

**ESCUELA DE POSTGRADO SAN FRANCISCO
XAVIER SFX**



SFX

ESCUELA DE POSTGRADO
ESCUELA DE NEGOCIOS

TESIS

**“EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA
CONSULTA PREVIA EN PROYECTOS
MINEROS EN EL PERÚ, AREQUIPA, 2020”**

Presentada por la Bachiller:

Fiorella Melissa Cosi Villalva de Chirinos

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho de la Empresa

AREQUIPA – PERÚ

2021



Dedicado a mi hermosa familia que son mi sostén
y apoyo en todos mis proyectos, metas y sueños.
Los amo infinito.

Resumen

La consulta previa fue establecida en el Convenio 169 de la OIT en 1989 y está vigente desde 1994. En el año 2011, se promulga en nuestro país la Ley N° 29785, conocida como “Ley de Consulta Previa”, con la intención de que el Estado conozca la opinión del pueblo indígena.

Actualmente existe una discusión sobre el carácter vinculante de la consulta previa, debido a que si bien las normas indican que el proceso de consulta es de carácter obligatorio para ambas partes, también indica que en caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo; y finalmente a falta de entendimiento el Estado es quien debe resolver.

A partir de lo establecido anteriormente, podemos afirmar que existen dos visiones sobre el carácter vinculante de la consulta previa en el sector minero:

- i. Conceder carácter vinculante al resultado de la consulta previa aun cuando ello suponga la obtención de resultados favorables sólo a corto plazo y no se obtengan beneficios para la colectividad nacional, para el sector minero y para los pueblos indígenas y tribales.
- ii. La consulta previa, que dé como resultado la aprobación de un proyecto minero se debe respetar, incluso si la población indígena se opone al proyecto de inversión, teniendo el Estado que asumir las consecuencias más allá de lo que dicte la coyuntura.

Esta duda que causa indefinición ha traído como consecuencia, una importante paralización de diversos proyectos mineros.

Palabras clave: Minería, pueblos indígenas, consulta previa.

Abstract

Prior consultation was established in ILO Convention 169 in 1989 and has been in force since 1994. In 2011, Law No. 29785, known as the “Prior Consultation Law”, was enacted in our country, with the intention that the State know the views of the indigenous people.

There is currently a discussion about the binding nature of prior consultation, as though regulations indicate that the consultation process is mandatory for both parties, it also indicates that in the event that an agreement is not reached, it corresponds the State entities adopt all the necessary measures to guarantee the collective rights of indigenous or native peoples and the rights to life, integrity and full development and finally, in the absence of understanding, the State is the one who must resolve.

Based on the above, it can be affirmed that there are two views on the binding nature of prior consultation:

- i. Grant binding character to the result of the prior consultation even when this implies obtaining favorable results only in the short term and no benefits are obtained for the national community, for the mining sector and for indigenous and tribal people.
- ii. The prior consultation that results in the approval of a mining project must be respected, even if the indigenous population opposes the investment project, having the State assume the consequences beyond what the situation dictates.

This doubt, which causes uncertainty, has resulted in a significant stoppage of various mining projects.

Keywords: Mining, indigenous peoples, prior consultation

ÍNDICE

Introducción y objetivos.....	6
1.1. Introducción	6
1.2. Objetivos	10
La actividad minera y el desarrollo en el Perú	11
2.1. Constitución económica	11
2.2. Los recursos naturales: una visión jurídica	15
2.3. Apertura económica e inversión minera.....	27
La consulta previa	50
3.1. Naturaleza de la consulta previa.....	50
3.2. Consulta previa y licencia social	57
3.3. Legislación internacional y jurisprudencia constitucional	68
El carácter vinculante de la consulta previa en los proyectos mineros en el Perú	76
4.1. Regulación jurídica	76
4.2. Problemas sobre el carácter vinculante	85
4.3. Comparación con otros países latinoamericanos que aplican la vinculatoriedad.....	106
Análisis.....	110
5.1. La ausencia del estado.....	110
5.3. Problemas en la implementación de la Consulta Previa.....	116
5.4. Problemas multiculturales	117
Conclusiones	120
Bibliografía	124

Capítulo I

Introducción y objetivos

1.1. Introducción

De conformidad con el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa, “el resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes.” De esta manera se estaría ratificando que no puede entenderse la consulta como un “veto”.

Sin embargo, el mismo Reglamento, en consonancia con el Convenio 169 de la OIT en su artículo 16 numeral 2 establece que: “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, **sólo deberán efectuarse con su consentimiento**, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.

Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”, así también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los derivados del respeto de la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha incorporado dichos supuestos, en su séptima disposición complementaria, transitoria y final.

Notamos aquí una contradicción en el propio Reglamento y entre lo establecido por el Reglamento y lo dispuesto por las normas internacionales. Es, en tal sentido, necesario añadir que el Tribunal Constitucional también se ha manifestado con respecto a la vinculatoriedad y el derecho a veto: “Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podrían afectar directamente, no les otorga la capacidad de impedir que tales medidas se lleven a cabo.

Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta.

De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del Convenio 169 de la OIT que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural”. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. Fundamento 24.

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

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

En dicho marco y para el caso de la minería, el Ministerio de Energía y Minas ha fijado mediante la aprobación de su Texto Único de Procedimientos Administrativos- TUPA (Decreto Supremo N° 038-2014-EM) y la Resolución Ministerial N° 068-2019-MEM/DM:

- i. Autorización de inicio de actividades de exploración. En caso corresponda, el Estado, a través de la Oficina General de Gestión Social, realizará la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos puedan verse afectados de forma directa, antes de la autorización de actividades exploración. La Dirección General de Minería y la Dirección General de Asuntos

Ambientales Mineros deben apoyar a la Oficina General de Gestión Social en el procedimiento de consulta previa.

- ii. Autorización de inicio de actividades de explotación. En caso corresponda, el Estado, a través de la Oficina General de Gestión Social, realizará la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos puedan verse afectados de forma directa, antes de la autorización de las actividades de explotación. La Dirección General de Minería y la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros deben apoyar a la Oficina General de Gestión Social en el procedimiento de consulta previa.
- iii. Otorgamiento de concesión de transporte minero: En caso corresponda, el Estado, a través de la Oficina General de Gestión Social, realizará la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos puedan verse afectados de forma directa, antes de la autorización de funcionamiento y otorgamiento de la concesión de transporte minero. La Dirección General de Minería y la Dirección de General de Asuntos Ambientales Mineros deben apoyar a la Oficina General de Gestión Social en el procedimiento de consulta previa.
- iv. Otorgamiento de concesión de beneficio: En caso corresponda, el Estado, a través de la Oficina General de Gestión Social, realizará la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos puedan verse afectados de forma directa, antes de la autorización de la construcción. La Dirección General de Minería y la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros deben apoyar a la Oficina General de Gestión Social en el procedimiento de consulta previa.

En el caso de la Concesión de Beneficio, la autorización de actividades de explotación minera o la Concesión de Transporte formen parte de un solo proyecto se realizará un único proceso de consulta previa, si la afectación directa es al mismo pueblo indígena.

El carácter vinculante de la consulta previa en el sector minero no ha sido lo suficientemente estudiado, pudiendo encontrarse sólo artículos de opinión, pero no una investigación rigurosa y sistemática. Es por ello que, el presente trabajo tiene relevancia como investigación jurídica, ya que delimita un tema actual y de vital importancia para el derecho.

Asimismo, el presente trabajo es original ya que aborda un tema importante desde una perspectiva nueva. Se pretende identificar, de acuerdo con los instrumentos legales, cuáles son los efectos de la consulta previa en proyectos mineros. Para lo cual se contrastarán dos posiciones: si la consulta previa tiene o no carácter vinculante.

Por otro lado, el presente trabajo es conveniente ya que cubre un espacio que no ha sido abordado con amplitud por la academia ni por los operadores jurídicos. Así, su conveniencia radica en la necesidad de explorar si la población de los lugares donde se realiza la consulta tiene derecho a veto o no, y cuál es el rol del Estado frente al mismo.

El presente trabajo posee evidentes beneficios ya que, de su desarrollo, se extraerá información relevante para los diversos operadores jurídicos. También permitirá a los empresarios establecer criterios de predictibilidad en el desarrollo de sus inversiones, evaluando el costo social de las mismas.

Además, posee implicancias prácticas, ya que del análisis y las conclusiones que se deriven se podrán determinar el efecto del carácter vinculante de la consulta.

Asimismo, posee utilidad teórica, en tanto permite la elaboración de un corpus doctrinario que profundiza el análisis sobre el carácter vinculante de la consulta previa, tema que no ha sido lo suficientemente investigado dentro del ámbito jurídico.

La presente investigación posee justificación metodológica ya que, para el abordaje de la problemática, se utiliza un método científico acorde con la orientación jurídica de la investigación.

Finalmente, es viable ya que se cuenta con la información de fuentes primarias y secundarias que permitirán su posterior análisis y desarrollo de conclusiones.

1.2. Objetivos

Principal

Establecer si el marco normativo peruano establece el carácter vinculante de la consulta previa para el sector minero

Secundarios

Determinar dónde surge la consulta previa como figura jurídica.

Determinar cuál es la naturaleza jurídica de la consulta previa.

Determinar si existe congruencia entre el orden jurídico internacional (OIT-CIDH) y el orden nacional (TC-Ley y reglamentos) sobre la vinculatoriedad de la consulta previa en el sector minería

Establecer cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales si se determina el carácter vinculante de la consulta previa.

Precisar si el carácter vinculante de la consulta previa podría ser una traba para la inversión privada en el sector minero.

Capítulo II

La actividad minera y el desarrollo en el Perú

2.1. Constitución económica

El derecho constitucional como materia académica venía siendo estudiando desde hace ya varias décadas en las diferentes casas de estudio superior, así como por los diversos juristas y abogados alrededor del mundo. Asimismo, como veremos, la economía como materia académica también ha cobrado importancia en todos los campos de estudio en los últimos tiempos.

La economía encontró en el derecho constitucional un espacio donde podía ser abordado y regulado, lo que nos ha llevado a teorizar sobre la relación, a veces conflictiva, entre Constitución y economía, de esta interacción ha nacido el concepto de Constitución económica.

Constitución Económica es aquella parte de la Constitución Política de un Estado, en este caso del estado peruano, en la cual se establece los principios básicos que regulan el régimen económico y se establecen los parámetros de la intervención del Estado en el mercado.

Desde la Primera Guerra Mundial, la realidad económica experimentó profundas transformaciones, siendo una de ellas, justamente una mayor intervención del Estado con mayores reglamentaciones jurídicas que limitaron la autonomía privada de los individuos.

La explicación a este fenómeno es producto de la evolución, cuyo origen está en la Revolución Industrial que habían dado lugar a nuevas condiciones de trabajo, muchas veces inhumanas que ponen de manifiesto la insuficiencia de los derechos individuales.

Hechos como la Revolución Rusa, la Constitución Austriaca de 1920, la crisis económica de los años treinta, la aparición de Keynes en la teoría económica, los movimientos sociales y sindicales, el éxito inicial de la planificación soviética, por mencionar algunos

hechos, son fenómenos socioeconómicos base del nacimiento del Derecho Económico, y de nuevos conceptos como los de Orden Público Económico, Régimen Económico y el de Constitución Económica.

Es de señalar que no se ha llegado al concepto de Constitución Económica que conocemos el día de hoy de manera inmediata, sino que ha existido una lenta evolución a través del tiempo, un ejemplo y antecedente de lo afirmado lo constituye la Carta Magna (1215), la cual, por las características particulares del movimiento que la originó en Inglaterra, y por su contenido, fue muy importante en la limitación al poder absoluto.

Por otro lado, tenemos al Bill of Rights (1689) que contiene un claro cambio en la perspectiva de la economía en la Constitución en la cual ya no contenía “privilegios” con valor económico sino “derechos con relevancia económica”.

Tenemos también, a la Constitución de Weimar (1919) como pionera y base del concepto de Constitución económica, pues garantiza el derecho de propiedad, pero como la propiedad entraña obligaciones, es posible establecer límites o restricciones legales cuando lo requiera el bien general o la función social.

Otro documento histórico relevante en la evolución de los derechos económicos, sociales y culturales lo constituye la Constitución de México de 1917, que es el primer intento Constitucional de conciliar los derechos civiles y políticos con la nueva concepción de los derechos sociales. Esta constitución reconoce la obligación del Estado de impartir educación gratuita, de facilitar protección a la niñez. Asimismo, se establecieron normas relativas al trabajo y a la previsión social y se encuentra reconocido el derecho a la huelga. La consecuencia de tal constitucionalización era obvia: tal modelo se convertía en parámetro desde el que valorar la legitimidad jurídico constitucional de las intervenciones públicas en la economía.

En el caso peruano, se reconocen como trascendentales los derechos económicos desde la Constitución de 1979. Ernesto Alayza Grundy, dirigente del PPC, fundamentó el título III del régimen económico de dicha Constitución y desde ya se topaba con la siguiente problemática: lograr una armonía entre el régimen económico y el régimen político; entre la libertad y la dirección enérgica; entre las ganancias económicas y la función social;

entre el producir utilidades económicas individuales dentro de las empresas y la finalidad de producir utilidad general para todos.

Para alcanzar estos objetivos, el proyecto estableció cuatro instituciones que serían las bases generales sobre las que se asentaría el régimen económico y financiero del país: El pluralismo económico; la planificación democrática; la iniciativa libre dentro de una economía social de mercado y un enérgico papel promotor del Estado.

Con ello y otros diversos aportes, la Constitución de 1979 en su modelo económico resalta constitucionalmente lo siguiente:

1. Se establece al régimen de economía social de mercado como el régimen económico de nuestro país, en el que la iniciativa privada, que era libre, había de ser estimulada y reglamentada por el Estado.
2. Reconocimiento del pluralismo económico garantizado por el propio Estado.
3. En los sectores donde es necesaria la presencia del estado, éste se consagra como empresario para la mejor atención de las necesidades de la población.
4. Prohibición de los monopolios, oligopolios y acuerdos concertados en la actividad empresarial peruana.
5. Se otorga un papel fundamental en el ámbito socioeconómico al Banco Central de Reserva, con la regulación de la moneda, de los intereses, del mercado de divisas y de la actividad importadora y exportadora.
6. Se norman otros aspectos tales como los recursos naturales, la propiedad, la empresa, la hacienda pública, el régimen agrario y las comunidades campesinas nativas. A este respecto, vale anotar que, esta Constitución establece que dichas comunidades tenían existencia legal y personería jurídica y que eran autónomas en su organización. Asimismo, señalaba que las tierras de las comunidades son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Otra Constitución que destaca por reconocer derechos económicos es la Constitución peruana vigente que cuenta con las siguientes características en materia económica:

1. Si bien se sustenta en la iniciativa privada que es libre, ésta se ejerce al interior de una economía social de mercado.
2. La libertad de empresa como facultad de las personas para invertir y producir a su conveniencia. En el mercado conviven empresas nacionales, internacionales, grandes, medianas y pequeñas.
3. Privatización de empresas que solían ser controladas por entes estatales.
4. El Estado se convierte en un vigilante de la libre competencia, que ha de facilitar, combatiendo toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
5. La libertad de contratación se garantiza disponiéndose que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.
6. La propiedad privada resulta reforzada con la proclamación de que el derecho de propiedad es inviolable.
7. Al igual que la Constitución de 1979, se norman otros aspectos vinculados al tema económico dentro del Título III: ambiente y recursos naturales, propiedad, el régimen tributario y presupuestal, la moneda y la Banca, el régimen agrario y las comunidades campesinas y nativas. (Chanamé, 2013) Respecto a las comunidades campesinas y nativas esta Constitución recorta la protección de sus tierras, al eliminar la inembargabilidad e inalienabilidad de estas.

Por otro lado, es importante destacar las similitudes entre ambas Constituciones por lo que incluso pareciera que la anterior Constitución sigue inmersa en la Constitución de 1993, aunque con algunas variables como por ejemplo el claro liberalismo plasmado en

la Constitución actual o la privatización generalizada de la vida económica donde el Estado es un vigilante de la libre competencia. (Blume, 1997)

2.2. Los recursos naturales: una visión jurídica

En la obra Marco Jurídico-Institucional para el manejo de los Recursos Naturales, el autor Guillermo J. Cano sostiene que: “el derecho y la ley relativos a los recursos naturales, han marchado generalmente a la zaga de los hechos creados por el desarrollo tecnológico.”

Pero cuando el derecho ha tenido que ver en la relación entre el ser humano y los recursos naturales, generalmente el derecho no ha podido estar a la altura de lo que exigían las circunstancias. Esto se debe principalmente a que el problema de dicha relación deja de ser un puro problema jurídico para transformarse en interdisciplinario.

Los juristas por sí solos no son suficientemente eficaces para entender estos problemas, y necesitan de otros científicos y técnicos. Y esto ha sido escasamente entendido por quienes han sido responsables de la formación de juristas. Lo que lleva a un resultado que es aún peor: a que científicos y técnicos ajenos a la ciencia jurídica tengan que o se pongan a escribir leyes.

A pesar de dicha problemática, las normas legales que presiden la propiedad y uso de los recursos naturales y las relaciones entre los hombres respecto de ellos se han desarrollado a través de los siglos, desde las más tempranas etapas de la organización social. Pero lo fueron en relación con cada recurso separadamente, a medida que el hombre tuvo necesidad de usarlos.

Es así como la legislación sobre la tierra es la que primera fue dictada y la que mayor evolución ha tenido, tanto a través de los códigos civiles, como de las leyes sobre tierras públicas y sobre "zonificación" para el uso de tierras particulares.

Cuando el hombre fue necesitando usar otros recursos naturales, y, por tanto, aparecieron otros conflictos de intereses individuales, se desarrollaron nuevos sistemas legales sobre ellos. Y así aparecieron sucesivamente las leyes de aguas, las de minería, las de bosques, las de pesca y las que regulan las industrias energéticas, las de protección de la fauna,

parques y reservas nacionales, las relativas al control artificial del clima y a la contaminación del aire y las referentes a los recursos del mar.

La velocidad de la evolución de esos diferentes sistemas legales varió según el recurso sobre el que versaban y la intensidad de su utilización por el hombre. Y, por lo tanto, por ejemplo, las leyes sobre tierras fueron más completas y tocaron su tema antes y más en profundidad que las de bosques o las de pesca. De tal modo, el grado de desarrollo de los sistemas legales fue, originalmente, disparado.

Vemos que, desde el nacimiento de la regulación jurídica de los recursos naturales, ésta ha estado ligada a su utilización por el hombre. Es así que, en la primera década de este siglo, Gifford Pinchot, ingeniero forestal de Estados Unidos, desarrolló la teoría de la interdependencia recíproca entre los recursos naturales y de los distintos usos de cada uno de ellos entre sí.

Pinchot, explica que un día, mientras recorría a caballo los bosques a su cargo, meditaba sobre la relación del bosque con los ríos y con la navegación interior; con la energía hidroeléctrica y con el control de las inundaciones; con el suelo y su erosión; con el carbón y el petróleo y otros minerales; con la pesca y la caza y con muchos otros posibles usos de los recursos naturales.

"Todos estos problemas —dice Pinchot- no se me habían presentado ¿Qué tiene todo esto que ver con lo forestal y lo forestal con aquello? No son problemas independientes. Mi trabajo me ha llevado a ponerme en contacto con ellos, pero ¿cuál es el vínculo básico entre todos ellos? Súbitamente me cruzó la idea de que hay una unidad en toda esta complicación, que todo el problema radica en la relación de un recurso con los otros: que en ella no hay una serie de cuestiones diferentes, independientes y antagónicas, cada una en su isla separada, como tenemos el hábito de pensarlo, que en su lugar existe un solo problema con muchas facetas. Vistos bajo esta nueva luz, todos esos problemas separados se conglomeraron y pusieron de relieve un único, grande y central problema: el del uso de la Naturaleza para el bien del hombre".

La mencionada teoría dio base al movimiento conservacionista, e incluso a una profusa actividad legislativa, tanto en ámbitos nacionales en Estados Unidos como en el

internacional. La interdependencia a que se refiere está constituida por hechos físicos, cuya importancia se ha agravado últimamente a causa de que el crecimiento demográfico y la aparición constante de nuevas tecnologías, incrementa cuantitativa y cualitativamente los conflictos entre el uso de unos recursos y el de otros, o entre los diferentes usos de un mismo recurso entre sí.

Tales conflictos tienen necesariamente que reflejarse en la legislación. Las leyes que - como se señaló más arriba - antes actuaban como en compartimentos separados sobre los usos de un mismo recurso o sobre distintos recursos naturales pero interconectados entre sí. Así, por ejemplo varios países han dictado códigos de aguas, englobando y sustituyendo a leyes separadas sobre irrigación, abastecimiento de agua potable, navegación, etc.

Otros adoptaron Códigos de Minas, fundiendo leyes que versaban separadamente sobre diversas especies minerales. Hay ahora también leyes sobre la contaminación del aire que atienden a sus diferentes causas, así como leyes sobre la energía, que incluyen las diversas fuentes de su generación.

Esta tendencia hacia la integración de la legislación sobre recursos naturales debe ser estimulada, porque conduce a un mejor uso de tales recursos. No se trata sólo de poner juntas en un mismo volumen todas las leyes sobre recursos naturales, sino de integrarlas en un todo armónico tal como están integradas físicamente en la naturaleza, y que respondan a una sistemática común, es decir que las normas reflejen perfectamente la realidad.

Para Vignolo, el Derecho ambiental peruano intentó definir a los recursos naturales desde una visión de utilitarismo y economicismo promovida por el legislador de la liberalización de la década de los noventa, según la cual quedaría contenida en esta categoría mutable todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado.

}

Esta definición inicial quedó luego compuesta por un grupo típico de supuestos de recursos renovables y no renovables, pero dejando siempre abierta la posibilidad de

incrementar estos elementos a partir de que los operadores puedan encontrar alguna utilidad o forma de darle valor económico sostenible.

Cabe anotar que se acostumbra a clasificar los recursos naturales entre renovables y no renovables:

1. Recursos Renovables: Son recursos no consumibles y que además rinden frutos, con el agregado que la capacidad de renovación de dichos recursos dependerá del aprovechamiento humano sostenible. Se dice que dicho aprovechamiento sostenible se logrará siempre que concurren los siguientes elementos:
 - Cantidad (Cuánto se usa);
 - Modo (Cómo se usa); e,
 - Intensidad (Con qué frecuencia se usa).

2. Recursos no Renovables: Son los recursos que se consumen al ser utilizados, rindiendo productos. Su uso sostenible es primordial para prevenir su agotamiento, ya que la fuente productora no se renueva, evitando daños colaterales al ambiente y sus componentes. (Tejada, 2020)

En cualquier caso, la categorización de un objeto como recurso natural obliga a que todos los intervinientes (incluyendo las organizaciones administrativas y otros Poderes Públicos del Estado), deban respetar un régimen que se sustenta en el fomento a la inversión, procurando un equilibrio dinámico entre el crecimiento económico, la conservación y el desarrollo integral de la persona humana.

Este concepto de clara tendencia funcional ha sido comentado y desarrollado por Pulgar-Vidal a partir del señalamiento de cuatro características sustanciales que permitirían la catalogación de un recurso natural, a saber:

- i. Es un componente de la naturaleza que cumple determinadas condiciones para ser reconocido como tal.

- ii. Una de las condiciones es la posibilidad de ser aprovechado por ser conocido.

- iii. Una segunda condición es que, su aprovechamiento se orienta para la satisfacción de necesidades, lo que implica un nivel de valoración que se refleja en;
- iv. Su valor actual o potencial.

Siguiendo la definición postulada por las Naciones Unidas (ONU, 1970), los recursos naturales se caracterizan por:

- i. Ser proporcionados por la naturaleza;
- ii. Ser capaces de satisfacer las necesidades humanas; y
- iii. Porque su apropiación y transformación dependen del conocimiento científico y tecnológico, así como las posibilidades económicas del Estado donde se encuentran ubicados.

Para la norma peruana, algo tan subjetivo como el paisaje natural, constituye un recurso natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico y, por lo tanto, su explotación, como recurso, se sujeta a la obtención del título autoritativo para tal fin.

Al respecto, debe prestarse atención a lo indicado por Landa, para quien —por ejemplo— el Derecho aplicable sobre la materia forestal permite la utilización de estos recursos “con fines de conservación, en cambio el régimen agrario se ha previsto con fines de explotación económica, ya sea para la industria agraria, agroindustrial, ganadera u otras actividades vinculadas”.

Para Huapaya, en el ordenamiento jurídico peruano, el régimen sobre los recursos naturales, incluyendo la regulación de las potestades estatales sobre aquellos, así como los derechos de los particulares al uso y aprovechamiento de los estos, ha merecido un tratamiento constitucional y un desarrollo legal sectorial extenso.

Así, a nivel constitucional, el artículo 66 de la Constitución de Política del Perú de 1993 dispone lo siguiente:

“Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

Como vemos, el artículo 66 de la Constitución peruana reconoce que los recursos naturales, sean estos renovables o no renovables, son considerados como patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano en su aprovechamiento.

Ahora bien, tal disposición constitucional es desarrollada legislativamente, a través de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley 26821- (en adelante LORN), norma que, pese a su rango legal, forma parte del bloque de constitucionalidad de los “recursos naturales¹”. El artículo 4 de dicha norma dispone lo siguiente:

“Artículo 4.- Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean estos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.”

Como puede advertirse, la citada norma delimita las condiciones para considerar a los recursos naturales como patrimonio de la nación, precisando que estos serán considerados como tales, siempre que se mantengan en su fuente. Por el contrario, una vez que son explotados por los particulares con base en el derecho administrativo concedido por el Estado sobre aquellos, se reconoce el dominio de los titulares de los derechos concedidos respecto de los frutos² y productos³ obtenidos del aprovechamiento de los recursos naturales.

¹ Expediente 0048-2004-AI, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>, (Consulta: 03-06-2020)

² Código Civil. Artículo 890.- Son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia

³ Código Civil. Artículo 894.- Son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien.

Ahora, si bien es cierto no existe una definición normativa sobre los alcances de la expresión que señala que los recursos naturales son “patrimonio de la Nación”, el Tribunal Constitucional del Perú, supremo intérprete de la Constitución, en sostenida y reiterada jurisprudencia, ha analizado la citada disposición constitucional, asociándola a la soberanía del Estado sobre el aprovechamiento de dichos recursos, reconociendo que ella implica el ejercicio de potestades administrativas de gestión, planificación, administración y control de estos, es decir, que el Estado ejerce su dominio público sobre estos.

En efecto, en la Sentencia recaída en el Expediente 0003-2006-PI/TC, el Tribunal reconoció que: “El espectro radioeléctrico [...] Es un recurso natural de dimensiones limitadas. En tanto tal, de conformidad con el artículo 66 de la Constitución, forma parte del patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento, correspondiéndole a este su gestión, planificación, administración y control, con arreglo a la Constitución, la ley y los principios generales del demanio⁴.”

Asimismo, en la Sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC, el Tribunal sostuvo que: “El artículo 66 de la Constitución señala que los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones.

Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribire su exclusivo y particular goce. En ese sentido, los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce⁵.

⁴ Expediente 0003-2006-PI/TC. Fundamento jurídico 4, [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/D58576EDAE031046052575C40062091F/\\$FILE/EXP_00003-2006-AI.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/D58576EDAE031046052575C40062091F/$FILE/EXP_00003-2006-AI.pdf), (Consulta: 03-06-2020)

⁵ Expediente No. 0048-2004-PI/TC. Fundamento jurídico 29, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>, (Consulta: 03-06-2020)

El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.”

Ahora bien, para entender “dominio eminente” es necesario remitirnos a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica de los Recursos Naturales se hace referencia a dicho término, que señala como concepto de dominio eminente a la potestad estatal de regular el desarrollo de la actividad privada ligada al aprovechamiento de los recursos naturales.

No obstante, cabe destacar que, la referencia normativa al dominio del Estado sobre los recursos naturales se encuentra prevista en el artículo 19 de la LORN en los siguientes términos:

“Artículo 19.- Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.”

Sin embargo, al desarrollar los alcances del pretendido “dominio eminente” del Estado sobre los recursos naturales, el Tribunal alude básicamente a la potestad estatal de regular el desarrollo de la actividad privada ligada al aprovechamiento de aquellos, es decir, hace alusión a la noción de soberanía del Estado.

Ello pues, como lo dispone el artículo 6 de la LORN:

“El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos”.

Con ello se observa a través de los años una mayor injerencia del Estado en el control y preservación del uso y explotación de los recursos naturales por parte de los ciudadanos, lo que se explica en:

- i. La necesidad de atender a la conservación de los recursos a través del uso sostenible de los mismos sin llegar al extremo de prohibir su uso;
- ii. La necesidad de definir prioridades para el uso de ciertos recursos respecto de otros. El problema de las prioridades requiere de normas que garanticen la debida contemplación de todos los intereses y derechos en juego y aseguran la primacía a los de mayor interés público;
- iii. El uso óptimo de los recursos naturales para que la mayor cantidad de personas pueda ser beneficiada con su uso y disponibilidad, y
- iv. La explotación directa por el Estado de ciertos recursos que en ocasiones envuelve la prohibición de su explotación por particulares (Cano, 1975)

El empleo de la expresión “dominio eminente” por parte del Tribunal Constitucional Peruano, refleja un concepto de difícil aprensión y encaje con nuestro ordenamiento jurídico administrativo. Sobre todo, porque la propia Constitución señala que los recursos naturales son “Patrimonio de la Nación”. Queda la duda además si es que la Constitución ha adoptado un sistema “patrimonialista” o de “propiedad” sobre los recursos naturales, o, si ha seguido un modelo dominialista o de dominio público sobre tales recursos. Asimismo, si es que efectivamente existe una identificación entre el concepto de dominio eminente, y el dominio público en nuestro derecho (Huapaya, 2014)

Como vemos, no existe en nuestra legislación y jurisprudencia una definición establecida sobre recursos naturales, inclusive esta indefinición se traslada a nuestra Constitución política y a los silencios que ésta ha mantenido sobre los recursos naturales (aunque estas omisiones no hayan sido obligaciones reales del Constituyente), pues sin indicar que son y cuál es su posición en el esquema de relaciones con la biodiversidad biológica, simplemente se les reconoce como patrimonio de la Nación y a continuación se entrega su aprovechamiento al concepto de la soberanía estatal.

Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los

beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribire su exclusivo y particular goce⁶.

Por otro lado, en la legislación estatal especializada aplicable a algunos recursos naturales (las más relevantes por el avance de su sistematización), existe confusión y mixtura entre los términos bien público, uso público, propiedad del Estado (propiedad estatal), patrimonio, dominio público, dominio eminential y las características de protección del dominio público (imprescriptibilidad, inalienabilidad).

Lo que es peor, en muchos de los supuestos de recursos naturales de régimen especial se admite abiertamente la propiedad privada sobre ciertos tipos de elementos (como las tierras forestales), o los frutos o productos obtenidos de los primeros a partir los específicos aprovechamientos habilitados a ciertos particulares (cercano a lo que sucede con los recursos minerales, gasíferos, geotérmicos y petróleo).

Lo señalado anteriormente no sólo incrementa la inseguridad de la falta de definiciones y una base para afrontar la presencia de las evidentes dos formas de titularidad que coexisten en muchos ámbitos, sino que además demuestra la necesidad de diferenciar a los recursos naturales en su fuente, de aquellos otros separados y obtenidos desde el impulso extractivo o transformador de los particulares (siendo esta división una tipología legal sin todavía desarrollo efectivo en ninguna fuente jurídica nacional conocida).

Pero el uso descontrolado de definiciones disímiles también presenta un decisivo impacto negativo en la policía administrativa aplicable al conjunto de estos objetos (que termina siendo instrumentalizada mediante un amasijo de órdenes competenciales de muchísimas organizaciones administrativas y con productos incomprensibles como el uso de la técnica de la autorización y la consecuente relativización del alcance de la concesión).

⁶ Exp. 0048-2004-PI/TC, f.j. 29, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>, (Consulta: 03-06-2020). Esta misma forma de interpretar los artículos constitucionales de los recursos naturales, sin profundidad y literalidad, había sido planteada antes por el propio TC de la siguiente manera: el «artículo 66° de la Constitución, los recursos naturales y renovables, son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento; según el artículo 67° del mismo texto constitucional, es el Estado el que determina la política nacional del ambiente y el que promueve el uso sostenible de los recursos naturales. El Estado, además, está constitucionalmente obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas, a tenor del artículo 68°. En verdad, no sólo el Estado sino que cada uno de los peruanos tienen el deber de proteger los intereses nacionales, tal como lo señala el artículo 38° de la Constitución». Ver la sentencia del TC, recaída en el EXP. N.º 0062000AI/TC, f.j. 2., <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00006-2000-AI.html>, (Consulta: 03-06-2020)

Podemos concluir que, la doctrina define recursos naturales como aquellos elementos a los que el hombre le ha dado una utilidad ya sea directamente o a través de su transformación para la satisfacción o la posible satisfacción de sus necesidades. Sin embargo, no es correcto vincular la satisfacción de necesidades del hombre con un precio en el mercado de dichos recursos ya que existen recursos que están presentes en la naturaleza y son de gran utilidad para la sociedad pero que no están necesariamente vinculados a un valor como, por ejemplo: las plantas medicinales, los parques en las grandes urbes, entre otros.

En ese sentido podríamos afirmar que:

- i. Existen recursos naturales que nos brinda la naturaleza, tienen un valor en el mercado y ayudan al hombre a satisfacer determinadas necesidades.
- ii. Existen recursos naturales que nos brinda la naturaleza y que no tienen un valor en el mercado y también ayudan al hombre a satisfacer determinadas necesidades y,
- iii. Existen recursos naturales que nos brinda la naturaleza sin que necesariamente sean para satisfacer determinadas necesidades del hombre.

Los recursos naturales están presentes en todo nuestro ecosistema, tanto en su estado natural como en su estado como producto tras su manipulación por el hombre. Su valor en el contexto económico internacional es innegable a partir de la verificación de su utilidad económica partiendo del análisis respecto a su necesidad (demanda) en el mercado y de su utilidad social como presupuesto para el desarrollo de la civilización como la conocemos hoy en día. De todo ello, tenemos que no es posible concebir la sociedad moderna de nuestros días, sin el aprovechamiento o uso de los recursos naturales.

Hay que diferenciar técnicamente los elementos naturales de los recursos naturales. Son elementos naturales todas aquellas manifestaciones de la naturaleza, que todavía no ofrecen utilidad al hombre. Son recursos naturales, en cambio, los elementos naturales incorporados al servicio del hombre.

Por otro lado, el citado Tribunal Constitucional indica que los recursos naturales son un conjunto de elementos que tienen como fin la satisfacción de las necesidades humanas y por lo tanto son patrimonio de todos los peruanos. Por lo que, los recursos naturales son propiedad estatal y para su aprovechamiento son necesarias diversas autorizaciones otorgadas por el Estado⁷. Su protección y conservación pueden ser invocadas como causa de necesidad pública, conforme a ley. (Vignolo, 2018)

Además, el Tribunal Constitucional ha determinado que los recursos naturales de todo tipo son un conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general.

Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. En otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar⁸.

Por otro lado, en el artículo 54 de la Constitución Política, el Constituyente ha considerado que el territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. A su turno, en esta misma disposición plantea directamente la categoría del dominio marítimo para explicar la posición de titularidad del Estado sobre el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley (Vignolo, 2018)

Para el caso de los minerales que son recursos naturales no renovables el estado no otorga la propiedad de dicho bien, sino solamente la concesión del subsuelo (recordemos que

⁷ Exp. N° 0048-2004-PI/TC, f.j. 29, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>, (Consulta: 03-06-2020). Esta misma forma de interpretar los artículos constitucionales de los recursos naturales, sin profundidad y literalidad, había sido planteada antes por el propio TC de la siguiente manera: el «artículo 66 de la Constitución, los recursos naturales y renovables, son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento; según el artículo 67 del mismo texto constitucional, es el Estado el que determina la política nacional del ambiente y el que promueve el uso sostenible de los recursos naturales. El Estado, además, está constitucionalmente obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas, a tenor del artículo 68. En verdad, no sólo el Estado, sino que cada uno de los peruanos tienen el deber de proteger los intereses nacionales, tal como lo señala el artículo 38 de la Constitución». Ver la sentencia del TC, recaída en el EXP. N° 0062000AI/TC, f.j. 2., <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00006-2000-AI.html>, (Consulta: 03-06-2020)

⁸ Exp. 0048-2004-PI/TC, f.j. 28, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>, (Consulta: 03-06-2020)

para el caso de la propiedad minera en el Perú se realiza una distinción o separación entre el terreno superficial y los minerales que se encuentran en el subsuelo de dicho terreno superficial) por el que el privado debe pagar el derecho de vigencia y de penalidad de ser el caso.

2.3. Apertura económica e inversión minera

Hasta inicios de 2020, el Perú ha implementado un total de 21 tratados con sus principales socios comerciales logrando posicionarse como uno de los países latinoamericanos con mayor cantidad de Tratados de Libre Comercio- TLC bilaterales firmados, lo que sugiere, según la literatura económica internacional, mayor productividad de la economía de un país, cambios de adaptación en las empresas para mejor aprovechamiento de los mercados que aperturan los TLC, así como una mayor productividad de las empresas que participan y se benefician directamente de los TLC de aquellas empresas que no lo hacen. (Céspedes, Lavado, & Ramírez).

Para llegar hasta este punto de apertura económica es importante repasar las estrategias y políticas económicas implementadas en nuestro país en las últimas décadas.

En los años sesenta nuestro país implementó la estrategia denominada Sustitución de Importaciones que tenía por objeto la promoción de la industria nacional y reducir la relación de interdependencia con países extranjeros.

La estrategia consistía en encarecer las importaciones de productos finales y abaratar las importaciones de insumos intermedios de manera que la industria nacional hiciera uso de estos. Sin embargo, a mediados de la década de los 70 esta estrategia demostró no ser efectiva pues se tradujo en efectos negativos para el país, tales como inflación, endeudamiento, déficits tributarios, entre otros, ya a finales de los años 80 se determinó que lejos de crear industria nacional en nuestro país, la mencionada estrategia dejó una industria nacional débil, incapaz de satisfacer las necesidades de los peruanos e incapaz de competir internacionalmente.

Bajo el gobierno de Velasco Alvarado (1968- 1975) se realizó tal vez la más importante reforma económica en su mandato, la reforma agraria, que pretendía dinamizar la producción agrícola, sin embargo, este objetivo no fue alcanzado y muy por el contrario trajo consigo impactos negativos en el sector agrario tales como el abandono de tierras y la informalidad, además de convertir a nuestro país en importador de alimentos.

Posteriormente, en el periodo llamado de Segunda Etapa del Gobierno Militar, al mando de Francisco Morales Bermúdez se tomaron las siguientes medidas: Renegociación de la deuda externa, ajuste fiscal, promoción de las exportaciones no tradicionales y un cierto grado de liberalización comercial que se vio reflejada en el incremento de las importaciones. Luego, bajo el mandato de Fernando Belaunde Terry, se prosiguió con la liberalización comercial y el control inflacionario ya que fue en este periodo que la inflación llegó a dígitos impensables.

Bajo el mando de Alan García Pérez, el cual tenía las secuelas en el plano económico de los anteriores gobiernos, como alta deuda externa y altos niveles de inflación, además del mal manejo que tuvo dicho presidente en cuanto a temas de política económica se entiende el porqué de la crisis económica de los años 80. Además, se generó una emisión inorgánica de dinero lo que conllevó a un crecimiento de la inflación, y surgen las colas en los mercados y demás centros de abastos.

Ante esto, se realizaron algunas acciones positivas tales como: generación de tasas positivas de crecimiento en la producción, incremento en los salarios y disminución de la inflación, además de reducción en el pago de la deuda externa. Asimismo, en el año 1988 se realizaron los llamados paquetazos que generaban incertidumbre en la población; en el año 1989 se tuvo que restringir el gasto público y crear impuesto de 1% a los débitos en cuenta corriente, con un nivel de salarios en caída y un nivel de inflación cerca de 2800% concluía el gobierno que afrontó la peor crisis económica del país.

A inicios de la década de los 90, al mando de Alberto Fujimori, se articuló un cambio de estrategia comercial para sobrellevar la crisis económica de nuestro país, la misma que estuvo basada en: promoción de exportaciones, derogación de los controles cambiarios y la conquista de mercados internacionales. Además, se implementaron paquetes de

medidas económicas y comerciales que tenían como finalidad corregir los niveles de inflación, seguido de un proceso de privatizaciones y el cuestionado control de natalidad.

Durante el mandato de Alejandro Toledo Manrique (2001–2006), las principales características fueron:

- PBI con tendencia creciente, debido a la ganancia obtenida por exportaciones principalmente de los metales cuyo precio internacional estuvo al alza durante este periodo.
- Las PYMES cobran importancia en la economía peruana, más del 75% de empresas exportadoras eran PYMES.
- El nivel de exportaciones en este periodo creció en un 45% y la inversión privada en 25%.
- El sector minero cobra mayor importancia, en especial respecto del cobre y del zinc.
- El nivel de inflación era estable (entre 2% y 3%).
- Sin embargo, el nivel de desempleo aumentó (pasó de un 8% en el 2001 a un 10.5% en el 2005).
- El nivel de gasto social aumentó pasando de 8% en 2000 a 9.3% en el 2005. Con ello el gobierno de alguna manera protegía los intereses de los trabajadores, ya que el aumento fue principalmente en previsión social.
- Se da la firma de los TLC, Chile, Canadá, Singapur, Tailandia y China.

Para el periodo 2006 – 2011 producto de unas nuevas elecciones, se estuvo nuevamente bajo el mandato de Alan García, en el cual se mantendría la política económica del anterior gobierno, manteniendo a las exportaciones como el principal motor de

crecimiento de la economía nacional. Durante este último periodo el ritmo de crecimiento fue positivo a pesar de la crisis financiera internacional que se sufría en esos años.

Posteriormente bajo el mando de Ollanta Humala Tasso (2011- 2016), se continuó con la política de Libre Comercio. Es importante destacar que durante este periodo se produjeron más de 200 conflictos sociales de los cuales el 70.8% son de tipo socio ambiental relacionado con la minería. Los proyectos mineros más importantes que no se llegaron a concretar fueron Tía María, Conga y las Bambas, los que afectaron directamente a la economía. (Campana, 2017)

2.4. Desafíos de la actividad minera en el Perú

Las inversiones mineras hoy en día acceden a regiones y zonas que hasta hace muy poco eran consideradas como restringidas: Por ejemplo, es el caso de Mongolia que ha permitido el ingreso de inversionistas extranjeras a sus territorios para la eventual explotación de recursos naturales.

La apertura económica de la mayoría de los países latinoamericanos en desarrollo durante la década de 1990 generó la modificación de sus códigos mineros para atraer la inversión en este sector. Chile fue líder de este cambio, seguido luego por países como Perú y Argentina.

Los principales cambios consistieron en eliminar la discriminación contra los capitales extranjeros, brindar libre disponibilidad de las utilidades conseguidas, reducir las tasas impositivas, e incluir facilidades e incentivos para la importación de equipos, así como esquemas de depreciación acelerada y dispensación del pago de impuestos hasta la recuperación de la inversión, entre otras medidas.

Los resultados de estos nuevos códigos mineros más flexibles no se hicieron esperar. Pronto, varios países —entre ellos el Perú— empezaron a recibir grandes inversiones mineras.

Sin embargo, transcurridos los años, este resurgimiento de la actividad minera no generó los beneficios esperados. A ello se sumó una nueva cultura social y ambiental en torno a las industrias extractivas, que planteó nuevos retos para una actividad de gran impacto como es la minería.

Es el caso del hallazgo de minerales dentro de territorios de diversos ecosistemas que a causa de la extracción minera aparecen fuertemente presionados: Podemos citar el caso de los páramos, los sistemas de lagunas, las cabeceras de cuenca, la Amazonía y los glaciares, entre otros. Esta presencia viene generando un intenso debate sobre la necesidad de conservar estos ecosistemas y se proponen iniciativas como la ley que busca proteger los glaciares en Argentina, la protección de la reserva de biosfera del Yasuní en la Amazonía ecuatoriana, la prohibición de minería aurífera a cielo abierto en Costa Rica, entre otros.

A su vez, esta nueva tendencia en lo social y ambiental coincidió con un boom de la minería que implica nuevos y mayores yacimientos, así como nuevas prácticas de recuperación de los minerales, y por ello, eventualmente, impactos ambientales inesperados.

Como resultado se fue creando un rechazo hacia la industria, debido a su influencia e impacto ambiental y al poco respeto que algunas empresas mostraban por los derechos humanos de las poblaciones cercanas a los yacimientos mineros.

Por lo que se iniciaron procesos de consulta internacional, dos de los cuales lograron una mejor articulación entre las demandas y los reparos internacionales a las actividades extractivas y las iniciativas del sector.

El primer proceso de consulta internacional se inició con el lanzamiento del Proyecto Minería, Minerales y Desarrollo Sostenible (MMSD), iniciado en el año 2000 por el Comité Económico Mundial para el Desarrollo Sustentable (World Business Council for Sustainable Development), como parte de un conjunto de proyectos respaldados por la Iniciativa Global para la Minería (Global Mining Initiative) que estaba constituida por nueve de las más importantes empresas mineras a nivel global.

El proyecto del MMSD se centró en responder ocho preguntas clave, denominadas inicialmente “ocho grandes desafíos que debe abordar el sector de los minerales en su transición hacia el desarrollo sustentable”.

En el caso de América Latina, el equipo de investigación regional transformó estos desafíos en diecisiete temas clave sobre minería y desarrollo sostenible en la región. El informe global del proceso enfatiza la necesidad que tendría la industria de implementar de manera eficaz los principios de la participación informada de las comunidades locales, así como ser partícipes activos en la formulación, ejecución y seguimiento de planes de desarrollo local sostenible.

Estas conclusiones del MMSD fueron adoptadas por la industria en la Declaración de Toronto (mayo del 2002), junto con una declaración del Consejo Internacional de la Minería y la Metalurgia (ICMM, International Council on Mining & Metals) que hace un llamado a la industria minera a cumplir con estos nuevos paradigmas, de tal manera de alinear al sector en el sendero del desarrollo sostenible.

El segundo proceso se centró en la Revisión de las Industrias Extractivas (conocida como EIR, por sus siglas en inglés), realizada por el Banco Mundial (“Striking a Better Balance”).

En esta Revisión se concluye que existen hasta cuatro maneras de abordar la pobreza en el contexto de las industrias extractivas: Primero, promover el desarrollo ‘pro pobre’, internalizando los costos ambientales en los costos de producción mediante la selección del proceso y la tecnología, con la guía de una reglamentación apropiada, para maximizar los beneficios sociales netos.

Segundo, promover la equidad y asegurar una “administración pública solvente”, enfatizando el desarrollo de las capacidades de gestión pública en los gobiernos de los países ricos en minerales.

Tercero, que las industrias extractivas contribuyan al desarrollo comunitario asegurando la existencia de programas apropiados para soportar el desarrollo que ayudará a incrementar las capacidades de la comunidad y a instaurar medios de vida sostenibles.

Finalmente, que las industrias extractivas “reconozcan, respeten y promuevan los derechos humanos”, asegurando que los proyectos de las industrias extractivas no se emprendan sin el reconocimiento y pleno respeto a los derechos humanos de las personas, comunidades y pueblos indígenas afectados, y que se incluya la verificación participativa de dichos derechos dentro de los esquemas de monitoreo y evaluación.

En el escenario global minero nuevos actores comenzaron a tener una influencia importante en diferentes regiones. Empresas chinas, brasileñas, de la India, aparecen disputando el rol protagónico de los grandes grupos mineros de Europa, Oceanía y América del Norte. El caso más notorio es el de las empresas mineras chinas que se muestran como una de las más dinámicas en el escenario global.

Gracias a la autonomía financiera que le da el importante fondo China Investment Corp, las empresas chinas no sólo han avanzado en el control de importantes proyectos mineros en todo el mundo, también vienen realizando adquisiciones de empresas mineras de talla mundial: algunos ejemplos de esta tendencia ha sido la compra de la empresa australiana Félix Resources por la china Yanzhou Coal Mining; o la de la también australiana OZ Minerals por Minmetals Nonferrous Metals. Además, Chinalco ha adquirido el 17.2% de Teck Cominco y el 15% de Noble Group. Sin discusión, las inversiones chinas han fortalecido su presencia en la minería mundial.

Por otro lado, las reformas del principio de los años noventa se inscriben en el movimiento de redefinición del rol del Estado que caracterizó las dos últimas décadas en América Latina.

En contraste con el Estado, auto centrado, intervencionista y desarrollista, que pretendía actuar sobre la sociedad e impulsar desde arriba el cambio social, y del cual el régimen militar de los años setenta en el Perú fue una figura extrema, se presupone que el nuevo Estado opte por interactuar con la sociedad.

No se trata, como lo podría hacer suponer la reducción de su burocracia, la eliminación de controles del mercado y el retraimiento de sus actividades empresariales, del Estado minimalista soñado por algunos, sino de una redefinición de sus modos de acción con la

adquisición de nuevas capacidades de negociación, y el afianzamiento de su nuevo rol estratégico en la competitividad nacional.

El otro elemento es mejorar la competitividad de sus economías. Los resultados logrados en el sector minero, tanto en la captación de flujos de inversiones extranjeras como en el crecimiento de la producción y la exportación de minerales, son una ilustración del éxito, en este terreno específico, de la nueva posición estratégica del Estado.

Al mismo tiempo, la recurrencia de conflictos que el Estado intenta solucionar o transformar caso por caso, de manera tardía y cuando ya se ha establecido un clima de desconfianza y una situación de polarización, ilustra los graves déficits existentes en el régimen de gobernanza vigente.

Pese al carácter relativamente reciente del debate sobre la gobernanza y al hecho de que este término y los conceptos que le son asociados no se han estabilizado todavía, numerosos autores coinciden en definirlo como el “proceso de coordinación de actores, de grupos sociales, de instituciones que no son todas estatales ni aún públicas para alcanzar objetivos propios, debatidos y definidos colectivamente en entornos fragmentados, inciertos”.

Las nuevas formas de gobernanza representan algo de nuevo y diferente en relación con los sistemas tradicionales de gobierno. Sin embargo, el Estado permanece como actor-clave para la promoción y la búsqueda del interés colectivo aun si su rol y sus funciones están llamados a transformarse.

En lo que se refiere directamente a la denominada “gobernanza ambiental”, podemos identificar a algunos de estos actores e instancias que interactúan o inciden en diversos grados y niveles, a distancia o de cerca, en la definición de las normas, la toma de decisiones, la implementación de las políticas y el tratamiento de los conflictos:

- a) A nivel global, las instituciones financieras internacionales, diferentes organismos de las Naciones Unidas, redes y agencias de cooperación comprometidas en cuestiones ambientales o en la defensa de los derechos

humanos, los directorios y accionistas de las empresas mineras transnacionales, atentos y reactivos al movimiento de los precios de los metales en el mercado y al comportamiento de las bolsas de valores, el espacio virtual configurado por una constelación de páginas web de todo tipo, y también una serie de pactos, acuerdos y convenciones entre instituciones y/o estados en torno a las normas que enmarcan, aun cuando no tienen fuerza de ley, el ejercicio de la responsabilidad social empresarial.

- b) En la escena nacional, diversas burocracias estatales y las instancias de gobierno, las empresas mineras y sus gremios (SNMPE, CONFIEP y otros grupos), sus consultores y proveedores de servicios, los medios que contribuyen a crear una opinión pública, los colegios profesionales, organismos no gubernamentales y otras organizaciones de la sociedad civil, foros de intercambio, que a menudo apuntan a modificar las leyes u obtener resoluciones desde los organismos centrales del gobierno que afectan las acciones locales: un debate muchas veces técnico, con opciones políticas y visiones diferentes sobre el desarrollo de los espacios locales, pero también del país.
- c) En los espacios territoriales subnacionales, a nivel regional y local, las instancias del gobierno regional, las universidades, las iglesias, los organismos no gubernamentales de promoción del desarrollo, las cámaras de comercio, etc.

En el ámbito donde operan las industrias extractivas, las organizaciones de la vida cotidiana del mundo rural, rondas y comunidades campesinas, organizaciones de productores y regantes; en los centros urbanos, las autoridades municipales, las organizaciones vecinales o comerciales, las comunidades eclesiales, las mesas de concertación de lucha contra la pobreza y otras organizaciones de segundo grado, federaciones y frente de defensa, donde participan muchas veces jóvenes universitarios, agentes pastorales y profesionales.

En posición focal en dicho escenario, las empresas mineras mismas (gerencia y trabajadores) interfieren en un mundo que habitualmente no las incluye y al que interpelan forzosa y diferenciadamente, obligándolo a una respuesta.

- d) El Ministerio de Energía y Minas, instancia sectorial, es la máxima autoridad en la regulación de las actividades extractivas. Amparado en el carácter dual de la propiedad de la tierra (propiedad privada o colectiva del suelo, propiedad estatal del subsuelo), promueve la adquisición de derechos mineros y establece contratos.

Elabora la normativa ambiental y fiscaliza su aplicación, otorga la licencia de operación y, salvo en el caso de los mecanismos de participación ciudadana (audiencias públicas), como paso previo a la aprobación de los estudios de impacto ambiental, el conjunto de sus acciones tiene como único destinatario e interlocutor a la empresa minera.

No tiene en sus atribuciones impulsar o incidir en la planificación de estrategias de desarrollo y de lucha contra la pobreza en los territorios en que la industria minera opera. Menos aún la responsabilidad de implementar programas de fortalecimiento de capacidades de negociación de las comunidades territoriales locales; tampoco la de vigilar el cumplimiento de los acuerdos de compensación y/o de participación en los beneficios entre la empresa y las colectividades locales implicadas. Todo esto provoca la ausencia del Estado o una lejanía del espacio social y territorial donde opera la empresa minera.

Es sintomático que, en toda esta situación, la participación o el rol proactivo del Estado no sea mencionado o normado en el cumplimiento del compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras, establecido a iniciativa de Beatriz Merino cuando presidía el Consejo de Ministros; norma que, por otra parte, carece de un sistema de indicadores y de monitoreo.

Dicho dispositivo, sin embargo, representa un salto cualitativo de una visión sectorial hacia una visión territorial del desarrollo, al incluir en los petitorios para la obtención de las concesiones un compromiso previo en forma de declaración jurada para:

- a) Actuar con respeto frente a las instituciones, autoridades, culturas y costumbres locales, manteniendo una relación propicia con la población del área de influencia de la operación minera.
- b) Mantener un diálogo continuo y oportuno con las autoridades regionales y locales, la población y sus organismos representativos, alcanzándoles información sobre sus actividades en el área de influencia de la operación minera.
- c) Lograr con estas poblaciones una institucionalidad para el desarrollo local en caso se inicie la explotación del recurso, elaborando para tal efecto estudios y colaborando en la creación de oportunidades de desarrollo más allá de la vida de la actividad minera.

Existe ahora en la ciencias sociales y en las instancias privadas y públicas de desarrollo un amplio consenso en considerar que el territorio, conjunto espacial de gente y de instituciones, con su historia y sus costumbres, sus recursos humanos y naturales, sus relaciones con otros territorios, no es un espacio físico “objetivamente existente” sino una construcción social; es decir, “un conjunto de relaciones sociales que dan origen y a la vez expresan una identidad y un sentido de propósito compartidos por múltiples agentes públicos y privados”.

De allí el interés de enmarcar acciones y estrategias en una visión multidimensional del territorio (que debería ser el eje de los términos de referencia de las evaluaciones ambientales y los estudios de impacto ambiental), que dé cuenta de los diversos componentes que lo conforman y que constituyen dimensiones básicas del desarrollo territorial local: ambiental, vinculada a los recursos naturales y a la sostenibilidad de los modelos adoptados en el mediano y largo plazo; económica, referida a la creación, acumulación y distribución de riqueza, y en la que destaca el elemento de competitividad; social y cultural, vinculada a la calidad de vida, a la equidad, a la integración social; y política e institucional referida a la gobernanza del territorio y a la definición de un proyecto colectivo específico, sustentado en los propios actores locales, y en la que destaca la promoción de las capacidades ciudadanas.

Asimismo, y a base de un enfoque transectorial del desarrollo local, se requiere definir lineamientos y crear mecanismos de integración de las políticas sectoriales, puesto que es el territorio, como espacio, la instancia donde se pueden integrar y coordinar los factores que determinan el desarrollo.

La elaboración participativa e implementación de planes de ordenamiento territorial, al nivel local, regional y nacional, que permitan establecer las condiciones de uso y ocupación del territorio y de sus componentes, de manera que estas actividades se realicen de acuerdo con las características ecológicas, económicas, culturales y sociales de estos espacios, tiene en este sentido una importancia crucial.

Su finalidad es la de ser un “instrumento orientador de acciones integradas, dirigidas a lograr acciones de desarrollo sostenibles en un espacio territorial determinado”. Por otro lado, reubicar en un marco transectorial el sistema de decisión en la regulación ambiental y social de las industrias extractivas a fin de superar sus deficiencias conceptuales y mejorar su consistencia exige cambios en el andamiaje institucional.

En lo inmediato, y de manera modesta, presupone llevar a cabo coordinaciones, o mejor un trabajo en red, entre diversos sectores del actual aparato estatal a dos niveles:

- i. A nivel local y luego de una desconcentración de diversas competencias y funciones del Ministerio de Energía y Minas, asociado a los de otros sectores (Agricultura, Salud u otros), según lo exijan las circunstancias y la magnitud y complejidad del proyecto minero. O sea una presencia en el terreno desde el inicio del proyecto minero para informar en forma oportuna y adecuada a la comunidad local sobre su alcance, los beneficios potenciales, compensaciones, creación de servicios locales, redistribución del canon y de las regalías, las probables pérdidas de tierras agrícolas o de pastoreo, los riesgos que mitigar o compensar, las expectativas moderadas que se debe tener en torno a la creación de empleo no especializado por la mina, y también en relación con el interés y posibilidad de instaurar procesos participativos y compartir información en la fase de elaboración del EIA.

En definitiva, una capacitación y una ayuda para establecer los principios directores que regirán las futuras relaciones con la mina. Luego, y en la perspectiva de prevenir y solucionar los conflictos, promocionando o asesorando espacios de concertación y el seguimiento y monitoreo de la aplicación de las normas, tanto legales como las que corresponden al ejercicio de la responsabilidad social y de la implementación de sus códigos de buena conducta.

- ii. Al nivel nacional, asociar en forma obligatoria y vinculante –no sólo como ahora, mediante comunicación o consultas técnicas o orientadoras– a otras instituciones, tales como el Ministerio de Agricultura y el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), el Ministerio de Salud y su Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), o el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), tanto en la elaboración de los términos de referencia de los EIA como en la fase de decisión y aprobación de estos.

Este primer avance hacia una regulación transectorial y territorial de la gran minería va a la par con una actualización y un enriquecimiento del contenido de los EIA, a fin de que la dimensión social de los impactos de la actividad minera, sobre el modo de vivir y producir en el territorio involucrado, no sea, como ahora, un apéndice residual, sino un componente autónomo y ampliamente elaborado, que responda a metodologías que deben ser precisadas y afinadas.

El reciente informe del Banco Mundial sobre las dimensiones ambientales y sociales del sector minero peruano sugiere que, al igual que en otros países, se elabore y presente en forma separada un Estudio de Impacto Social (EIS) para acompañar y complementar el EIA.

Sostiene que, a base de este IES, se podría debatir y evaluar en forma integrada “los impactos indirectos y acumulados sobre la situación socioeconómica, la demografía, la salud pública, la diferenciación y estructura social, los estilos de vida y la cultura”. Este primer paso hacia una desectorialización de la regulación de la industria minera permitiría, a base de un trabajo pluridisciplinario, mejorar la calidad de la toma de decisión desde la perspectiva ambiental y social.

Contribuiría además a atenuar el alto grado de desconfianza de la población hacia la poca transparencia en la actual toma de decisiones, en donde el MEM es el único que decide en lo que se refiere a aspectos centrales de la gestión ambiental. Sin embargo, queda el hecho de que el promotor del proyecto, definiendo ex ante el estudio del impacto, y con el control a priori de la información de todos los aspectos técnicos, beneficia con una ventaja considerable a las poblaciones involucradas, que se encuentran frente a un hecho cumplido y cuya reacción es a menudo el rechazo total del proyecto.

Para evitar estas situaciones y lograr una aceptabilidad y una legitimidad de los proyectos y de las decisiones, una mejor gobernanza es necesaria. La participación de los actores interesados en las sucesivas etapas del proceso de decisión favorecería la concertación real de los diferentes actores, la toma en cuenta de puntos de vista diversos, la transparencia y el establecimiento de un clima de confianza entre los diferentes actores.

Considerando que la evaluación ambiental y el EIA deben aspirar a ser un proceso destinado a resguardar que las opciones tomadas sean ambiental y socialmente sostenibles, y no un mero requisito para obtener permisos del Estado, Manuel Pulgar Vidal y otros especialistas del derecho ambiental argumentan que el EIA debería ser considerado, en primer lugar, como una herramienta de gestión ambiental y social que favorezca la participación en:

- i. La selección de los proyectos según sus impactos ambientales y sociales;
- ii. El diseño de los mismos;
- iii. El proceso de toma de decisión.

Desarrollar las capacidades de gobernanza territorial local es una de las lecciones que se desprende del análisis de los conflictos socioambientales vinculados a la extensión de la minería es que las soluciones tecnocráticas a los problemas ambientales no son viables sin una consulta, un apoyo y una participación política de las poblaciones directamente implicadas. De allí la importancia de que la autoridad institucionalice nuevos espacios

políticos en los cuales el Estado construye una capacidad y una legitimidad para intervenir.

La redistribución de las funciones y de las competencias en el proceso de descentralización hacia las regiones y las municipalidades va en esta dirección, mientras que la instauración de mecanismos de participación a varios niveles muestra la necesidad y la voluntad de establecer nuevas reglas de juego en las relaciones con la sociedad civil.

La descentralización supone que se den medidas en dos niveles diferentes: desde una perspectiva administrativa, que privilegia la organización técnica de los servicios gubernamentales, y desde una perspectiva política, que valoriza la necesidad de mejorar el alcance de la auto gobernanza para las comunidades locales, lo que representa una evolución hacia el reconocimiento de la importancia de los actores locales, en vista a transferirles elementos de autonomía política y administrativa.

En este contexto, la base de la gobernanza democrática a nivel local tiende a ser entendida como el proceso en el que las autoridades municipales y regionales despliegan sus capacidades para articular e involucrar a la sociedad civil en una propuesta de desarrollo concertada, estableciendo mecanismos y espacios para su participación en la toma de decisiones de las prioridades del desarrollo local y regional. Es un escenario atravesado, por cierto, por contradicciones y tensiones, pero también por arreglos, acuerdos y cooperación. La minería, por su naturaleza, es la actividad que mayor centralismo genera en la institucionalidad pública a cargo de su regulación.

Sin embargo, la mayoría de sus impactos afectan el territorio local. En estas condiciones, “negar a los gobiernos locales la capacidad de definir sus propias estrategias, políticas y acciones respecto a dicha actividad, y negarle el rol de articuladores del diálogo entre los operadores mineros es desconocer su potencial de acercar a las partes”. Fortalezas en la institucionalidad local, densidad en el tejido de organizaciones locales, existencia de agendas de interés temático, espacios y mecanismos de participación y concertación en funcionamiento, son factores que deberían dar forma y representación a los intereses locales frente a la actividad minera.

Al contrario, la debilidad de las capacidades de gobernanza en numerosas colectividades andinas alejadas, que no disponen de los recursos y competencias que necesitarían para asociarse eficazmente con las empresas extractivas, plantea desafíos considerables para la gestión de los efectos de sus actividades sobre la sociedad, los derechos de la persona y el medio ambiente.

Esto acentúa la pertinencia mencionada más arriba: desde el inicio de la fase de exploración y aun antes del primer contacto entre la empresa y la comunidad local, el Estado debe liderar procesos de información y de capacitación en torno a las características y alcances del proyecto minero, los derechos de la colectividad y de sus miembros, y propiciar debates en torno a los principios directores que regirán las futuras relaciones con la mina.

Esto incluye, en particular en los casos más críticos, realizar acciones y programas de empoderamiento. Crear capacidades para que las comunidades locales puedan negociar e intervenir en relaciones constructivas con las empresas mineras es un paso esencial para temperar en algo las enormes asimetrías que existen entre unas y otras en el acceso al poder político, al mercado y la información.

En este sentido, me parece particularmente acertada la recomendación reciente del Banco Mundial al gobierno peruano, en la que se plantea que para cada proyecto minero “el gobierno debe evaluar las necesidades específicas de capacitación y luego desarrollar un proceso para apoyar las actividades de capacitación en beneficio de las partes interesadas en cada localidad” (Banco Mundial, 2005).

Ciertamente, los organismos no gubernamentales, como terceros independientes, pueden tener un rol central en la construcción de capacidades, la canalización de información y, como lo ilustra el caso de Tintaya, la creación de condiciones para el diálogo y la articulación de la participación de organismos externos a una localidad en la transformación de conflictos socioambientales.

La situación no es estática. Se puede esperar efectos positivos –en torno al empoderamiento, a la adquisición de capacidades de negociación y a la gobernanza en los lugares más alejados de la capital– de los procesos en curso de participación de la

sociedad civil en la elaboración de los planes de desarrollo concertado y presupuestos regionales, provinciales y distritales. Los planes de desarrollo concertados elaborados – entre otros– por una constelación de distritos rurales y serranos representan un considerable esfuerzo colectivo para identificar recursos, oportunidades y objetivos estratégicos.

Asimismo, y a pesar de un conjunto de restricciones, limitaciones e incoherencias, la elaboración de los presupuestos participativos ha sido en numerosos casos una provechosa experiencia de aprendizaje. En determinados casos, la impulsión descentralizadora ha colocado a los diversos actores locales en una situación donde no se trata simplemente de aplicar las leyes, sino de contribuir a producir ellos mismos normas formales e informales en vista a reglamentar el acceso y la organización de la esfera pública; espacio que según la terminología de Habermas (1989) se caracterizaría por la presencia de concertación, de intercambios de informaciones, de comunicaciones, y por la aceptación de las controversias y debates.

Sin embargo, el fortalecimiento de las capacidades locales para administrar y gestionar su territorio es una condición necesaria pero no suficiente para un desarrollo sustantivo de los procesos de gobernanza en los escenarios donde interviene la actividad minera. El desafío es construir un nuevo modelo de relaciones intersectoriales entre empresas, comunidades y gobierno.

Otro componente es la forma en que las colectividades y comunidades locales recibirán los beneficios de la minería, lo que pone a prueba la disposición y la capacidad de las empresas a desarrollar en forma creíble relaciones de confianza con la población y la determinación del Estado para mejorar la calidad del sistema de inversión pública. Se puede observar una cierta evolución en la actitud de las empresas mineras frente al problema.

Si bien por su fuerza, dinámica y objetivos están poco preparadas o no se muestren proclives a una interlocución horizontal, sí se viene tomando conciencia en algunos sectores de que ninguna actividad será viable si no existe un mínimo de transparencia y de confianza construida, y de que la minería no puede ser impuesta a la fuerza, y necesariamente requiere de una aceptación social.

Sin embargo, persisten, como lo evidencia el análisis de la situación en Cajamarca, reticencias desde las empresas a concertar con los que aparecen como una amenaza a sus intereses y podrían ser un obstáculo para su expansión, dificultando e impidiendo las condiciones que permitirían construir con ellos una agenda común.

El convenio para el aporte voluntario (2007) ofrece a las empresas que lo suscribirán la oportunidad de demostrar su capacidad de transitar de la visión unilateral que tienen del desarrollo a una visión compartida con los otros actores locales y regionales. Del lado del Estado, el reto es más fuerte, difuso y pluridimensional.

Queda por evaluar los resultados de las medidas en curso o proyectadas, desde la transferencia de la fiscalización de las actividades mineras en materia ambiental del Ministerio de Energía y Minas al OSINERGMIN hasta la creación de condiciones que permitan lograr que las inversiones públicas con recursos recaudados en el sector promuevan eficazmente el desarrollo local sostenible, en acuerdo con los planes existentes en el nivel regional y local. La cuestión de fondo para el Estado es superar su impotencia reguladora frente a lógicas que él mismo ha ayudado a introducir (Echave, y otros, 2009)

La minería es una pieza trascendental para el crecimiento económico en nuestro país, ello debido a los vastos minerales que existen en nuestro suelo y a la alta calidad de estos. El boom minero en el Perú repunta en el año 2005 debido principalmente a la flexibilidad en las exportaciones, suscripción de TLC y a las nuevas políticas liberales económicas. Sólo en ese año, las rentas por minería representaban el 12,7% del PBI total del país.

Los beneficios de la minería en el país se reflejan en su contribución a las exportaciones y a la recaudación tributaria. El presidente de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE), Manuel Fumagalli, señala que las mineras aportan el 20% de la recaudación del Impuesto a la Renta y que entre 2009 y 2018 pagaron unos S/ 85,000 millones de soles en impuestos y otros gravámenes. Esto es clave para explicar el desarrollo de las regiones debido a las transferencias de rentas por canon, regalías y derechos de vigencia.

Sin embargo, estas transferencias se han concentrado en pocas regiones ya que sólo cuatro (Ancash, Arequipa, La Libertad y Cajamarca) acumulan más del 50%, otro punto negativo en cuanto a cómo hacer llegar estos montos a las regiones es la falta de capacidad de gasto por parte de las autoridades. Por otro lado, otro actor muy favorecido con las transferencias han sido las universidades públicas. En el periodo 2015-2017 se destinaron S/ 1,759 millones esto es el 78% de lo entregado a todos los gobiernos regionales para el 2017. Cabe indicar que el presupuesto asignado a universidades es muy variable, por ejemplo, entre 2015 y 2017, las transferencias anuales cayeron de S/ 690 a S/ 469 millones.

Otro beneficio importante de la actividad minera se aprecia respecto al empleo nacional, la minería representa alrededor del 1% de la población económicamente activa (PEA) ocupada. Actualmente, se emplean 196,123 trabajadores, casi 120,000 más que hace 10 años. Se estima que 63,217 han sido empleados directamente por las empresas mineras, mientras que contratistas o proveedores que les brindan bienes y servicios a las mineras han contratado a 122,769, lo que agrega bastante dinamismo alrededor de esta actividad.

La empleabilidad en el sector minero puede analizarse para cada subproceso de la cadena de valor: exploración, explotación, productos finales, logística de salida y comercialización. Estas actividades son llevadas a cabo por 1,635 empresas proveedoras aproximadamente a nivel nacional, de las cuales el 88% (1,438) participa en explotación de recursos. A esta actividad le siguen la exploración y comercialización en el mercado nacional, efectuadas por el 81% y 46% de empresas, respectivamente. Sin embargo, sólo un número reducido de cinco proveedores son los que internacionalmente participan en todos los procesos de la cadena de valor. Asimismo, la actividad minera es uno de los sectores económicos que más aporta al desarrollo tecnológico y de la investigación en el país.

Por otro lado, se proyecta que la cantidad de pequeñas mineras y mineras artesanales siga creciendo en los próximos años, como consecuencia de los beneficios que brinda el proceso de formalización a mineras informales en temas de productividad y competitividad. Si bien el proceso de formalización minera viene siendo lento en la región, la formalización de estas unidades productivas tiene beneficios importantes sobre la recaudación tributaria.

El Perú es el tercer país productor de cobre y zinc, el cuarto en la producción de plomo y el quinto en la producción de oro. Tal nivel de actividad podría ser un instrumento importante para mejorar los medios de vida de las poblaciones en las zonas aledañas.

No obstante, en las áreas en las que se concentra la minería, la evidencia de efectos positivos sobre la reducción de la pobreza y el desarrollo sostenible de los medios de vida es débil, especialmente en las áreas rurales lo que conlleva a una percepción negativa de la minería por parte de la población. (Bury 2004; Bebbington y Bury 2009; Gil 2009).

Para Omar Narrea, en la década de los setenta del siglo pasado ideas como “enfermedad holandesa” y “captura de rentas” concluían que países con recursos naturales obtenían menos beneficios que aquellos sin estos recursos. Como resalta, el rápido crecimiento del PBI per cápita de países sin territorios para la actividad extractiva como Corea del Sur, en marcada diferencia con Perú y Chile, parecía confirmar estas ideas.

Gelb (1988) incluso planteó la paradoja de la “maldición de los recursos”, popularizada por Sachs y Andrew (1995) para criticar a estas actividades como motor de desarrollo. Auty (2001) y De Soysa y Neumayer (2007) señalan que cuando hay actividades extractivas los países empiezan a depender más de estos recursos que de los impuestos generados por las empresas y los ciudadanos, por lo que al final el Estado no siente la presión de “rendir cuentas” de sus gastos.

Esto puede conllevar la toma de decisiones públicas que prioricen el aumento de las rentas provenientes de los recursos mineros antes que estrategias para dinamizar los demás sectores económicos. Collier, Hoeffler y Rohner (2009) identifican que en contextos de abundancia presupuestal surgen políticas populistas que terminan retrasando la institucionalidad que necesita un país para administrar eficientemente sus finanzas públicas.

Desde otra perspectiva. Gelb y Grasmann (2010) reconocen la débil gobernabilidad como una de las causas de la “maldición de los recursos”, pero destacan que Indonesia, Chile y Malasia supieron aprovechar estas rentas para diseñar políticas que fortalecieron el crecimiento de sus países y la sostenibilidad de sus recursos.

Con esta lógica, su enfoque apuntó a que los recursos naturales pueden ser vistos como catalizadores de resultados que previamente no se alcanzaban por la mala gobernanza. Así, países bien administrados pueden aprovechar la ventana de oportunidades de poseer abundantes recursos naturales.

Si bien es cierto, la minería realiza millonarios aportes a diversas municipalidades y actores sociales, infelizmente no se ha logrado mejorar la cara de la minería ante los peruanos generando rechazo por parte de la mayoría, a ello se agrega el aprovechamiento de algunos actores políticos y asesores legales de este impase de las grandes mineras para desinformar a la población con la finalidad de obtener beneficios económicos personales.

En este contexto, el papel del Estado es fundamental para definir el avance de los grandes proyectos mineros, cuidando el medio ambiente y beneficiando a los ciudadanos que se vean directamente perjudicados con el desarrollo de la minería. Sin embargo, en varios casos en los que la minería se encuentra en expansión, los arreglos institucionales no han resultado apropiados para asegurar que las ganancias generadas sean transformadas en niveles de desarrollo humano y calidad ambiental que garanticen reducciones sostenidas de la pobreza y de la inequidad.

Por lo general, los mecanismos para garantizar la transparencia respecto de las cantidades de dinero generadas por la minería, su uso y distribución son débiles (Collier 2007; Humphreys et al. 2007; Ross 2008). A esto se agrega, la ineficiencia estatal para agilizar los procesos para obtención de permisos, licencias sociales y ambientales, que además de perjudicar y retrasar los grandes proyectos mineros, generan un clima de desconfianza en la población. (Narrea, 2018). Estas limitaciones institucionales ayudan a explicar el creciente malestar social hacia la expansión minera.

Otro factor que resulta determinante para explicar este rechazo es el desconocimiento de las técnicas modernas de explotación minera que sí respetan el medio ambiente y que responden inclusive a estándares internacionales y la ineficiente comunicación o traducción de las grandes mineras de dichas técnicas a las poblaciones locales, lo cual genera mayor desconfianza.

Al mismo tiempo, la recurrencia de conflictos que el Estado intenta solucionar o transformar caso por caso, de manera tardía y cuando ya se ha establecido un clima de desconfianza y una situación de polarización, ilustra los graves déficits existentes en el régimen de gobernanza vigente.

Cuando se inicia el saneamiento y reconocimiento de la zona donde posiblemente operará el futuro proyecto minero, el Estado no acompaña a los actores sociales para tratar de acercar y de alguna manera neutralizar la abismal diferencia de información entre las compañías mineras y los pobladores, sino que este primer acercamiento se realiza directamente.

Si bien es cierto, esta negociación ocurre entre particulares donde el Estado no debería tener injerencia, al tratarse de proyectos de interés nacional el Estado podría hacer un mayor esfuerzo en amortiguar el acercamiento y propiciar un clima donde desde el minuto cero participen todos los actores involucrados. (Echave, y otros, 2009).

Pero no todo es negativo, pues el gobierno peruano ha diseñado políticas que promueven una mejor distribución de los beneficios de los ingresos provenientes de la minería a favor de las comunidades en las que hay operaciones mineras. Asimismo, ha generado políticas y mecanismos para asegurar una participación de la sociedad civil en temas relacionados con la minería. También se ha esforzado por mejorar el manejo ambiental mediante el perfeccionamiento del marco legal y de la participación de la sociedad civil.

En cuanto a las organizaciones de la sociedad civil peruana, estas han organizado diversas iniciativas que promueven una participación informada de las poblaciones en todos los temas relacionados con las industrias extractivas, desde las etapas iniciales del proyecto extractivo hasta su cierre; asimismo, respaldan las actividades que tengan como objetivo incrementar la transparencia y la rendición de cuentas de las empresas y del Estado (Glave & Kuramoto, 2020)

El poder articular la conservación del medio ambiente, la preservación de nuestros recursos, el conocimiento y beneficio de las poblaciones y comunidades, la generación de recursos para el Estado a través de aportes por tributos de las grandes mineras y hacer viable económicamente un proyecto para los inversionistas resulta un desafío mayúsculo

y bastante singular, dada la gran asimetría que existe entre los actores involucrados, algunos de los cuales poseen de lejos mayor información y poder que otros. Contar con las instituciones correctas es fundamental para incrementar la posibilidad de que la actividad minera pueda contribuir a conseguir medios de vida sostenibles y alcanzar un desarrollo local también sostenible. (Bebbington & Bury, 2010). Además, debe existir una clara voluntad de parte de todos los actores y transparencia en sus motivaciones.

Por otro lado, el gobierno peruano ha diseñado políticas que promueven una mejor distribución de los beneficios de los ingresos provenientes de la minería a favor de las comunidades en las que hay operaciones mineras. Asimismo, ha generado políticas y mecanismos para asegurar una participación de la sociedad civil en temas relacionados con la minería. También se ha esforzado por mejorar el manejo ambiental mediante el perfeccionamiento del marco legal y de la participación de la sociedad civil.

En cuanto a las organizaciones de la sociedad civil peruana, éstas han organizado diversas iniciativas que promueven una participación informada de las poblaciones en todos los temas relacionados con las industrias extractivas, desde las etapas iniciales del proyecto extractivo hasta su cierre; asimismo, respaldan las actividades que tengan como objetivo incrementar la transparencia y la rendición de cuentas de las empresas y del Estado.

Capítulo III

La consulta previa

3.1. Naturaleza de la consulta previa

Si bien la consulta previa busca garantizar los derechos colectivos de la población indígena, es importante tener en cuenta que convive con otras formas de participación y diálogo, tanto aquellas exclusivas de los pueblos indígenas como otras que se aplican de manera general a toda la población.

En tal sentido, los acuerdos derivados de los procesos de consulta deben enmarcarse en mecanismos de participación permanente que permitan desarrollar la gestión de la medida en coordinación con las organizaciones indígenas involucradas.

Teniendo en cuenta que la consulta previa no es el fin último, sino más bien una herramienta de salvaguarda de otros derechos, el debate no solo debe estar centrado en cómo lograr mejores acuerdos, sino también en cómo lograr que los mismos sean implementados de manera articulada con las políticas nacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Desde la visión del gobierno peruano, generalizar el uso de la consulta previa para todas las instancias de relacionamiento con colectivos indígenas puede generar un conjunto de acuerdos insustanciales y difíciles de monitorear.

Por ello, la consulta previa es concebida como una herramienta central, pero de ninguna manera exclusiva, para garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Pero para que la Ley de la Consulta Previa cumpla con el propósito de convertirse en bisagra entre el Estado y los pueblos indígenas, debe haber un mejor reordenamiento de roles y un mayor compromiso de los sectores involucrados respecto a su implementación.

La Ley de Consulta Previa no debe ser vista como un sustituto para la inclusión de la población indígena en otros mecanismos de participación y toma de decisiones.

La consulta no puede substituir los esfuerzos de Estado por mejorar la representatividad de la población indígena en procesos electorales, por ejemplo, pues éstos les permiten elevar sus visiones y anhelos de desarrollo a la agenda nacional, lo cual no solo mejora las condiciones de un proyecto o medida específica, sino que cambia los términos de su inclusión social (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, 2016)

Un aspecto que genera un alto grado de controversia es el resultado de la consulta. Como establece el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, la consulta debe efectuarse con la finalidad de “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. El artículo 19 del mismo cuerpo de leyes, añade el carácter “previo e informado” que este consentimiento debe tener. Ello, sin embargo, no implica que el consentimiento sea el único resultado al que se deba llegar.

En efecto, como en toda negociación puede no alcanzarse un acuerdo. En este sentido, se debe tener presente que, como regla general, corresponde al Estado como garante de los derechos humanos dentro de su jurisdicción tomar la decisión final.

Existen diversas definiciones sobre la Consulta Previa, que los diferentes grupos de interés sostienen, cada uno de acuerdo con sus propios intereses y convicciones. Mientras que las entidades estatales consideran a la Consulta como un mero “acto informativo” de las decisiones tomadas por el gobierno y las organizaciones indígenas reiteran su posición de que una verdadera consulta solicitaría “la aprobación o no”, a los pueblos indígenas, de los proyectos legislativos, administrativos o de inversión; el sector empresarial considera innecesarias este tipo de consultas. No obstante, la existencia de diferencias sustanciales, entre las posiciones del gobierno y la de los pueblos indígenas, ambos han considerado como un factor de la Consulta, el “diálogo”.

En el trabajo de Emily Greenspan, denominado “Estrategias para mejorar las Consultas del Estado con los Pueblos Indígenas de la Amazonía”, realiza algunas citas referidas a la consulta:

“La consulta con el propósito de sólo informar puede en ocasiones llevar a una mayor rentabilidad en el corto plazo, pero el desarrollo sostenible debe basarse en la inclusión de todas las partes”

“La Consulta es una relación de dos vías en la cual los ciudadanos brindan retroalimentación al gobierno”.

“Aunque no exista una definición estándar del término “consulta”, generalmente significa más que simplemente proporcionar información sobre lo que una agencia planea hacer, permitiendo que las personas involucradas comenten. Por el contrario, “consulta” generalmente significa que debe hacer una comunicación de dos vías.”

La Consulta Previa no cuenta con una definición oficial, sin embargo, los expertos comparten la visión de que la consulta signifique más que una provisión de información y creen que el término implica que cada parte involucrada debería considerar el punto de vista del otro, aun cuando finalmente sea el Estado quien tome la decisión final de la implementación del proyecto.

La consulta previa es un derecho de los pueblos indígenas y comunidades nativas por el cual deben ser consultados sobre medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarles directamente, como su nombre lo indica, la consulta previa debe llevarse a cabo con antelación a la aprobación de tales medidas.

La consulta es realizada por el Estado quien debe garantizar que se lleve a cabo mediante procedimientos apropiados y eficaces. Desde mi punto de vista, este es el primer gran problema en la implementación de la consulta previa en nuestro país puesto que es el estado y no una tercera entidad imparcial quien determina si una medida debe o no debe ser consultada, si bien es cierto en nuestro país contamos con el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, esta entidad estatal no cuenta con representación indígena por lo que no se podría considerar una entidad imparcial.

Mediante la consulta previa, la población de comunidades andinas y nativas tienen la oportunidad de participar de un diálogo intercultural con el Estado, donde éste debe

informar de la manera más clara posible la normativa que se pretende implementar, escuchando las inquietudes de la población, para llegar a acuerdos que protejan sus derechos en relación con la medida consultada.

Este diálogo intercultural no puede reducirse a una búsqueda de opiniones mayoritarias y minoritarias o de buscar cuál posición es la posición “ganadora”, sino que debe ser entendido como un proceso que busca obtener acuerdos, consentimientos y consensos.

De manera general y aproximativa podemos establecer como definición convencional del derecho a la consulta previa, como la facultad que tienen los pueblos indígenas y comunidades nativas para ser consultados por el Estado sobre los proyectos que el gobierno tiene pensado aplicar, con el objeto de evaluar, estudiar y analizar los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su vida y cultura.

Dentro de este marco, los pueblos indígenas y comunidades nativas podrán expresar su consentimiento al proyecto consultado o hacer llegar sus observaciones y alternativas, para que el Estado, en muestra de equidad y respeto, las considere, en aras de llegar a un acuerdo con dichos pueblos.

Por otro lado, tratándose de normas y/o proyectos que han sido pensados y desarrollados en interés de toda la Nación, el Estado tiene el deber de hacer llegar la medida de la forma más clara posible, de fomentar el diálogo y el entendimiento, no con el objetivo de convencer, pero sí para que se deje con transparencia la intención del Estado de beneficiar a todos, incluyéndolos, de las medidas que piensa adoptar, cualquiera sea su campo o ámbito de acción (económico, social, político, cultural, educativo, laboral, salud, justicia, etc.).

La consulta previa actúa, además, como instrumento o mecanismo asegurador de derecho. Ese mecanismo es la garantía de la participación de las comunidades indígenas y nativas en la toma de decisiones sobre las medidas legislativas y administrativas que el Estado peruano implementa; así como el respeto a sus derechos colectivos e individuales, y su subsistencia como grupo social.

Con respecto a la naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa, podemos afirmar que es un derecho fundamental “de naturaleza jurídica colectiva”, ya que para poder ejercerlo a plenitud es necesaria la participación de todos los integrantes de la comunidad.

Además, el derecho de consulta previa es de naturaleza colectiva porque protege a grupos minoritarios, siendo en este caso los pueblos indígenas y comunidades nativas, enmarcándose en los derechos fundamentales de tercera generación, esta categoría de derechos nos vincula a todos, se caracterizan por su naturaleza solidaria y universal y porque en cuanto a su violación, no es posible determinar específicamente quiénes serían los afectados.

Definir la naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa implica establecer sus orígenes y los alcances de estos, cuya naturaleza y esencia es definida por el derecho fundamental. La consulta previa, al estar relacionada con la protección de derechos como la identidad, la integridad étnica y cultural, o la participación representativa, es un derecho fundamental “de naturaleza jurídica colectiva”, ya que para su pleno ejercicio es necesario la participación de todos los integrantes a la comunidad.

Los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos, y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales. De este modo, por ejemplo, los derechos colectivos de los pueblos indígenas y comunidades nativas implican y protegen el derecho individual a la cultura de cada persona.

El derecho colectivo a un medio ambiente sano ampara tanto la salud de la comunidad como la de cada uno de los individuos que la forman. Sin embargo, los derechos colectivos son indivisibles: son derechos del grupo, y de todos y cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de solo uno o algunos de ellos, con abstracción del grupo. (ANGLES, 2014)

Al haber definido la naturaleza colectiva del derecho a la consulta previa, es necesario desarrollar los principios que lo conforman, como: igualdad, es decir, la no discriminación o aislamiento; la dignidad, o sea, el estado social a ser tratados como sujetos y no como objetos; y la autodeterminación, que se basa en las decisiones propias

de la población a establecer un desarrollo social, político, económico, para su comunidad, o mantener el estatus que llevan, no concibiéndose esta autodeterminación como potestad para ser entes aislados u independientes del aparato estatal.

Respecto de los fundamentos del derecho a la Consulta, se pueden encontrar algunos sustentos que resultan importantes citarlos, así, por ejemplo, Raquel Yrigoyen Fajardo, reconocida abogada por la PUCP con Especialización en derecho consuetudinario indígena por la Universidad Nacional Autónoma de México, menciona que: “Los derechos de participación, consulta y consentimiento se fundan en el principio de que los pueblos indígenas tienen igual dignidad a todos los pueblos y culturas, y tienen igual capacidad a todos los pueblos para controlar sus instituciones y determinar libremente sus formas de vida y modelo de desarrollo. Este principio sienta nuevas bases para la relación entre el Estado y los pueblos indígenas, las que permiten superar el modelo de tutela indígena basado en la ideología colonial de la minoridad o incapacidad indígena.”

De lo expuesto por Yrigoyen Fajardo, podemos proponer que dentro de estos fundamentos se combinan a su vez, tres principios fundamentales:

- i. Igualdad, en cuanto los pueblos indígenas tienen iguales derechos y libertades reconocidas a los otros pueblos (occidentales), incluyendo el derecho a igual trato y a beneficiarse, como cualquier ciudadano del estado en que viven, del desarrollo económico y del progreso de otra índole. También deben reflejar las aspiraciones de los pueblos indígenas de proteger, mantener y desarrollar sus culturas e identidades, costumbres, tradiciones e instituciones.
- ii. Dignidad, en cuanto al cuestionamiento y rechazo de un modelo tutelar a los pueblos indígenas que los disminuye y limita como pueblos, como producto de políticas asimilacionistas, excluyentes y discriminatorias; siendo el respeto del ser humano y la dignidad de éste, el fin supremo de las sociedades y los Estados, corresponde robustecer y darle contenido a este principio, en cuanto a su aplicación a los pueblos indígenas; y
- iii. Autodeterminación, por el reconocimiento a las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus instituciones, formas de vida y modelos de desarrollo.

Conforme a las Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas, elaboradas por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo en febrero del 2008, la consulta es una expresión del derecho a la libre determinación⁸², que debe ser promovido por todo Estado a través de diversas medidas, con observancia de los derechos humanos.

Sin embargo, consideramos que la autodeterminación de los pueblos indígenas se ve limitada por el propio Convenio N° 169 OIT, e inclusive por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el primero en el Art. 1.3 al señalar que, “el término de pueblos no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicancia alguna respecto de los derechos que se confieren a dicho término en el derecho internacional”; y la segunda, en su Art. 46, cuando determina que nada de lo señalado en la declaración se debe interpretar en el sentido de conferir a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar actos contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni el sentido de que autoriza o fomenta acciones para el quebrantamiento o menoscabo de la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos e independientes.

Asimismo, de lo contenido en la normativa, podemos entender que existirían al menos tres tipos de Consulta:

- Para medidas legislativas.
- Para medidas administrativas, y,
- Para fines de exploración y explotación de recursos naturales.

Al existir diferentes tipos de consulta previa para las diferentes disposiciones o proyectos que se pretenden implementar y que puedan causar impacto en la vida de las poblaciones nativas y comunidades indígenas, hacen que no sea posible establecer un procedimiento estándar, para todas las consultas, sino que, dependiendo de la medida que se piense aplicar, la consulta podrá darse en uno o varios momentos, por ejemplo si la medida es legislativa será realizada la consulta en un solo momento, mientras que si se trata de una

medida que implique actividad extractiva, esta se hará en cada etapa determinante del proceso extractivo (Congreso de la República del Perú, 2008-2009)

3.2. Consulta previa y licencia social

El derecho a la consulta se diferencia del derecho a la información, cuya titularidad corresponde a la ciudadanía en general para que pueda acceder a información que se encuentra bajo control del Estado, de manera oportuna, completa, accesible y sin justificación de causa. El derecho a la consulta es más amplio en tanto que no sólo implica la obligación de informar sobre los alcances de la medida, sino que además buscar proponer, debatir y alcanzar acuerdos en relación con la misma.

De igual forma, se debe diferenciar el derecho a la consulta del derecho a la participación, cuyo ejercicio permite —a la población en general— intervenir activamente en los diversos procesos de desarrollo en los que se vea involucrada, desde su elaboración hasta su ejecución. En el caso específico de los pueblos indígenas y tribales, constituye su derecho a participar de:

- i. Las acciones del gobierno con miras a proteger sus derechos, así como en la vida política económica, social y cultural del Estado al que pertenecen.
- ii. Las decisiones de las entidades estatales que son responsables de planes, políticas y programas que puedan involucrar sus derechos, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones y,
- iii. Los planes, políticas y programas que puedan afectarles directamente, e inclusive administrar los mismos mediante sus propias instituciones.

La consulta previa es un derecho del que gozan las comunidades indígenas y nativas. Por otro lado, es importante anotar el concepto de la licencia social y las diferencias y similitudes con el derecho de consulta previa puesto que son comúnmente confundidas por el grueso de la población.

El autor Espinal de la Cruz define a la licencia social como: “la aprobación que da una determinada comunidad a la forma como una persona natural o jurídica desarrolla su actividad extractiva, a diferencia de las licencias otorgadas por el Estado, está no se rige por ningún documento, ni su logro se refleja en alguna constancia”.

Al hablar de comunidad y red de grupos de interés, implica que la licencia no es otorgada solamente por un grupo u organización, sino, por una red de grupos de individuos. Por otro lado, las características de la licencia social según el autor Lama, desarrolladas en su tesis Máster Europeo en Gerencia y Administración, son las siguientes:

- i. Se debe determinar el ámbito geográfico.
- ii. Es otorgada por las comunidades y los diferentes grupos de interés que se consideren afectados de alguna manera.
- iii. Es individual, con esto quiero decir que una misma empresa minera puede tener licencia social para el proyecto “x”, pero no para el proyecto “y”.
- iv. Esta licencia social se encuentra presente durante toda la vida del proyecto minero y no se encuentra presente de forma escrita sino, se refleja en la relación que mantienen las empresas mineras y las comunidades y los diferentes grupos de interés que forman parte de la zona de influencia directa e indirecta.
- v. Los temas que engloba el otorgamiento de la licencia social no solo son impactos ambientales sino también: sociales, económicos, desarrollo, capacidad humana, etc.

El término licencia social hace referencia a un contrato social intangible, verbal y tácito, con la sociedad, que permite a una empresa entrar a una comunidad, iniciar y/o continuar sus operaciones y/o proyectos.

La licencia social es la aprobación que otorga un determinado grupo social al proyecto o ejecución de proyecto de una empresa que puede afectar su entorno y vida social, este

grupo social es entendido como el conjunto de ciudadanos de una comunidad no necesariamente indígena, nativa o campesina.

La licencia social no se obtiene yendo a un ministerio del Gobierno o haciendo algún procedimiento administrativo, sino que se obtiene de la amplia aceptación de las actividades de la empresa que pretende obtener la licencia social por parte de la sociedad o las comunidades locales.

Sin esta aprobación una empresa puede incurrir en serios retrasos y sobrecostos, por lo que resulta importante que las empresas privadas definan cuáles son los grupos de interés o stakeholders de sus compañías o de los proyectos que desarrollan, pues estos están en condiciones de dar o de retirar su consentimiento para la ejecución de sus proyectos.

También deben establecerse cuáles son los criterios y aspectos que tienen en consideración cada uno de los grupos de interés, así como sus necesidades, para asegurar el otorgamiento de la licencia social para operar a la empresa, así como su continuidad (Sicoli, 2016)

Actualmente, en el país, las obligaciones legales no siempre representan los requerimientos y de la sociedad, ya que en muchas ocasiones los impactos generados como consecuencia de las actividades empresariales, aun sin estar tipificados como contrarios a la ley, podrían ser censurados públicamente.

Como resultado, los ejecutivos de las corporaciones cada vez más hablan sobre la importancia de operar en concordancia con la licencia social de la población afectada o interesada. A pesar de que no existe una única definición de licencia social, se han identificado algunos puntos comunes que permiten su caracterización:

- 1) Lleva bastante tiempo conseguirla, pero se puede perder con facilidad.
- 2) No implica que todos los grupos de interés apoyen al proyecto o actúen de manera consensuada, pero permite reconocer al menos a la población mayoritaria que acepta el proyecto.

- 3) Se basa en las creencias de la población local y de otros grupos que se interesen en el proyecto o actividad.
- 4) Se suele otorgar a cada proyecto individualmente. Es por esto que una empresa podría contar con la licencia para desarrollar una actividad, pero no para otro proyecto.

Por lo pronto, el término licencia social no forma parte del ordenamiento jurídico peruano. Es preciso que, como sociedad, insistamos en la percepción de licencia social como un conjunto de relaciones dinámicas entre empresas y grupos de interés, orientadas a la aprobación continua o amplia aceptación de un proyecto de inversión. (Escobedo, 2020)

El autor Thomson establece que existen cuatro niveles, para la obtención de la licencia social, en los cuales se puede ubicar el trato que existe entre las comunidades y los titulares de una concesión minera, respecto a un proyecto minero a ejecutar en un espacio geográfico determinado.

- i. Nivel de retención o retirada: El nivel de rechazo de una licencia social, es el peor escenario posible, esto se da cuando la comunidad no otorga ningún nivel de licencia social para proceder, como ejemplos tenemos, el caso del proyecto Conga en Cajamarca y Tía María en Arequipa.

Dentro de este nivel encontramos el criterio de frontera de legitimidad, la cual nos dice que la forma como una compañía minera gane legitimidad es divulgando información acerca de quién es, qué hace, escucha las preocupaciones de la comunidad y sigue las normas, costumbres y prácticas locales, oficiales y no oficiales.

La omisión de involucrar a todos los segmentos de la comunidad (jóvenes, viejos, hombres, mujeres, etc.), informarlos y solicitar la opinión de estos, es a menudo vista como evidencia de ilegitimidad por los actores excluidos.

- ii. Nivel de aceptación: Cuando una compañía cuenta con legitimidad, la respuesta de la comunidad es considerar sus propuestas. Esto constituye el nivel de

aceptación de la licencia social, el cual es el objeto de cualquier titular minero en el Perú. Dentro de este nivel se tiene el criterio de la frontera de credibilidad, el cual se basa en la confianza.

Esta credibilidad ganada por los titulares mineros proviene de la apertura y transparencia en la provisión de información y toma de decisiones y en la capacidad de respuesta de la compañía a las preocupaciones y pedidos de las comunidades; reduciendo el riesgo de sentimientos de discriminación o marginación.

- iii. Nivel de Aprobación: Es decir que la compañía al haber establecido tanto la legitimidad como la credibilidad, es probable que la comunidad le otorgue la aprobación al proyecto, es decir la compañía minera habría asegurado el acceso a los recursos que necesita.

Este nivel de licencia social representa la ausencia de riesgo socio – político, en este punto se encuentra presente el criterio de la frontera de confianza total, es decir, obtener por parte de las comunidades una confianza más amplia y profunda.

A fin de obtener la confianza absoluta, una compañía minera tiene que ir más allá que solo cumplir con sus promesas, por ejemplo: Antapaccay tiene un convenio Marco con la Provincia de Espinar, para determinar qué proyectos necesita la Provincia para poder desarrollarse, este Convenio Marco, va más allá de lo establecido por las normas socio – ambientales reguladas por el Estado peruano, podría decirse que el Convenio Marco nace del concepto de Responsabilidad Social Empresarial que tiene el titular minero, porque el fin que persigue dicho Convenio es la creación de proyectos que sean viables en el tiempo.

- iv. Nivel de Copropiedad: El nivel de copropiedad se refiere a cuando la comunidad percibe que la compañía minera es totalmente confiable, toma responsabilidad por el éxito del proyecto minero, psicológicamente hablando, ambas partes llegan a ver a este nivel como un arreglo de “copropiedad”. Los límites de la

responsabilidad de cada parte son claros, como también los criterios de la decisión final.

La evolución de la licencia social puede ser entendida desde el enfoque del crecimiento de la participación de las comunidades en la toma de decisiones. Esta mayor participación de las comunidades en la toma de decisiones de los proyectos de la industria extractiva rompió con el viejo esquema de la relación dual Estado-Empresa. Según puntualizó Osay (2003), la relación es compartida por tres actores: a) Estado, (b) empresa, y (c) comunidad.

Un antecedente a la participación ciudadana se encuentra en el síndrome Not In My BackYard (NIMBY), el origen, según Burningham, Barnett, y Thrush (2006), fue en el año 1980 y suponen que este fue acuñado por Walter Rodgers de la Sociedad Americana Nuclear. Martín-Crespo (como se citó en Pascual & De Uribe Salazar, 2012) definió un NIMBY como la “resistencia que provocan entre la población ciertas instalaciones o emplazamientos asociados a diferentes factores de riesgo”.

En resumen, el síndrome NIMBY, es decir, el aquí no, sintetiza y describe la reacción de la ciudadanía organizada para oponerse y manifestar su negativa y su rechazo a proyectos de instalación de infraestructuras, servicios o equipamientos que son considerados como potencialmente peligrosos o desagradables en su entorno inmediato, generalmente por razonamientos como pérdida de valor de viviendas o fincas rústicas, menos tranquilidad y mayor conflictividad en el barrio o municipio, alternación del paisaje, malos olores, entre otros. Es decir, oposición a instalaciones que presentan unos beneficios significativos para toda la comunidad, pero a expensas de los vecindarios más próximos (Pascual & De Uribe-Salazar, 2012).

Según señalaron Thomson y Boutilier (2011), durante los 90, los proyectos mineros estaban determinados por la relación dual empresa- Estado, el Estado determinaba las reglas de adquisición o pérdida del derecho minero y la empresa mantenía el derecho adquirido cumpliendo con la normativa legal.

Además, señalaron que en esos años la industria minera se encontraba en su momento más crítico, bajo un minucioso escrutinio debido a la ocurrencia de una serie de fallas,

derrames, y conflictos. Es en este contexto que empieza a definirse el término de licencia social.

Según señalaron Thomson y Boutilier (2011), en el año 1997, durante una reunión con personal del Banco Mundial (BM) en Washington, Jim Cooney, por entonces director de Asuntos Internacionales y Públicos de Placer Dómer, propuso que la industria minera tenía que actuar de manera positiva para recuperar su reputación y obtener una licencia social mediante un proceso que comenzaría en el nivel de minas y proyectos individuales, que con el tiempo crearía una cultura y perfil públicos para la industria minera.

Etapa Estado-empresa-comunidad: En esta etapa, la licencia social aparece como un instrumento de participación democrática de las comunidades en la toma de decisiones acerca de los proyectos mineros que los afectan directamente. Espinal (2011) consideró la licencia social como un mecanismo moderno de democracia social incorporado en los nuevos tratados internacionales, relacionados principalmente con el cuidado y sostenimiento del medioambiente y su entorno.

Esto se observó en las primeras definiciones de la licencia social del Banco Mundial (como se citó en Pike, 2012), quien la definió como la adquisición mediante el consentimiento libre, previo, e informado de las comunidades locales y los stakeholders; aparecen en esa época otras definiciones, pero según señaló Salim (como se citó en Shepard, 2008), son derivaciones primarias de consentimiento libre, previo, e informado de las poblaciones indígenas y las comunidades locales mediante acuerdos mutuos.

En este marco, la licencia consistió en el desarrollo de un proceso de consulta de forma democrática. Conforme el concepto evoluciona y deja de ser visto como la mera aprobación por parte de la comunidad y de los grupos de interés consolidados, se convirtió en la búsqueda de una aceptación y mantenimiento continuo a través del ciclo de vida del proyecto.

En la revista *Negocios para la Responsabilidad Social* (como se citó en Thomson & Boutilier, 2011), la licencia social es definida como existente cuando una mina o proyecto tiene la aprobación continua de la comunidad local y otros grupos de interés. Joyce y Thomson (como se citó en Thomson & Boutilier, 2011) lo consideraron existente si tenía

una aprobación continua o amplia aceptación social, y se adiciona el concepto de LSO en la medida en la cual las empresas están limitadas a lograr las expectativas sociales y evitar medidas o ejecuciones que la sociedad, o elementos dentro de ella, consideran inaceptables, ya sea que estas se encuentren o no comprendidas en la ley (Gunningham, Kagan, & Thorton, 2004).

Finalmente, Thomson y Boutilier (2011) señalaron que, en ocasiones, la licencia social puede trascender la mera aprobación cuando una porción substancial de la comunidad y otros grupos de interés incorporan a la mina o proyecto en su identidad colectiva. Agregaron que es en este nivel de relación que la comunidad se transforma en promotor o defensor de la mina o proyecto puesto que se consideran copropietarios de la misma y emocionalmente sienten que el futuro de la mina o proyecto les pertenece.

Etapa desarrollo sostenible: En esta última etapa la comunidad toma una mayor importancia y se produce un cambio de roles en la sociedad en donde, paulatinamente, va creciendo el empoderamiento de las comunidades. Prno y Slocombe (2012) señalaron que la licencia social se convirtió en un requisito exigido por las comunidades, independientes de los requisitos legales para su explotación.

Además, agregaron, esta tendencia ha sido impulsada por el creciente paradigma del desarrollo sostenible y por los cambios de actores en la gobernanza. Esto último fue señalado debido al incremento de la transferencia de los roles de las autoridades del Gobierno hacia otras organizaciones no gubernamentales. Lo cual obliga a revisar el tema desde una nueva perspectiva, como las de las teorías de gobernanza y sostenibilidad.

Para ciertos sectores de la población, el que sus autoridades invoquen la licencia social, sin precisar qué rol cumple este concepto dentro de las políticas públicas, dejaría abierta la posibilidad de una autorización social en el otorgamiento de concesiones.

Dicha percepción, apenas confrontada con la realidad de un ordenamiento jurídico que subraya que el Estado tiene autonomía en fijar las condiciones de utilización de los recursos naturales, así como su otorgamiento a particulares (artículo 66 de la Constitución), puede desembocar en más conflictos y de mayor intensidad.

Por eso, el Estado tiene una gran responsabilidad en el respaldo de la legitimidad, credibilidad y confianza como elementos auténticos de la licencia social, en lugar de asimilar este concepto al cumplimiento de requisitos legales y la obtención de autorizaciones (licencias) inalterables.

Incluso, el expresidente de Newmont Mining Corporation, Pierre Lassonde, es consciente de la naturaleza dinámica de la licencia social al señalar que «uno no obtiene la licencia social yendo a un ministerio de gobierno y completando una solicitud, o simplemente pagando una tarifa. Se necesita mucho más que dinero para llegar a ser verdaderamente parte de las comunidades en las que uno opera».

Hay que insistir en la licencia social como un conjunto de relaciones dinámicas y continuas entre empresas y grupos de interés, orientadas a la aprobación continua o amplia aceptación de un proyecto de inversión. Conflictos como los de Minas Conga e Inambari, al igual que la mayoría de las disputas socioambientales reportadas por la Defensoría del Pueblo, son un claro ejemplo de lo mucho que hay que trabajar para conseguir una licencia social de la población (Escobedo, 2020)

La licencia social se obtiene cuando las comunidades dan su consentimiento para que se inicie la actividad de un proyecto sobre sus territorios, implica la participación de las comunidades y un diálogo entre ellas, la empresa y representantes del Estado.

Como vemos, la licencia social es un mecanismo que busca proteger los intereses de las comunidades en general en cuanto la ley de consulta previa se creó para proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios exclusivamente. Podemos decir que a pesar de que no tengan un fin en común, ambas persiguen lo mismo: evitar que se generen los conflictos sociales (Espinoza, 2018)

También, podemos determinar que la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios considera como actores involucrados al Estado y a los pueblos indígenas u originarios, dejando de lado a los titulares mineros y la población en general; en esto difiere del proceso de licencia social donde los actores son: las comunidades, los titulares mineros o empresas privadas y el Estado.

Asimismo, vemos que el ejercicio del derecho de consulta previa acaba luego de haber ejecutado el proceso de consulta, en cambio la licencia social nunca acaba, dado que su presencia dura el tiempo que opere la mina o se ejecute el proyecto.

Asimismo, el encargado de iniciar el proceso de consulta previa es el Estado o las comunidades, en cambio el encargado de iniciar el diálogo para la obtención de la licencia social es el titular minero o empresario privado, dado que es el interesado en establecerlo. (Pullchz, 2020)

La consulta previa es ejercida a través del cumplimiento de pasos establecidos por la Ley de la Consulta Previa- Ley N° 29785 y su Reglamento; en cambio en el caso de la licencia social, ésta no cuenta con pasos establecidos en norma alguna, debido que depende de diferentes variantes como: las circunstancias del momento específico, la confianza que el titular minero o el empresario privado brinde, la transparencia, el tema político del momento, etc.

En cuanto a las similitudes entre consulta previa y licencia social podemos agregar que en ambos casos sus actores sociales directos (comunidades indígenas y nativas y población afectada en general) pueden ser perjudicados por los usos que hacen o el Estado o la empresa privada de sus propiedades y, por tal motivo, deben ser informados. (Bobadilla, García, Lavado, & Núñez, 2013)

Finalmente, podemos afirmar que la licencia social no es un derecho por sí mismo como sí lo es la consulta previa, ya que la licencia social no se encuentra regulada en ninguna norma en nuestro país, ya sea ley, decreto, tratado, etc. ni en nuestra Constitución.

Consulta y consentimiento, ambos son derechos autónomos y ambos están regulados en el Convenio 169 y en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. La consulta abre un espacio de diálogo, en el cual los pueblos indígenas tienen la posibilidad de expresar su posición y el Estado de considerar sus opiniones, aunque sean contrarias a la medida propuesta.

Es decir, la consulta promueve que el gobierno atienda a los verdaderos requerimientos de los pueblos indígenas afectados, que reflexione sobre ellos y que emita una decisión fundada en caso de que decida ejecutar la medida a pesar de su negativa u observaciones.

3.3. Legislación internacional y jurisprudencia constitucional

INSTRUMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	DISPOSICIONES SOBRE CONSULTA PREVIA
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo- OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes	Artículos 6, 15, 16, 17, 22, 27 y 28
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	Artículos 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38
Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos	Artículos 18 y 31.
Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	Artículos XVIII, XX, XXIII y XXIX
Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos	Artículo 39
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	Artículo 5
Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Artículo 1 y 15
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Artículo 1 y 27
Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	Artículos 7 y 14
Convención sobre los Derechos del Niño	Artículo 2, 5, 15, 30 y 32
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	Artículos 1, 3, 9, 26 y 29

(Defensoría del Pueblo, 2017)

La consulta previa a los pueblos indígenas y tribales de las medidas legislativas y administrativas de los Estados constituye una obligación que han adquirido los países que son parte del Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante Convenio 169–. En un sentido similar, aunque partiendo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como el Pacto de San José, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado la obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales. Finalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas –en adelante, la Declaración–, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, constituye un instrumento internacional no vinculante, cuyo contenido viene inspirando el desarrollo de la normativa nacional sobre pueblos indígenas.

De las normas mencionadas es el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en adelante Convenio N° 169 OIT, la “norma madre” y principal fuente del derecho a la consulta. Este Convenio fue aprobado el 27 de junio de 1989, entró en vigor el 5 de setiembre de 1991, ha sido ratificado por todos los países socios del proyecto⁹ e incorporado a la legislación peruana, al haber sido ratificado por el Congreso de la República.

El Convenio N° 169 OIT es la fuente primigenia y fuente obligatoria por excelencia, porque es la primera norma en considerar y reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas y comunidades nativas para mejor atender la situación de invisibilidad en la que han vivido por muchos años estos pueblos y que los ha venido afectando por parte de los Estados¹⁰ y, además de ser la norma fuente sobre el derecho a la consulta

⁹ A noviembre de 2014, el Convenio núm. 169 ha sido ratificado por 22 países, la mayoría de nuestra región: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y la República Bolivariana de Venezuela, además de Dinamarca, España, Fiji, Nepal, Noruega, los Países Bajos y República Centroafricana.

El 13 de setiembre de 2007, el Convenio núm. 169 resultó reforzado mediante la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada con una amplísima mayoría, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Con esta adopción, culminó un proceso de más de dos décadas encabezado y promovido por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas

OIT, Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf (Consulta: 13-07-2020)

¹⁰ Sobre la deuda histórica con estas poblaciones, es importante mencionar que existe un discurso ideológico sobre una presunta marginación histórica de las grandes mayorías de la sociedad con respecto a estos sectores minoritarios e históricamente excluidos. En ese sentido podemos ver la posición de colectivos de izquierda sobre el tema: Muqui (Red de Propuesta y Acción)

previa, toma a este derecho como la base de todas las demás disposiciones, es decir, es un principio fundamental del Convenio. Es así como el Comité de Expertos de la OIT ha establecido que “las disposiciones sobre consulta, y en particular el Artículo 6, son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones”.

Esto se traduce en que la consulta previa además de ser un derecho por sí mismo basado en la visibilidad, dignidad y reconocimiento de los pueblos indígenas y comunidades nativas, sea también un derecho a través del cual se materializan otros derechos contenidos en el Convenio N° 169 OIT, en base a la igualdad y a su propia capacidad.

La consulta previa se rige bajo los siguientes criterios objetivos:

- i. Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional;
- ii. Estilos de vida, vínculos espirituales, e históricos con el territorio que tradicionalmente ocupan;
- iii. Instituciones sociales, y costumbres propias; y
- iv. Patrones culturales y modo de vida distintos a los otros sectores de la población.

El Convenio N° 169 OIT, hace referencia expresa a la consulta previa en dos artículos de esta norma, en el Art. 6 sobre la Consulta en general, y en el Art. 15.2 sobre la Consulta y los Recursos Naturales, sin embargo, en ninguno de estos artículos define la consulta previa, lo que genera incertidumbre jurídica. En este sentido, la OIT flexibiliza una interpretación de este derecho, pero encaminándolo sobre ciertos parámetros que establece para su ejercicio y cumplimiento, y, además, precisando claramente la finalidad de la consulta: Llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

<http://propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/Pronunciamiento%20consulta%20previa%20-%20Red%20Muqui.pdf> (Consulta: 13-07-2020). Nosotros consideramos que el problema no es la fractura social sino la ausencia del Estado en estos lugares, afirmación que será una de nuestras hipótesis a probar en el presente trabajo.

Además del Convenio N° 169 de la OIT, existen otras normas que le han dado tratamiento al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, que constituye **un instrumento internacional no vinculante, cuyo contenido viene inspirando el desarrollo de la normativa nacional sobre pueblos indígenas** (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2014).

Complementariamente, se ha desarrollado el contenido del derecho a la consulta de manera jurisprudencial. El trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy significativo en esa materia, a través de las siguientes sentencias:

CASO	SENTENCIA	SUMILLA	PÁRRAFOS RELEVANTES
Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam.	Sentencia del 12 de agosto de 2008	Interpretación del caso anterior	15- 20
Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay	Sentencia del 24 de agosto de 2010	Creación de un área silvestre protegida sin consulta de la Comunidad.	155- 162
Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador	Sentencia del 27 de junio de 2012	Otorgamiento de concesiones petroleras en las tierras del Pueblo sin consulta previa.	145- 232
Caso Comunidad Garifuna de Punta Piedra vs. Honduras	Sentencia del 08 de octubre de 2015	Otorgamiento de una autorización de explotación minera, sin consulta previa	215- 224

(Defensoría del Pueblo, 2017)

El contenido del derecho a la consulta se encuentra protegido por el Sistema Universal y Regional de Protección de Derechos Humanos, que nace en el seno de la Organización de las Naciones Unidas- ONU y consiste en un conjunto de mecanismos orientados a proteger los derechos de todas las personas, el cual opera a través de diversos mecanismos como relatorías, foros, grupos de trabajo, comisiones de expertos y comités. A continuación, se presentan los principales mecanismos en la materia:

MECANISMO DE PROTECCIÓN	FUNCIONES
Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.	Su labor es presentar informes anuales, realizar visitas a países y comunicar información recibida sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas.
Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas	Su labor es examinar las cuestiones indígenas relativas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos.
Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras.	Su labor es promover la implementación de los principios rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos (incluye la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales)
Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT	Su labor es realizar una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales de trabajo, entre las cuales se encuentra el Convenio N° 169 OIT.
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	Su labor es monitorear la implementación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial por los estados partes.

(Defensoría del Pueblo, 2017)

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano menciona como concepto de consulta previa a aquel derecho fundamental que vela por la protección del derecho colectivo de los pueblos a ser consultados sobre medidas legislativas u administrativas que puedan afectarlos en forma directa, acorde con la normativa internacional, de modo especial con el Convenio N° 169 OIT.

Por otro lado, la consulta previa también implica la potestad que tienen las comunidades de proponer a los Estados, cuáles son sus prioridades y como consecuencia ejercer su propio desarrollo económico, social y cultural. La obligación de consultar a las comunidades indígenas y nativas sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos, así como la obligación de asegurar los derechos de dichos pueblos a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, la OIT ha señalado que, si bien la consulta previa tiene como objetivo principal garantizar que los pueblos indígenas puedan gozar de una participación efectiva en todos los niveles de toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos, así como en los procesos que puedan afectarlos directamente, también se busca que a través de la consulta se puedan armonizar intereses y evitar conflictos.

El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 00022-2009-PI/TC¹¹. Según el fundamento 37, este derecho importa; “i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta”.

En relación con el primer supuesto, señala el TC que “si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado” (f.j. 38).

¹¹ <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html> (Consulta: 13-07-2020)

Añade en relación con el segundo supuesto que, “debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta” (f.j. 39).

En relación con el tercer supuesto “implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo [...] En tal sentido, si es que, una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que, en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado” (f.j. 40).

En cuanto a las características esenciales del derecho a la consulta el TC precisa que estas “revisten particular interés ya que, de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos”. Estas características son: a) la buena fe; b) la flexibilidad; c) objetivo de alcanzar un acuerdo; d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Agrega el Tribunal Constitucional que “estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación, se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una medida de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional” (Ruiz, 2012)

El derecho a la consulta previa puede ser concebido desde dos aspectos: en primer lugar, como un derecho de carácter sustantivo mediante el cual las comunidades indígenas y tribales tienen acceso a una participación informada y a las consecuencias de la implementación de normas o ejecución de proyectos podrían afectarlos positiva o negativamente, y, por otro lado, como un derecho de carácter procesal que presupone un requisito de procedibilidad previo a la realización de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio de las comunidades o que los pueda afectar en su identidad.

En relación con este último aspecto, el Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que la consulta previa cuenta con las siguientes etapas:

- i) El inicio de todo el proceso será la determinación por parte de la entidad estatal de la medida legislativa o administrativa que están desarrollando, la misma que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena u originario.
- ii) En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas u originarios posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida.
- iii) Una vez notificados, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas u originarios puedan formarse una opinión respecto de la medida.
- iv) Luego viene la etapa negociación propiamente dicha. En esta etapa, si es que el pueblo indígena u originario se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
- v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena u originario rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación donde se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. El colegiado estimó pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr la implementación de la medida, se tendría que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que, a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena (Zea, Pazo, Kitazono, Cardinael, & Arroyo, 2020)

Capítulo IV

El carácter vinculante de la consulta previa en los proyectos mineros en el Perú

4.1. Regulación jurídica

Los trágicos acontecimientos ocurridos en el conflicto de Bagua en el año 2009, marcaron un hito importante en la historia de las pretensiones del movimiento indígena. Estos acontecimientos dolorosos para el Perú se convirtieron en un punto de inflexión para el estado peruano, por lo que las autoridades decidieron adoptar un marco legal para reconocer e implementar la consulta previa a fin de subsanar este desencuentro de tanto tiempo y prevenir los conflictos socioambientales y la violencia social.

Es así, que se promulga la Ley de la Consulta Previa- Ley N° 29785 en el año 2011, que fue reglamentada en el año 2012. El proceso de aprobación, promulgación e implementación de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento se llevó a cabo tras un largo proceso de reuniones, debates y conformación de comisiones entre varios sectores. Finalmente, cuando se llegó a un acuerdo normativo, éste fue presentado a las organizaciones indígenas, sociedad civil, sector privado y representantes de organizaciones internacionales quienes reconocieron y aceptaron positivamente la normatividad antes mencionada, por lo que significó un paso histórico en la construcción de una plataforma interinstitucional y social que permitiera acercar las demandas históricas de los pueblos indígenas u originarios a la posición del Estado.

Para muchos sectores la promulgación de la Ley representó el equilibrio entre las reglas del juego del poder político y económico y la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades nativas en el Perú. Con esta medida se pretendía superar aquella visión colonialista y discriminatoria que consideraba a las comunidades indígenas campesinas y amazónicas del país como permanentes obstáculos en la promoción de proyectos de inversión privada que se resistían a la explotación de recursos naturales y materias primas en sus territorios.

Pese a la aceptación de la normativa, la implementación y aplicación de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento no han estado libre de cuestionamientos. Durante los últimos seis años, las organizaciones indígenas reunidas en el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) han señalado las debilidades de la Ley de Consulta Previa resaltando que esta norma desconoce aspectos fundamentales que el Convenio N° 169 de la OIT reconoce para este tema en sus principales artículos. De acuerdo con el documento *Análisis crítico de la Consulta Previa en el Perú*, elaborado por el mencionado Grupo de Trabajo, las principales observaciones a la Ley de Consulta Previa se resumen en:

- i. Que no se somete a consulta previa las afectaciones indirectas o colaterales.
- ii. Las limitaciones en cuanto a la definición “pueblo indígena” en la Ley de Consulta Previa. En la norma se señala que sólo los “descendientes directos” y “que conserven todos sus elementos culturales” podrán ser consultados. Efectivamente considero esta observación de la población indígena como muy válida puesto que en la práctica existen en nuestro territorio pueblos indígenas que visten jeans, casacas de jean, zapatillas y hasta utilizan celulares y que sin embargo conservan intactas sus otros elementos culturales, pues resulta que según la definición establecida en la norma estos pueblos no debieran ser consultados lo que resulta muy discutible.
- iii. La disposición de que las medidas legislativas (normas) y administrativas (políticas públicas, ordenanzas regionales, concesiones, resoluciones) que fueron dictadas antes de la Ley de Consulta sigan en vigencia y activas sin ser consultadas. (Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP), 2017). Al respecto, debo comentar que, si bien la Ley de la Consulta Previa y su Reglamento fueron emitidos como norma en el año 2012, el Convenio N° 169 OIT ya había sido reconocido como parte de nuestra legislación nacional en el año 1992 como comenté líneas arriba. Sin embargo, el estado se niega a someter a consulta previa las medidas legislativas y administrativas dadas por el estado en el lapso de 1992 hasta el 2012 a pesar del rango de norma constitucional del Convenio N° 169 OIT.

El primer proceso oficial de consulta realizado bajo los parámetros de la Ley de Consulta Previa tuvo lugar en mayo de 2013 (el caso Maijuna-Kichwa, sobre la creación del Área de Conservación Regional Maijuna-Kichwa en Loreto que fue aprobada por el Ministerio del Ambiente en junio de 2015, tras dos años de lucha por parte de los pueblos indígenas involucrados).

Desde entonces, de mayo de 2013 a junio de 2016, se iniciaron veinticuatro procesos de consulta previa. Donde, cuatro de ellos involucraron decisiones o políticas consideradas de alcance nacional, y por lo tanto implicaron la participación de las organizaciones indígenas a nivel nacional. Estas incluyeron la aprobación de una nueva Política Sectorial de Salud Intercultural, el Plan de Educación Bilingüe Intercultural, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, Ley de Lenguas Originarias y la Reglamentación de una nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

Once de estos veinticuatro procesos han involucrado al sector hidrocarburos y hasta comienzos de 2015 fueron conducidos por Perupetro S. A., la empresa estatal responsable de la promoción, negociación y suscripción de los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos.

En mayo de 2015, esta responsabilidad se transfirió al Ministerio de Energía y Minas. En estos casos, los pueblos indígenas involucrados por lo general están siendo consultados sobre la suscripción de contratos para la exploración y explotación de lotes de petróleo y gas que se encuentran ubicados en sus territorios ancestrales o cerca de ellos y afectan sus derechos colectivos y su bienestar.

Algunas de estas consultas se están realizando antes de que el Gobierno otorgue una concesión a una empresa para operar en el lote, mientras que en otros casos implican la renovación de contratos con empresas que ya están presentes en la zona desde antes de 2011, o de lotes que han sido explotados anteriormente por una o más empresas, luego fueron devueltos a manos del Estado y están siendo ofrecidos a nuevos operadores.

Del total de consultas realizadas hasta la fecha, cuatro involucran decisiones o políticas consideradas de alcance nacional, y por lo tanto implican la participación de las organizaciones indígenas de nivel nacional. Estas incluyen la aprobación de una nueva

Política Sectorial de Salud Intercultural; el Plan de Educación Bilingüe Intercultural; el Reglamento de la Ley 29735, Ley de Lenguas Originarias; y la reglamentación de una nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Los casos restantes involucran a actores a nivel regional, aunque los gobiernos regionales fueron los promotores principales de la consulta en solo tres de ellos.

Según la ley peruana, se considera que un proceso de consulta ha «concluido» una vez que se cumplen cada una de las siete etapas del proceso¹⁶ establecido por la ley y se publica un Acta de Consulta. Esto, sin embargo, no es un indicador de la implementación efectiva de los acuerdos alcanzados por parte de las autoridades gubernamentales pertinentes. Dependiendo de la materia objeto de consulta, el proceso puede continuar de dos maneras.

En el caso de las consultas sobre una medida administrativa, el Acta de Consulta debe ser analizada por la institución promotora y otros organismos gubernamentales pertinentes involucrados, generando una nueva directriz de política que debe ser implementada por las instituciones correspondientes.

En las consultas sobre una medida legislativa, el acta también se revisa y luego se envía al Congreso para que sea debatida e (idealmente) aprobada. En ambos casos, sin embargo, los diversos organismos gubernamentales involucrados tienen la autoridad para decidir qué puntos del acuerdo adoptarán, y en caso haya desacuerdos, cómo se resolverán.

En cuanto a resultados, a junio de 2016, los veinticuatro casos habían concluido con algún tipo de acuerdo entre todas o algunas de las partes involucradas, mientras que sólo cuatro habían llevado a la implementación efectiva de la medida acordada.

En el primer caso, la creación del Área de Conservación Regional Maijuna-Kichwa en Loreto fue aprobada por el Ministerio del Ambiente en junio de 2015, tras dos años de lucha por parte de los pueblos indígenas involucrados.

En el segundo caso, el Gobierno aprobó cuatro reglamentos dirigidos a la implementación de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre en septiembre de 2015, después de cuatro años de negociación.

El tercer caso fue el establecimiento de la Zona Reservada Sierra del Divisor (en Loreto y Ucayali) como parque nacional, que se produjo en octubre de 2015, después del clamor de organizaciones indígenas, no gubernamentales y ambientales durante más de dos años.

El cuarto caso fue la Política de Salud Intercultural, que estuvo 19 meses en espera después de terminar la consulta, antes de ser aprobada por la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) a inicios de abril de 2016, y luego de que la Defensoría del Pueblo y las organizaciones indígenas nacionales presentaron una demanda de amparo contra la PCM y el Ministerio de Salud.

Otros quince casos concluidos abarcan acuerdos en los sectores de hidrocarburos y minería. Uno es para la explotación del Lote 192, y diez son para la puesta en concesión de lotes, pero los procesos mismos de concesión de estos lotes aún no se han completado.

Los cuatro últimos son para la exploración de concesiones mineras. Además, tenemos la consulta sobre el proyecto Hidrovía Amazónica, que concluyó en septiembre de 2015 pero en la que está pendiente el inicio del proceso de licitación.

Por su parte, la propuesta para el Área de Conservación Regional Tres Cañones fue recientemente aprobada, mientras el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe; la Propuesta de Reglamento de La Ley 29735, Ley de Lenguas Originarias; y el Plan Maestro del Área de Conservación Regional Imiria, están pendientes de aprobación por parte del gobierno nacional (Sanborn, Hurtado, & Ramírez, 2016)

Por su parte, el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa tiene por objeto reglamentar lo establecido en dicha norma sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 OIT para regular el acceso a la consulta, las características esenciales del proceso de consulta y la formalización de los acuerdos arribados como resultado de dicho proceso, de ser el caso.

Asimismo, el reglamento establece que el derecho a la consulta previa se realiza con el fin de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos como tales por el Estado Peruano en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Perú y las leyes.

El Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

El resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes.

Según la Defensoría de Pueblo, el Estado debe adoptar una decisión respecto de la medida consultada en la que se incluyan los acuerdos alcanzados con la población consultada durante la fase de desarrollo, sin desvirtuar su contenido ni alcance.

La entidad responsable debe evitar prolongar innecesariamente la toma de decisión, en tanto ello:

- Inviabiliza el cumplimiento de los acuerdos suscritos.
- Genera desconfianza en la población consultada respecto de la eficacia y seriedad de las consultas previas.
- Puede derivar en situaciones de conflicto y violencia.

Por ejemplo, en la consulta previa realizada sobre la aprobación de la categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional, los pueblos consultados llegaron a diversos acuerdos con el Estado. Sin embargo, durante más de 21 meses el Estado retrasó injustificadamente la aprobación del decreto supremo que permitía la implementación de dichos acuerdos.

Ello motivó a los pueblos indígenas y a la sociedad civil a movilizarse y a solicitar el apoyo de la Defensoría del Pueblo de Perú. Tras agotar las estrategias de persuasión, la institución presentó un proceso de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio del Ambiente.

En ese sentido, invocando al principio de buena fe, se recomienda a la entidad responsable cumplir con sus obligaciones asumidas en un plazo oportuno y, así, evitar llegar a escenarios como el descrito.

En aquellos casos en los que no sea necesario lograr el consentimiento del pueblo consultado, y luego de haber agotado los medios posibles para alcanzar acuerdos durante el diálogo sin obtenerlos, la entidad responsable tiene la prerrogativa de tomar una decisión sobre la medida. En ese escenario, se recomienda al Estado que —en cumplimiento con su rol de garante de derechos—, identifique las afectaciones positivas y negativas que generará la implementación de la medida consultada en los derechos de la población y adopte una decisión buscando garantizar la protección de los mismos de la manera más amplia.

El cumplimiento de los acuerdos es parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa que se desprende del principio de buena fe. En tal sentido, la entidad responsable tiene la obligación de cumplir con los acuerdos según lo establecido en el acta de consulta. En caso no se haya consignado un plazo para el cumplimiento de estos, estos deberán ejecutarse en un plazo razonable.

Muchas veces, ante los retrasos injustificados en el cumplimiento de acuerdos, las defensorías del pueblo han demostrado tener múltiples estrategias útiles para promover su cumplimiento. Algunas de ellas son:

- Enviar oficios a las entidades responsables exhortando el cumplimiento de los acuerdos.
- Enviar oficios al órgano regulador de la consulta previa en el país informando sobre la falta.
- Hacer incidencia pública sobre la demora y la importancia del cumplimiento de los acuerdos.
- Presentar una acción de tutela o de amparo.

En la medida que los acuerdos alcanzados durante la consulta previa son de naturaleza vinculante, de no cumplirse con los mismos la población afectada podrá recurrir a las instancias administrativas y judiciales para exigir su implementación.

Ahora, para el caso del sector minería ¿la consulta previa, es o no vinculante? Para poder responder esa pregunta es importante precisar primero: ¿cuándo se realiza la consulta previa en el subsector minería? Para el caso minero específicamente mediante Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM se identificó las medidas administrativas a ser consultadas:

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL SUBSECTOR MINERO	
DENOMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SEGÚN TUPA	CASO
Concesión de beneficio	CASO A: Otorgamiento de concesión de beneficio.
	CASO B: Modificación de Concesión de Beneficio.
Autorización para inicio/reinicio de las actividades de exploración, desarrollo, preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones mineras metálicas, no metálicas, y modificatorias	CASO A: Inicio de las actividades de exploración.
	CASO B: Autorización de las actividades de explotación (incluye aprobación del plan de minado y botaderos).
Concesión de transporte minero	Caso A.1: Otorgamiento de concesión de transporte minero
	CASO A2: Modificación de la concesión de transporte minero

Según el momento, en la línea de tiempo de la permisología minera para la obtención de autorizaciones para iniciar operaciones mineras, en que se lleva a cabo la consulta previa es que puedo precisar que en la realidad la consulta previa no es vinculante en el sector minería. Para poder visibilizar lo que indico, explicaré brevemente y de manera muy general la línea de tiempo de la permisología minera para la obtención de autorizaciones para iniciar operaciones mineras (en el supuesto que el mineral se encuentre en territorio indígena):

- a) Cateo y prospección en territorios de pueblos indígenas: Si bien el cateo y prospección según norma no requiere de la obtención de autorización alguna, ya se hizo un primer ingreso a territorios de los pueblos indígenas para lo cual no se obtuvo ningún tipo de autorización o consentimiento.

- b) Petitorio minero ante INGEMMET: El inversionista, al haber encontrado un mineral de su interés, solicita ante INGEMMET la concesión de derecho minero a través del petitorio minero. La entidad emitirá diversos informes técnico-normativos, y en uno de ellos señalará la presencia de pueblos indígenas sobre el suelo del mineral que se pretende concesionar, sin embargo, en este momento tampoco se realiza la consulta previa a la población indígena.

- c) Otro permiso importante, luego de la obtención de la concesión minera es la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, si bien en este documento se informa el impacto que recibirán flora y fauna del territorio donde se realizará la exploración o explotación del mineral, también se indica el impacto directo que se realizará en la población indígena encontrada en el territorio. Según mi parecer, este debería ser el momento en que se realice la consulta previa, ya que se estaría desde ya decidiendo el impacto y posibles soluciones al impacto directo a los pueblos indígenas. Sin embargo, en este momento tampoco se realiza consulta previa a la población indígena.

- d) Posteriormente, el inversor necesita la autorización del uso del terreno superficial, lo lógico sería que en este momento la población indígena obtenga algún beneficio económico por el uso de sus tierras. Sin embargo, en la realidad esto no ocurre debido principalmente a que algunas poblaciones indígenas no tienen títulos de propiedad sobre sus territorios, entonces cuando el inversionista hace la búsqueda catastral ante la Superintendencia de Registros Públicos-SUNARP y/o la Superintendencia de Bienes Nacionales- SBN, encuentra que el territorio o es eriazó o es propiedad estatal por lo que la negociación y beneficios van hacia la entidad estatal, perjudicando a la población indígena.

- e) Asimismo, cuando se trata de proyectos mineros de gran envergadura el estado promulga una Resolución Ministerial donde dicho proyecto se declara de interés nacional.

- f) Finalmente, el inversionista precisa de la autorización de inicio de operaciones mineras y es recién en este punto donde el subsector minería ha determinado según la mencionada Resolución Ministerial N° 403-2019-MINEM/DM que se lleve a cabo la consulta previa a los pueblos indígenas. Como se puede observar, en todos los anteriores pasos el estado y el inversionista ya determinaron que el proyecto se va a llevar a cabo, pasando a ser la consulta previa un paso más de mero trámite para llegar al fin.

Es importante mencionar que, si bien en la realidad la consulta previa en el sector minería no tiene carácter vinculante, la Ley de Consulta Previa sí ha determinado la vinculatoriedad de la consulta previa (no sólo para el sector minería) sólo para cuando exista un consenso o un acuerdo entre el estado y la población indígena.

4.2. Problemas sobre el carácter vinculante

La extracción y exportación de recursos naturales en Latinoamérica tienen una larga historia. Es durante el siglo XXI donde ocurrió un aumento bastante significativo de la extracción de recursos tales como minerales e hidrocarburos en nuestra región. Sin embargo, juntamente con este aumento, se han multiplicado y agravado la conflictividad social en los espacios físicos en los que las mencionadas actividades se desarrollan. Si bien las actividades de extracción y de inversión en general contribuyen a la lucha contra la pobreza y desigualdad, y favorecen procesos de desarrollo económico, no se puede negar que existen también impactos negativos de carácter ambiental, social, cultural y de ejercicio de derechos, en las poblaciones donde se realizan (Henríquez 2015: 101).

Esta ampliación en el actual escenario regional viene dada no sólo en términos cuantitativos, sino en varios otros sentidos. Siguiendo a Gudynas, puede decirse que se presenta, por un lado, una importante proliferación de las actividades extractivas en todo el continente, así como una ampliación hacia nuevos lugares antes no explotados. Por ejemplo, en el caso del petróleo, se redobla la presión para explotar la Amazonía —en países como el Ecuador—; o países en los que no existían proyectos de gran minería a

cielo abierto—como el Ecuador y el Uruguay—, ahora promueven emprendimientos de este tipo.

El segundo aspecto se refiere a la diversificación a nuevos rubros; por ejemplo, países con tradición minera la han ampliado a nuevos tipos de minerales —como la Argentina y Bolivia en su intención de explotar litio—, o zonas dedicadas antes a la ganadería hoy se vuelcan a monocultivos para exportación.

El tercer elemento viene dado por la mayor apropiación de recursos naturales en términos de volumen e intensidad. Se utilizan grandes excavadoras y plataformas petroleras con múltiples pozos; se incorporan nuevas tecnologías como innovaciones para la separación de minerales, nuevos tipos de explosivos, entre otros elementos que dan cuenta de una gran magnitud de los proyectos extractivos en la región.

Asociado a ello, un elemento común en el continente es la multiplicación y agravamiento de la conflictividad social en los espacios físicos en los que estas actividades se desarrollan. Si bien puede reconocerse que las actividades de extracción y de inversión en general contribuyen de diversas maneras a la lucha contra la pobreza y desigualdad, y favorecen procesos de desarrollo económico, es innegable que tienen también impactos negativos de carácter ambiental, social, cultural y, en algunos casos, de ejercicio de derechos, en las poblaciones donde se realizan.

Por ello, junto con la intensificación de actividades de esta naturaleza, se han multiplicado los conflictos sociales y las denuncias de impactos en los derechos de las poblaciones donde estas actividades se ejecutan.

Los impactos son múltiples y difieren según el tipo de actividad, y se acentúan cuando no existen mecanismos adecuados para prevenirlos y mitigarlos (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2015: 133-184).

De modo paralelo, varios países de la región latinoamericana han asumido compromisos internacionales de reconocimiento y protección de pueblos indígenas u originarios que habitan dentro de sus fronteras. Ello ha venido impulsado notoriamente por la incursión de la agenda indígena en el ámbito internacional y los esfuerzos por el reconocimiento de

sus derechos, concretados en la adopción del Convenio 169 de la OIT de 1989, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (setiembre del 2007) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por parte de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (junio del 2016).

Las obligaciones estatales asumidas en estos instrumentos, junto con el desarrollo hecho por órganos internacionales de derechos humanos, han generado importantes procesos de implementación normativa e institucional, y han otorgado a comunidades y pueblos indígenas u originarios herramientas para exigir, jurídica y políticamente, derechos en escenarios de implementación de proyectos extractivos o similares.

El pueblo yaqui, en México, afectado por el acueducto Independencia; las comunidades maya sipakapense y mam en Guatemala, afectadas con el proyecto Mina Marlin; el pueblo lenca en Honduras, con la hidroeléctrica Agua Zarca; los pueblos que habitan el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (Tipnis) en Bolivia, afectados por un proyecto carretero, son solo algunos ejemplos de cómo en los países latinoamericanos la consulta ha servido de caballo de batalla de un sinnúmero de comunidades y pueblos indígenas u originarios.

El proceso de reconocimiento de derechos indígenas —y en particular la consulta previa— parece sin embargo ubicarse en un contexto difícil o, por decir lo menos, en escenarios de fuerte tensión (Blanco, 2016)

De cara a enfrentar dichos conflictos, varios países de nuestra región han asumido compromisos internacionales de reconocimiento y protección de pueblos indígenas y comunidades nativas que habitan dentro de sus fronteras.

Ello ha sido impulsado notoriamente por la incursión de la agenda indígena en el ámbito internacional y los esfuerzos por el reconocimiento de sus derechos, concretados en la adopción del Convenio N° 169 OIT, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como por los procesos de implementación normativa e institucional en el ámbito nacional como ya hemos visto.

Sin embargo, este proceso se ubica en un contexto complicado de fuertes tensiones entre las aspiraciones de los pueblos indígenas y originarios y las aspiraciones de los estados. (Blanco, 2016)

Por otro lado, existe también un problema que vale la pena analizar en cuanto al carácter vinculante de la consulta previa. En nuestro país, en el Reglamento de la Ley de Consulta Previa se constata la ausencia y referencia a las reglas vinculantes contenidas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- CIDH y del Tribunal Constitucional- TC, que han desarrollado derechos vinculantes de los pueblos indígenas. (Derecho, Ambiente y Recursos Naturales, 2012).

Asimismo, la vinculatoriedad del proceso de consulta previa es reconocida también en el Convenio N° 169 OIT, y aunque dicho Convenio es de cumplimiento obligatorio para todos los estados que lo han ratificado e incorporado en su legislación como es nuestro caso, el tratamiento en relación a la vinculatoriedad del proceso de consulta previa por parte del gobierno peruano da a entender que el Convenio N° 169 de la OIT no existe o sigue siendo una norma política que contiene aspiraciones. Es decir, no es concebido como una norma con efecto vinculante y exigible en las instancias jurisdiccionales.

Otro punto importante para considerar, y que es una de las cuestiones más debatidas sobre los procesos de consulta previa, se trata de la comprensión del denominado “principio de consentimiento” y la referencia al “veto” de los pueblos indígenas a la eventual decisión estatal.

Al respecto, la OIT ha señalado que las “...consultas no implican un derecho de veto que supere la soberanía del estado.” Por lo que se deduce que, es el Estado quien tiene la decisión final cuando después de considerados los requerimientos de estos pueblos, se pondere que la afectación no es tan grave o no es grave y se tenga que el interés nacional, incluyendo a estos pueblos, se vea grandemente beneficiado, previa explicación del porqué se adopta la medida pese a la negativa de los pueblos indígenas u originarios. Sin embargo, ello no debe interpretarse como sinónimo de desvalorización de los acuerdos a los que se haya llegado con los pueblos indígenas o comunidades nativas, es decir que, si se ha logrado un acuerdo, éste sí es vinculante. (Herrera, 2014)

En cuanto al consentimiento de los pueblos indígenas y comunidades nativas podemos mencionar que este consentimiento debe ser explícito y se encuentra regulado en la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, la cual en su artículo 3 establece que: “La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”.

Asimismo, cabe destacar sobre consulta y consentimiento que ambos son derechos independientes de sí mismos y ambos están regulados en el Convenio N° 169 OIT y en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. Por un lado, la consulta abre un espacio de diálogo intercultural, en el cual los pueblos indígenas u originarios tienen la posibilidad de expresar su posición frente al Estado, y éste de considerar sus opiniones. Es decir, la consulta es propulsora de que el Estado atienda el sentir de la población indígena u originaria, que tome en cuenta sus opiniones y requerimientos y que finalmente tome una decisión en caso de que decida ejecutar la medida.

En el consentimiento el estándar es más alto, en la medida en que fija como condición que los pueblos y comunidades den previamente su consentimiento libre e informado para que proceda la medida o proyecto que los afecten; y, en el supuesto de que los pueblos indígenas decidan no otorgarlo, se sostiene el deber de los Estados de respetar esta negativa.

Estos casos – en los cuales es necesario el consentimiento- se fundamentarán en la protección de la propia subsistencia del pueblo indígena. Siendo así, “el requisito de consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión con el derecho a la vida, la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales”.

El derecho al consentimiento está siendo desarrollado, de esta manera la Corte IDH lo ha distinguido del derecho a la consulta, considerándolo como una salvaguarda reforzada de derechos esenciales, necesarios para asegurar la existencia de los pueblos indígenas ante

el impacto de los planes de desarrollo o de inversión a gran escala sobre sus territorios, tierras y recursos naturales.

El nivel de tal impacto será determinante para que el consentimiento sea exigible. En suma, el requerimiento del consentimiento variará de acuerdo con la importancia, índole y repercusión que pueda tener la medida sobre los derechos y supervivencia de los pueblos indígenas. El Relator James Anaya sostiene que la importancia de lograr el consentimiento variará según las circunstancias e intereses que estén en juego.

Si existe la posibilidad que la medida ponga en peligro el bienestar físico o cultural básico de la comunidad, entonces se establecerá una presunción sólida que prohibirá proceder con la medida. En caso de que no existiese tal peligro y si aún la comunidad no ha manifestado su consentimiento, el Estado podrá proceder con la medida en base al interés público y tomando las precauciones del caso para mitigar cualquier impacto nocivo a la comunidad.

El consentimiento es considerado como un derecho y como un principio y su ejercicio es demandado con mayor fuerza por las organizaciones indígenas en los foros internacionales y en los espacios nacionales, inclusive se ha llegado a afirmar que la consulta y participación son componentes fundamentales de un proceso de consentimiento.

En el caso del consentimiento, este derecho fija como condición que los pueblos indígenas y comunidades nativas den previamente su consentimiento libre e informado para que proceda la medida o proyecto que los afecten; y en el supuesto en que dichos pueblos no den su consentimiento simplemente la medida o proyecto no se ejecuta pues el Estado debe respetar esa negativa.

Por lo que el consentimiento será necesario si está fundamentado en la protección de la propia subsistencia del pueblo indígena. De esta manera, en la actualidad existen tres supuestos identificados en los cuales se deberá obtener el consentimiento de los pueblos consultados:

- a) En caso de desplazamiento forzoso,

- b) En caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas,
- c) En los casos de ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de gran escala.

El caso del desplazamiento forzoso ha sido recogido en el artículo 16 del Convenio N° 169 OIT. Sin embargo, en dicho instrumento, si bien se exige en un principio el consentimiento de los pueblos indígenas, también se regula la posibilidad de que se los desplace sin que lo hayan otorgado.

Por su parte, la Declaración de la ONU señala en su artículo 10 que: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”, es decir no prevé la posibilidad de desplazamiento sin consentimiento. Al respecto, es importante recordar que la Declaración de la ONU no es un instrumento con fuerza vinculante para los Estados miembro y que el Convenio N° 169 OIT sí lo es.

El segundo supuesto, el caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas, ha sido recogido en el artículo 6 del Convenio N° 169 OIT y también se encuentra en la Declaración de la ONU (artículo 29.2). Dicho instrumento establece que: “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”. Este supuesto se enmarca en la protección de sus territorios y del medio ambiente adecuado.

Finalmente, el tercer supuesto, referido a los casos de ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de gran escala, no se encuentra recogido en ningún instrumento internacional, sino que ha sido producto de una construcción jurisprudencial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue la primera en pronunciarse sobre estas circunstancias cuando señaló que: “[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que el proyecto de inversión o desarrollo debe ser de gran escala, aunque no define en estricto a qué se refiere con ese término. No obstante, lo señalado, en la misma sentencia (párrafo 127), se aclara que: “...la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención N° 169 OIT no es absoluta. (...) Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención N° 169 OIT, están sujetos a ciertos límites y restricciones.

En este sentido, el artículo 21 de la Convención N° 169 OIT establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”.

Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención N° 169 OIT, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones:

- a) hayan sido previamente establecidas por ley;
- b) sean necesarias;
- c) proporcionales, y
- d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio¹².”

Por otro lado, en dicho caso, la Corte Interamericana cita al relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas para rescatar el terrible impacto de estos proyectos en una multiplicidad de factores como “la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia”.

Los tres supuestos antes mencionados no son un número cerrado, por lo que en el futuro podrían aparecer supuestos nuevos. Sin embargo, es importante señalar que hasta la actualidad son los tres supuestos que tienen mayor consenso en la doctrina y sustento en instrumentos internacionales y jurisprudencia (Salmón, Bregalio, Ocampo, & Olivera, 2012)

Ligado a lo anteriormente señalado, se encuentra la discusión sobre quién debe adoptar la “decisión final” en un proceso de consulta previa. En primer lugar, el objeto del proceso de consulta previa lo constituye una medida estatal que posteriormente se constituirá en

¹² El mismo criterio se cita en la sentencia del caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrafo 156. De otro lado, la Corte Constitucional de Colombia, señala en su sentencia C461/08, párrafos 6.3.7 y 6.3.8 que, al realizar la ponderación entre los intereses enfrentados en un caso concreto, y con miras a dar adecuada protección al interés en preservar la diversidad étnica de la nación, deberá tenerse en cuenta que, según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, “sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”. Cuando después de un proceso de consulta previa en el que hayan sido cumplidas plenamente las diversas garantías constitucionales expuestas en esta providencia, no haya sido posible lograr un acuerdo o una concertación con el grupo étnico afectado, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto. La adopción de esta decisión es, a su vez, un proceso sujeto a claros mandatos constitucionales; tal y como ha explicado la Corte Constitucional colombiana, “cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura”. Criterios similares ha utilizado la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia SU-039/97 - Caso U’wa.

una norma legal. Por ello, el último acto del proceso, la promulgación de la respectiva norma constituye una competencia de naturaleza estatal.

Desde luego, también cabe la decisión, en el marco de las atribuciones dadas a estas entidades estatales, de no adoptar la medida, sea como consecuencia del acuerdo logrado en el proceso de consulta o sea parte de la discrecionalidad que posee la entidad competente para cada caso. Sin embargo, en ocasiones se confunde la idea de “decisión final” con la de “consentimiento”.

La decisión final puede darse tanto con el consentimiento de los pueblos indígenas u originarios como sin el consentimiento de los mismos ya que dichos pueblos no ejercen un poder de veto sobre la capacidad estatal de dictar las medidas legislativas o administrativas (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2014). Esta posición parece impositiva, pero en realidad no lo es. El Estado, como ente soberano encargado de velar por el desarrollo de la comunidad humana asentada en su territorio, es el último responsable de respetar y garantizar los derechos de su comunidad.

En esa línea de ideas, el artículo 15 de la Ley de Consulta Previa¹³, indica que la decisión final sobre la aprobación o desaprobación de cualquier medida legislativa o administrativa recae en el Estado peruano. Si se logra un acuerdo en el proceso de consulta previa, la ley establece que es vinculante para ambas partes.

Si no se llega a un acuerdo, la autoridad debe realizar todos los esfuerzos posibles para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como los derechos de la población en general en pro del bien común del estado peruano.

¹³ **Artículo 15. Decisión**

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano. El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.
<https://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/2019-06/Ley%20N%C2%B029785.pdf> (Consulta 11-08-2020)

Asimismo, cuando haya desacuerdo, el Estado no podrá adoptar la medida en los casos siguientes: desplazamiento forzoso, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos y proyectos con impactos significativos sobre el territorio, como ya se ha señalado. (Sanborn & Paredes, Consulta Previa: Perú, 2020)

No obstante, aunque la consulta no implique un poder de veto, ello no se traduce en que los estados tengan entera discrecionalidad para aprobar las medidas a su cargo. Asimismo, el no obtener consentimiento no quiere decir que existan espacios de ausencia del derecho.

Por el contrario, cuando sucede este hecho, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, los estados están obligados a sujetarse a las normas y principios propios del estado de derecho que establecen controles a la acción estatal, prohíben la arbitrariedad y exigen que las medidas que restringen derechos estén previstas en las leyes y estén justificadas en función de la proporcionalidad entre la restricción del derecho y el logro de objetivos legítimos, así como ser la medida que genere el menor daño posible dentro del conjunto de medidas.

El objetivo es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas afectados que son consultados. Las partes deben hacer un esfuerzo sincero para encontrar una posición común. En caso de acuerdo, será vinculante para el Estado y para los pueblos indígenas. En caso de desacuerdo, el Estado no podrá adoptar la medida en los casos siguientes: desplazamiento de la comunidad, proyectos con impactos significativos sobre el territorio, o almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos. En todos los casos, los impactos de la medida o del proyecto que se consulta no pueden ser desproporcionados en comparación al objetivo perseguido por el Estado. En los otros casos, el Estado puede adoptar la medida, pero tendrá que realizar acciones especiales para proteger a los pueblos afectados.

En este sentido, cuando el Estado considere necesario adoptar una medida que impacte en el disfrute de derechos de un pueblo indígena, debe aplicar este test de validez de la restricción, a efectos de determinar si esa afectación a los derechos indígenas es una restricción válida o si, por el contrario, es una violación de derechos. (Derecho, Ambiente y Recursos Naturales-DAR, 2020)

Ahora bien, el hecho de que no se exija el consentimiento como regla general «no implica que el deber estatal de consulta se limite al cumplimiento de procedimientos formales».51 Ello significa que el Estado, para corroborar su buena fe, debe tener en cuenta las opiniones vertidas en el proceso de consulta y respetarlas hasta el máximo de sus posibilidades. Descartar todo o la mayoría de lo expresado durante el proceso podría reflejar que la consulta no se hizo con la intención de alcanzar el consentimiento.

Tal como ha señalado la Comisión Interamericana, existirán situaciones en las que el Estado no actuará conforme a la voluntad del pueblo indígena, sino que sustentará su decisión en motivos objetivos, razonables y proporcionales en una sociedad democrática.

Ello implica que cuando se tenga que tomar una decisión final que no siga la opinión vertida en la consulta por los pueblos indígenas, esta deberá analizarse sobre la base de la teoría general de restricción de derechos.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia constante, para que una restricción de derechos sea válida, esta debe sustentarse en una ley, responder a un objetivo y fin legítimo, ser adecuada o idónea para el fin que se busca alcanzar, ser proporcional, y ser la medida que genere el menor daño posible dentro del conjunto de medidas.

En este sentido, cuando el Estado considere necesario adoptar una medida que impacte en el disfrute de derechos de un pueblo indígena, debe aplicar este test de validez de la restricción, a efectos de determinar si esa afectación a los derechos indígenas es una restricción válida o si, por el contrario, es una violación de derechos.

En este contexto, la consulta resulta fundamental, ya que le permite al Estado tener elementos suficientes para valorar aspectos como la proporcionalidad o la existencia de una medida alternativa que afecte en menor medida a los derechos indígenas.

Aceptar esto implica que existirán supuestos en los cuales el Estado podrá decidir implementar una medida al margen de la voluntad de los pueblos indígenas que haya sido puesta de manifiesto en el procedimiento de consulta. Esta posición, que podría parecer

desproporcionada o impositiva, en realidad no lo es. El Estado, como ente soberano encargado de velar por el desarrollo de la comunidad humana asentada en su territorio, es el responsable último de respetar y garantizar los derechos de esta comunidad. Es el Estado quien está en mejor posición para decidir qué resulta lo más conveniente para ese grupo humano.

Pensemos, por ejemplo, en un Estado que desea implementar una política de educación intercultural y bilingüe. Como medida que ciertamente afecta a los pueblos indígenas, el Estado implementa un procedimiento de consulta, producto del cual se pone de manifiesto la falta de voluntad del pueblo indígena a este sistema educativo, pues consideran que en pleno siglo XXI es necesario ser educados de acuerdo con estándares «occidentales» y en idioma castellano, pues ello permitirá que los niños y niñas tengan mayores oportunidades de acceder a estudios superiores en la ciudad y ser profesionales. Desde esta mirada, incorporar una política de educación intercultural bilingüe estaría afectando el derecho a la educación de los pueblos indígenas.

Si bien el deseo de la comunidad o pueblo indígena puede ser el descrito, lo cierto es que el Estado tendría que hacer una evaluación macro y llegar a la conclusión de que, aunque el pueblo indígena no lo perciba así, la educación intercultural bilingüe es fundamental para estos grupos sociales, no porque emana de las normas y estándares internacionales, sino porque contribuye al fortalecimiento del derecho a la identidad cultural de este colectivo.

Al momento de realizar un test de la validez de la restricción, el Estado debería tomar en consideración lo manifestado por el pueblo indígena, y buscar una medida que, sin descuidar la revalorización de la lengua y costumbres, permita que quienes lo desean puedan cursar la educación superior (como parte de un deber de garantía general del derecho a la educación), pero no podría considerar el resultado de la consulta un veto.

En el mismo sentido, si un pueblo indígena no deseara que se implemente una política de salud pública con medicamentos producidos en la sociedad no indígena para combatir una epidemia que está generando un alto costo humano —en el entendido de que las medicinas tradicionales son suficientes—, el Estado tampoco debería considerar esto un veto.

Esta mirada coincide además con un ánimo de protección del interés público, a través del cual lo que se busca proteger no es sino el resultado de la sumatoria de intereses individuales de los miembros de una comunidad (mayoría de intereses individuales coincidentes).

Este interés público es interés porque se orienta al logro de un valor, provecho o utilidad, resultado de aquello sobre lo que recae tal coincidencia mayoritaria; y es público porque se asigna a toda la comunidad como resultado de esa mayoría coincidente.

El Estado tendrá entonces el deber de motivar las razones por las que no se ha alcanzado el consentimiento y las posturas del pueblo indígena que no se considerarán para la decisión final. Ello concuerda con lo expresado por la Corte IDH que señaló que existe una obligación de motivar las decisiones tomadas por el Estado para que una medida no sea considerada arbitraria y, por ello, atentatoria de la igualdad y no discriminación y del debido proceso, ello incluso ante procesos de carácter administrativo.

En este sentido, la consulta no debe definirse tanto por su objeto o resultado (lograr o no el consentimiento), sino como un procedimiento de intercambio que permite al Estado conocer las verdaderas necesidades de los pueblos indígenas y contar con herramientas que permitan incorporar ese enfoque al momento de evaluar una medida. Por ello, la consulta, antes que, por su resultado, es valiosa por el proceso mismo, por la construcción del diálogo.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en un sentido similar en el caso *Ángela Poma Poma*. En dicho caso, se señaló que las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de los pueblos indígenas requieren el consentimiento de esos pueblos. El análisis que hace el Comité se centra en la protección cultural de las minorías y no en la protección de la propiedad como se realizó en el caso de la Corte IDH, lo cual genera un enfoque distinto.

Sin embargo, el enfoque puede interpretarse de manera conjunta en el sentido que las medidas económicas de valor cultural, como el pastoreo, pesca, agricultura, recolección,

entre otras, se encuentran directamente relacionadas con el territorio de los pueblos indígenas. Además, las circunstancias que pueden comprometer a que estas actividades no se realicen son precisamente los planes de inversión, de desarrollo o las concesiones de gran escala. De esta manera, el tercer supuesto se podría entender de forma conjunta cuando estos planes de gran escala vayan a tener un gran impacto en el territorio o en las actividades económicas de valor cultural de las comunidades indígenas.

Las leyes y reglamentos vigentes aprobados durante los últimos quince años en el Perú, y que están siendo aplicados como «procesos de consulta a los pueblos indígenas» por el gobierno no cumplen con los estándares internacionales, tanto normativos como jurisprudenciales, porque no están dirigidos en estricto a los pueblos indígenas, es decir, no hacen ninguna precisión respecto a cuestiones étnicas y culturales.

Asimismo, sus procedimientos no están previstos para regir en la fase de otorgamiento de las concesiones a empresas que pretenden explotar recursos ubicados en territorios indígenas, ni prevén las indemnizaciones ante eventuales daños medioambientales o posibles desplazamientos. Estas normas están apoyadas en el derecho a acceder a la información pública, se encuentran vinculadas a las industrias extractivas y de protección medioambiental, excluyendo una multiplicidad de temas.

Durante los últimos quince años se han aprobado y derogado normas de manera expresa y tácita, lo cual termina por generar mayor confusión, no solo en cuanto a la determinación de la competencia para llevarlas a cabo, sino por los mecanismos y materias que a primera vista parecen repetitivas. A esto se suman las prácticas de los organismos encargados de realizar estas consultas, que reducen su proceso a un rol meramente informativo.

El derecho a la consulta previa se constituye en uno de reciente reconocimiento internacional, lo que no significa que este derecho no haya existido antes. Fijar los mecanismos para su aplicación no parece una tarea fácil. En el estudio se ha tomado nota de los lineamientos elaborados por el Relator de las Naciones Unidas y la CEACR, que podrían dar algunas luces para su implementación en el Perú. Cabe señalar que estos organismos han desarrollado solo lineamientos, en el entendido que, según el Convenio

169, los mecanismos deben observar los usos y costumbres de cada pueblo indígena (Alva, 2020)

Las visiones críticas con respecto al rol que cumplen estado y empresa en el proceso de consulta previa sostienen que es un error pretender que las normas de participación ciudadana sustituyen a la consulta previa. El Ministerio de Energía y Minas (MEM) sostuvo como posición oficial, tanto en los periodos gubernamentales de García como en la primera parte del de Humala, que las normas de participación ciudadana en los subsectores minero y energético —que suelen ser parte de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental (EIA)— cumplían los estándares de la consulta previa del Convenio 169 de la OIT.

Esto a pesar de que, en el año 2009, el Tribunal Constitucional había señalado que “ninguno de los reglamentos emitidos hasta el momento ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar ‘talleres informativos’ con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado”.

También se cuestionó el pretender que las medidas emitidas antes de la ley de consulta previa ya no deben ser consultadas. Esa fue la respuesta del MEM cuando se le preguntó sobre la omisión de la consulta previa del proyecto minero Cañariaco y del Lote 76, sin tomar en cuenta su obligación de reparar las violaciones al derecho instituido desde 1995 o de realizar la consulta sobre la continuidad del impacto de la medida.

Otra crítica de sectores radicales a la consulta previa hace referencia a los intentos de pretender que el acuerdo previo sustituya a la consulta previa. La figura del acuerdo previo está determinada en la ley de tierras²² e implica que el titular de una concesión debe lograr un acuerdo con el propietario del terreno para poder realizar cualquier actividad y, si obtuviese dicho acuerdo, la empresa puede recurrir al procedimiento de servidumbre. Es, en esencia, un acuerdo o contrato entre dos privados sin ninguna mediación del Estado.

El problema es que, en la práctica, se está ante una situación de inequidad en la capacidad de negociación, en la cual la comunidad indígena o sus miembros carecen de información sobre sus derechos o sobre el valor de los recursos a explotarse. Un acuerdo previo no puede, por lo tanto, sustituir a una consulta previa cuyo alcance es más amplio y que — por lo menos en teoría— tiene más garantías por la intervención del Estado. Aceptar o promover declaraciones comunales renunciando a la consulta previa o a ser sujeto del derecho indígena. Estas estrategias retrasaron la aplicación de la consulta previa en el sector minero.

Hacia fines de 2012, el MEM anunció la realización de la que sería la primera consulta previa en el sector sobre el proyecto minero Angostura en la comunidad de Nueva Esperanza de Mollepiña, Apurímac. Se anunció que esta se llevaría a cabo entre diciembre de 2012 y enero de 2013, e incluso se publicó un plan de consulta en la página web del MEM que luego se retiró, por lo cual la Defensoría del Pueblo exhortó al ministerio, mediante una carta de marzo de 2013, a que se realizara el proceso.

Finalmente, según el informe remitido por el MEM al Congreso de la República en junio de 2013, la referida comunidad manifestó mediante el acta de la asamblea comunal realizada el 24 de abril de 2013, que no se reconocía como pueblo indígena, que las actividades mineras no producían ningún cambio en su situación jurídica (sic) ni en sus derechos colectivos y que autorizaban el inicio de las actividades de exploración y explotación. Según la información del MEM existió también un acuerdo previo por el que la comunidad autorizaba a la empresa a usar sus tierras.

Llama la atención que el acta de la asamblea comunal en cuestión se haya redactado con una sofisticada terminología jurídica poco usual en este tipo de documentos, dado el lenguaje coloquial que usan los comuneros y la casi nula asesoría jurídica que reciben.

Según un informe de auditoría de la Oficina de Control Interno del MEM, entre 2012 y 2014 la Dirección General de Minería había autorizado el inicio de por lo menos siete proyectos de exploración sin realizar la consulta previa, a pesar de que correspondía, porque el MEM encontró justificaciones arbitrarias como, por ejemplo, considerar suficientes las actas de las asambleas comunales que señalaban que la actividad minera no afectaba los derechos colectivos de las comunidades, o que al pertenecer las

comunidades afectadas a distritos en los que la población de habla quechua era menor al 50% del total, estas no cumplían los requisitos para ser consideradas indígenas, o que no había pueblos indígenas “en base a una información de carácter referencial” de la Dirección General de Interculturalidad y Derecho de los Pueblos del Mincul, o incluso que el territorio simplemente “no sería afectado por las actividades de exploración”.

El informe de auditoría recomienda el inicio de acciones administrativas contra los responsables y que se efectúe la consulta previa cuando se realicen nuevas actividades mineras consecutivas a las que fueron indebidamente autorizadas. Luego de por lo menos ocho consultas fallidas en el sector minero, hubo que esperar hasta el segundo semestre de 2015 para que se iniciaran, de manera repentina y casi en forma paralela, tres consultas previas a proyectos de exploración minera.

Aunque estas tres últimas se han publicitado en la página web del Mincul como procesos concluidos, lo cierto es que, una vez más, las comunidades consultadas optaron por obviar la etapa de diálogo y dar su consentimiento a la actividad minera en su territorio con un acta correspondiente a la etapa de evaluación interna.

Nuevamente, llama la atención la redacción de las actas, pues las tres tienen exactamente el mismo escueto esquema y una redacción bastante parecida que hace pensar que la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros pudo haber propuesto un modelo de redacción que fue adecuado por cada comunidad. Similar situación se produjo luego en el segundo semestre de 2016 con un proyecto de explotación minera.

La Defensoría del Pueblo supervisó dos de estas tres primeras consultas y emitió informes públicos en los que dio cuenta de serias deficiencias en su implementación, entre ellas, la falta de materiales didácticos —en ninguno de los dos casos supervisados se presentó un mapa que mostrara con claridad la ubicación del proyecto en el territorio—, “carencia de un lenguaje sencillo y comprensible”, falta de traducción, escasa asistencia técnica para los consultados, información insuficiente sobre los posibles impactos, preguntas no respondidas y falta de imparcialidad del facilitador.

Tomando en cuenta el ciclo de vida de un proyecto minero, la Defensoría señala también que la autorización para el inicio de las actividades de exploración o explotación no es la

medida idónea para realizar la consulta previa puesto que, al emitirse luego de la aprobación de la certificación ambiental y de diversas autorizaciones para que el proyecto se ejecute, ya no es posible modificar algunos aspectos que podrían afectar los derechos colectivos.

Señala, más bien, que la consulta debería realizarse durante el proceso de evaluación del impacto ambiental para que los pueblos indígenas puedan incidir en las propuestas de manejo de impactos ambientales y sociales, compensaciones, entre otros. Hasta setiembre de 2017 se habían realizado 11 consultas previas referidas a proyectos mineros, 10 de estos en exploración y uno en explotación. El MEM ha dado por concluidas 10 consultas, a pesar de que, como hemos visto, en 9 de estas no se llevó a cabo la etapa de diálogo o las comunidades manifestaron su desacuerdo con la medida consultada.

Por otro lado, pareciera que el Estado ha optado por proyectos mineros relativamente pequeños y ha eludido su deber de consultar en situaciones aparentemente más complejas como la del mineroducto de Las Bambas, a cargo del Consorcio MMG (Apurímac), el proyecto Antapaccay, a cargo de Glencore (Cusco), o el proyecto Constancia, a cargo de Hudbay (Cusco).

Un análisis de campo permitiría explicar con más rigor las razones por las cuales las comunidades desistieron de su derecho de consulta previa, aunque por los reportes de la Defensoría del Pueblo y la información contenida en las actas de dichos procesos, queda establecido que uno de los factores fue el escaso interés y la poca eficiencia del MEM en su implementación.

Era deber del Estado garantizar la realización de la consulta que es, a su vez, una oportunidad para dialogar sobre las implicaciones que podría tener un proyecto minero en la vida de las comunidades e incluso para canalizar las demandas y expectativas de desarrollo —más allá de la actividad minera— de dichas comunidades. Sin embargo, el Estado habría preferido actuar como mero tramitador de lo que considera un procedimiento administrativo más.

A través del sector minero hemos visto las fuertes resistencias del Estado y de las empresas a realizar procesos de consulta previa y cómo este derecho se ha ido

desnaturalizando en su implementación. Por lo tanto, resulta difícil valorar la calidad de las consultas y su impacto en el desarrollo de los pueblos indígenas, en el ejercicio de su autodeterminación o en su contribución a la mejora de la gobernanza del territorio. Esta situación revela que más allá de las normas, los temores de ciertos sectores económicos respecto del impacto de la aplicación de la consulta previa y la poca disposición del Estado para garantizar su implementación efectiva han impedido que las consultas sean procesos de diálogo interculturales e integrales, que permitan construir una gobernanza territorial que incorpore la perspectiva indígena.

Hace falta que el Estado funcione como garante neutral de los derechos y de la ley, y que actúe con claridad y transparencia, de cara a los pueblos indígenas y a los empresarios, para evitar alimentar suspicacias y temores. Asimismo, es necesario que realice un trabajo sostenido de información y formación a los funcionarios del sector privado sobre los alcances y beneficios de la consulta previa como herramienta para lograr una adecuada convivencia y colaboración con los pueblos indígenas, acorde con los estándares de responsabilidad social y ambiental internacionales (Mendoza, 2017)

Este artículo constituye el núcleo de la ley de consulta y es posiblemente una de las normas que debe ser leída con más cuidado y detenimiento. Varios mandatos contienen esta disposición. La primera es que la decisión final en el proceso de consulta del Estado, y en concreto de la denominada entidad estatal competente.

Un segundo mandato es que la decisión debe estar motivada, es decir debe estar sustentada en razones objetivas y como luego veremos, orientada al interés público. Un tercer mandato, es tomar en cuenta la opinión de los pueblos indígenas, es decir las recomendaciones y sugerencias planteadas por los pueblos indígenas durante el proceso de consulta. Un cuarto mandato es tomar en cuenta “el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano”.

Esta regla es clave y aborda y nos remite a la dimensión sustantiva del derecho a la consulta, es decir, el derecho a la consulta sirve para proteger otros derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado contenido en el artículo 2.22 de la Constitución.

Este “tomarse en cuenta” significará en buena cuenta no un saludo a la bandera, sino la obligación del Estado de respetar los otros derechos de los pueblos indígenas, así como las normas sobre protección del medio ambiente. Y en caso de que estos derechos sean limitados o restringidos, se deberá acreditar que esto se hace luego de una adecuada ponderación donde se acredite la existencia de bienes jurídicos constitucionales de mayor entidad constitucional, y siempre que se mitiguen los posibles daños que se cometan.

Otro mandato contenido es el que establece el carácter obligatorio de los acuerdos a que se arribe en el proceso de consulta. Un mandato de particular importancia es que señala que en caso de que no haya acuerdo “corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.”

Como luego lo explicaremos más en detalle, el Estado en caso de que no haya acuerdo, no tiene un poder ilimitado y absoluto, cualquier decisión que tome solo será válida en tanto no afecte bienes jurídicos constitucionales. Y no solamente nos referimos a los contemplados en el artículo 59 de la Constitución.

Una última regla se establece. Que los acuerdos podrán ser exigidos en sede judicial y administrativa. En nuestra opinión, la vía más idónea, aun cuando no es la única, es el proceso de amparo, toda vez que de conformidad con la sentencia 00022-2009-PI/TC, constituye un elemento del contenido constitucional directo el cumplimiento de los acuerdos obtenidos en los procesos de consulta. Como dice el fundamento 37 de la mencionada sentencia “la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta” (Ruiz, La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, 2012)

4.3. Comparación con otros países latinoamericanos que aplican la vinculatoriedad

1. En Bolivia, que ha tenido un enorme avance en reconocer los derechos a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, en gran medida debido a la presión de movimientos sociales por el reconocimiento de sus derechos y espacios territoriales colectivos, se ha afianzado en su normativa algunos derechos colectivos, en concordancia con normas internacionales suscritas por Bolivia, como el Convenio N° 169 OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

Además, se promulgó el Decreto Supremo N° 29033186, que reglamenta el derecho a la consulta a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, y que establece momentos y fases para su utilización.

En estas fases se prevé un proceso de información a las comunidades afectadas, a cargo de la entidad competente; organización y disposición de la consulta por parte de las autoridades de las comunidades; ejecución de la consulta en la cual la comunidad expone los impactos socio ambientales que se identificaron en la consulta; y, finalmente, una fase de acuerdo, que implica que los resultados de la consulta deben ser ratificados por la comunidad a través de la firma de un convenio de validación de acuerdos. (Cuentas, 2010: 18 - 19).

2. En México, el derecho de consulta previa se traduce en una obligación estatal a partir de la ratificación del Convenio N° 169 OIT. Algunas entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos han integrado este derecho en su ordenamiento jurídico, pero varios aún no lo han hecho. Por otro lado, aún está en debate en el Congreso, el proyecto de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas, cuyo contenido se discutió en la Comisión de Asuntos Indígenas del Congreso, llegando a algunos acuerdos puntuales:

- a) Considerar el alcance de la ley de carácter general y obligatorio para todos los Estados y municipios de la Federación.

- b) Los actores de la consulta serán los pueblos y comunidades a través de sus autoridades representativas, y la definición de quienes serán los sujetos consultados será establecida por las propias comunidades.
- c) Los temas para consultar no están consensuados, salvo la referencia de la necesidad de excepciones como los temas relacionados a la seguridad nacional.
- d) El órgano técnico que llevará a cabo el proceso de consulta será la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.
- e) La definición del carácter de vinculante de los resultados aún está en discusión, pero se establece que el proceso marca el inicio de un proceso de diálogo y de concertación y no implica culminación de un ejercicio en donde necesariamente se toman decisiones.

En suma, el reconocimiento del derecho en el marco normativo nacional mexicano aún no se ha concretado, pese a ser una demanda de los pueblos, comunidades y organizaciones sociales que buscan el efectivo goce y ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada en los términos que pautan los instrumentos internacionales. (Carrión, 2012)

3. En Colombia la consulta previa es considerada actualmente un derecho fundamental de los pueblos indígenas y de las comunidades negras gracias a una interpretación de normativa internacional y normas constitucionales realizada por la Corte Constitucional. El Tribunal Constitucional colombiano otorgó rango constitucional al Convenio N° 169 OIT. Así, de las obligaciones que se desprenden de ese Convenio, en particular el deber de consulta de los Estados parte, se sistematizó el derecho a la consulta previa desarrollando las características de la consulta previa y los efectos que podrían presentarse al omitir este procedimiento.

Con base en el inciso a del artículo 6 del Convenio N° 169 OIT, el Tribunal Constitucional colombiano ha reivindicado la realización de la consulta previa en Colombia frente a cualquier medida administrativa o legislativa que afecte directamente a los pueblos indígenas o a las comunidades negras, declarando inconstitucionales leyes aprobatorias de tratados internacionales y reformas constitucionales a causa de la omisión o la indebida realización de la consulta previa.

La configuración jurisprudencial del derecho fundamental a la consulta previa deja algunos vacíos como la posible ampliación de la titularidad de este derecho a otros grupos étnicos colombianos o la determinación del carácter vinculante de la consulta previa cuando ésta se lleva a cabo. Sin embargo, los aportes de la Corte Constitucional colombiana al tema de consulta previa constituyen un parámetro digno de ser considerado por otros ordenamientos jurídicos. (Romero & Rosas, 2020)

PAÍS	RATIFICACIÓN CONVENIO N° 169 OIT	SUJETOS DE LA CONSULTA	NATURALEZA	OBJETO DE LA CONSULTA
Ecuador	Decreto Ejecutivo 1387 (06/05/1998)	Comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas afroecuatorianas y montubias.	Procedimiento administrativo	Decisiones administrativas que aprueban planes y programas para la prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables.
Bolivia	Ley 1257 (11/06/1991)	Naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.	Procedimiento administrativo	Decisiones dirigidas al desarrollo de proyectos de hidrocarburos que afecten territorio tradicional. Minería: Solicitud para suscripción de contratos mineros que afecten directamente derechos colectivos de los pueblos indígenas y afrobolivianos
Colombia	Ley 21 (07/08/1991)	Grupos étnicos nacionales (indígenas, negros, afrocolombianos, raizales, pelenqueras y Rom)	Procedimiento administrativo	Medidas legislativas y administrativas que puedan afectar de manera directa a grupos étnicos, incluye actividades de prospección para la explotación de recursos, decisiones sobre el uso de tierras, entre otros.

(Merino & Quispe, 2020)

Capítulo V

Análisis

5.1. La ausencia del estado

“La minería no va a reemplazar al Estado”, es una frase que hemos escuchado comúnmente pronunciar a ministros y gerentes de la gran minería, ya que alegan que el tiempo de vida de los proyectos mineros rara vez son mayores al desarrollo de una comunidad.

La realidad en el Perú nos dice que la minería llega normalmente antes que el Estado a las comunidades cercanas a los desarrollos mineros, puesto que normalmente la actividad minera se encuentra en zonas lejanas a las grandes urbes de nuestro país y más bien cercanas a poblaciones de difícil acceso por la falta de infraestructura en transporte. Es allí donde la minería, debido a sus políticas de responsabilidad social, asume un rol y responsabilidad que no le debería corresponder si el Estado hiciera su trabajo y participara activamente en el desarrollo de dichas poblaciones.

Y, en los casos en los que sí hay participación del Estado, normalmente es asistencialista y no genera desarrollo sostenible. Un ejemplo de la poca participación del Estado lo tenemos a 4,000 msnm, entre las provincias de Grau y Cotabambas, en el departamento de Apurímac, donde se erige una de las 10 minas de cobre más grandes del mundo: Las Bambas. La zona es considerada de pobreza extrema y presenta un alto porcentaje de desnutrición. Resulta obvio que, enfrentar esta problemática social acaecida en la mencionada población le correspondería al Estado peruano, sin embargo, nuestro gobierno es ausente por lo que la población vuelve su mirada hacia las empresas mineras.

Esta actitud del pueblo peruano se debe en gran medida a que somos un país minero-dependiente, tanto a nivel macro (el PBI crece o decrece en la medida que la minería lo hace ya que las inversiones mineras mueven al país) como a nivel micro donde la tarea **de la minería es trabajar con sus comunidades vinculadas, pero evitando asistencialismo.**

Volviendo al caso de Las Bambas, ellos han desarrollado un ejemplo que calza con el desarrollo sostenible y no asistencialista: tienen el Programa de Cultivos Andinos, que surge para fortalecer la actividad primaria de la zona, la agricultura. El Programa busca dotar de capacidades a los agricultores, incluyendo aspectos como preparación del suelo, elección de cultivos andinos adecuados y de mayor potencial en la comercialización, mejora de capacidades técnicas, asistencia técnica en la implementación de prácticas para una mejor producción, conformación de asociaciones de productores para incrementar la capacidad negociadora, impulso a la participación en ferias y firma de convenios diversos.

La meta es duplicar los cultivos y los ingresos, asegurando que las mejores prácticas sean incorporadas y, de esta manera, sean sostenibles independientemente de la participación de la empresa minera. A la fecha, el Programa ha tenido muy buenos resultados en toda la zona de influencia de Las Bambas.

A diferencia de las décadas pasadas en que las empresas mineras no estaban comprometidas directamente con la idea de desarrollo local, vemos que en los últimos años se ha generado un consenso tanto internacional como nacional de comprometer el accionar de estas empresas en los territorios subnacionales y de desarrollar políticas empresariales mineras tomando en cuenta a las comunidades y zonas de impacto directo e indirecto inclusive.

Esto ha hecho que realicen intervenciones en obras y proyectos sociales, lo cual, si bien produce un impacto positivo en las comunidades, puede debilitar las capacidades de los gobiernos locales y deformar las relaciones entre las autoridades y sus ciudadanos pues que el ciudadano percibe que la empresa es más poderosa y eficiente que su gobierno local.

Asimismo, al interior de las comunidades se puede acrecentar divisiones y exclusiones. Por un lado, están los ‘verdaderos’ comuneros y, por otro, los residentes comuneros, a los que se les puede excluir de la toma de decisiones. Es importante mencionar también que, las empresas mineras ya no tienen como política de responsabilidad social empresarial la entrega directa de efectivo a la población, pues esta práctica es considerada como asistencialista, este hecho agrava la situación de descontento de la población acostumbrada al apoyo dinerario directo.

Es necesario realizar modificaciones en la intervención social de las empresas mineras con las poblaciones involucradas, así como afianzar el desarrollo político e institucional de los gobiernos locales a partir de los recursos de la minería. Sin estas capacidades institucionales medianamente consolidadas, la bonanza económica de hoy será una más de las oportunidades perdidas a lo largo de nuestra historia.

5.2. Discurso ideológico

En este punto es preciso hacer un esfuerzo por entender o tratar de entender cómo piensan los anti mineros peruanos. Las corrientes de pensamiento hostiles a la minería, en Perú, son diversas, pero responden a dos fuentes ideológicas básicas: marxistas y post extractivistas. Ambas ideologías son antisistema y antiglobalización, no creen en la economía de mercado ni valoran las actividades empresariales. Comparten una cultura de victimización y resentimiento social, pero sus opiniones divergen notablemente cuando se refieren a sus utopías de sociedad.

Ninguna de las dos corrientes mencionadas es autóctona ni autónoma, sino que son extensiones locales de corrientes radicales globales, desarrolladas en Europa y Norteamérica. El marxismo es la más antigua de las dos corrientes, con casi un siglo de presencia en el Perú. Los posts extractivistas, en general, son de surgimiento más reciente; menos de un cuarto de siglo.

Ello hace que existan diferencias generacionales en la composición de sus militantes. Por otro lado, el marxismo ha influenciado mucho a los posts extractivistas. Los principales ideólogos de los posts extractivistas son ex marxistas que conservan mucho de sus viejas creencias, o se formaron intelectualmente en corrientes de pensamiento influenciadas por el marxismo.

Para el mejor entendimiento del rol de la izquierda marxista en la conflictividad minera es bueno considerar al Partido Comunista del Perú, conocido como Patria Roja. Hoy, Patria Roja conserva una presencia política nacional con mayor peso en algunas regiones mineras. El ex dirigente de rondas campesinas y ex gobernador de Cajamarca, Gregorio

Santos, hasta muy recientemente, era uno de los líderes destacados de Patria Roja. La postura anti minera de Patria Roja se expresa en su oposición a los proyectos mineros, a las operaciones mineras (Río Blanco, Conga, Yanacocha, Tintaya, etc.), y recientemente al proyecto Tía María. Patria Roja es hostil a la minería también por razones de estrategia política. Como Alberto Moreno Rojas, presidente el Partido, (2002) explica extensamente, su partido se fortalece promoviendo conflictos sociales. Eufemísticamente él dice que el partido se fortalece en las luchas.

En su visión de ruta al poder, Patria Roja combina dos formas de lucha política: construcción de “poder popular,” vía la promoción de la conflictividad, y participación en elecciones. Asimismo, no hay que pasar por alto la existencia de otros grupos marxistas menores, cuyos nombres no son muy conocidos, y la existencia de varios miles de ex militantes de los partidos de izquierda que se disolvieron en los últimos años, de su periferia política y ex militantes de los grupos terroristas que quedaron dispersos después de derrotados.

La organización de conflictos sociales es una de las pocas actividades que alimentan sus expectativas de ascenso social y político. Esos miles de exmilitantes están dispersos en casi todas las provincias del Perú y funcionan como una especie de ‘*Ejercito de Reserva*’ de la conflictividad. Ellos viven de los recursos públicos donde algún líder de orientación radical gana el control de una instancia gubernamental subnacional u organización social, y se movilizan como organizadores de conflictos o como activistas cuando algún conflicto se desencadena. Algunos de ellos logran cargos directivos en sus localidades, e incluso llegan a elegirse alcaldes distritales y provinciales y en el caso de Gregorio Santos como gobernadores regionales.

El colapso de la Unión Soviética, la caída del muro de Berlín, el fracaso de los experimentos socialistas africanos y el giro de China hacia la economía de mercado representaron un golpe demoledor a la autoridad del marxismo como teoría matriz para entender la evolución de las sociedades. Esa secuela de fracasos en el contexto global hizo que, después de los 90, ser marxista perdiera el brillo intelectual y el barniz heroico de los años 60 y 70. Sin embargo, en el caso de la izquierda peruana el factor principal que precipitó su crisis moral y política fue el desarrollo del fenómeno terrorista en los años 80.

La incapacidad ideológica y política de la izquierda peruana para responder al terrorismo desdibujó su imagen en la sociedad, generó costos decisivos de reputación política, y creó condiciones favorables para su sustitución por otras corrientes antisistema. El grupo terrorista conocido como *Sendero Luminoso*, nació del Partido Comunista Peruano que publicaba el periódico *Bandera Roja*.

El otro grupo terrorista importante, el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, conocido como MRTA, nació de una combinación de corrientes radicales, originalmente ligadas al gobierno militar del Gral. Velasco Alvarado. El MRTA tuvo una importancia política y militar mucho menor que Sendero Luminoso, pero se hizo famoso por el secuestro de la Embajada de Japón en Lima en el año 1996, tomando de rehenes a cerca de 800 personas.

Cabe mencionar que, la mayoría de la izquierda marxista no ingresó al terrorismo, pero tampoco supo combatirlo ideológicamente. La postura confusa de la izquierda hacia la violencia política y el terrorismo terminó siendo percibida por la población como dubitativa y, en algunos casos, como cómplice del terrorismo (Pásara, 1990). Otra consecuencia de esa conducta hacia Sendero Luminoso y MRTA es que hoy amplios sectores de la población asocian la izquierda con el terrorismo.

Ello representa una importante vulnerabilidad de su imagen política, y se manifiesta cada vez que hay campañas electorales. La presencia de militantes de izquierda en actos violentos, en especial en los conflictos mineros, refuerzan en la opinión pública la idea de que la izquierda piensa y actúa en forma similar a los grupos que desencadenaron el terrorismo en los años 80.

A diferencia de los posts extractivistas, los marxistas no son conceptualmente anti-mineros. Según la doctrina económica de Marx y los ejemplos de Rusia, China y los pocos países socialistas aún existentes, la minería, aunque subordinada a la industria, es parte de las fuerzas productivas que deben potenciarse hacia la sociedad comunista, sin embargo, consideran que debe ser el partido comunista y el Estado en general el que ejerza el control de las grandes empresas: minas, industrias, grandes comercios, banca, etc.

El objetivo de largo plazo de los marxistas no es acabar con la minería, sino controlar los recursos mineros para sus fines políticos y económicos. Una de las razones que, en la práctica, los hace anti-mineros es que para ellos las grandes empresas en general, y las corporaciones extranjeras en especial, pertenecen al bloque de los enemigos históricos del país, y consideran un deber patriótico combatirlas y, hacer todo lo posible para derrotarlas.

Por otro lado, para mejor explicar el post extractivismo, comencemos por aclarar que extractivismo y minería, son dos conceptos distintos. Los extractivismos, en plural, son apropiaciones de grandes volúmenes de recursos naturales, donde la mitad o más son exportados como materias primas. Por lo tanto, no todas las actividades mineras califican bajo ese tipo de apropiación. Esto hace que el post extractivismo no se oponga a la minería, sino que propone poder dejar atrás, el papel de ser sólo proveedores de commodities.

Cuando se presenta ese objetivo, las críticas comunes son tildarlo de romántico, pues sus opositores indican que si bien la ideología es buena no se proponen alternativas serias a la exportación de commodities. Por otro lado, el post extractivismo pretende alentar las inversiones, pero bajo estrictas regulaciones sociales y ambientales. Asimismo, pretende en su ideología reformar la carga tributaria, imponiendo impuestos a las sobre ganancias de las grandes empresas mineras.

El post extractivismo busca la recomposición de la integración latinoamericana, pero es consciente que no puede repetir los problemas de UNASUR o MERCOSUR. Busca, en cambio, articular cadenas agropecuarias e industriales entre países vecinos, en procesos que en cierta medida se asemejan a los modos más positivos de la integración europea. Es por todo lo expuesto, que muchas veces los posts extractivistas están en contra de la minería o la inversión minera en el país, no tanto por el hecho sino por la forma en cómo se viene manejando la extracción de recursos naturales en nuestro país.

5.3. Problemas en la implementación de la Consulta Previa

La implementación de la Ley de Consulta Previa ha tenido ciertas deficiencias en la práctica lo que ha conllevado en muchos casos a que no haya un correcto proceso de consulta. Uno de estos problemas es la implementación de la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. Dicho instrumento no ha sido implementado conforme a las exigencias del artículo 20 de la Ley N° 29785, ya que no cuenta con la identificación de los líderes o representantes y el período y poderes de representación, así como tampoco cuenta con las normas de organización y los estatutos de cada pueblo indígena u originario.

La identificación de la totalidad de los pueblos indígenas u originarios de nuestro país sería el punto de partida para la implementación de un proceso de consulta previa idóneo por lo que la falta de la mencionada base de datos es un problema muy grave que hasta el momento ni el Ministerio de Cultura ni la Defensoría del Pueblo han sabido solucionar.

Otro de los problemas, está referido al artículo 16 de la citada Ley, en el cual se señala que para realizar la consulta previa se tomará en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios y para ello se debe contar con intérpretes debidamente preparados. Según cifras, el Perú cuenta con 48 lenguas indígenas, y sólo en la Amazonía se hablan 44 de ellas, sin embargo, el registro de traductores e intérpretes del Ministerio de Cultura sólo cuenta con traductores e intérpretes para 27 lenguas indígenas, lo que constituye otro gran desafío en la implementación del proceso de consulta previa.

Cabe indicar que, otra gran problemática es la implementación del mapa etnolingüístico ordenado por el Tribunal Constitucional. Dicho tribunal en su Sentencia N° 00889-2017-PA/TC, del 17 de abril de 2018, dispuso que en un plazo no mayor a seis meses el Ministerio de Justicia juntamente con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, los Gobiernos Regionales y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, sin embargo, a la fecha, no ha sido implementado.

Otros problemas y desafíos que enfrenta el país en la implementación de un correcto proceso de consulta previa son a mencionar:

- a. Mejor calidad y mayor difusión de la información de la Consulta previa por parte del Estado, toda vez que sólo habilita talleres informativos para las poblaciones afectadas, y en muchas ocasiones traslada esta responsabilidad a las empresas que pretenden realizar actividades de exploración o extracción.
- b. El carácter vinculante del proceso de consulta previa, problemática ya desarrollada en este documento.
- c. Implementación de una plataforma intercultural por parte del Ministerio de Cultura, la cual debe contener una base de datos de los distintos Pueblos Indígenas u Originarios del Perú, que debe ser de fácil acceso y actualizada de manera permanente.
- d. Asimismo, es necesario la elaboración de una cartografía social, donde los integrantes de la comunidad realicen un bosquejo de su territorio y lo materialicen a través de un mapa.
- e. Implementación de un ente fiscalizador y sancionador, que coadyuvará a realizar monitoreos y verificaciones acerca del cumplimiento de los acuerdos tomados en el proceso de consulta previa. La presente institución tendría como objetivo verificar la correcta aplicación después de la fase de la decisión, y también podría sancionar con medidas administrativas en caso de incumplimiento.

5.4. Problemas multiculturales

El derecho a la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales, el cual tiene un marco jurídico complejo y dinámico, puesto que se encuentran en definición elementos que se relacionan con la integralidad de los derechos, con el ordenamiento jurídico general, con las jurisdicciones especiales, como también los mecanismos domésticos e internacionales que garantizan la pervivencia física y cultural de los grupos étnicos.

El procedimiento que se desprende de la garantía del derecho fundamental a la consulta previa es un espacio amplio de diálogo entre los pueblos étnicamente diferenciados, el Gobierno y los diferentes sectores de interés. Se trata de un proceso que debe respetar los usos y costumbres de cada pueblo y comunidad por lo que a su vez se enmarca en el principio de la pluralidad cultural de la nación; por lo que las relaciones y los diálogos interculturales son elementos fundamentales para garantizar plenamente el derecho a la consulta previa.

El conocimiento sobre la diversidad cultural del país y el entendimiento sobre interculturalidad son elementos que están presentes en los procesos de consulta previa, en la toma de decisiones a todo nivel, que afectan directamente la pervivencia física y cultural de estos pueblos. Por ello es fundamental que las personas que intervienen en los procesos de consulta previa adquieran herramientas para la comprensión de la diversidad cultural de la nación más allá de los folclorismos, lo que muchas veces no ocurre, razón por la cual se crean brechas culturales que impiden un real entendimiento entre las partes involucradas.

La consulta previa como derecho de participación busca que los grupos étnicos y sus comunidades decidan sobre sus propias prioridades de desarrollo y participen activamente como actores políticos en el Estado. La consulta previa no es un simple trámite que valida las explotaciones en los territorios, es un mecanismo de participación que debe comprenderse en el contexto de la integralidad de derechos como de la pervivencia, la autodeterminación, el autogobierno, la soberanía alimentaria, la territorialidad, la igualdad material, así como una oportunidad para la construcción de relaciones interculturales que lleven a superar ideologías autoritarias que son parte de un rezago de la concepción colonialista de la sociedad.

La superación de estas prácticas nos llevará a la construcción de una pluralidad basada en los principios de la igualdad material y la participación, propia del contexto social y político.

Si bien en nuestro país necesitamos de la inversión minera extranjera y nacional que respete nuestro medio ambiente y las normas nacionales, no podemos dejar de visibilizar

las opiniones y visión que tienen los pueblos indígenas y comunidades nativas, especialmente, pero no exclusivamente, sobre los derechos relacionados con su territorialidad.

Cada pueblo, cada cultura del planeta tiene una relación con el territorio, el territorio es el lugar de construcción de identidad y de significados, como también el lugar donde se genera y transfiere el conocimiento, por ello es necesario que el estado pondere correctamente dentro de sus competencias y en el marco de la legalidad, la necesidad de las inversiones mineras para el bien común de la nación con el respeto por el territorio de los pueblos indígenas y comunidades nativas.

Capítulo VI

Conclusiones

- Es importante entender que, si bien es cierto, la forma y modo de explotación de mineral de nuestro país, así como su comercialización y exportación podría mejorar, hoy en día necesitamos de la inversión minera y de la explotación de nuestros recursos pues la industria minera nos brinda gran cantidad de trabajo formal, además de las rentas por impuestos y el pago por exportaciones.

Precisamos encontrar la forma de fusionar la extracción de minerales con la industria y tecnología para su aprovechamiento por nosotros mismos y terminar así con la cadena productiva de la explotación del mineral donde las ganancias se queden en nuestro país para beneficio nuestro.

- Si bien en nuestro país necesitamos de la inversión minera extranjera y nacional, no podemos dejar de visibilizar las opiniones y visión que tienen los pueblos indígenas, especialmente, pero no exclusivamente, sobre los derechos relacionados con su territorialidad, por ello es necesario que el estado pondere correctamente dentro de sus competencias y en el marco de la legalidad, la necesidad de las inversiones mineras para el bien común de la nación con el respeto por el territorio de los pueblos indígenas.
- La consulta previa surge como figura jurídica en nuestro país tras los acontecimientos ocurridos en el conflicto de Bagua en el año 2009, estos hechos fueron muy dolorosos para el Perú y marcaron un hito importante en la historia de las pretensiones del movimiento indígena y nuestra propia historia por lo que las autoridades decidieron adoptar un marco legal para reconocer e implementar la Consulta Previa a fin de subsanar este desencuentro de tanto tiempo y prevenir los conflictos socio-ambientales y la violencia social.

Es tomando en consideración este contexto que se promulga la Ley de la Consulta Previa- Ley N° 29785 en el año 2011, que fue reglamentada en el año 2012, luego de un proceso de consulta previa al mismo Reglamento de la ley con las organizaciones indígenas.

- Respecto a la naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa, podemos afirmar que es un derecho fundamental “de naturaleza jurídica colectiva”, ya que para poder ejercerlo a plenitud es necesaria la participación de todos los integrantes de la comunidad.
- El marco normativo peruano no establece carácter vinculante a la consulta previa para el sector minero específicamente, lo que sí ha sido establecido es el carácter vinculante de la consulta previa para las medidas legislativas y administrativas en general sólo cuando se haya logrado acuerdo sobre la implementación de dichas medidas, dándole el Estado a cada sector la opción de determinar en qué momento del otorgamiento de sus licencias y autorizaciones debe realizarse la consulta previa.
- Como ya vimos para el caso del sector minero la consulta previa se realiza antes del otorgamiento de la autorización de inicio o reinicio de operaciones mineras. En ese sentido, la consulta previa opera en la actualidad en el sector minero como un proceso de mero trámite ya que en los momentos donde es de mayor importancia que se lleve la consulta previa (autorización de concesión minera o estudio de impacto ambiental) en la actualidad no se realiza.

Si bien es cierto si se llega a un acuerdo, este sí será vinculante para las partes, la decisión final sobre la aprobación o desaprobación del otorgamiento de autorizaciones de inicio o reinicio de operaciones mineras las tiene el Estado. Si bien ni la OIT reconoce el derecho a veto de los pueblos indígenas por lo que no considero que nosotros como país debamos reconocerlo, sí creo que se pueden hacer mayores esfuerzos por respetar y valorar los derechos de nuestros pueblos indígenas.

- Por otro lado, no existe congruencia entre el orden jurídico internacional y el nacional sobre la vinculatoriedad de la consulta previa, ya que el espíritu de las

normas internacionales, sobre todo del Convenio N° 169 OIT, es proteger los derechos culturales y socioeconómicos de los pueblos indígenas, así como su derecho a la propiedad y protección de sus territorios.

Sin embargo, la normativa nacional carece de ese espíritu y en pro de la obtención de mayor inversión continúa violentando los derechos de los pueblos indígenas, cuando ha establecido que quien determina la oportunidad y momento de la consulta previa es la propia institución estatal, es decir que el Estado es juez y parte, asimismo cuando en la actualidad la consulta previa en el sector minero es un mero trámite, un paso más para llegar al fin, y cuando no vela porque se le otorguen beneficios económicos a los pueblos indígenas por el uso de sus tierras, que si bien los minerales se encuentran en el subsuelo de sus territorios no deja de afectarles el paso por sus tierras y el movimiento de las mismas para llegar al mineral.

- Las consecuencias jurídicas de determinar el carácter vinculante de la consulta previa serían la generación de una mayor seguridad jurídica en los derechos de los pueblos indígenas, lo cual se traduciría en una consecuencia positiva. Por otro lado, el carácter vinculante de la consulta previa podría atentar contra la soberanía estatal de nuestro país, debido a que, si de la consulta previa se obtiene como resultado, por ejemplo, la paralización de proyectos mineros de gran relevancia para todo el Perú el Estado se encontraría de manos atadas para garantizar el derecho del bienestar de la comunidad peruana, pudiendo resultar esta medida arbitraria, desproporcionada y contraria a los fines legítimos de progreso de nuestro país.
- El carácter vinculante de la consulta previa podría ser una traba para la inversión privada en el sector minero debido justamente a las consecuencias jurídicas y sociales mencionadas en el párrafo anterior. Actualmente, la cantidad de conflictos sociales, intereses ocultos y la excesiva cantidad de permisos impuestos al sector ya presentan una traba al sector minero, si es que se le otorga vinculatoriedad a la consulta previa es probable que las inversiones extranjeras y nacionales se retraigan provocando un atraso económico al país que por el momento crece gracias a las exportaciones de commodities como es el caso de los

minerales, por lo cual es importante encontrar un balance entre las explotaciones mineras que se realizan en nuestro país con inversión extranjera y la creación de fábricas nacionales donde podamos convertir el mineral en bruto en diferentes productos industriales y sean esos productos los que podamos exportar en un futuro cercano, todo ello cuidando de nuestro ambiente y respetando los derechos de nuestras poblaciones indígenas y tribales así como los derechos de todos los ciudadanos peruanos.

Capítulo VII

Bibliografía

Alva, A. (11 de 08 de 2020). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú*. Obtenido de El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AE01DE053DF89C9405257BE9006C683B/\\$FILE/El_Derecho_a_la_Consulta_previa_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_en_el_Per%C3%BA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AE01DE053DF89C9405257BE9006C683B/$FILE/El_Derecho_a_la_Consulta_previa_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_en_el_Per%C3%BA.pdf)

ANGLES, G. (2014). *Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Arévalo, M. d. (2010). *El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en la Perú: Últimos avances*. Lima: Sonimágenes.

Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial. (2016). *La Consulta Previa en el Perú: Aprendizajes y desafíos*. Washington: World Bank Publications.

Bebbington, A. J., & Bury, J. (2010). Minería, instituciones y sostenibilidad: desencuentros y desafíos*. *ANTHROPOLOGICA*, 53-84.

Blanco, C. (2016). Balance del Perú en el contexto regional: una mirada comparativa del derecho a la consulta previa con relación a Colombia, Chile y Bolivia. En K. Vargas, *La implementación del derecho a la consulta previa en Perú* (págs. 12-13). Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.

Blume, E. (1997). La Constitución Económica Peruana y el Derecho De la Competencia. *Themis*, 29-37.

Bobadilla, M., García, J., Lavado, J., & Núñez, F. (2013). *Aspectos Relevantes para Entender e Implementar la Licencia Social para Operar en las Industrias*

Extractivas en el Perú . Lima: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ .

Campana, L. (2017). *Impacto de la apertura comercial en el crecimiento económico del Perú 1970-2014*. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín.

Cano, G. (1975). *Marco Jurídico-Institucional para el manejo de los recursos naturales*. Roma: Versión digital.

Carrión, P. (2012). *Consulta previa: Legislación y aplicación*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung.

Castillo, A. (2013). El Derecho Constitucional Económico en el Perú. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical*, 371-349.

Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP). (2017). *¿Cómo va la aplicación de la consulta previa en el Perú?: Avances y retos*. Lima: Sonimágenes.

Céspedes, N., Lavado, P., & Ramírez, N. (s.f.). *Productividad en el Perú: medición, determinantes e implicancias*.

Chanamé, R. (2013). Constitución Económica. *Derecho & Sociedad*, 43-63.

Congreso de la República del Perú. (2008-2009). *Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia*. Lima: J&O Editores Impresores.

Defensoría del Pueblo. (2017). *ESTÁNDARES REGIONALES DE ACTUACIÓN DEFENSORIAL EN PROCESOS DE CONSULTA PREVIA DE BOLIVIA, ECUADOR, COLOMBIA Y PERÚ*. Lima: LOKEMP E.I.R.L .

Defensoría del Pueblo. (2017). *ESTÁNDARES REGIONALES DE ACTUACIÓN DEFENSORIAL EN PROCESOS DE CONSULTA PREVIA DE BOLIVIA, ECUADOR, COLOMBIA Y PERÚ. CON APORTES DE INSTITUCIONES INVITADAS DE ARGENTINA, BRASIL Y GUATEMALA*. Lima: LOKEMP.

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales. (2012). *Análisis Crítico de la Consulta Previa en el Perú: Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta Previa y del Reglamento*. Lima: REALIDADES .

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales-DAR. (11 de 08 de 2020). *El Derecho a la Consulta Previa*. Obtenido de El Derecho a la Consulta Previa: https://nuevo.dar.org.pe/archivos/publicacion/consulta_previa.pdf

Echave, J. D. (03 de 06 de 2020). *Tendencias de la minería y escenarios de transición al post extractivismo: el caso peruano en América Latina*. Obtenido de Tendencias de la minería y escenarios de transición al post extractivismo: el caso peruano en América Latina: <https://ccfd-terresolidaire.org/IMG/pdf/josedeechavemineriaperuanapostextractivismo11.pdf>

Echave, J. D., Díez, A., Huber, L., Revesz, B., Lanata, X., & Tanaka, M. (2009). *Minería y conflicto social*-. Lima: CBC, CIPCA, CIES, IEP.

Escobedo, J. (23 de 06 de 2020). *Perú: Licencia social: el núcleo de los conflictos sociales del Perú*. Obtenido de Perú: Licencia social: el núcleo de los conflictos sociales del Perú: <https://www.servindi.org/actualidad/55492>

Espinoza, M. (2018). *Importancia de la Licencia Social en los proyectos mineros en el Perú*. Arequipa: Universidad Católica San Pablo.

Glave, M., & Kuramoto, J. (03 de 06 de 2020). *La minería peruana: Lo que sabemos y lo que aún nos falta por saber*. Obtenido de La minería peruana: Lo que sabemos y lo que aún nos falta por saber.: <http://www.grade.org.pe/upload/publicaciones/archivo/download/pubs/InvPolitDesarr-4.pdf>

- Herrera, N. (2014). *La Ley de Consulta Previa en el Perú y su reglamento: La problemática de las comunidades campesinas y nativas*. Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín.
- Huapaya, R. (2014). El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, 327-339.
- Mendoza, V. (2017). *Pueblos indígenas, consulta previa, gobernanza territorial y recursos naturales*. Lima: Grupo Propuesta Ciudadana.
- Merino, R., & Quispe, C. (12 de 08 de 2020). *Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la Gobernanza Ambiental*. Obtenido de Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la Gobernanza Ambiental: <https://www.up.edu.pe/egp/Documentos/Policy-Brief-05.pdf>
- Narrea, O. (2018). *La minería como motor del desarrollo para el cumplimiento de los Objetivos 8, 9, 12 y 17*. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social-CIES.
- ONU. (1970). *Recursos naturales de los países en desarrollo, investigación, explotación y utilización racional*. Washington : Versión digital.
- Pullchz, A. (23 de 06 de 2020). *Recomendaciones para la regulación de la licencia social en el ámbito minero para la solución de conflictos sociales*. Obtenido de Recomendaciones para la regulación de la licencia social en el ámbito minero para la solución de conflictos sociales: http://repositorio.ucsp.edu.pe/bitstream/UCSP/15743/1/PULLCHZ_RODRIGUEZ_ALI_MIN.pdf
- Romero, X., & Rosas, A. (12 de 08 de 2020). *Implementación de la Consulta Previa en Colombia y su debate actual a propósito de los pueblos indígenas y tribales*. Obtenido de Implementación de la Consulta Previa en Colombia y su debate actual a propósito de los pueblos indígenas y tribales: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/5.pdf>

Ruiz, J. (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Ruiz, J. (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Lima: Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

Salmón, E., Bregalio, R., Ocampo, D., & Olivera, J. (2012). *La consulta previa, libre e informada en el Perú*. Lima: IDEHPUCP.

Sanborn, C., & Paredes, A. (11 de 08 de 2020). *Consulta Previa: Perú*. Obtenido de Consulta Previa: Perú: <https://www.ascoa.org/sites/default/files/ConsultaPreviaPeru.pdf>

Sanborn, C., Hurtado, V., & Ramírez, T. (2016). *La consulta previa en el Perú: avances y retos*. Lima: Universidad del Pacífico.

Sícoli, C. (2016). *Factores que determinan la Licencia Social para Operar en el Perú: el caso de la Gran Minería*. Barcelona: Universidad Politècnica de Catalunya.

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. (2014). *El Derecho a la consulta previa, libre e informada: Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú*. Lima: NEGRAPATA.

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. (2014). *El Derecho a la consulta previa, libre e informada: Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú*. Lima: NEGRAPATA S.A.C.

Tejada, J. (03 de 06 de 2020). *Regulación de los recursos naturales: Perspectiva constitucional del aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú*. Obtenido de Regulación de los recursos naturales: Perspectiva constitucional del aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú:

https://derecho.usmp.edu.pe/cedemin/revista/explorando_veta/Regulacion_recursos.pdf

Vignolo, O. (2018). La construcción jurídica de los recursos naturales en Perú. *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 351-383 .

Zea, E., Pazo, O., Kitazono, E., Cardinael, C., & Arroyo, E. (23 de 06 de 2020). *Titulación de tierras y Consulta Previa*. Obtenido de Titulación de tierras y Consulta Previa: https://usmp.edu.pe/IDHDES/pdf/cuadernos/Titulaci%C3%B3n_de_Tierras_y_Consulta_Previa.pdf