



MANUAL
de **PREGUNTAS**
y **RESPUESTAS** *sobre*
CONSULTA PREVIA

CONSULTA
PREVIA
nuestra voz,
nuestro derecho...

MANUAL
de **PREGUNTAS**
y **RESPUESTAS** *sobre*
CONSULTA PREVIA

**CONSULTA
PREVIA**
**nuestra voz,
nuestro derecho...**

© Comisión de Derechos Humanos - COMISEDH

Sede en Lima:

AV. HORACIO URTEAGA 811, JESÚS MARÍA - LIMA 11
TELEFONO: (51-1) 3305255
FAX: (51-1) 4233876
EMAIL: oficina.lima@comisedh.org.pe

Sede en Ayacucho:

JR. LONDRES 272, AYACUCHO - PERÚ.
TELEFONO: (51-66) 311764
EMAIL: oficina.ayacucho@comisedh.org.pe

<http://www.comisedh.org.pe>

Diseño y diagramación:

Renzo Espinel Cuba
Luis de la Lama Ocampo

Impresión:

Lettera Gráfica

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-06442

CONSULTA PREVIA

nuestra voz, nuestro derecho...

**MANUAL de PREGUNTAS y RESPUESTAS
sobre CONSULTA PREVIA**

Elaboración de contenidos:

Ernesto Aguinaga Meza

Comité editorial:

Pablo Rojas Rojas
Miguel Huerta Barrón
Ernesto Aguinaga Meza

Primera edición
Abril de 2013

Impreso en el Perú

Lista de abreviaturas	4
Introducción	5
Pregunta N° 1 : ¿Qué es la «consulta previa»?	7
Pregunta N° 2: ¿A quién se consulta?	9
A) ¿Cuáles son las características de un pueblo indígena o tribal?	9
B) ¿Califican las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas u originarios?	10
C) ¿Quiénes son –y cómo se eligen– los representantes de los pueblos indígenas?	11
Pregunta N° 3: ¿Quién consulta?	13
Pregunta N° 4: ¿Para qué se consulta?	17
A) La regla: hacer un esfuerzo <i>real</i> por alcanzar un acuerdo con los pueblos indígenas y tribales.	17
B) La excepción: supuestos que requieren consentimiento previo	18
Pregunta N° 5: ¿Qué se consulta?	21
A) Supuesto general: cualquier medida que afecte los intereses de los pueblos indígenas.	21
B) Medidas excluidas del proceso de consulta previa.	22
Pregunta N° 6: ¿Cuándo se hace la consulta?	25
Pregunta N° 7: ¿Cómo se consulta?	27
A) Criterios rectores del proceso de consulta previa.	27
B) Etapas del proceso de consulta previa.	28
Pregunta N° 8: ¿Cómo se resuelve el proceso de consulta previa?	32
Pregunta N° 9: ¿Qué pasa si sucede alguna controversia en el marco del proceso de consulta?	35
Casos prácticos	38

LISTA DE ABREVIATURAS

- **Constitución** : Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 2009.
- **C169 OIT** : Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253 de fecha 17 de enero de 1994 y vigente, en nuestro ordenamiento, desde el 2 de febrero de 1995.
- **CADH** : Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Perú el 7 de diciembre de 1978.
- **DNUPI** : Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007, en el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General de la ONU.
- **LCP** : Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, vigente desde los noventa días de su publicación el 7 de septiembre de 2011.
- **Reglamento** : Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, vigente desde el día siguiente de su publicación el 3 de abril de 2012.
- **TC** : Tribunal Constitucional del Perú.
- **Corte IDH** : Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- **Comisión IDH** : Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- **OIT** : Organización Internacional del Trabajo.
- **CEACR** : Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.
- **STC** : Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú.

La «consulta previa» es una institución jurídica originaria del Derecho internacional (nace con la emisión del C169 OIT) que tiene por objeto preservar la subsistencia física, cultural y/o étnica de unos colectivos humanos que, históricamente, han sido perseguidos, minusvalorados, maltratados o marginados por parte de las autoridades estatales: **los pueblos indígenas y tribales**.

Esta institución, como no podía ser de otra manera, ha sido recogida por nuestro Derecho interno, primero, con la ratificación y entrada en vigor del C169 OIT (el 2 de febrero de 1995) y, posteriormente, con la publicación de la LCP (el 7 de septiembre de 2011) y de su respectivo Reglamento (el 3 de abril de 2012). De esta forma, actualmente es incuestionable que este mecanismo de protección es de aplicación en el Perú.

Dado el rol preponderante que la consulta previa debe cumplir en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario conocer sus alcances para, de esta forma, utilizarla adecuadamente en tanto mecanismo de protección de los intereses de los pueblos indígenas. No cabe duda, entonces, de la necesidad de abordar y afrontar interrogantes como ¿qué es la consulta previa?, ¿a quiénes se les debe consultar?, ¿quién está obligado a consultar?, ¿cuál es el objetivo de la consulta?, ¿qué materias deben ser consultadas?, ¿cuándo debe hacerse la consulta?, ¿cómo debe hacerse la consulta?, ¿cómo concluye la consulta?, ¿cómo se resuelven los conflictos derivados de la consulta?, etc.

Pues bien, el presente trabajo tiene por objeto, dando respuesta a las preguntas mencionadas, contribuir a la comprensión cabal de la institución llamada «consulta previa» por parte de cualquier persona interesada en esta materia, sin importar si está versada o no en cuestiones jurídicas. Así, pensando en los beneficiarios de la consulta previa (los pueblos indígenas y tribales), este documento ha tratado de ser escrito y redactado utilizando el lenguaje más sencillo y amigable posible y, por supuesto, incluye ejemplos y gráficos cuando ha sido necesario. Es decir, no tiene más pretensiones que la de ser un buen manual.

Evidentemente, ello no quiere decir que se ha prescindido de toda rigurosidad científica. Y es que, aun cuando no se ha incluido pies de página que contengan información precisa sobre la legislación y la jurisprudencia utilizada (se decidió ello para hacer más ágil la lectura), al final de cada punto sí se señalan

las referencias del caso a los efectos de que el lector que lo desee pueda iniciar las investigaciones que estime pertinentes.

Para elaborar este documento se han utilizado como insumos principales: (i) el C169 OIT y, lógicamente, las opiniones que sobre el mismo ha emitido la CEACR; (ii) la CADH y, en especial, la ya vasta jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas; (iii) la jurisprudencia del TC sobre esta materia; y, finalmente, (iv) la LCP y su Reglamento. Asimismo, sin desconocer su carácter no vinculante u obligatorio para los Estados, también se ha recurrido, cuando ha sido necesario: a) a los informes temáticos emitidos por la Comisión IDH, y b) a la DNUPI. Se ha hecho ello porque, sin negar su carácter de *soft law*, dichos instrumentos son prueba de las tendencias que actualmente se están construyendo en el Derecho internacional.

A fin de cumplir con su objetivo, el presente manual ha sido dividido en nueve secciones en las que se da respuesta a cada una de las nueve preguntas señaladas líneas más arriba. Asimismo, al finalizar el documento, se presentan tres casos reales, actualmente vigentes, que le servirán al lector para poner en práctica los conocimientos adquiridos.

Pregunta N° 1

¿QUÉ ES LA «CONSULTA PREVIA»?

El derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados

La consulta previa es el **derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados antes de decidirse la adopción de cualquier medida estatal, general o particular, que afecte –o vaya afectar– directamente sus intereses grupales o sus derechos colectivos.**

De esta definición se desprenden una serie de interrogantes tales como: ¿qué supone que sea un «derecho fundamental»? ¿quiénes califican como «pueblos indígenas o tribales»? ¿qué implica ser «consultados antes de decidirse la adopción de...»? ¿qué es una «medida estatal general o particular»? ¿cuándo la misma afecta directamente los intereses o derechos de los pueblos indígenas o tribales? ¿cuándo están involucrados los intereses o derechos de dichos colectivos?, etc. Todas ellas serán respondidas a lo largo de este documento. En este punto, explicaremos con más detalle la primera.

Afirmar que la «consulta previa» es un *derecho fundamental* supone sostener dos cosas muy importantes:

- (i) Que, al ser un *derecho*, los titulares del mismo (es decir, los pueblos indígenas y tribales) tienen el poder de exigir su cumplimiento; y
- (ii) Que, al ser *fundamental*, pasa a formar parte de los límites a la actuación de las autoridades estatales y, por ende, éstas no podrán adoptar decisiones válidas que afecten los intereses de los pueblos indígenas y tribales si es que antes no han implementado el proceso correspondiente de consulta previa.

¿Y qué quiere decir que la consulta previa es un derecho fundamental de los *pueblos indígenas y tribales*? Simplemente, que no es de alcance general o aplicable a todas las personas. **Solamente le corresponde a una categoría especial (y cerrada) de sujetos colectivos: los pueblos indígenas y tribales.** ¿Y sus miembros también son titulares de este derecho? No, la consulta previa sólo se le reconoce al grupo en cuanto tal. Es decir, **no les corresponde a los individuos que forman parte del colectivo indíge-**

na o tribal y, por tanto, cada uno de ellos, individualmente considerado, no tiene derecho a ser consultado. Es, pues, un derecho colectivo.

No obstante, esto no quiere decir que los miembros del grupo no sean titulares de ningún derecho. Y es que, al igual que cualquier ser humano, tienen todos los derechos fundamentales que se le reconoce a cualquier persona *por el sólo hecho de serlo* (tal como el derecho a la vida, a la integridad física, las libertades personales, etc.); y, sobre todo, *por poseer la condición particular de indígena* (tal como el derecho a que se respete su identidad cultural, el derecho a recibir educación en su idioma natal o a expresarse en el mismo en las dependencias públicas del Estado, etc.). Así, pues, mientras el pueblo, en tanto «colectivo indígena», tiene el derecho fundamental a la consulta previa; sus integrantes, en tanto «seres humanos indígenas», tienen todos los derechos fundamentales individuales establecidos en la Constitución y en los Tratados de derechos humanos de los que el Perú es parte.

REFERENCIAS:

- *Art. 44º y 45º de la Constitución*
- *Art. 1º y 6º del C169 OIT*
- *Art. 2º de la LCP*
- *STC del 8 de junio de 2011, Exp. N° 00725-2010-PC/TC, fundamento 20*
- *STC del 17 de marzo de 2011, Exp. N° 00025-2009-PI/TC, fundamento 22*

Pregunta N° 2

¿A QUIÉN SE CONSULTA?

Los pueblos indígenas y tribales

Hemos dicho que el derecho a la consulta previa es de los pueblos indígenas y tribales. Entonces, el primer problema a abordar es determinar cuándo estamos ante alguno de dichos colectivos.

A) ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DE UN PUEBLO INDÍGENA O TRIBAL?

El C169 OIT ha previsto elementos objetivos y subjetivos que nos sirven para identificar a un pueblo indígena o tribal en los hechos. Los primeros se refieren a los rasgos observables o verificables que tiene que poseer un grupo para ser considerado como tal. Son, pues, las manifestaciones, las exteriorizaciones, de lo indígena o tribal. Así, de acuerdo con los mismos, se entiende:

- (i) Que un pueblo es «indígena» si, de un lado, desciende de las poblaciones que habitaban en el territorio de los Estados en la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y, de otro, conserva todas, o parte, de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, y;
- (ii) Que un pueblo es «tribal» si, de un lado, presenta condiciones sociales, culturales y económicas que le distinguen de otros sectores y, de otro, está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

Como se puede apreciar, la diferencia entre unos y otros estriba en los criterios objetivos llamados «continuidad histórica» y «conexión territorial»: a diferencia de los colectivos tribales, se entiende que un pueblo tiene la condición de indígena porque, al descender de un pueblo originario, **es una sociedad anterior (continuidad histórica) que habitaba el país o región del caso (conexión territorial) antes de la conquista, la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales.** Estos requisitos no son exigidos a los pueblos tribales ya que, como precisó la Corte IDH, los mismos no son colectivos indígenas a la región respectiva o, lo que es lo mismo, tienen su origen en sociedades asentadas –o que estuvieron asentadas– en los territorios que están bajo la soberanía de otro Estado.

Pero no sólo eso, el C169 OIT exige la presencia también de un elemento subjetivo: la auto-conciencia indígena o tribal. No estamos, pues, ante un rasgo observable, sujeto a prueba, sino ante la consideración interna del grupo de poseer identidad indígena o tribal. En virtud de este criterio, tal como ha

señalado la Corte IDH, **determinar la pertenencia étnica de cada comunidad es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía**, razón por la cual **los Estados deben limitarse a respetar la forma como los diferentes grupos se auto-identifiquen**. Vale decir, el criterio auto-conciencia en realidad habría que entenderlo como «auto-identificación» y, por tanto, que corresponde a cada pueblo identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, **sin que el Estado pueda rechazarla o cuestionarla**.

Es necesario hacer una precisión sobre este criterio: debe quedar claro que hace referencia a la potestad de los pueblos mismos como colectividades (y no de sus miembros como individualidades) de decidir, según sus usos y costumbres, si son o no un sujeto colectivo con una identidad indígena o tribal. Ello es así porque, tal como ha resaltado la Corte IDH, **la falta de identificación de alguno(s) de los miembros de la comunidad con respecto de los usos y costumbres vigentes en ésta, no puede ser utilizado por el Estado como argumento para denegar al pueblo en cuestión la condición de indígena o tribal**.

Los requisitos señalados en este punto han sido recogidos por la LCP y su Reglamento pero, a diferencia del C169 OIT, **no distinguen entre pueblos indígenas y tribales**. Dichas normas, al establecer con carácter genérico la denominación «pueblos indígenas u originarios», exigen que cualquier colectivo que busque ser considerado como tal, **debe demostrar su descendencia directa de las poblaciones originarias del Perú, al margen de si se auto-identifica o no como pueblo indígena o tribal**.

10

B) ¿CALIFICAN LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS COMO PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS?

¿Y qué sucede con las comunidades campesinas y nativas?, ¿son consideradas *per se* como pueblos indígenas u originarios? Desde el punto de vista constitucional, **las comunidades campesinas y nativas legalmente reconocidas son los pueblos indígenas previstos en el C169 OIT**. Efectivamente, nuestro TC ha interpretado las disposiciones sobre comunidades campesinas y nativas de la Constitución (artículos 88º y 89º), a la luz de una serie de instrumentos internacionales relativos a la protección de los pueblos indígenas (por ejemplo, el C169 OIT), lo que claramente quiere decir que en nuestro marco constitucional existe una equiparación entre los conceptos «pueblos indígenas» y «comunidades campesinas y nativas». En tal sentido, estos últimos, desde la perspectiva del supremo intérprete de la Constitución, **deben ser reconocidos como pueblos indígenas *per se***.

Asimismo, por la forma en la que han sido definidos los colectivos campesinos y nativos en nuestro Derecho (al margen de lo previsto en la LCP y su Reglamento), es posible sostener que legalmente cumplen, al menos, con los requisitos objetivos exigidos por el C169 OIT. Basta para confirmar ello con revisar: (i) la Ley General de Comunidades Campesinas que define a estos colectivos como «organizaciones integradas por familias que **habitan y controlan determinados territorios**, ligadas por **vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales**, expresados en la propiedad comunal de la tierra»; (ii) la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva que dispone que las «Comunidades Nativas **tienen origen en los grupos tribales** de la Selva y Ceja de Selva»; y (iii) la Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los

pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos que en la definición de pueblos indígenas precisa que «incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como **a las comunidades campesinas y nativas**».

Así, pues, hay suficientes razones para sostener que tanto las comunidades campesinas como las nativas, en el Perú, constituyen los pueblos indígenas o tribales señalados en el C169 OIT. Desafortunadamente, en lo que se refiere a dichas comunidades, tanto la LCP como su Reglamento utilizan fórmulas condicionales del tipo «pueden ser identificados también como...» o «podrá ser identificada como...», lo que invariablemente quiere decir que para acogerse a lo previsto en dichas normas, **las poblaciones organizadas en comunidades campesinas o nativas tendrán que demostrar que cumplen con los requisitos objetivos y subjetivos antes señalados**. Esta exigencia, a nuestro juicio, es inconstitucional y, por tanto, frente a la negativa del Estado de reconocer a alguna comunidad campesina o indígena como pueblo indígena, cabe la posibilidad de interponer el medio de impugnación correspondiente ante el Poder Judicial (volveremos sobre esta idea en el punto IX).

C) ¿QUIÉNES SON –Y CÓMO SE ELIGEN– LOS REPRESENTANTES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS?

Un problema vinculado al de la identificación de los pueblos indígenas, es el de la determinación de los representantes del mismo. Dado que son estos últimos los que van a negociar y expresar la voluntad del pueblo en cuestión (es a través de ellos que el colectivo va a participar en el proceso de consulta), es sumamente importante tener claras las reglas sobre designación de los mismos.

De acuerdo con el C169 OIT, la consulta a los pueblos indígenas y tribales **debe hacerse a través de «sus» instituciones representativas**. ¿Esto qué quiere decir? Simplemente que el Estado está obligado a negociar con aquellas organizaciones o personas que los propios pueblos designen, decisión interna que, por lo demás, debe ser completamente autónoma o, lo que es lo mismo, libre de cualquier injerencia estatal o de otro tipo. Entonces, ¿no existen reglas que deben ser respetadas por los propios pueblos indígenas al momento de designar a sus representantes?

Si bien es cierto que la LCP, expresamente, establecen que las personas, instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas, **son elegidas conforme a los usos y costumbres tradicionales de estos últimos**; también lo es que el Reglamento ha incorporado **el «enfoque de género» como límite al proceso de elección y designación de los representantes de los pueblos indígenas**. ¿Y esto qué quiere decir? A nuestro juicio, lo que exige el Reglamento es que los pueblos indígenas u originarios no adopten decisiones relativas a sus representantes, sobre la base de criterios de selección que supongan una discriminación por razón de género. Vale decir, están autorizados a utilizar sus usos y costumbres para decidir quién(es) los representa(n), salvo que alguna de dichas tradiciones **esté basada en un pre-juicio sobre la capacidad del hombre o de la mujer para cumplir con dicha responsabilidad**.

Una vez adoptada la decisión correspondiente, los pueblos indígenas u originarios tienen que acreditar a sus representantes ante la entidad estatal encargada de efectuar la consulta. ¿Cómo lo hacen? De acuerdo con el Reglamento, **ello debe hacerse por medio de un «documento formal de acredita-**

ción» que, por lo mismo que es formal, tendrá que estar debidamente firmado por aquellos que, según los usos y costumbres, hubieran sido los responsables del nombramiento. ¿Y en qué plazo debe remitirse dicho documento? Según el Reglamento, los pueblos indígenas u originarios para realizar esta comunicación disponen de treinta (30) días calendario de recibido el plan de consulta, plazo que se hará efectivo dentro de la etapa de información del proceso de consulta previa (más adelante estudiaremos qué es el plan de consulta y cuáles son las etapas de este proceso).

REFERENCIAS:

- *Art. 88º y 89º de la Constitución*
- *Art. 1º y 6º del C169 OIT*
- *Art. 5º, 6º y 7º de la LCP*
- *Art. 3º, literales k), m) y n), 5º, literal h), 7º y 10º del Reglamento*
- *Artículo 2º de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas*
- *Artículo 8 del Decreto Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva*
- *Artículo 2º, literal a), de la Ley 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*
- *STC del 11 de septiembre de 2012, Exp. N° 01126-2011-HC/TC, fundamentos 21-23 y 25*
- *Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Fondo, reparaciones y costas, párr. 37*
- *Corte IDH. Caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 79 y 164*
- *Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 31*

Pregunta N° 3

¿QUIÉN CONSULTA?

El deber del Estado peruano de consultar a los pueblos indígenas y tribales

Si los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser consultados, entonces lógicamente **alguien tiene el deber de consultarles**. ¿Quién es, pues, el sujeto obligado a implementar este proceso?

Tanto el C169 OIT como la LCP y su Reglamento expresamente señalan que **esta responsabilidad recae en el Estado, la misma que bajo ningún supuesto puede ser delegada en una empresa privada o en otros terceros**. En ese sentido, las «consultas» efectuadas –o que vayan a ser efectuadas– directamente por las empresas interesadas, por ejemplo, en la explotación de los recursos ubicados en los territorios de los pueblos indígenas, **no califican como procesos de consulta previa propiamente dichos**.

Pero, ¿por qué siempre recae en el Estado la obligación de consultar?, ¿acaso un proyecto de un privado no puede afectar los intereses o derechos de un pueblo indígena y, como tal, no debería ser consultado? Para entender esta exclusión del proceso de consulta, es necesario distinguir aquellas acciones a ser efectuadas por privados que, para ejecutarse, tan sólo requieren la anuencia del pueblo indígena del caso (porque versan, por ejemplo, sobre asuntos relativos a la compra-venta de bienes o servicios ofrecidos en el mercado), de **aquellas que para materializarse necesariamente requieren del permiso o la autorización –o incluso el concurso– de la autoridad estatal** (por ejemplo, las concesiones para la exploración o explotación de un recurso natural ubicado en los territorios indígenas). Es en este segundo supuesto en que opera la consulta previa porque, a diferencia del primero, el Estado tiene «ius imperium», es decir, la posibilidad legal de imponerle una decisión al pueblo indígena en cuestión (el privado, en cambio, por sí solo no puede jurídicamente obligar a ningún colectivo indígena a hacer o no hacer algo). Precisamente, **la consulta previa pretende ser un límite al señalado ius imperium estatal**, a los efectos de preservar los intereses o derechos de los pueblos indígenas.

Dicho esto, corresponde ahora estudiar los diferentes actores estatales que podrían participar en el proceso de consulta previa, en función de las diferentes competencias que el Derecho peruano ha asignado.

A estos efectos, es necesario distinguir entre «órganos estatales legislativos» y «órganos estatales ejecutivos». Mientras que los primeros tienen el poder de producir y emitir leyes, reglamentos, resoluciones ministeriales, directivas, etc.; los segundos se encargan de ejecutar los mandatos contenidos en dichas normas en un caso particular y concreto (normalmente emitiendo el correspondiente «acto administrativo»).

De otro lado, se tiene que diferenciar también entre órganos estatales de alcance nacional y órganos estatales de alcance regional y local. Mientras que los primeros tienen el poder de tomar decisiones de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República, los segundos sólo pueden ejecutar sus funciones a nivel regional o municipal. Pues bien, *órganos estatales legislativos de alcance nacional* vienen a ser:

- (i) El Congreso de la República (el Poder Legislativo) que, de acuerdo con la Constitución, es el órgano del Estado encargado de aprobar las Leyes; y
- (ii) El Gobierno Central (el Ejecutivo) que, también según la Constitución, es el órgano del Estado encargado: (a) de promulgar y reglamentar las Leyes (en este último caso vía Decretos Supremos), (b) de aprobar Decretos Legislativos (siempre que hubiera recibido las facultades correspondientes del Parlamento) y (c) de dictar medidas extraordinarias por medio de Decretos de Urgencia (en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso).

¿Y cuáles son los *órganos estatales ejecutivos de alcance nacional*? En este caso, claramente estamos hablando del Gobierno Central y, por supuesto, de todos los Ministerios que lo integran (Defensa, Interior, Economía y Finanzas, Energía y Minas, Trabajo y Promoción del Empleo, Salud, Cultura, Mujer y Poblaciones Vulnerables, etc.).

De acuerdo con la LCP y su Reglamento, **todos los órganos estatales nacionales están obligados a implementar el proceso de consulta previa**, siempre que quieran adoptar una medida legislativa o ejecutiva que afecte –o vaya a afectar– los intereses o derechos de los pueblos indígenas.

¿Y qué sucede con los órganos estatales regionales y/o locales?, ¿también están obligados a implementar procesos de consulta previa? Sin duda que sí, aunque con ciertas particularidades que es conveniente resaltar brevemente.

El TC ha señalado que los gobiernos regionales y locales aun cuando están autorizados para llevar a cabo procesos de consulta previa en el ámbito de sus competencias, **no lo están para regular o normar el desarrollo de los mismos**; cuestión que corresponde única y exclusivamente a los órganos estatales legislativos de alcance nacional.

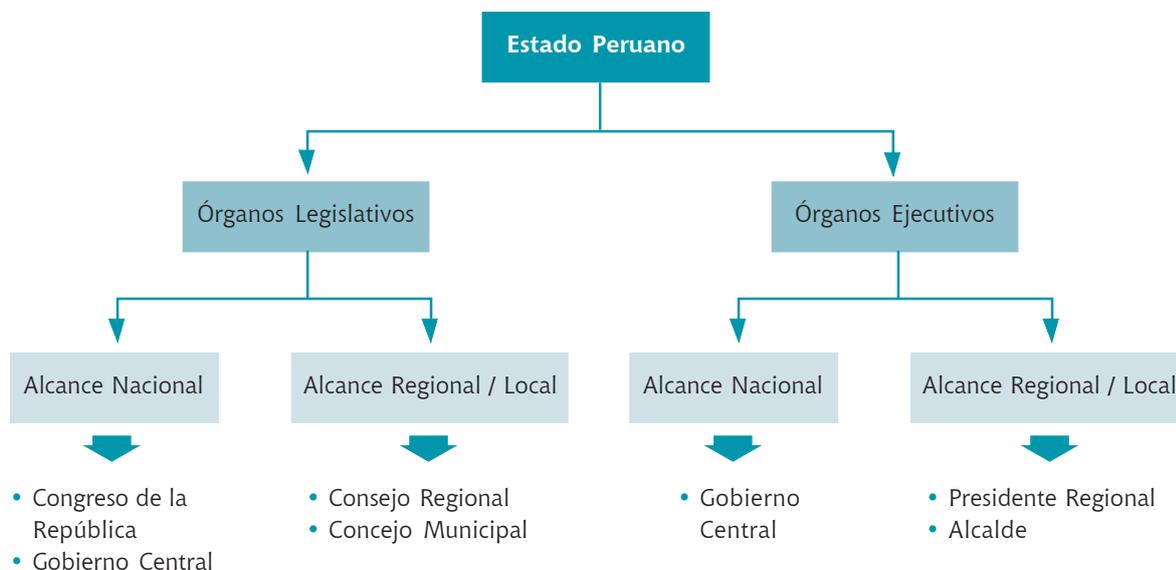
Por su parte, el Reglamento ha precisado que los órganos legislativos y ejecutivos de los gobiernos regionales y locales (el Consejo Regional y el Municipal, de un lado, y el Presidente Regional y el Alcalde, de otro) solamente podrán efectuar procesos de consulta respecto de las medidas, legislativas o administrativas, que tengan competencia para aprobar según sus respectivas Leyes Orgánicas y

siempre que cuenten con el visto bueno del Órgano Técnico Especializado en Materia Indígena del Poder Ejecutivo: el Viceministerio de Interculturalidad.

De esta forma, las autoridades regionales o locales podrán promover procesos de consulta, sujetándose a las reglas que son aplicables en el ámbito nacional (el C169 OIT, la LCP y Reglamento), tan sólo en lo que se refiere a medidas que son competentes para adoptar de acuerdo con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR) o la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), y siempre que haya dado su anuencia el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura (el órgano técnico especializado en materia indígena).

Por ejemplo, de acuerdo con la LOGR, los Gobiernos Regionales son competentes, en su respectiva jurisdicción territorial (Junín, Ayacucho, Cuzco, Apurímac, etc.), para «promover y ejecutar las inversiones públicas de ámbito regional en proyectos de infraestructura vial, (...)». Del mismo modo, según la LOM, las Municipalidades Provinciales tienen competencia para «planificar integralmente (...) el ordenamiento territorial, en el nivel provincial». Así, pues, si alguna autoridad regional quiere construir una carretera que pase por los territorios de algún pueblo indígena (un proyecto de infraestructura vial), o algún municipio provincial pretende convertir las tierras propiedad de alguno de dichos colectivos en zonas de expansión urbana (un supuesto de ordenación territorial), en tanto los afectan, estarán obligadas a realizar el respectivo proceso de consulta (siempre que el Viceministerio de Interculturalidad les dé la autorización respectiva).

En el siguiente organigrama se muestra a las autoridades estatales que eventualmente tendrán que implementar procesos de consulta:



REFERENCIAS:

- Art. 102º, numeral 1), 104º, 108º, 118º, numerales 8) y 19), 191º, 192º, 194º y 195º de la Constitución
- Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
- Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades
- Art. 6º, 15º y 16º del C169 OIT
- Art. 2º, 17º, 18º, 19º y Primera Disposición Complementaria Final de la LCP
- Art. 2º, 3º, literal g), 5º y 28º del Reglamento
- STC del 23 de octubre de 2012, Exp. N° 00005-2012-PI/TC, fundamentos 37, 38, 41 y 42
- Corte IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones, párr. 187

Pregunta N° 4

¿PARA QUÉ SE CONSULTA?

La finalidad del proceso de consulta previa

Ya hemos visto qué es la consulta previa, quién es titular de ese derecho y quién es el sujeto obligado a implementar la misma. Corresponde ahora preguntarse por la finalidad, el objetivo, que debe obligatoriamente perseguir todo proceso de consulta previa.

A) LA REGLA: HACER UN ESFUERZO REAL POR ALCANZAR UN ACUERDO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES.

De acuerdo con el C169 OIT, el Estado debe consultar a los pueblos indígenas o tribales del caso «con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de la medida propuesta». En el mismo sentido se pronuncia la LCP que expresamente señala que el derecho a la consulta tiene por objeto «alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios». ¿Esto que quiere decir?

En primer lugar, tal como ha resaltado la CEACR, cuando el C169 OIT fija dicho objetivo para las consultas lo hace para resaltar que éstas deben suponer un verdadero diálogo entre las partes (Estado y pueblos indígenas) guiado, como no podía ser de otra manera, **por el deseo sincero de alcanzar un acuerdo**. Es por ello que, la misma CEACR, ha precisado que las consultas *pro forma* (o que persiguen simplemente cumplir con la formalidad del proceso de consulta) o la mera entrega de información, son supuestos que no satisfacen los requisitos del C169 OIT y, por tanto, son ilegales. Ello es así porque, tal como ha resaltado el TC, «sería bastante fútil generar un espacio de discusión y diálogo intercultural, cuando lo que en el fondo se pretende es simplemente la mera apariencia de cumplimiento de la norma, sin que recaiga en lo sustancial de la misma». De esta forma, no solamente el Estado está obligado a implementar el proceso de consulta sino que, una vez abierto el mismo, **debe hacer todos los esfuerzos del caso por alcanzar un acuerdo con los pueblos indígenas o tribales a ser afectados**.

¿Y esto significa, entonces, que el proceso de consulta a los colectivos indígenas forzosamente debe concluir en un acuerdo? Esta pregunta es central para determinar si es que los pueblos a ser consultados tienen o no una suerte de «derecho de veto», es decir, si jurídicamente hablando tienen el poder de evitar la implementación de la medida objeto de consulta tan sólo denegando su aceptación o consentimiento.

Aun cuando las consultas exigidas por el Convenio tienen por objeto llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, **ello no implica un derecho de veto en mano de los pueblos indígenas y tribales ni, mucho menos, que su resultado sea alcanzar necesariamente el consentimiento de los mismos** (salvo, por ejemplo, los supuestos de traslado o desplazamiento de dichos colectivos, tal como se verá posteriormente).

Nuestro TC, por su parte, también ha resaltado que «el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido (...), encontrándose excluido de este programa normativo (...), **lo que coloquialmente se ha venido en denominar derecho al veto**». La LCP también prevé que el derecho a la consulta no implica el derecho de los pueblos indígenas u originarios a emitir su «consentimiento» o autorización previa y, como tal, estipula claramente que «la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente». Y es que, como resalta el Reglamento, el que sea la finalidad de la consulta el alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento, no supone que de no obtenerse éste, de un lado, el derecho a la consulta se vea afectado y, de otro, las entidades públicas no puedan dictar las medidas consultadas. Queda claro, entonces, que nuestro Derecho interno, respetando los estándares mínimos del C169 OIT, **no les otorga a los pueblos indígenas u originarios el llamado «derecho de veto»**... salvo en los supuestos que veremos a continuación

B) LA EXCEPCIÓN: SUPUESTOS QUE REQUIEREN CONSENTIMIENTO PREVIO.

A pesar de lo señalado en el acápite precedente, de acuerdo con la legislación interna e internacional, **sí es necesario contar con el consentimiento de los pueblos indígenas afectados en los siguientes supuestos:**

- (i) Cuando se persiga acceder, con fines científicos, comerciales e industriales, a sus conocimientos colectivos sobre las propiedades, usos y características de la diversidad biológica (por ejemplo, se persigue estudiar y comercializar los usos medicinales que ancestralmente los pueblos indígenas les dan a ciertas plantas silvestres);
- (ii) Cuando se quiera almacenar o realizar la disposición final de materiales peligrosos en sus tierras (por ejemplo, se quiere construir un relleno sanitario en las tierras propiedad de un pueblo indígena);
- (iii) Cuando se pretenda adoptar alguna medida que implique el traslado o reubicación del Pueblo Indígena de las tierras que tradicionalmente ocupan (por ejemplo, se pretende desplazar a un pueblo indígena de sus tierras habituales porque, éstas, deben ser inundadas a fin de ejecutar un proyecto hidroeléctrico); y
- (iv) Cuando se busque implementar planes de inversión o proyectos «a gran escala» que ocasionarían un impacto «significativo» en su derecho a subsistir como colectivos social y étnicamente diferenciados (por ejemplo, se busca implementar un megaproyecto minero que requiere desviar el cauce de un río que es considerado sagrado por un pueblo indígena).

Vale decir, en estos supuestos excepcionales el Estado no tendrá sólo que hacer su mayor esfuerzo por alcanzar un acuerdo sino que, forzosamente, **deberá obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados para poder implementar la medida materia de consulta**. Ello es así porque, a diferencia de la generalidad de los casos, se entiende que acá está en juego el derecho fundamental de los pueblos indígenas a subsistir como un colectivo social y culturalmente diferenciado; derecho que se encuentra protegido, en nuestro marco constitucional, por los derechos: (i) a la identidad étnica y cultural (artículo 2º, numeral 19) y (ii) a la propiedad (artículos 2º, numeral 16, y 70º) interpretado, este último, a luz de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los alcances de la CADH en materia de pueblos indígenas y tribales. En otras palabras, se exige obtener el consentimiento previo porque viene a ser el mecanismo más adecuado para asegurar la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas o tribales respectivos.

Es necesario, antes de pasar al siguiente punto, hacer algunos comentarios con respecto al supuesto (iv) (planes de inversión o proyectos «a gran escala» que ocasionarían un impacto «significativo»). De acuerdo con la Corte IDH, en este caso se exige contar con la anuencia por la «magnitud» de la medida que se quiere implementar y, sobre todo, **por el nivel del impacto de la misma para la integridad de los territorios de los pueblos indígenas y tribales y/o el disfrute de los recursos naturales que tradicionalmente han utilizado**. Ello es así porque, como reconoce la misma Corte, en la relación especial que dichos pueblos mantienen con sus territorios (y con los recursos naturales que ancestralmente usan) está la base de su identidad indígena o tribal. De esta forma, el consentimiento será necesario siempre que la ejecución de un proyecto ponga en peligro la relación especial de los pueblos con sus territorios y, de esta forma, su supervivencia como colectivos con una identidad étnica y colectiva diferenciada.

REFERENCIAS:

- *Art. 6º, numerales 1) y 2), 15º, 16º, numeral 2), del C169 OIT*
- *Art. 3º y 15º de la LCP*
- *Art. 5º, literales d) y e), y 23º del Reglamento*
- *Art. 2º, literal c), y 6º de la Ley N° 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*
- *Art. 8º, numeral 8.3, literal c), y 9º de la Ley N° 28223, Ley sobre los desplazamientos internos*
- *Art. 8º y 10º, numeral 1, del Decreto Supremo N° 004-2005-MIMDES, Reglamento de la Ley sobre los desplazamientos internos*
- *STC del 17 de marzo de 2011, Exp. 00025-2009-PI/TC, fundamento 21*
- *STC del 9 de junio de 2010, Exp. 0022-2009-PI/TC, fundamentos 24-25 y 28*
- *Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 147*
- *Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 17*
- *Corte IDH. Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 134 y 137*
- *OIT-CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169).*

Pregunta N° 5

¿QUÉ SE CONSULTA?

Materias objeto del proceso de consulta previa

Acabamos de estudiar que el objetivo de la consulta es alcanzar un acuerdo, la pregunta a resolver ahora es «sobre qué». Dicho en otros términos, tenemos que indagar sobre las materias o los asuntos que obligatoriamente tendrán que ser objeto de consulta previa.

A) SUPUESTO GENERAL: CUALQUIER MEDIDA QUE AFECTE LOS INTERESES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

De acuerdo con el C169 OIT, en la generalidad de los casos, el Estado está obligado a efectuar la consulta previa «cada vez que se prevean **medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente** (a los pueblos indígenas y tribales del caso)»; incluyendo «cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras».

Como se puede apreciar, de acuerdo con dicho instrumento internacional, la consulta previa debe efectuarse siempre que el Estado vaya a adoptar alguna medida que afecte los *intereses* de los pueblos indígenas y tribales. En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte IDH que textualmente señaló que «está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados **intereses de las comunidades y pueblos indígenas**».

Este criterio también ha sido recogido por nuestro Derecho interno. Si bien es cierto que la LCP establece que el deber de someter a consulta recae sobre todas aquellas medidas que afecten directamente los *derechos colectivos* de los pueblos indígenas u originarios, nuestro TC ha señalado en reiterada jurisprudencia que tendrán que ser objeto de consulta, no sólo las medidas que afecten los derechos colectivos de los colectivos indígenas, sino también **todas aquellas que, yendo más allá de esa categoría, supongan modificar la situación jurídica de dichos pueblos**.

¿Y cuándo una medida «afecta» –o modifica– la situación jurídica preexistente de los pueblos indígenas? El Reglamento ha señalado que la *afectación directa* se produce cuando la medida cuestionada «contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos». Y, de acuerdo con el TC, ello sucede con cualquier medida estatal (administrativa o

legislativa) «cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas».

Por ejemplo, como se vio en el punto II, la Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, para sus efectos, considera a las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas. Pues bien, si el Parlamento promoviera un proyecto de reforma de la Ley mencionada destinado a retirarles la condición de indígena, claramente habría una posible «afectación directa» a las comunidades antes señaladas ya que, en sentido negativo, se estaría planteando la modificación de su situación jurídica preexistente. Ésta, pues, sería una medida legislativa que afectaría los intereses de los pueblos indígenas y, como tal, tendría que ser objeto de consulta.

¿Y una medida estatal administrativa que afecta los intereses o los derechos de los pueblos indígenas? Ella sería, por ejemplo, un acto administrativo en virtud del cual se otorga la concesión a un particular para la explotación de un lote minero ubicado en los territorios de un pueblo indígena dedicado, tradicionalmente, al pastoreo y a la agricultura. En este supuesto, claramente habría una «afectación directa» a dicho colectivo indígena, en tanto que la ejecución de dicho proyecto menoscabaría, perjudicaría, influiría desfavorablemente o produciría una alteración directa en el derecho colectivo de dicho pueblo a la integridad de sus territorios y al goce y disfrute de los recursos naturales que ancestralmente utiliza (la tierra dejaría de ser utilizada, en todo o parte, con fines agrícolas). Éste sería un ejemplo de medida estatal administrativa que tendría que ser objeto de consulta previa.

22

B) MEDIDAS EXCLUIDAS DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado previamente, el Reglamento establece que **no son objeto de consulta** las siguientes materias:

- (i) Normas de carácter tributario o presupuestario (por ejemplo, un proyecto de ley que tiene por objeto gravar con el impuesto a la renta a las comunidades campesinas y nativas, colectivos que actualmente no están obligados a pagar dicho tributo de conformidad con la Ley del Impuesto a la Renta);
- (ii) Decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas (por ejemplo, el desplazamiento forzado y temporal de un pueblo indígena, decidido por los Ministerios de Transportes y del Interior, a los efectos de realizar los trabajos necesarios para controlar y reencausar un río desbordado);
- (iii) Medidas administrativas que se dictan para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias (por ejemplo, la puesta en cuarentena de un pueblo indígena, decidida por el Ministerio de Salud, en el que se ha detectado un brote de fiebre amarilla, paludismo, cólera, etc.);

- (iv) Medidas administrativas que se dicten con el objeto de perseguir y controlar actividades ilícitas (por ejemplo, el establecimiento de una base militar en los territorios de un pueblo indígena, decidido por el Ministerio de Defensa, a fin de combatir a los remanentes subversivos en el VRAEM);
- (v) Medidas administrativas complementarias a las medidas ya consultadas (por ejemplo, la autorización otorgada por el Ministerio de Energía y Minas para construir un campamento minero en los territorios de un pueblo indígena al que ya se le consultó el desarrollo y ejecución de una explotación minera);
- (vi) Medidas administrativas que aprueben el reinicio de actividades, siempre que no impliquen variación de los términos originalmente autorizados (por ejemplo, la autorización otorgada por el Ministerio de Energía y Minas para reiniciar, en los territorios de un pueblo indígena, los trabajos de exploración de pozos petroleros temporalmente paralizados), y;
- (vii) Construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación y la que sea necesaria para la provisión de servicios públicos que esté dirigida a beneficiar a los pueblos indígenas u originarios (por ejemplo, la construcción de escuelas y postas médicas en los territorios de un pueblo indígena, decidida por los Ministerios de Educación y de Salud).

Como se puede apreciar, a parte de los supuestos (ii), (iii) y (iv) que parecen ser razonables (en tanto perseguirían, de un lado, evitar una grave afectación de los propios pueblos indígenas, de sus miembros y, en general, de cualquier persona que estuviera en riesgo, y de otro, asegurar el cumplimiento eficiente por parte del Estado de sus obligaciones relativas a la seguridad pública), en los demás casos no salta a la vista la razón que justificaría su exclusión del proceso de consulta, más aun cuando son medidas susceptibles de afectarles directamente o, lo que es lo mismo, de modificar su situación jurídica pre-existente.

Por ejemplo, la Ley General de Comunidades Campesinas (colectivos que, como vimos, pueden solicitar ser reconocidos como pueblos indígenas u originarios) señala que dichas comunidades están libres de todo impuesto directo creado o por crearse que se imponga a la propiedad o tenencia de tierras. Según el Reglamento, una medida legislativa destinada a dejar sin efecto tal beneficio, no sería pasible de ser sometida al proceso de consulta previa (dado su carácter tributario), por más que afecte directamente los intereses de organizaciones reconocibles como pueblos indígenas u originarios.

El mismo razonamiento es extensible a las otras medidas exoneradas: todos los casos, son supuestos que pueden afectar directamente los intereses de los colectivos indígenas u originarios, en especial el último que bajo el pretexto de beneficiarlos transgrede el derecho de los mismos a fijar sus propias prioridades de desarrollo. Por tanto, estas exclusiones introducidas por el Reglamento, a nuestro juicio, son ilegales.

REFERENCIAS:

- *Art. 6º, numeral 1, literal a), 7º y 15º, numeral 2), del C169 OIT*
- *Art. 2º y 9º de la LCP*
- *Art. 3º, literales b) y f), 5º, literales k) y l), y décimo segunda, décimo cuarta y quinta disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento*
- *STC del 17 de marzo de 2011, Exp. 00025-2009-PI/TC, fundamento 25*
- *STC del 9 de junio de 2010, Exp. N°00 22-2009-PI/TC, fundamentos 19-23*
- *Corte IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones, párr. 165*

Pregunta N° 6

¿CUÁNDO SE HACE LA CONSULTA?

Antes de decidirse la adopción de la medida objeto de consulta

Tan importante como saber qué debe ser consultado, es determinar cuándo, en qué momento debe llevarse a cabo dicho proceso. Se está, pues, frente al problema de la «oportunidad» de la consulta.

En lo que se refiere a esta cuestión, el C169 OIT dispone que la misma, en la generalidad de los casos, debe efectuarse «cada vez que se **prevean** medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente» a los pueblos indígenas y tribales del caso; y, en el caso específico de los recursos naturales ubicados en sus territorios, debe llevarse a cabo por el Estado «**antes de** emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación». Existe, pues, la obligación de desarrollar el proceso de consulta **con carácter previo, es decir, antes de que se produzca la afectación de los intereses de los pueblos indígenas o tribales involucrados** (de otra forma no tendría sentido la frase *cada vez que se prevean*). ¿Cuándo exactamente?

Aun cuando no existe un criterio definitivo sobre *qué tan antes* debe hacerse la consulta, la Corte IDH ha señalado que «estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las **primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta**, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir **en el proceso de adopción de decisiones**». Es decir, la consulta para ser realmente previa debe realizarse en la fase de elaboración o planificación del proyecto, plan o medida del caso o, lo que es lo mismo, *antes de haberse decidido* la adopción de la misma.

Este criterio ha sido seguido por el TC que ha señalado que, según nuestro marco constitucional, la consulta a los pueblos indígenas debe efectuarse «en forma **previa a la toma de la decisión**», toda vez que «trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida **elimina la expectativa de la intervención** subyacente en la consulta» y, además, «generaría que la consulta **se lleve a cabo sobre los hechos consumados**, pudiendo relevarse con esto una **ausencia de buena fe**». Ello es así porque, como ha señalado el TC, la idea del procedimiento de consulta es asegurar la «inclusión de los pueblos indígenas **en la discusión del proyecto** de la medida administrativa o legislativa», de forma que «puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que **puedan ser tomadas en cuenta**».

No cabe duda, entonces, que la consulta debe efectuarse *antes de decidirse* la adopción de la medida correspondiente, es decir, cuando la misma es tan sólo un «proyecto».

¿Y qué indican la LCP y su Reglamento? Mientras que la primera señala que «el proceso de consulta se realiza **de forma previa** a la medida legislativa o administrativa»; la segunda dispone, de un lado, que la misma debe llevarse a cabo de buena fe y con «el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que **la decisión se enriquezca** con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas» y, de otro, que en el caso de exploración o explotación de recursos naturales, la consulta debe efectuarse «**antes de aprobar** la medida administrativa (...) que faculte el **inicio de la actividad**».

Como se puede apreciar, de la literalidad de estas disposiciones no se desprende con claridad que la consulta debe realizarse *antes de decidirse adoptar* la medida en cuestión. Es más, el Reglamento textualmente señala que la consulta busca enriquecer la decisión (¿ya adoptada?) y, en el segundo caso, que debe hacerse antes de aprobar el inicio de la exploración o explotación de los recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas. Así, pues, de hacer una lectura conjunta de estas dos disposiciones, se puede sostener que la LCP y su Reglamento exigen realizar la consulta con carácter previo, no a la toma de la decisión por parte del Estado, sino a la ejecución de la medida. No obstante, si ese fuera el significado de las mismas, claramente vendrían en inconstitucionales. Por tanto, una lectura adecuada de la LCP y su Reglamento, **exige entender que dichas disposiciones fijan la oportunidad de la consulta, en un momento previo a la toma de la decisión sobre la adopción del proyecto de medida.**

REFERENCIAS:

- *Artículo 6º y 15º, numeral 2) del C169 OIT*
- *Artículo 4º, literal a), de la LCP*
- *Artículo 5º, literal a), y 6º del Reglamento*
- *STC del 9 de junio de 2010, Exp. 0022-2009-PI/TC, fundamento 36*
- *Corte IDH. Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 133*
- *Corte IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones, párr. 167 y 181*
- *OIT-CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169)*

Pregunta N° 7

¿CÓMO SE CONSULTA?

Las reglas que regulan el proceso de consulta previa

Como se ha venido diciendo a lo largo de este manual, la consulta previa es un proceso, es decir, un conjunto ordenado de etapas o pasos, incluyendo plazos, que tienen por objetivo o fin el obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados. Corresponde ahora estudiar las reglas que regulan el desarrollo del mismo.

A) CRITERIOS RECTORES DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA.

Aun cuando el Derecho Internacional no fija de forma rigurosa la forma cómo debe ejecutarse el proceso de consulta, el C169 OIT sí exige que el mismo se lleve a cabo de «buena fe» y de «manera adecuada a las circunstancias». ¿Y qué supone esto?

La Corte IDH ha resaltado que, en virtud del principio de «buena fe», la consulta implica un diálogo real entre las partes, basado en la confianza y el respeto mutuo, y por ende, libre de **cualquier tipo de coerción por parte del Estado** (o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia) **sobre los pueblos indígenas afectados** o, peor aún, de **cualquier práctica estatal** (o privada) **dirigida a desintegrar la cohesión social de las comunidades indígenas** (tales como corrupción de los líderes comunales, establecimiento de liderazgos paralelos, negociaciones con miembros individuales del colectivo, etc.).

¿Y qué significa que las consultas deben desarrollarse de «manera adecuada a las circunstancias»? Para la Corte IDH, por este principio no sólo se debe realizar la consulta de buena fe, sino también a través de procedimientos culturalmente adecuados a los métodos tradicionales –incluyendo plazos– de toma de decisiones del pueblo indígena en cuestión. Vale decir, parafraseando al TC, supone llevarlo a cabo con «flexibilidad», **adaptando la consulta a cada situación concreta** y, por ende, **atendiendo a la necesidad de que los pueblos indígenas cuenten con un plazo adecuado y razonable** a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran.

Así, pues, en virtud de estos criterios, se entiende que el proceso de consulta debe efectuarse: a) en un clima de confianza mutua, libre de coacciones e injerencias estatales sobre los pueblos indígenas, y b) otorgando el tiempo suficiente a dichos colectivos para que puedan informarse, evaluar y tomar una decisión, conforme a sus usos y costumbres.

¿Y cómo han sido recogidos estos criterios en la LCP y su Reglamento? La primera recoge expresamente, de un lado, los criterios de «buena fe» y «ausencia de coacción o condicionamiento» (que son lo mismo), y de otro, los de «flexibilidad» y «plazo razonable» (que se desprenden de la exigencia de llevar las consultas de «manera adecuada a las circunstancias»), y los define en términos similares a los señalados en los párrafos precedentes.

El Reglamento, en lo que se refiere a este aspecto, reitera lo señalado en la LCP pero, a diferencia de ésta, establece una serie de plazos máximos que tendrán que ser respetados a lo largo del proceso de consulta previa, tal como veremos a continuación.

B) ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA.

Tanto la LCP como su Reglamento establecen que el proceso de consulta cuenta con las siguientes etapas:

- (i) Identificación de la medida objeto de consulta;
- (ii) Identificación de los pueblos indígenas a ser consultados;
- (iii) Publicidad de la medida objeto de consulta;
- (iv) Traslado de información sobre la medida a los pueblos indígenas a ser consultados;
- (v) Evaluación interna de la medida por parte de los pueblos indígenas a ser consultados;
- (vi) Proceso de diálogo entre los representantes del Estado y de los pueblos indígenas; y
- (vii) Decisión final.

Como se puede apreciar, el proceso de consulta se inicia con la **identificación de la medida objeto de consulta**; es decir, empieza cuando los órganos estatales legislativos o ejecutivos determinan que, de decidirse la adopción de algún proyecto de medida, se afectarían los intereses o los derechos de uno o más pueblos indígenas; colectivos que, luego de ser **debidamente identificados** (ya en la segunda etapa del proceso), serán los titulares del derecho a ser consultados y, lógicamente, frente a ellos el Estado tendrá el deber de llevar a cabo la consulta correspondiente. Es conveniente resaltar que la LCP y su Reglamento expresamente señalan que si un colectivo no ha sido identificado como sujeto afectado por alguna medida en concreto tiene la posibilidad de cuestionar dicha decisión a través del denominado «derecho de petición» (más adelante profundizaremos en este asunto).

Luego de haberse identificado la medida objeto de consulta y al pueblo o pueblos a ser consultados, se da inicio a la etapa de **publicidad de la medida objeto de consulta**. En este momento, la autoridad estatal responsable de efectuar la consulta debe entregar a los representantes de los pueblos indígenas: i) la propuesta de medida legislativa o administrativa correspondiente, y (ii) el denominado «Plan de

Consulta»; documento este último que, de acuerdo con el Reglamento, al menos debe contener lo siguiente:

- a) Identificación del o de los pueblos indígenas a ser consultados;
- b) Las obligaciones, tareas y responsabilidades de las partes del proceso de consulta;
- c) Los plazos y el tiempo para consultar, los que deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta;
- d) Metodología del proceso de consulta, lugar de reuniones e idiomas que se utilizarán, y las medidas que faciliten la participación de las mujeres indígenas en el proceso;
- e) Los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta.

¿Cómo deben ser remitidos el proyecto de medida y el Plan de Consulta? La LCP y el Reglamento expresamente disponen que el Estado deberá entregar dichos documentos «mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados»; vale decir, respetando el o los idiomas de los pueblos indígenas y sus representantes, la geografía y el ambiente en el que habitan y, sobre todo, sus usos y costumbres.

Una vez remitida dicha documentación, se da por concluida la etapa de publicidad y se da paso a la etapa de **información**. En este estadio del proceso, el Estado está obligado a remitir al pueblo indígena a ser consultado, ya no la medida que será objeto de consulta (esto se hizo en la etapa anterior), sino toda la información relativa a los motivos o razones que justifican la dación de la misma y, sobre todo, sus implicancias, impactos y consecuencias. El Reglamento precisa que esta etapa dura entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario, según disponga la autoridad estatal encargada de llevar a cabo el proceso de consulta.

Tal como señalan la LCP y su Reglamento, el objetivo de dicha etapa es entregar a los pueblos indígenas la información indispensable para que puedan evaluar la medida (el porqué de la misma, en qué consiste y cuáles son las consecuencias que ocasionaría de ser implementada) y, de esta forma, formular las propuestas que estimen convenientes. Pues bien, el análisis señalado se produce en la denominada etapa de **evaluación interna** de la medida materia de consulta. En esta etapa, los pueblos indígenas a ser consultados cuentan con un plazo máximo de treinta (30) días calendario para estudiar los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa que se pone a su consideración, en función de sus intereses y derechos colectivos.

Terminada dicha evaluación, los pueblos del caso deberán entregar a la autoridad estatal responsable de efectuar la consulta, un documento escrito y firmado (o de forma verbal, dejándose constancia en un soporte que lo haga explícito) en el que señalarán su conformidad o disconformidad con la medida objeto de consulta. De presentarse el primer supuesto, se da por concluido el proceso de consulta por haberse obtenido el consentimiento de los pueblos indígenas afectados. En cambio, en caso de des-

acuerdo, estos últimos tendrán que presentar las modificaciones o propuestas que crean necesarias para salvaguardar sus intereses o derechos colectivos. Sobre la base de estos aportes, se dará inicio a la etapa de diálogo entre los representantes del Estado y de los pueblos indígenas.

¿Y qué sucede si transcurren los treinta (30) días y el pueblo indígena no manifiesta voluntad alguna? En este caso, según el Reglamento se asume su disconformidad con la medida puesta a su consideración y se dará paso a la etapa de diálogo. Si en la primera reunión de negociación dicho pueblo no presenta los resultados de su evaluación, y siempre que exista alguna causa que lo justifique, se le dará la oportunidad para hacerlo en la siguiente reunión. Si en esta última tampoco manifiesta su voluntad en sentido alguno, de acuerdo con el Reglamento, se entenderá abandonado el proceso de consulta y, como tal, se dará paso a la etapa de decisión.

En la **etapa de diálogo** se produce el llamado «diálogo intercultural», es decir, es el momento en el que las partes del proceso de consulta negocian acerca de los aspectos de la medida sobre los que hubiera diferencias y, como ya se dijo, tiene como base las propuestas o modificaciones presentadas por la parte indígena. Es en esta etapa en donde el Estado debe hacer su máximo esfuerzo por alcanzar un acuerdo sobre la medida objeto de consulta. Dado que las consultas deben llevarse a cabo por medio de procesos «culturalmente adecuados», el Reglamento establece el derecho de los pueblos indígenas de utilizar su lengua nativa y, como tal, la obligación del Estado de proveer de los intérpretes respectivos. Al igual que las etapas anteriores, el diálogo intercultural tiene una duración máxima de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes. Esta etapa concluye con la suscripción del «Acta de Consulta», documento en el que constan los acuerdos alcanzados (de existir), los desacuerdos en torno a la medida objeto de consulta y, sobre todo, las razones o motivos por los que no fue posible obtener el consenso sobre la misma.

Como se señaló al comienzo, el proceso de consulta concluye con la etapa de decisión. Dadas las particularidades que presenta la misma será tratada por separado en el siguiente punto.

Antes de continuar, es necesario resaltar que el Reglamento ha previsto que el plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo intercultural, es de ciento veinte (120) días calendario contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa (inicio de la etapa de publicidad) hasta la firma del Acta de Consulta (fin de la etapa de diálogo). El siguiente flujograma sintetiza las diferentes etapas del proceso de consulta previa:



REFERENCIAS:

- Art. 6º, numeral 1), literal c), del C169 OIT
- Art. 4º, literales c), d), e) y f), 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º y 16º de la LCP
- Art. 3º, literal d), 5º, literales a), b), e), i) y j), 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º, 20º, 22º y 24º del Reglamento
- STC del 9 de junio de 2010, Exp. 0022-2009-PI/TC, fundamentos 30-32 y 41
- Corte IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones, párr. 185-186 y 201-202
- Corte IDH. Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 133

Pregunta N° 8

¿CÓMO SE RESUELVE EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA?

La decisión en manos del Estado

Como se dijo en el punto IV, que el proceso de consulta previa tenga por objeto alcanzar un acuerdo, no significa que obligatoriamente el Estado deba obtener el consentimiento de los pueblos indígenas consultados para implementar la medida objeto de consulta (salvo los supuestos excepcionales de consentimiento previo). Esto quiere decir, como también se dijo, que **la decisión final sobre la adopción o aprobación de la medida recae únicamente en la parte estatal** (legalmente tiene la «última palabra»).

Pues bien, ¿en qué momento la autoridad estatal, legislativa o ejecutiva, manifiesta su voluntad definitiva? Ello sucede en la última etapa del proceso de consulta, es decir, en la llamada **etapa de decisión**. Efectivamente, en ella el Estado debe tomar una decisión sobre los resultados del proceso de diálogo – o negociación– con los pueblos indígenas consultados. Si éste concluyó con un acuerdo total en torno a la medida objeto de consulta, tanto la LCP como su Reglamento, señalan que la misma tendrá que ser implementada según los términos del consenso alcanzado. Y es que, como expresamente señala la LCP, **el acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas es de carácter obligatorio**.

¿Y qué sucede si tan sólo se obtuvo un acuerdo parcial o, peor aún, existe desacuerdo en todos los aspectos de la medida materia de consulta? Como también resaltan la LCP y su Reglamento, **en estos supuestos la autoridad estatal está expresamente habilitada a decidir qué hacer** con respecto a la medida en cuestión incluyendo, lógicamente, la posibilidad de aprobarla y ejecutarla; respetando, eso sí, los acuerdos parciales que pudieran existir.

¿Esto quiere decir, entonces, que lo discutido y negociado en la consulta puede incluso no ser tomado en cuenta por el Estado?, ¿cómo quedan los derechos e intereses de los pueblos indígenas? Al respecto, es necesario resaltar que el proceso de decisión estatal, si bien es cierto es discrecional, **no es arbitrario**

y, sobre todo, el resultado del mismo necesariamente **debe contemplar salvaguardas para los derechos e intereses de los pueblos indígenas**.

En efecto, tanto la LCP como su Reglamento, establecen las siguientes reglas que van a regular la toma de decisión por parte de la autoridad estatal:

- (i) Sea cual sea el sentido de la decisión final, ésta debe estar **debidamente motivada** y, sobre todo, debe ser el resultado de haber **evaluado y analizado**: a) los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteadas por los pueblos indígenas durante la etapa de diálogo, y b) las consecuencias que la adopción de la medida tendrá para la plena vigencia de sus derechos e intereses; y
- (ii) La decisión final debe venir acompañada de todas las medidas que sean necesarias para garantizar la plena vigencia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en especial **el derecho a subsistir como un colectivo social y culturalmente diferenciado**.

Como se puede apreciar, si bien es cierto que el Estado se reserva la potestad de decidir si se implementa o no la medida en cuestión (tiene discreción para ello), también lo es que siempre tendrá que ofrecer razones que justifiquen la decisión que finalmente adopte; **razones que tendrán que ser más poderosas que las objeciones planteadas por los pueblos indígenas durante la etapa de diálogo**. Por ejemplo, si un colectivo consultado se opone al desarrollo de un proyecto minero porque alega que, de ejecutarse, se contaminará el río del cual obtienen el agua que consumen y utilizan para regar sus tierras; entonces la autoridad estatal tendrá que demostrar que ello no es cierto o, en todo caso, que la afectación que sufrirán se verá mitigada en tanto que se construirán reservorios que les proveerá de agua en cantidades suficientes y, lógicamente, que los beneficios para el país del desarrollo del proyecto son mayores que los costos que su ejecución supone para el pueblo indígena del caso.

Pero no sólo eso, cualquiera sea la medida que se adopte en relación con los pueblos indígenas (incluyendo el aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en sus territorios), ésta jamás podrá significar desproteger sus derechos colectivos y, sobre todo, **poner en riesgo su propia supervivencia como colectivo indígena**. Vale decir, la implementación de la medida nunca podrá suponer la desaparición de aquellos elementos que hacen que el pueblo se identifique y sea identificado como indígena; protegiéndose de manera muy especial la relación estrecha que mantienen con los territorios que tradicionalmente han utilizado. Así, en el ejemplo del párrafo anterior, si el pueblo en cuestión sostiene no sólo que el río es indispensable para su subsistencia física y el desarrollo de sus actividades económicas, sino sobre todo que dentro de su cosmovisión tiene la condición de «sagrado» y, por tanto, que es indispensable para mantener su identidad indígena; entonces el Estado, si quiere que el proyecto se ejecute, tendrá que garantizar la intangibilidad del río en cuestión o, lo que es lo mismo, que no se verá afectado por el desarrollo de la explotación minera (usar sus aguas para el proceso minero o verter en él los desechos químicos, supone poner en riesgo la subsistencia del pueblo indígena consultado como un colectivo social y culturalmente diferenciado).

De esta forma, aun cuando la autoridad estatal tiene discreción para decidir la implementación de la medida objeto de consulta, siempre estará sujeta a su obligación de motivar –justificar– su decisión final (dando «buenas razones») y, sobre todo, de garantizar la supervivencia del pueblo indígena consul-

tado como colectivo social y culturalmente diferenciado. Sin duda, estas pautas introducen importantes elementos de control a la actuación de la parte estatal en el marco del proceso de consulta; cuestión que, indefectiblemente, nos lleva al siguiente punto.

REFERENCIAS:

- *Art. 6º, numerales 1) y 2), 15º, 16º, numeral 2), del C169 OIT*
- *Art. 3º y 15º de la LCP*
- *Art. 4º, 5º, literales d) y e), y 23º del Reglamento*
- *STC del 17 de marzo de 2011, Exp. 00025-2009-PI/TC, fundamento 21*
- *STC del 9 de junio de 2010, Exp. 0022-2009-PI/TC, fundamentos 24-25 y 41*
- *OIT-CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169)*

Pregunta N° 9

¿QUÉ PASA SI SUCEDE ALGUNA CONTROVERSIA EN EL MARCO DEL PROCESO DE CONSULTA?

El derecho de petición y las acciones constitucionales de garantía

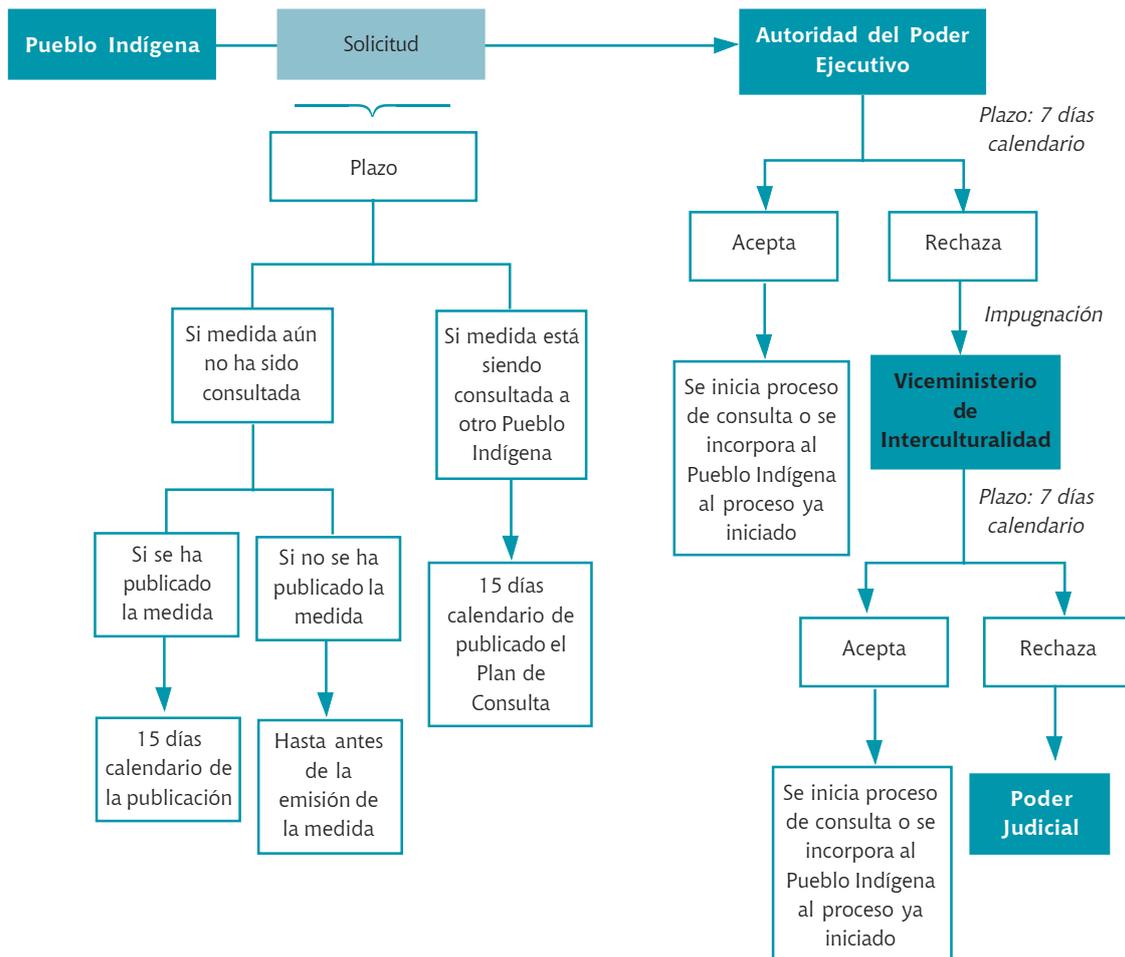
La posibilidad de que sucedan controversias a lo largo del proceso de consulta siempre estará abierta. Y es que todos los temas desarrollados en este manual, llevados a la práctica, son susceptibles de generar respuestas encontradas por parte del Estado y de los pueblos indígenas. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad siempre latente de conflicto al momento de reconocer a un colectivo como indígena, de identificar las medidas objeto de consulta (o, peor aún, excluidas de la misma), de determinar si éstas requieren consentimiento previo, de fijar la oportunidad exacta de la consulta, de evaluar las razones dadas por el Estado para aprobar una medida a pesar de la oposición indígena, de determinar si se han adoptado todas las medidas necesarias para preservar sus derechos colectivos y, sobre todo, su derecho a la supervivencia como un colectivo social y culturalmente diferenciado, etc.

Es por ello que, de un lado, la LCP y su Reglamento han previsto la figura llamada «derecho de petición» y, de otro, nuestro ordenamiento jurídico le permite a los pueblos indígenas la posibilidad de cuestionar en sede judicial la forma en que se llevó a cabo el proceso de consulta o, eventualmente, sus resultados.

Efectivamente, como se dijo en el punto VII, el proceso de consulta empieza con la etapa de identificación de la medida objeto de consulta. Pues bien, ¿qué sucede si la autoridad estatal respectiva no identifica ninguna medida como susceptible de ser consultada (entiende que no se afecta ningún derecho o interés indígena) o, habiéndola identificado, no convoca a todos los pueblos indígenas posiblemente afectados? Para estos casos, tanto la LCP como su Reglamento, han establecido la figura del «derecho de petición».

En virtud del mismo se reconoce el derecho de los pueblos indígenas de **solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto de una determinada medida que consideren que les afecta directamente**; petitorio –solicitud- que deberán dirigir a la autoridad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa del caso que tendrá un plazo de siete (7) días calendario para resolver el mismo. Si ésta lo rechaza, y siempre que sea una entidad perteneciente al Poder Ejecutivo, tal acto podrá ser impugnado ante el Órgano Técnico Especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo o, lo que es lo mismo, ante el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura; autoridad estatal que también tendrá un plazo de siete (7) días calendario para resolver el recurso de impugnación respectivo. Si este órgano también rechaza la petición, entonces los pueblos indígenas del caso estarán autorizados a acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

¿Y existe un plazo para ejercer dicho derecho de petición? El reglamento precisa que la solicitud debe presentarse dentro de los quince (15) días calendario de publicado el plan de consulta, para el caso de la inclusión en consultas que se encuentran en proceso, o de publicada la propuesta de medida en el Diario Oficial, en el caso de solicitarse el inicio del proceso de consulta respectivo. ¿Y, en este último



supuesto, qué pasa si la medida no ha sido publicada? El Reglamento también precisa que, en ese caso, el derecho de petición podrá ejercerse hasta antes de que se emita la medida administrativa o legislativa. El flujograma de la página 36, sintetiza los pasos a seguir para tramitar el derecho de petición.

¿Y qué sucede en todos los demás posibles supuestos de conflicto? Para ellos, ni la LCP ni el Reglamento han previsto algún recurso en específico. En tal sentido, en cualquier supuesto que un pueblo indígena considere que se han transgredido sus derechos en el marco de un proceso de consulta, podrán impugnar el mismo utilizando: (i) la denominada «acción de amparo» prevista en el Código Procesal Constitucional, la misma que tiene por objeto proteger el ejercicio de los derechos fundamentales (tal como el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas), o (ii) la llamada «acción contencioso-administrativa» que tiene por objeto cuestionar en sede judicial las actuaciones de los órganos de la administración pública frente a los administrados (la autoridad estatal ejecutiva y los pueblos indígenas en el caso del procedimiento de consulta).

Es conveniente resaltar que tanto en el proceso de amparo como en el contencioso-administrativo, son procedentes las solicitudes de medidas cautelares. Así, por poner un ejemplo, un pueblo indígena que se opone a la decisión del Estado –expresada al concluir el proceso de consulta– de explotar los recursos naturales ubicados en sus territorios, podrá solicitar que se revoque la misma presentando la acción de amparo respectiva y, a la vez, que se imponga una medida cautelar consistente en paralizar la explotación hasta que se resuelva el proceso judicial, a fin de evitar que la afectación de sus intereses sea irreparable.

REFERENCIAS:

- *Art. 9º de la LCP*
- *Art. 9º del Reglamento*
- *Ley 28237, Código Procesal Constitucional*
- *Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*

CASOS PRÁCTICOS

A continuación, se presentan tres casos a fin de que el lector ponga en práctica los conocimientos adquiridos:

1. La «Comunidad Campesina de Cañaris» se encuentra ubicada en el distrito de Cañaris, provincia de Ferreñafe, región Lambayeque. En sus tierras, la empresa canadiense «Candente Copper» pretende desarrollar el proyecto minero Cañariaco; el mismo que, con una inversión aproximada de US\$ 1,500'000,000.00 (mil quinientos millones con 00/100 dólares americanos), pretende desarrollar actividades extractivas en tres yacimientos: Cañariaco Norte, Cañariaco Sur y Quebrada Verde.

A los comuneros les preocupa que la ejecución del proyecto suponga la posible desaparición de los bosques de neblina, la contaminación de las cabeceras de cuenca del río Cañaris y la afectación de alrededor de 33,000 hectáreas de tierra dedicada a la agricultura.

Debe tomarse en cuenta que los Cañaris fueron una población anterior a la conquista y colonización española e históricamente jugaron un papel muy importante en el Tahuantinsuyo (su nombre estaba asociado a los puestos de vigilancia y control militar en el extremo norte del imperio).

La Comunidad Campesina de Cañaris afirma descender de la población Cañaris, aunque no conserva muchos de los usos y costumbres de ésta. No obstante, sí se conserva la forma de vestir y, sobre todo, en la zona todavía se habla el idioma de los antepasados: el quechua.

Preguntas:

- a) ¿La Comunidad Campesina de Cañaris tiene derecho de ser consultada acerca de la implementación del proyecto minero Cañariaco?
 - b) De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿quién tendría que efectuar la consulta?, ¿la empresa Candente Copper o el Estado?
 - c) De ser afirmativa la primera pregunta, ¿estamos frente a un supuesto de consentimiento previo?
2. El lote petrolero 192, ex 1-AB, está ubicado en Andoas, región Loreto, en territorios colindantes con los de las comunidades indígenas de Pastaza, Corrientes, Tigre y Marañón; pueblos que, desde que empezó a operar dicho lote hace 40 años, se han visto permanentemente afectados por problemas de contaminación de su medioambiente.

El lote señalado, actualmente, está siendo operado por la empresa argentina «Pluspetrol», en virtud de un contrato de concesión que vence el año 2015. Por esta razón, el Estado peruano quiere realizar un proceso de licitación para asegurar la continuidad de las actividades de explotación luego del vencimiento del contrato mencionado.

Asimismo, dado los problemas que siempre ha habido con las comunidades indígenas colindantes, quiere realizar el proceso de consulta previa respectivo a fin de alcanzar un acuerdo sobre cómo desarrollar las actividades petroleras a partir del año 2015. Por ello, las autoridades estatales encargadas del Ministerio de Energía y Minas han declarado su intención de llevar a cabo la consulta señalada antes de la firma del contrato de explotación correspondiente pero después de haberse realizado la licitación y, como tal, de haberse otorgado la «buena pro» a alguna de las empresas postoras.

Pregunta:

¿Cuándo debe hacerse la consulta previa?, ¿antes o después de haberse realizado la licitación respectiva?

3. El Proyecto Inambari comprende la construcción de una gran represa y la puesta en operación de una central hidroeléctrica de alta tecnología en el río Inambari, justo donde se encuentran los departamentos de Cuzco, Madre de Dios y Puno. Esta central, que aproximadamente producirá más de 2.000 megavatios de energía eléctrica al año, será la quinta más grande de Sudamérica.

Para la realización de este proyecto será necesario entregar en concesión 1.700 Km², de los cuales se inundará 410 Km², afectándose de esta manera los territorios de las poblaciones indígenas de Ayapata, Inambari, San Gabán, Lora Mayo, Leche Mayo y Huepete, todas ellas descendientes de los pueblos quechuas, aymaras y amazónicos.

Dado que con la realización de este proyecto se podrá llevar electricidad a las zonas rurales de los departamentos de Cuzco, Madre de Dios y Puno, las autoridades estatales sostienen que el mismo no está sujeto al proceso de consulta previsto en la LCP (supone la construcción de infraestructura necesaria para provisión de un servicio público que beneficiará a los propios pueblos indígenas afectados).

Preguntas:

- a) ¿Considera Ud. que el proyecto Inambari constituye una medida excluida del proceso de consulta previa?
- b) De ser negativa su respuesta, señale los pasos que debería seguir el correspondiente proceso de consulta.

Con el apoyo de:



EMBAJADA DE NORUEGA