuenta lo señalado por Herrera (2014) que declara 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 pueblos indígenas, sin consultar previamente con las comunidades afectadas. El área ocupada por la minería casi se ha triplicado y los lotes petroleros se sextuplicaron, solo en territorio amazónico. A pesar del interesante desarrollo legislativo y jurisprudencial que reconoce los derechos de los Pueblos Indígenas, la situación de estos pueblos en el Perú es cada vez más delicada. Ello es así, básicamente, debido a la incesante presión que ejerce el mercado sobre los recursos que se encuentran en sus tierras y la urgencia del Estado por explotarlos.

De todo lo antes descrito se evidencia que existe el ímpetu de los gobiernos de turno en el Perú por promocionar y dar pase a las empresas extractivas para que realicen la explotación de los recursos naturales, sin considerar la aplicación de la consulta previa de las comunidades indígenas.

4.2 Discusión N° 2

La presente discusión obedece al segundo objetivo específico planteado: Evaluar el comportamiento de las empresas extractivas frente a la implementación de la ley de consulta previa de las comunidades indígenas.

En el caso Cañaris, al igual que el Estado, la empresa Candente Copper, encargada de la exploración minera, no aceptó el pedido de la comunidad indígena de Cañaris sobre el pedido de realización de consulta previa, aduciendo sobre la no aplicación retroactiva de la Ley de consulta previa que se había dado en 2011. Sin embargo, ante nuevas exploraciones que tenía que llevara cabo la empresa extractiva en el proyecto minero, acudió a la comunidad

indígena para solicitar la respectiva autorización. Los comuneros consideraron que esta autorización si requeriría de consulta. Entonces dos asambleas se sucedieron, en la primera con la participación de un reducido número de comuneros y convocada por un juez de paz, resultó que la mayoría estuvo a favor de la concesión minera. La segunda asamblea, surge ante la inconformidad de la legitimidad de la primera, es así que el presidente de la comunidad convocó a la votación, en la cual asistió la mitad de la población y el 95% de los votantes decidieron no otorgar el permiso a la empresa. Candente Copper aceptó como legal la primera asamblea e ilegítima a la segunda.

Es evidente la incomodidad y desaprobación mostrada por la empresa Candente Copper ante el requerimiento de la comunidad indígena de Cañaris de exigir la consulta libre e informada al Estado peruano. Pero la decisión por efectuar la consulta no pasa por la empresa, sino es exclusiva determinación del Estado, tal como lo indica el artículo 2 de la Ley 29785, Ley de Consulta previa. Sin embargo, Valdivia (2017), menciona que, en algunas oportunidades, la empresa privada, ha desarrollado la consulta de la mano con el Estado. Por ello, la empresa en su afán de que su proyecto se desarrolle en el plazo inmediato, aceleraba los procesos de consulta, desvirtuando lo establecido en la norma, es decir los pasos regulares para el desarrollo de estos procesos, en beneficio de su propio interés económico, generándose así una situación discutible al pretender la empresa desarrollar una tarea que es propia del Estado. Los talleres informativos son asumidos por la empresa privada, para dar información a las comunidades sobre una descripción del proyecto a desarrollar, aquí no se evidencia un dialogo intercultural entre los interesados. En relación a ello, la Corte IDH en la Sentencia Sarayaku, fundamento 187 enfatizó que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, no pudiendo delegar esta tarea a terceros.

A este respecto, el mismo autor agrega que las empresas privadas que buscaban satisfacer intereses económicos propios, hacían pasar muchas veces talleres informativos por procesos

de consulta previa, ya que el Estado le delegaba funciones que no le correspondían y por último los pueblos indígenas quienes tenían dificultad para trabajar en conjunto con el Estado, sobre medidas administrativas y legislativas que podían causarles alguna afectación, ya que las comunidades al no estar correctamente organizadas dificultaban aún más el correcto desarrollo del proceso de consulta, situación que genera y generará en nuestro país conflictos sociales por una incorrecta aplicación del proceso de consulta previa entre los pueblos indígenas, el Estado y la empresa privada, produciendo vulneración de derechos reconocidos en el Convenio N°169 de la OIT y dificultando en el desarrollo económico de nuestro país.

De las entrevistas realizadas a los especialistas coinciden en manifestar que la esencia principal de toda empresa al realizar una determinada inversión es la obtención de rentabilidad económica, para ello firman contratos de concesión con el Estado, quien obtiene rentas por la explotación de los recursos. Siendo empresas formales, van a ceñirse a lo establecido en la norma, en este caso, como empresas dedicadas a la explotación de recursos naturales, sus procesos generan afectaciones al ambiente, a la forma de vida de las comunidades donde se asientan, por lo que tendrán que allanarse a los instrumentos ambientales emitidos por la autoridad ambiental a fin de mitigar la contaminación. Es decir, sus acciones se ven limitadas a lo que determine la norma, no van más allá, como el interés o preocupación de proteger las costumbres o cultura de una comunidad indígena. En este punto, no hay que dejar de mencionar la obligación de las empresas inversoras a tener una política de responsabilidad social, relacionada con el desarrollo de la comunidad que se ven perjudicadas directa o indirectamente con los procesos productivos.

A este parecer, Del Valle (2013) manifiesta que desde la década de los años noventa, la explotación de recursos naturales en Perú se encuentra principalmente en manos de empresas y conglomerados privados, principalmente extranjeros, los cuales realizan sus actividades

extractivas bajo reglas establecidas en sus contratos de concesión y con el compromiso de proveer rentas para el Estado y para los gobiernos subnacionales ubicados en las áreas sujetas a explotación.

Respecto a si las empresas extractivas ven a la Ley de Consulta previa como un obstáculo, los juristas entrevistados declaran en unanimidad que este cuerpo normativo, representa una traba para las empresas inversoras, que, hasta antes de su existencia, tenían fácil acceso para el desarrollo de explotación de yacimientos mineros o de otra naturaleza. Mientras que ahora, previo a la concesión, la decisión del gobierno pasa por un filtro, que es el consentimiento de las comunidades. Finalmente, es el Estado quien decide si sigue en marcha la medida propuesta, porque este puede orientarse por los intereses de las comunidades o simplemente ignorarlos y dar pase al desarrollo de determinado proyecto. Aquí también, uno de los entrevistados deja entrever el tema de la corrupción en autoridades que promocionan las consultas, de orientar el proceso con el favorecimiento de las empresas inversoras a través de la aprobación célere las concesiones.

A este considerando, Damonte (2014) refiere que, en el pasado, las compañías y los gobiernos ignoraban los derechos indígenas y procedían con los proyectos mineros y petroleros. El reconocimiento gradual de los derechos culturales y territoriales de los pueblos indígenas ha facilitado la implementación de procesos más democráticos e integrales que pueden contribuir al desarrollo de proyectos extractivos socialmente sostenibles. En la actualidad, los países de la región enfrentan el reto de construir relaciones de confianza con las comunidades indígenas, para lo cual es necesario desarrollar capacidades políticas, institucionales y técnicas a fin de integrar mejor a estas comunidades en los procesos de toma de decisión. Al contar con derechos culturales y territoriales, los pueblos indígenas pueden detener proyectos extractivos no deseados.

De todo lo antes descrito se puede evidenciar que las empresas extractivas tienen prioridad en la ganancia de dividendos y obtención de utilidades, y en ocasiones intentar mediante mecanismos irregulares forzar su ingreso para la exploración y explotación de yacimientos en lugares donde se asientan los pueblos indígenas, ante la ausencia de Estado. La ley de consulta previa, en mayor o menor medida ha constituido una limitación a la excesiva libertad que tenían antes de su implementación, aunque sigue siendo aún favorable a los gigantes grupos económicos.

4.3 Discusión N° 3

La presente discusión obedece al tercer objetivo específico planteado: Analizar el contenido del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas regulado por la Ley 29785 y su Reglamento, el DS N° 001-2012 MC.

La Ley 29785 - Ley del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se encuentra vigente desde el 07 de diciembre de 2011. Esta norma expone los contenidos, principios y el procedimiento para efectuar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas u originarios previo a la aprobación de medidas legislativas o administrativas, proyectos, planes o programas que pueden perjudicar los derechos colectivos de las comunidades indígenas. A continuación, se realizará la revisión de los puntos de la Ley del Derecho a la consulta previa que el investigador considera oportuno analizar a propósito de la presente investigación.

El artículo 3 referido al alcance de un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos respecto a las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a estos últimos en forma directa, está recogido en el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT y también en el

artículo 19 de la DNUDPI. Ahora, lo discutible en este punto pasa por que no se reconoce la obligatoriedad del Estado de obtener el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas, sino que la norma aspira a lograr el consentimiento, lo interpone como objetivo a alcanzar, que en caso no se llegase a obtener, la voluntad e intereses de las comunidades no pueden ser tomadas en cuenta.

En este artículo, no se ha determinado en qué casos tiene que exigirse la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas (guarda silencio), como sí lo ha hecho el Convenio 169 de la OIT, la sentencia de la Corte IDH recaída en el caso Saramaka, la Ley 26839 (Ley sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica) y la Ley 28223 (Ley sobre los desplazamientos internos). Los casos son los siguientes: a) cuando se está frente a proyectos de gran escala b) ante la necesidad de desplazamientos de pueblos indígenas c) cuando se produce almacenamiento de materiales tóxicos d) cuando se quiere conservar la diversidad biológica.

El artículo 7 también es pasible de observación, puesto que se compara con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, contempla mayor cantidad de requisitos para la identificación de un pueblo indígena, es decir es mucho más exigente que la norma internacional antecesora. De tal forma nos encontramos, que de no cumplirse uno de los requisitos “extras” que no estén considerados en el Convenio 169, no sería considerado pueblo indígena.

El artículo 15 genera gran preocupación, dado que la decisión final sobre la medida administrativa o legislativa recae sobre el Estado, que a pesar de que indica que la decisión será motivada, no regula el consentimiento, cuando se consulte sobre los casos que se discutieron en el artículo 3.

La Segunda Disposición Final se desatiende de las medidas legislativas y administrativas que fueron dadas posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, en el año 1995. Si bien, las leyes no son retroactivas, existía la norma convencional, que entró en

vigencia en nuestro país a partir del 02 de febrero de 1994. La Corte IDH en el caso Saramaka estableció en el párrafo 196 acerca de las concesiones ya otorgadas, el Estado debe revisarlas, con el fin de evaluarlas si es necesario realizar alguna modificación a los derechos de los concesionarios para preservar los derechos del pueblo Saramaka.

Los entrevistados coinciden que la dación de la Ley de consulta previa y su Reglamento no es suficiente para garantizar los derechos de las comunidades indígenas, es necesario voluntad política del poder ejecutivo y legislativo en la fiscalización del cumplimiento de la Ley. Al respecto, Ocupa y Saldaña (2016) concluye que esta Ley no garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida los pueblos indígenas, situación que generará en nuestro país conflictos ambientales entre los pueblos indígenas. Además, es preciso que las instituciones públicas involucradas con el tema orienten su trabajo con objetividad bajo el mandato normativo. Por otro lado, una opinión de un entrevistado más resignada, manifiesta respecto a la ley y su reglamento, que es con lo que se cuenta, sea suficiente o no, tenemos que empezar por algo, algo a dónde remitirnos frente al movido tema del sector extractivo. En la medida que la norma logre sus objetivos, se definirá su suficiencia o no, claro como las sociedades cambian, también esta característica se reserva para las normas.

Respecto a las expectativas que tienen los entrevistados frente a la Ley de Consulta previa es diversa, uno de ellos considera que es una formalidad, que los pueblos son consultados, más no deciden, es el Estado quien finalmente tiene la última palabra, esto en concordancia con el artículo 15 de la Ley de consulta. Otro entrevistado, advierte que parte del éxito en la implementación de la ley, es la capacitación y preparación de las instituciones encargadas de llevar a cabo la consulta, tanto desde el nivel de información que se ofrece a las comunidades hasta la diligencia y celeridad de los procesos. Para otro entrevistado, el éxito

de la ley, pasa por el retorno de recursos económicos a las comunidades en cuyo territorio se explotan.

De todo lo descrito se puede colegir que faltan precisiones a la Ley de consulta previa y a su Reglamento, principalmente relacionadas con la no definición de un órgano técnico específico para su implementación, la falta de participación indígena en la conformación de este órgano y eximir de revisión a las medidas administrativas y legislativas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley de consulta previa.

El Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT fue aprobado mediante D.S N° 001-2012-MC y entró en vigencia el 04 de abril de 2012. Regula el acceso a la consulta, las características fundamentales del proceso y además incluye la formalización de los acuerdos tomados por las partes en el proceso de consulta. En seguida, se realizará la revisión de los puntos del Reglamento directamente relacionados con la presente investigación. A continuación, se realizará la revisión de los puntos de la Ley del Derecho a la consulta previa que el investigador considera oportuno analizar a propósito de la presente investigación.

Nuevamente encontramos en el artículo 1.5 del Reglamento la falta del consentimiento para ciertos supuestos que ya han sido reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, la DNUDPI y en la jurisprudencia de la Corte IDH y han sido tratados aquí al realizar el análisis de la Ley. Se ha visto que existen supuestos en los cuales prima indefectiblemente el consentimiento de las comunidades nativas para que las medidas no sean aplicadas por el Gobierno; sin embargo, el artículo 1.5 guarda silencio.

En el artículo 5e en forma expresa manifiesta que el Estado está facultado, en caso no se obtenga el consentimiento, a dictar la medida, es decir, al igual que en el artículo anterior, no consideran los supuestos en los cuales se requiere el consentimiento de los pueblos

indígenas. En forma irónica menciona el artículo, que las entidades promotoras deben garantizar la vida, la integridad y su desarrollo, cuando sabemos que muchos recursos empleados para su supervivencia son nefastamente afectados.

El artículo 6 pone de manifiesto que las medidas son consultadas a la comunidad indígena en etapas avanzadas del proceso, es decir en la etapa de exploración, siendo que el proceso inicia con la etapa de concesión, luego continua la prospección y el cateo. Sería necesario que la comunidad sea partícipe e incluida desde las etapas tempranas del proceso.

El artículo 23 está relacionado con el artículo 5e, donde por regla general, la decisión final de la aprobación de la medida recae en el Estado a través de la entidad promotora; sin embargo, existen excepciones a la regla señaladas en el Convenio 169 de la OIT, frente a los cuales la Ley de Consulta previa y su reglamento guardan silencio.

La séptima disposición complementaria acude al artículo 16 del Convenio de la OIT en razón de la protección de las tierras de las comunidades indígenas, el cual considera el derecho que tienen los pueblos que, ante circunstancias necesarias de desplazamiento, se debe obtener el consentimiento de las comunidades. En el caso concreto, el proyecto Cañariaco, incluía según la empresa Candente Copper, el desplazamiento de la comunidad, lo cual no fue informado, ni mucho menos el Estado accedía a realizar la consulta previa a la comunidad indígena de Cañaris.

Si los proyectos en fases posteriores, serán ampliados a los que fueron considerados en un inicio, traerán consigo riesgos latentes o de distinta intensidad respecto a los señalados en un inicio, es por ello que sí precisa de una nueva consulta a la comunidad. Caso presentado en Cañaris, cuyas etapas posteriores contemplaba el traslado de la comunidad, la cual se encontraba desinformada, lo cual ocasionó las medidas de protesta que ocasionaron la paralización de las actividades de exploración por parte de la empresa.

4.3 Discusión N° 4

La presente discusión obedece al tercer objetivo específico planteado: Analizar el contenido del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas regulado por el Convenio 169 de la OIT

A este respecto, cabe preguntarse, por qué si el Estado peruano había ratificado el Convenio 169 de la OIT en 1994 y entró en vigencia a partir del año 1995, no aplicó esta norma en las múltiples concesiones de recursos naturales que surgieron hasta la dación de la Ley de Consulta previa en el año 2011.

Se puede ensayar una respuesta indicando que el Estado pasaba por la urgente necesidad de promocionar la inversión y la consecuente obtención de divisas, al fomentar y facilitar el ingreso de grandes grupos económicos, sin considerar la aplicación de la consulta previa de las comunidades indígenas y el soslayo de las consecuencias ambientales que muchas veces son insuficientemente remediadas por las empresas extractivas. Caso concreto lo hemos palpado en Cañaris, donde la comunidad exigía la consulta, sin embargo, el Gobierno se resistía su aplicación, esgrimiendo que la ley no era retroactiva, dando a entender que sería aplicada para proyectos iniciados del 2011 en adelante. Todo ello originó protestas en la comunidad que terminó por paralizar la exploración.

4.4 Conclusiones

1. El rol del Estado peruano en la ejecución de los proyectos extractivos en áreas donde se asientan las comunidades indígenas es la de promocionar la ejecución de los proyectos extractivos como una necesidad compulsiva para atraer la inversión e ingreso de grandes grupos económicos para que realicen la explotación de los recursos naturales, sin considerar la cabal aplicación de la consulta previa de las comunidades indígenas y la

demanda de los intereses y la voluntad de los pueblos a su libre desarrollo que ancestralmente les corresponde.

2. El comportamiento de las empresas extractivas frente a la implementación de la ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios es de percibir a esta norma como un obstáculo administrativo, dado que ya no cuentan con la facilidad y celeridad con que anteriormente ingresaban a realizar las actividades de exploración y explotación de los recursos en el territorio de una determinada comunidad, pues ahora es preciso escuchar y de alguna manera atender las demandas de los pueblos indígenas que por años se han visto postergadas, ante la pasividad e indolencia del Estado. Si bien, la Ley de Consulta no refleja las auténticas demandas que les corresponde a las comunidades, la norma constituye un inicio para continuar exigiendo el reconocimiento de los derechos colectivos, la integridad cultural, la calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.

3. El contenido del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas regulado en la Ley 29785 y su Reglamento, el DS N° 001-2012 MC es aún insuficiente para regular las demandas de los derechos colectivos de las comunidades indígenas. No obstante, la ley 29785, Ley de consulta previa y su Reglamento constituyen el cimiento para el punto de partida para el ejercicio de los derechos colectivos, a la vida, a la integridad y pleno desarrollo. Es evidente que hay necesidad de colegir que faltan precisiones a la Ley de consulta previa y a su Reglamento, principalmente relacionadas con no solo realizar la consulta, sino que es preciso obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para llevar a cabo un determinado proyecto extractivo y eximir de revisión a las medidas administrativas y legislativas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley de consulta previa.

4. El contenido del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas regulado en el Convenio 169 de la OIT constituye el instrumento matriz, que debidamente aplicado por los Estados que la ratificaron, hubiese evitado grandes protestas sociales, desencadenadas por el desamparo de sus derechos de los pueblos indígenas. Es evidente que este instrumento internacional se basa en el respeto y formas de vida de las comunidades indígenas para que ellas cuenten con el derecho a definir sus propias prioridades e intereses; sin embargo, la regulación nacional no guarda fiel imagen de la norma convencional, distraída y orientada por la apertura de los grandes grupos económicos, en menoscabo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

REFERENCIAS

- Altomonte, H. & Sánchez, R. (2016). Hacia una nueva gobernanza de los recursos naturales en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado de:
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40157/1/S1600308_es.pdf
- Aquino, P. (2015). Recomendaciones para el fortalecimiento de la evaluación del impacto ambiental de las actividades mineras en el Perú. Lima. 152 pp. Recuperado de:
https://dar.org.pe/archivos/publicacion/pu_161_estudio_mineras.pdf
- Betancourt, M. (2016). Minería, violencia y criminalización en América Latina. Dinámica y tendencias. Bogotá: OCMAL. Recuperado de:
<https://www.ocmal.org/wp-content/uploads/2017/11/Mineria-violencia-yCriminalizacion-OCMAL.pdf>
- Candente Copper (2021). Cañariaco Norte – Copper – Gold – Silver. A large scale open pit copper projet in Peru. Recuperado de:
<https://candentecopper.com/projects/cañariaco-norte-copper-gold-silver/>
- Castillo (2018). La implementación de la ley de consulta previa en el Perú respecto a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Universidad Continental. Huancayo. Recuperado de:
https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/4458/1/IV_FDE_312_TE_Castillo_Oscanoa_2018
- Comisión Internacional de Juristas (2016). Industrias extractivas, Derechos Humanos y conflictos sociales en el Perú. Recuperado de: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/03/Peru-DESC-extractives-Publications-Reports-Facts-Finding-Mission-Report-2016-SPA.pdf>
- Ley 29785 – Congreso de la República. Ley del derecho a la Consulta previa, a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). (septiembre 07, 2011). Recuperado de:
https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/ExpVirPal/Normas_Legales/29785-LEY.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Ficha Técnica: Pueblo de Saramaka vs Surinam. Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=288
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Ficha Técnica: Pueblo indígena de Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=206

- De la Cuba, A. (2017). La consulta previa y la actividad minera en el Perú. Lima. PUCP. Recuperado de:
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/10056/CUBA_BE NITES CONSULTA PREVIA Y LA ACTIVIDAD MINERA EN EL PERU.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Decreto Supremo N° 001-2012-MC-Ministerio de Cultura. *Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)*. (abril 4, 2012). Recuperado de:
<https://sinia.minam.gob.pe/normas/reglamento-ley-derecho-consulta-previa-pueblos-indigenas-originarios>
- Del Valle, M. (2013). Ingresos fiscales por explotación de recursos mineros e hidrocarburos en el Perú. Banco interamericano de Desarrollo. Recuperado de:
[file:///C:/Users/Kelly/Downloads/Ingresos-fiscales-por-explotaci%C3%B3n-de-recursos-mineros-e-hidrocarburos-en-Per%C3%BA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Kelly/Downloads/Ingresos-fiscales-por-explotaci%C3%B3n-de-recursos-mineros-e-hidrocarburos-en-Per%C3%BA%20(1).pdf)
- Farinango, J. (2015). La ineficaz aplicación de la consulta previa, libre e informada trasgrede derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas consultadas. Universidad Central del Ecuador. Quito. Recuperado de:
[www.dspace.use.edu.ec/bitstream.T-UCE-0013-Ab-363%20\(4\).pdf](http://www.dspace.use.edu.ec/bitstream.T-UCE-0013-Ab-363%20(4).pdf)
- Gamboa, C. (2012). Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Lima: Grupo de trabajo sobre pueblos indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.servindi.org/pdf/DAR_Consulta_Previa.pdf
- Granados, Y. (2012). El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Costa Rica: análisis de casos. Universidad de Costa Rica sede Rodrigo Facio. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/8970/1/699806.2012.pdf>
- Ministerio de Cultura (2016). *Derechos colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios*. Lima. Ministerio de Cultura. Recuperado de:
<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/derechos-colectivos.pdf>
- Ministerio de Cultura (2016). Consulta previa. Lote 192. Recuperado de:
<https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/lote-192-2019>
- Ministerio de Cultura (2021). Base de datos de pueblos indígenas u originarios. Lista de pueblos indígenas u originarios. Recuperado de:
<https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>
- Ministerio de Energía y Minas (2021). Actualización de la cartera de proyectos de exploración minera. Boletín Estadístico Minero. Edición N° 01-2021. Recuperado de:
<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/VARIABLES/2021/BEM-01-2021.pdf>

- Observatorio de conflictos mineros de América Latina, OCMAL (2017). Conflictos mineros en América Latina: Extracción, saqueo y agresión. Estado de situación en 2016. Recuperado de:
<https://www.ocmal.org/wpcontent/uploads/2017/Estado-Situacion-Conflictos-Mineros-en-2016.pdf>
- Ocupa, E & Saldaña, S. (2016). La Aplicación de la Ley Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios N° 29785, vulneraría el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos en el Perú. Trujillo. Universidad Nacional de Trujillo. Recuperado de: <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/8130>
- OIT (2013). Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (num. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Ginebra. Recuperado de:
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf
- ONU (2021). Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales Pueblos Indígenas. Recuperado de:
<https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>
- Ramírez, M. (2019). Análisis del Procedimiento administrativo de consulta previa en comunidades indígenas de Colombia (U'wa y Embera Katio). Bogotá. Universidad Militar de Nueva Granada. Recuperado de:
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/21274/RamirezCarvajalMarilyn2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ruíz (2014). Consulta y Consentimiento: Caso Saramaka vs Surinam. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3541/13.pdf>
- Sanbord, C & Dammert, J (2013). Extracción de recursos naturales, desarrollo económico e inclusión social: Perú. Lima. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Recuperado de: <https://www.as-coa.org/sites/default/files/MiningReportPeru2013.pdf>
- Sanbord, C., Hurtado, V. & Ramírez, T, (2016). La consulta previa en el Perú: avances y retos. Lima. Universidad del Pacífico. Recuperado de:
<http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1195/D16.pdf?sequence=6>
- Santillana, M. (28 de enero de 2013). “*A Cañaris no le corresponde la consulta previa*”. Gestión, Lima. Recuperado de:
<https://gestion.pe/peru/politica/miguel-santillana-canaris-le-corresponde-consulta-previa-30219-noticia/?ref=gesr>
- Sociedad Peruana de Hidrocarburos (2021). Fases de la industria extractiva. Lima. Recuperado de:

<https://sphidrocarburos.com/home/nuestra-industria/la-industria/fases/>

Tribunal Constitucional del Perú (2007). Sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC. Jaime Hans Bustamante contra la resolución de la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín. 10 de mayo de 2007. Recuperado de:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2010). Sentencia recaída en el Expediente N° 0022-2009-PI/TC. Gonzalo Tuanama Tuanama contra el Decreto Legislativo N° 1089. 09 de julio de 2010. Recuperado de:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2007). Sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC. Jaime Hans Bustamante contra la resolución de la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín. 10 de mayo de 2007. Recuperado de:

Valdivia, J. (2017). La consulta previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas. Lima. Universidad Ricardo Palma.

<http://repositorio.urp.edu.pe/handle/urp/1126>

Vargas, E. (2013). La consulta previa, libre e informada en el Ecuador: una lectura desde el pensamiento. Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3856/1/T1369-MDE-Vargas-La%20consulta.pdf>

Vega, A. (2012). Consulta previa a los pueblos indígenas y tribales: análisis y propuesta de legislación. Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de:

<http://www.bdigital.unal.edu.co/8970/1/699806.2012.pdf>

Villafani, H. (2018). Principales determinantes de la inversión exploratoria en el sector hidrocarburos peruano. Un análisis de series de tiempo. PUCP. Lima.

Recuperado de:

<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/14636>

Yrigoyen (2009). El Convenio Num. 169 de la OIT y su aplicación en el Perú. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS. Recuperado de

<https://www.dar.org.pe/documentos/RYP-Convenio169OIT%20suaplicacionenPeru-2009.pdf>

Zárate, R., Vélez, C. & Caballero, J. (2020). La industria extractiva en América Latina, su incidencia y los conflictos socioambientales derivados del sector minero e hidrocarburos. En *Revista Espacios*, 41 (24) pp. 154-167.

Recuperado de

<http://www.revistaespacios.com/a20v41n24/a20v41n24p13.pdf>

ANEXOS

Anexo 1: Guía de entrevista

Guía de entrevista sobre Consulta Previa

Fecha:	Hora:
Lugar:	
Entrevistador: Jorge Luis Cornejo Sobrino	
Entrevistado:	
Introducción	
La presente es una relación de preguntas correspondientes a una encuesta que servirá como técnica de recolección de datos empleada para la estructuración de la Tesis titulada "Proyectos extractivos y el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas en el Perú en los años 2013 a 2019". Los participantes elegidos para esta encuesta corresponden al nivel de conocimiento especializado en el tema tratado.	
Característica de la entrevista	
Carácter: confidencial	
Duración: 15 minutos	
Preguntas:	
1	¿Cree usted que el Estado peruano brinda la importancia adecuada al derecho a la consulta previa a las comunidades indígenas o más bien se preocupa por afianzar o forzar la intervención de las grandes empresas extractivas?
2	¿Cree usted que el Estado peruano se acerca a las comunidades y ofrece su atención sólo cuando en tal comunidad se desarrollará un proyecto extractivo o es que existe una agenda indígena del Estado
3	¿Considera usted que las comunidades indígenas son bien representadas por el estado peruano?
4	¿Considera usted que a las empresas extractivas les interesa proteger, conservar la cultura, costumbres, territorio de los pueblos indígenas?
5	¿Considera usted que los grupos empresariales ven a la ley de consulta previa como un obstáculo?
6	¿Cree usted que es suficiente la dación de la ley de consulta previa y su Reglamento para garantizar los derechos de las comunidades indígenas?
7	¿Considera usted que la implementación de la ley de consulta previa es un trámite, una mera formalidad, que produce insatisfacción en los pueblos indígenas?
8	¿Qué Considera usted que debe incluirse a la ley de consulta previa y a su Reglamento?
9	¿Por qué cree Ud. que siendo ratificado el Convenio 169 de la OIT por nuestro país en el año 1995, recién con la implementación de la Ley 29785 en el año 2011 se somete a consulta previa a las Comunidades Indígenas?
Observaciones	

ANEXO 2. Matriz de consistencia

Planteamiento del Problema	Objetivos	Hipótesis	Variables	Población y muestra	Diseño	Instrumentos y Técnicas
¿De qué manera la ejecución de los proyectos extractivos promovidos por el Estado incide en el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas en el Perú en los años 2013 al 2018?	<p>Objetivo General: Determinar de qué manera la ejecución de los proyectos extractivos promovidos por el Estado incide en el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas en el Perú en los años 2013 al 2018.</p> <p>Objetivos específicos: Analizar el rol del Estado peruano en la ejecución de los proyectos extractivos en áreas donde se asientan las comunidades indígenas. Evaluar el comportamiento de las empresas extractivas frente a la implementación de la ley de consulta previa de las comunidades indígenas. Analizar el contenido del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas regulado por la Ley 29785 y su Reglamento, el DS N° 001-2012 MC</p>	La ejecución de los proyectos extractivos promovidos por el Estado incide de manera negativa en el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, debido a la priorización del Estado por sacar adelante estos proyectos en afectación del libre desarrollo de las comunidades indígenas	<p>Variable 1: Ejecución de los proyectos extractivos promovidos por el Estado.</p> <p>Variable 2: Derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas.</p>	<p>Población: Portal de Consulta previa del Ministerio de Cultura, a diciembre de 2018 eran 25 los procesos de consulta previa en proyectos extractivos: 13 en hidrocarburos y 12 en minería, las cuales se dieron luego de la dación de la Ley N° 29785, Ley de consulta previa.</p> <p>Muestra: Se ha tomado dos proyectos, uno del sector hidrocarburos y el otro del sector minero, casos de consulta previa de especial interés para analizar los retos de su implementación en el Perú. Corresponde a <i>muestras de casos importantes o críticos para el problema analizado</i> (Hernández-Sampieri, 2018)</p>	La presente investigación descriptiva cuenta con un diseño de investigación no experimental de corte transversal, pues no se manipulará ninguna variable y se analizará una situación jurídica-social	<p>Técnicas: Entrevistas Análisis de casos Análisis de legislación nacional</p> <p>Instrumentos: Guía de entrevista. Cuadro de análisis de casos Cuadro comparativo de análisis de legislación.</p>

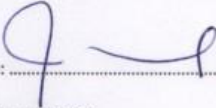
ANEXO 3



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO
UNIVERSIDAD PRIVADA DEL NORTE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



CURSO: TESIS
DOCENTE: JENNY YOVANNA TORPOCO ALCOSER
Nombre y apellidos: Jorge Luis Cornejo Sobrino

Firma: 

VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO POR CRITERIO DEL EXPERTO

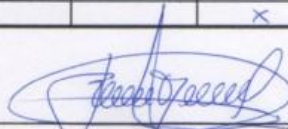
Edilma Adolfo Morocón Colque
Con documento de identidad N° 70254225 de profesión Abogado
Con el grado de Máster en Derecho Constitucional ejerciendo
actualmente como Docente Universitario en la institución Universidad Privada del Norte

Por medio de la presente hago constar que revisado con fines de Validación del Instrumento (entrevista), a los efectos de su aplicación en el trabajo de investigación "Industrias extractivas y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas" para obtener el Título de abogado.


Luego de hacer las observaciones pertinentes, puedo formular las siguientes apreciaciones.

	Deficiente	Aceptable	Bueno	Excelente
Claridad en la redacción				X
Coherencia interna				X
Inducción a las conclusiones (opina)				X
Lenguaje adecuado con el nivel del informante				X
Mide lo que pretende				X

Fecha: 17/11/2019



Firma
DNI N° 70254225

ANEXO 4



UNIVERSIDAD
PRIVADA DEL NORTE

JUICIO DE EXPERTOS
UNIVERSIDAD PRIVADA DEL NORTE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



JUICIO DE EXPERTO SOBRE LA ENTREVISTA:
DOCENTE: JENNY YOVANNA TORPOCO ALCOSER

"Industrias extractivas y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas"

CURSO: TESIS

Elaborada por: Jorge Luis Cornejo Sobrino

Instrucciones:

Marque en el cuadro con un aspa (x) según corresponda al aspecto cualitativo de cada ítem y alternativa de respuesta, según los siguientes criterios: Redacción, contenido, congruencia, pertinencia con los indicadores, dimensiones y variables de estudio. En el casillero de observaciones puede sugerir la omisión, cambio del ítem.

N°	Items	Claridad en la redacción		Coherencia interna		Inducción a la respuesta		Lenguaje adecuado con el nivel del informante		Mide lo que pretende		Esencial	Útil pero no esencial	No importante	OBSERVACIONES: (por favor indique si se debe eliminar o modificar algún ítem)
		SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO				
1	¿Cree Ud que el Estado peruano brinda la importancia adecuada al derecho a la consulta previa a las comunidades indígenas o más bien se preocupa por afianzar o forzar la intervención de las grandes empresas extractivas?	X		X		X		X		X		X			-
2	¿Cree Ud que el Estado peruano se acerca a las comunidades y ofrece su atención sólo cuando en tal comunidad se desarrollará un proyecto extractivo o es que existe una agenda indígena del Estado?	X		X		X		X		X		X			-
3	¿Considera Ud que las comunidades indígenas son bien representadas por el Estado peruano?	X		X		X		X		X		X			-
4	¿Considera Ud que a las empresas extractivas les interesa proteger, conservar la cultura, costumbres, territorio de los pueblos indígenas?	X		X		X		X		X		X			-
5	¿Considera Ud que los grupos empresariales ven a la ley de consulta previa como un obstáculo?	X		X		X		X		X		X			-
6	¿Cree Ud que es suficiente la dación de la ley de consulta previa y su Reglamento para garantizar los derechos de las comunidades indígenas?	X		X		X		X		X		X			-
7	¿Considera ud que la implementación de la ley de consulta previa es un trámite, una mera formalidad, que produce insatisfacción en los pueblos indígenas?	X		X		X		X		X		X			-
8	¿Qué Considera Ud que debe incluirse a la ley de consulta previa y a su Reglamento?	X		X		X		X		X		X			-
9	¿Por qué cree Ud. Que siendo ratificado el Convenio 169 de la OIT por nuestro país en el año 1995, recién con la implementación de la Ley 29785 en el año 2011 se somete la consulta previa a las Comunidades indígenas?	X		X		X		X		X		X			-

Muchas gracias por su apoyo


ANEXO 5



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO
UNIVERSIDAD PRIVADA DEL NORTE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



CURSO: TESIS
DOCENTE: JENNY YOVANNA TORPOCO ALCOSER
Nombre y apellidos: Jorge Luis Cornejo Sobrino

Firma: 

VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO POR CRITERIO DEL EXPERTO

Quien suscribe, MARLON KEUNY ALODÍO AEPILCUESTA
Con documento de identidad N° 43994234 de profesión ABOGADO
Con el grado de MASTER, ejerciendo
actualmente como DOCENTE en la institución UNIVERSIDAD PRIVADA DEL NORTE

Por medio de la presente hago constar que revisado con fines de Validación del Instrumento (entrevista), a los efectos de su aplicación en el trabajo de investigación "Industrias extractivas y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas" para obtener el Título de abogado.

Luego de hacer las observaciones pertinentes, puedo formular las siguientes apreciaciones.

	Deficiente	Aceptable	Bueno	Excelente
Claridad en la redacción				X
Coherencia interna				X
Inducción a las respuestas (sesgo)				X
Lenguaje adecuado con el nivel del informante				X
Mide lo que pretende				X

Fecha: / 11 / 2019


Firma

DNI N°: 43994234

ANEXO 6



JUICIO DE EXPERTOS
UNIVERSIDAD PRIVADA DEL NORTE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CURSO: TESIS

DOCENTE: JENNY YOVANNA TORPOCO ALCOSEER

JUICIO DE EXPERTO SOBRE LA ENTREVISTA:
"Industrias extractivas y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas"

Elaborada por: Jorge Luis Cornejo Sobrino
Instrucciones:

Marque en el cuadrado con un aspa (x) según corresponda al aspecto cualitativo de cada ítem y alternativa de respuesta, según los siguientes criterios: Redacción, contenido, congruencia, pertinencia con los indicadores, dimensiones y variables de estudio.
En el casillero de observaciones puede sugerir la omisión, cambio del ítem.

N°	Items	Claridad en la redacción		Coherencia interna		Inducción a la respuesta		Lenguaje adecuado con el nivel del informante		Mide lo que pretende	Esencial	Útil pero no esencial	No importante	OBSERVACIONES: (por favor indique si se debe eliminar o modificar algún ítem)
		SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO					
1	¿Cree Ud que el Estado peruano brinda la importancia adecuada al derecho a la consulta previa a las comunidades indígenas o más bien se preocupa por afianzar o forzar la intervención de las grandes empresas extractivas?	X		X		X		X		X		-		-
2	¿Cree Ud que el Estado peruano se acerca a las comunidades y ofrece su atención sólo cuando en tal comunidad se desarrollará un proyecto extractivo o es que existe una agenda indígena del Estado?	X		X		X		X		X		-		-
3	¿Considera Ud que las comunidades indígenas son bien representadas por el Estado peruano?	X		X		X		X		X		-		-
4	¿Considera Ud que a las empresas extractivas les interesa proteger, conservar la cultura, costumbres, territorio de los pueblos indígenas?	X		X		X		X		X		-		-
5	¿Considera Ud que los grupos empresariales ven a la ley de consulta previa como un obstáculo?	X		X		X		X		X		-		-
6	¿Cree Ud que es suficiente la dación de la ley de consulta previa y su Reglamento para garantizar los derechos de las comunidades indígenas?	X		X		X		X		X		-		-
7	¿Considera ud que la implementación de la ley de consulta previa es un trámite, una mera formalidad, que produce insatisfacción en los pueblos indígenas?	X		X		X		X		X		-		-
8	¿Qué Considera Ud que debe incluirse a la ley de consulta previa y a su Reglamento?	X		X		X		X		X		-		-
9	¿Por qué cree Ud. Que siendo ratificado el Convenio 169 de la OIT por nuestro país en el año 1995, recién con la implementación de la Ley 29785 en el año 2011 se somete a consulta previa a las Comunidades Indígenas?	X		X		X		X		X		-		-

Muchas gracias por su apoyo