

CONSÚLTAME DE VERDAD

APROXIMACIÓN A UN BALANCE SOBRE CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ EN LOS SECTORES MINERO E HIDROCARBURÍFERO

Ana Leyva



CONSÚLTAME DE VERDAD

APROXIMACIÓN A UN BALANCE SOBRE CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ EN LOS SECTORES MINERO E HIDROCARBURÍFERO

Ana Leyva

CONSÚLTAME DE VERDAD. APROXIMACIÓN A UN BALANCE DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ EN LOS SECTORES MINERO E HIDROCARBURÍFERO

Primera edición

Junio 2018

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-08473

AUTORA:

Ana Leyva

CORRECCIÓN DE ESTILO:

Pilar Garavito

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN:

Jorge Kajatt

IMPRESIÓN:

Tarea Asociación Gráfica Educativa

Psje. María Auxiliadora 156-164 Breña, Lima-Perú

Publicado en Junio de 2018

©Oxfam America Inc.

Calle Diego Ferré 365, Miraflores, Lima - Perú

Teléfono: (511) 616 2555

<http://peru.oxfam.org>



@oxfamenperu



@OxfamenPeru

©CooperAcción - Acción Solidaria para el Desarrollo

Calle Río de Janeiro 373, Jesús María, Lima - Perú

Teléfonos: (511) 461 2223 / (511) 461 3864

<http://cooperaccion.org.pe>



@CooperAccionPeru



@CooperAccionPER

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de la Fundación Ford

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
INTRODUCCIÓN	7
I. APROXIMACIÓN A UN BALANCE GENERAL	9
1.1. ¿Quién decide qué se consulta?	9
1.2. ¿Qué se viene consultando?	14
1.3. ¿Cómo se consulta?	14
II. LA CONSULTA EN EL SECTOR HIDROCARBUROS	16
2.1. Las medidas administrativas que se consultan	16
2.2. Los límites del proceso de consulta previa	18
2.3. Eficacia de la consulta	20
III. LA CONSULTA EN EL SECTOR MINERO	27
3.1. Las medidas administrativas que se consultan	27
3.2. Criterios para evaluar su idoneidad	31
3.3. Análisis de la idoneidad de los actos consultados en minería	34
3.4. Los límites y deficiencias de las etapas del proceso de consulta previa	38
3.4.1. Identificación de la medida	38
3.4.2. Identificación del pueblo indígena	38
3.4.3. La reunión preparatoria no permite contar con un plan de consulta acorde con las características de la comunidad consultada	41

3.4.4. Etapa de publicidad	44
3.4.5. La etapa informativa no ofrece información suficiente sobre los impactos de la medida consultada	44
3.4.6. La evaluación interna	48
3.4.7. Etapa de diálogo intercultural	54
3.4.8. Etapa de decisión	56
IV. ¿QUÉ CONSULTAR EN MINERÍA?	59
4.1. La concesión minera	59
4.2. Aprobación de estudios ambientales y otros instrumentos de gestión ambiental	61
4.3. Aprobación de la actualización del EIA y/o del EIA integrado	63
4.4. Planes de cierre de minas y de pasivos ambientales	63
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	65
5.1. Conclusiones	65
5.2. Recomendaciones	69
BIBLIOGRAFÍA	73

PRESENTACIÓN

Hace algunos años, cuando en 2011 fue aprobada en el Perú la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, y un año después fue aprobado su Reglamento, se observaban diversos mensajes expectantes sobre su implementación. Además, porque era la primera ley aprobada a nivel global sobre este derecho.

La consulta llegó y se esperaba que fuera el puente de diálogo que vinculara al Estado con los 55 pueblos indígenas de nuestro país para que alcanzaran acuerdos sobre decisiones que podían afectar sus derechos colectivos .

Hoy, el 25,6%¹ de la población que se autoidentifica como indígena (quechua, aimara o amazónico) confirma la importancia de políticas interculturales, pero más de 70% de conflictos socioambientales, relacionados con actividades extractivas, muestra que en materia de recursos naturales o territorio hay grandes deficiencias y que la consulta no ha cambiado mucho el escenario.

El presente estudio, sustentándose en los pilares del diálogo intercultural y el pleno ejercicio de los derechos, evalúa lo conseguido durante seis años en la implementación del marco normativo de la consulta previa en el Perú, con respecto a las medidas legislativas o administrativas que afectan a las poblaciones indígenas de forma directa y de cara a las actividades mineras e hidrocarburíferas.

El debate que aquí se plantea persigue las siguientes cuestiones: quién toma la decisión de lo que se consulta, qué se consulta en específico y cómo se realiza esto en el Perú; finalmente, si es eficaz.

1 Datos de la Encuesta Nacional de Hogares de 2017, Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).

En este debate, diversas organizaciones de defensa y promoción de los derechos de los pueblos indígenas venimos sumando. Un espacio privilegiado es el del Grupo de Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, cuyos miembros han participado en la discusión del informe preliminar de este estudio —por lo cual agradecemos—, como parte de sus acciones de reflexión e incidencia.

A partir del análisis de casos, se evidencia que los resultados de las experiencias de consulta previa todavía producen insatisfacción en los pueblos indígenas, más aún si están vinculadas directamente con el territorio y sus recursos; por ello, el estudio invita a repensar el marco legal de consulta previa, y en especial, las limitantes en las normas sectoriales.

Es esencial, entonces, repensar los momentos de consulta, determinar los actos administrativos consultables y los instrumentos que deben formar parte del diálogo intercultural al cual invoca el Convenio 169.

Para Oxfam, es claro que necesitamos un mejor diálogo intercultural entre los pueblos indígenas, el Estado y el resto de la sociedad. No es posible que a puertas del bicentenario de la independencia del Perú, existan tantos peruanos y peruanas para quienes después de tantas luchas por obtener la consulta previa, esta se reduzca a un simple trámite.

INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas han sido históricamente marginados de la vida económica, social y política del país. Son pocos los beneficios que la sociedad y el Estado les han brindado y, generalmente, no han sido los más apropiados. Esto ocurre con los servicios públicos cuando son diseñados para otras realidades o para sociedades culturalmente diferentes. Recuerdo que un líder indígena comentó en una oportunidad que cuando el programa Mi Vivienda llegó a sus comunidades, les ofreció casas pensadas para otras formas de vida y que, por lo tanto, no les eran de utilidad. Igual les viene pasando con la instalación de agua potable. Un *apu* de Loreto me decía que los funcionarios estatales llegaban con la idea preconcebida de que las plantas de tratamiento de agua de lluvia son la mejor opción para ellos, y que esto no es necesariamente así, pues no les quedaba claro qué pasaría con el servicio cuando no lloviera, cómo se manejaría el problema del agua estancada o qué ocurriría con la estructura de madera de esas plantas luego de ser expuesta a lluvias abundantes e intensas.

Pero no solo hay problemas con los servicios no adecuadamente adaptados a realidades y culturas distintas, sino también y, sobre todo, con decisiones del Estado que suelen afectar la vida de las poblaciones indígenas, hasta incluso ponerla en riesgo. Como es sabido por todos, la vida de estas poblaciones está íntimamente asociada a la tierra y a la posibilidad del uso de los recursos naturales existentes en su territorio. Si se limita ese ejercicio, evidentemente, se limitan sus posibilidades de reproducción, su libre desenvolvimiento y su futuro. Por lo tanto, toda actividad que explota intensivamente un recurso natural puede afectarlos significativamente, lo que conlleva que las decisiones tomadas para hacerla viable deban ser adecuadamente adoptadas.

En este contexto, la consulta previa se presenta como uno de los mecanismos para cambiar una relación histórica —basada en la imposición— entre el Estado y los pueblos indígenas; es decir, se presenta como una oportunidad

para que mediante el diálogo intercultural se tomen decisiones que garanticen la existencia, el libre desenvolvimiento y el bienestar presente y futuro de estos pueblos, y en consecuencia, el ejercicio efectivo de sus derechos.

Nos preguntamos si en seis años de implementación de la consulta en el Perú se está avanzando hacia ese propósito o existe una sensación de fracaso que está llevando a que pierda relevancia en la agenda indígena.

Hacer esta evaluación pasa por centrar los puntos del debate: ¿quién está decidiendo qué se consulta?, ¿qué se viene consultando en el Perú?, ¿cómo se está consultando?, ¿cuál es la eficacia de la consulta?

I.

APROXIMACIÓN A UN BALANCE GENERAL

1.1. ¿QUIÉN DECIDE QUÉ SE CONSULTA?

No toda decisión del Estado se puede consultar. El Estado toma cientos de decisiones. Los pueblos indígenas tampoco buscan que se les consulte todo. Las consultas tienen un costo para ellos: tiempo dedicado de sus representantes sin retribución alguna. Como todas las personas, los pueblos indígenas solo quieren que se les consulte lo importante, aquello que les puede afectar en sus derechos e intereses o aquello que les puede beneficiar, siempre y cuando sea pensado desde ellos.

La Ley N° 29785 (Ley de Consulta Previa) y su Reglamento señalan que el Estado es el que decide qué se consulta. Las decisiones que serán consultadas pueden tomar la forma de una ley, una política, un programa, un plan, un reglamento o un acto administrativo. Dicha potestad está sometida a un marco de actuación. Según el Reglamento, no se requiere consultar:

- Las normas de carácter tributario o presupuestario.
- Las decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas que necesitan una intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas. Las medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluidas la atención de epidemias, así como la persecución y control de actividades ilícitas.
- La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que está orientada a beneficiar a los pueblos indígenas.

El argumento para establecer la segunda excepción es débil, ya que los hechos han demostrado en una multiplicidad de casos (uno de ellos, el proceso de reconstrucción) que, por lo menos, se requiere de ciertos niveles de participación para lograr una intervención estatal eficaz y oportuna, en especial si se considera que el Estado se encuentra poco presente en el territorio nacional.

En la última excepción, subyace la idea de que la infraestructura pública siempre es buena, sin importar mucho las características que adopte; además, se presume que el Estado tiene los técnicos para construirla de la mejor manera. Los ejemplos dados cuestionan esta afirmación, y el caso de la construcción de muchas vías de comunicación nos deja lecciones que deberían tomarse en cuenta para no seguir repitiendo errores. Por lo tanto, sustraer la construcción de infraestructura de la consulta y la participación puede ser poco eficiente, pero, sobre todo, puede ocasionar violación de derechos.

El marco legal exige al Estado la consulta de las decisiones que afectan directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El margen de discrecionalidad del Estado está determinado por lo que entiende por afectación directa.

Es válido preguntar qué pasa si la entidad estatal no quiere consultar o quiere consultar solo aquello que no es relevante. Así, tenemos que el Congreso, hasta la fecha, no ha implementado la consulta sobre leyes y que otras entidades públicas tampoco han implementado la consulta en su sector.

Respecto a las treinta y ocho consultas iniciadas (incluidas dos interrumpidas hace mucho tiempo y cuyo registro todavía aparece), se debe precisar que lo consultado hasta la fecha expresa criterios distintos.

El Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación y el Ministerio de Cultura (Mincul) han consultado respectivamente las propuestas de Política Sectorial de Salud Intercultural, de Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe y de Reglamento de la Ley de Lenguas Indígenas u Originarias. Todos son instrumentos específicos y están referidos únicamente a pueblos indígenas. Las políticas, programas, planes o reglamentos generales con aspectos relevantes para pueblos indígenas no son consultados.

El Ministerio de Agricultura y Riego, por el contrario, ha consultado el proyecto de Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Esta norma

es de carácter general y se consultaron algunos aspectos considerados relevantes para los pueblos indígenas. En seis años de vigencia 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 (OIT), el sector no ha realizado otra consulta pese a que se han realizado cambios importantes en las políticas y en las regulaciones de tierras y agua, las cuales pueden afectar a los pueblos indígenas.

El Ministerio del Ambiente ha consultado solo en tres casos y lo ha hecho en cumplimiento del mandato legal establecido en el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, que data de 2001. Ha consultado las propuestas de categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como parque nacional, la categorización de la Zona Reservada Yaguas como parque nacional y la modificación de la zonificación del Plan Maestro de la Reserva Comunal El Sira.

Consultas realizadas o en proceso en seis años de implementación de la Ley de Consulta Previa (Ley N° 29785)

ENTIDAD	CONSULTA REALIZADA	TOTAL
Ministerio de Salud	- Política Sectorial de Salud Intercultural	1
Ministerio de Agricultura y Riego	- Reglamento de la Ley Forestal y de Flora y Fauna Silvestre	1
Ministerio de Cultura	- Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe - Reglamento de la Ley de Lenguas Indígenas u Originarias	2
Ministerio del Ambiente	- Categorización de la Zona Reservada (ZR) Sierra del Divisor - Categorización de la Zona Reservada Yaguas - Establecimiento del Área de Conservación Regional (ACR) Majuna Kichwa - Establecimiento del ACR Tres Cañones - Establecimiento de ACR Ausangate - Plan Maestro del ACR Imiria - Modificación de la zonificación del Plan Maestro de la Reserva Comunal El Sira	2 categorizaciones de ZR 3 establecimientos de ACR 1 plan maestro 1 modificación de zonificación del plan maestro

ENTIDAD	CONSULTA REALIZADA	TOTAL
Ministerio de Energía y Minas	<ul style="list-style-type: none"> - Consultas sobre los lotes 181, 164, 189, 175, 169, 157, 165, 195, 192, 198, 197, 190, 191 - Consultas sobre los proyectos Toropunto, Aurora, Apumayo, Apumayo, La Merced, Misha, Puquiopata, Guadalupe, Anama, Corcapunta, Pantería, Capillas - Consulta sobre proyecto de centrales hidroeléctricas del río Ariaza 	13 en hidrocarburos 12 en minería 1 en energía
Ministerio de Transportes y Comunicaciones	- Proyecto Hidrovía Amazónica	1 consulta sobre vía de transporte
Total		38 consultas realizadas

Fuente: páginas web del Ministerio de Cultura (Mincul) y del Ministerio de Energía y Minas (Minem).
 Elaboración propia².

Los Gobiernos Regionales de Loreto, Cusco y de Ucayali, por mandato de la normatividad de áreas naturales protegidas, han consultado respectivamente las propuestas de Área de Conservación Regional (ACR) Maijuna-Kichwa, Tres Cañones y Ausangate, y la aprobación del Plan Maestro del ACR Imiría. Se debe precisar que hace un tiempo, el Gobierno Regional de San Martín inició una consulta previa sobre la actualización del Plan Maestro del ACR Cordillera Escalera, pero esta se vio interrumpida y, actualmente, no aparece en los registros del Mincul, razón por la cual no se la ha incluido en el conteo.

El Ministerio de Energía y Minas (Minem) ha establecido expresamente los actos administrativos que son susceptibles de consulta previa en los sectores de hidrocarburos, electricidad y minería. Este ministerio ha realizado la consulta para trece casos, y la mayoría de estas ha sido

² El color celeste indica las consultas de carácter nacional (4); el color verde, las consultas sobre áreas de conservación o áreas naturales protegidas (7); y el color amarillo se refiere a consultas sobre proyectos de inversión (27).

concluida; además, en tales casos, se ha consultado el decreto supremo que aprueba el contrato para la exploración y explotación del lote petrolero. En el ámbito de electricidad, solo se ha consultado el otorgamiento definitivo de la concesión de generación del Proyecto de Centrales Hidroeléctricas del Río Araza; en el subsector minería, se consultó en doce casos: once sobre exploración y uno sobre explotación. Con base en la constatación del liderazgo del Minem en la implementación de la consulta previa, resulta pertinente preguntarse si dicho organismo ha logrado mejorar su relación con los pueblos indígenas.

Para responder, es importante precisar que el sector minero era el que más se resistía a la implementación de la consulta previa. Algunos autores afirman que el cambio de actitud es el resultado de la presión internacional, debido a la cual habría entendido que no podía oponerse al mandato de un convenio internacional. Lo cierto es que el cambio se produjo luego de que el Minem definiera los actos administrativos que debían ser consultados.

Las consultas realizadas o en proceso, generalmente, han sido impulsadas por el Poder Ejecutivo; solo la consulta del proyecto Hidrovía Amazónica se ha dado como consecuencia de un mandato judicial.

El Reglamento de la Ley de Consulta Previa establece la posibilidad de impugnación administrativa frente a la medida no consultada y también la posibilidad de petición de consulta. Hasta la fecha, no se ha producido ninguna consulta amparada en esa facultad. Las posibles explicaciones de ello podrían ser que el Estado está haciendo bien su trabajo, que la débil institucionalidad indígena no ayuda a que los pueblos indígenas reclamen su derecho a la consulta o que el interés y las expectativas que despertaban la consulta se han reducido por sus bajos niveles de eficacia.

Sin embargo, varias comunidades, con apoyo de algunas ONG vienen demandando, mediante recursos de amparo, la realización de consultas, principalmente referidas al otorgamiento de concesiones mineras y a la aprobación de estudios de impacto ambiental (EIA) de proyectos extractivos, actos administrativos no definidos como consultables. Estas demandas aún no han sido resueltas por el Poder Judicial o por el Tribunal Constitucional.

1.2. ¿QUÉ SE VIENE CONSULTANDO?

Como se ha visto, se han realizado consultas de una política, un plan y un reglamento específicos, de índole nacional, sobre los temas referidos a pueblos indígenas; además de estas, una sola de reglamento de carácter general.

Llama la atención que en seis años solo se hayan realizado cuatro consultas de este tipo, pese a que se han aprobado muchas normas, políticas, programas, planes y proyectos susceptibles de afectar los derechos de los pueblos indígenas. Algunos líderes indígenas refieren que, entre las medidas que se debieron consultar están la Ley N° 30327, los Decretos Legislativos N° 1192 y N° 1333, así como el Proyecto de Catastro, Titulación y Registro de Tierras Rurales en el Perú y la Declaración Conjunta de Intención sobre REDD+ entre Perú, Noruega y Alemania en su componente sobre titulación de tierras, pues sienten que estas afectan o podrían afectar directamente sus derechos.

Las decisiones sobre áreas naturales protegidas (ANP) se consultan por mandato de la normatividad acerca de esta materia, vigente desde hace diecisiete años. Estas decisiones son relevantes, pues deciden el tipo de protección que tendrá la ANP y definen su área y zonificación, lo cual está vinculado directamente con los usos que pueden darle los pueblos indígenas, así como con las actividades productivas que en esta se realizarán.

Pero el grueso de las consultas (25) es sobre proyectos extractivos referidos a hidrocarburos (13) y minería (12).

La realización de un proyecto extractivo implica una cadena numerosa de decisiones que se realiza en etapas. Entre tales decisiones, el Minem ha definido qué se consulta y qué no, sin haber solicitado para ello la opinión de los pueblos indígenas.

1.3. ¿CÓMO SE CONSULTA?

En las consultas sobre política, plan, reglamentos y ANP, el mayor problema ha sido la asimetría de los actores, lo que dificulta la participación y está relacionado con temas logísticos, falta de información o de asesoría, etc.

Según testimonios de indígenas que participaron en esos procesos³, pese a las dificultades, se pudo influir en la decisión y se logró que el texto inicial propuesto de reglamento, plan o política tuviera algunas modificaciones en favor de la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas. La principal preocupación ahora es lo poco o nada avanzado en su implementación. El proceso de consulta sobre proyectos de inversión en actividades extractivas tiene otras debilidades que serán descritas en su momento.

Finalmente, es importante indicar que en cumplimiento del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, el 26 febrero de 2013 se publicó el D. S. 021-2013-PCM, que crea la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente para la Aplicación del Derecho a la Consulta, la cual debía dar seguimiento en un sentido amplio a la implementación del derecho a la consulta. Esta norma fue modificada el 24 de julio de 2016, reduciendo su mandato a solo el seguimiento de la implementación de los acuerdos logrados en los procesos de consulta previa. Hay, pues, una evidente pérdida de poder de esta Comisión que no le permite mejorar instrumentos, herramientas, políticas y normas sobre esta materia. Cabe precisar, además, que la Comisión no cuenta con representación indígena: está conformada por veinticuatro representantes del Estado, de los cuales, veintidós son del Poder Ejecutivo.

3 Testimonios que se han ofrecido para la campaña "Consúltame de Verdad", entre los cuales está el de Gladis Víla.

II.

LA CONSULTA EN EL SECTOR HIDROCARBUROS

2.1. LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS QUE SE CONSULTAN

La implementación de la consulta previa en hidrocarburos se inició con la emisión de la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM, de julio de 2012, emitida por el Minem. En esta, se establecieron los actos administrativos consultables, el momento y la dirección a cargo de realizarla. Estos actos son los siguientes: (i) concesión de transporte de hidrocarburos por ductos; (ii) concesión de distribución de gas natural por red de ductos; (iii) modificación de la concesión (solo si se trata de ampliación), autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal; (iv) modificación o transferencia de autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal (solo si se trata de ampliación de terreno para la operación del ducto); (v) decreto supremo que aprueba la suscripción de contratos para la exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos; y (vi) autorización para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos, y estaciones de servicio. En todos los casos, se encargó la consulta a la Dirección General de Hidrocarburos, salvo la referida al Decreto Supremo que aprueba la suscripción de los contratos para exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos, cuya realización fue asignada a Perupetro S. A.

Posteriormente, la citada resolución fue modificada mediante la Resolución Ministerial N° 209-2015-MEM/DM, de mayo de 2015, que dispuso que la responsabilidad de la realización de la consulta recayera, en todos los casos, en la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE).

A partir de lo señalado, se puede afirmar que en las primeras etapas del ciclo del proyecto solo se consulta el decreto supremo que aprueba el contrato

de exploración y explotación del lote⁴. Todas las demás están referidas al transporte de hidrocarburos y a la autorización de plantas de refinación y procesamiento, y estaciones de servicio. No se consulta la aprobación de los estudios de impacto ambiental (EIA), decisión importante, porque establece condiciones a la realización de la operación con el fin de aminorar su impacto.

Todas las consultas realizadas hasta la fecha en hidrocarburos han sido sobre el decreto supremo que aprueba el contrato de exploración y explotación de lote petrolero o gasífero. La relevancia de la medida consultada depende de si se consulta el contenido de las cláusulas del contrato o el decreto supremo que solo lo aprueba, el cual no tiene contenido en sí mismo. Esto parece no estar claro para el Estado. En las primeras consultas realizadas, se entregó a los consultados el borrador de decreto supremo, mas no el borrador del contrato, con el argumento de que la ley es explícita en señalar que lo consultado es el decreto supremo. En posteriores consultas y por exigencia de los participantes, se entregó un contrato ya aprobado de otro lote: esto ocurrió en la consulta del lote 195⁵. Al respecto, Karina Vargas (Cooperación Alemana, 2016) señala:

Perupetro consideraba que esta información no era relevante para tomar una decisión en el proceso y argumentaba que no se estaba consultando el contrato. Asimismo aseguraba que el contenido del contrato solo involucraba al Estado y a la empresa, a pesar de que el futuro de este podría ejecutarse en territorio de dichos pueblos.

Solo en la etapa de diálogo, la institución promotora brindó un modelo de contrato sobre otro lote —no el que se estaba consultando— como información referencial para el proceso.

4 Aunque la consulta se produce sobre un contrato que ha sido debatido y aprobado por el Directorio de Perupetro S. A., lo que pone en cuestión la posibilidad real de realizar cambios significativos mediante la consulta.

5 “En primer lugar, se realizó una reunión, a cargo del VMI, que tenía la finalidad de brindar asistencia técnica previa al diálogo con los Pueblos Indígenas. Allí se atendieron las inquietudes sobre los procesos de consultas formuladas en las actas de evaluación interna y se entregó una copia del contrato de licencia del Lote 107, como modelo de referencia para la licitación del Lote 195. Esta entrega respondió al pedido hecho por los líderes indígenas en la etapa previa”. Ministerio de Cultura (2014). *Derecho a la Consulta previa. La implementación del derecho a la consulta previa en el sector de hidrocarburos. La experiencia de los Lotes 169 y 195*. Primera Edición. Lima.

En el caso de la consulta previa del lote 192, los funcionarios del Estado, los líderes indígenas y sus asesores dedicaron horas de discusión para determinar si se debería dialogar sobre las cláusulas del contrato. Los representantes del Estado sostenían que no: esta resistencia guardaba relación con el hecho de que paralelamente a la consulta previa, se habían lanzado las bases de la licitación del lote que tenía como uno de sus anexos el formato del contrato. En este contexto, era válido preguntarse de si mediante la consulta se podían modificar las cláusulas del modelo de contrato cuando este era parte de un proceso de licitación, en el cual, las reglas debían permanecer inalterables para los postores. A ello, se sumaba el hecho de que el contrato había sido aprobado ya por el Directorio de Perupetro S. A.

2.2. LOS LÍMITES DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA

El problema principal de los procesos de consulta en hidrocarburos, al igual que en minería, radica en que estos no se centran en la medida consultada (la aprobación de contrato de licencia para la realización de la exploración y explotación o las otras señaladas anteriormente), sino en los impactos generales de la actividad extractiva en los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esa discusión da lugar a propuestas generales sobre medidas para evitar, eliminar, mitigar esos impactos, que difícilmente pueden ser incorporadas en la medida.

Además, por ser tan generales, son poco significativas para garantizar el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Los problemas de las asimetrías también se producen en estos casos, porque los consultados no suelen conocer la actividad hidrocarburífera y la matriz de impactos entregada en el proceso para propiciar el diálogo es pequeña, superficial y no responde a las características de cada caso, como se puede apreciar a continuación⁶.

6 Cabe precisar que en el caso del lote 192, las comunidades consultadas tenían la experiencia de los impactos de más de cuarenta años de explotación petrolera, lo que les permitió replantear la matriz de impactos; pero no lograron acuerdos para evitarlos o minimizarlos —lo que más les preocupaba—, y que estos fueran condiciones incluidas en el contrato para el nuevo operador. Solo lograron insertar en dicho documento un porcentaje muy pequeño de beneficios (0,75% de las regalías).

Matriz de impactos del lote 198, entregada en el proceso de consulta

Anexo 3. Fichas de información a los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas en el Lote 198.

FASE	ACTIVIDAD	DERECHOS COLECTIVOS QUE SE AFECTARÁN DIRECTAMENTE	DESCRIPCIÓN DE LA POSIBLE AFECTACIÓN
	Reprocesamiento de información geológica y sísmica previa	Ninguna	
	Aerofotografía/ Imágenes remotas	Ninguna	
	Aerogravimetría	Ninguna	
	Aeromagnetometría	Ninguna	
	Geología de superficie	Ninguna	
	Prospección geofísica de superficie	Ninguna	
Todas las actividades siguientes requieren contar con Estudio de Impacto Ambiental (EIA)			
INFORMACIÓN	Sísmica	A la tierra y al territorio	Durante el periodo de realización de la actividad sísmica (entre 02 a 05 meses), se puede cambiar el uso que los pueblos indígenas dan a sus territorios, en las áreas donde estarán los truchas, helipuertos, zonas de descarga y campamentos, durante el periodo de realización de dicha actividad (entre 02 a 05 meses)

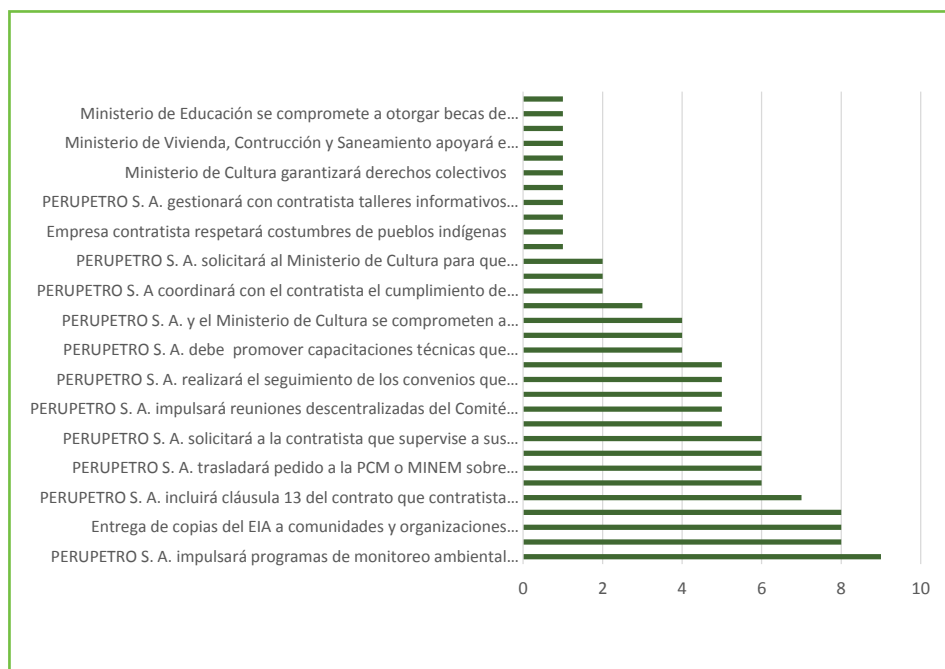
La poca relevancia de lo que se pone en consulta hace que el debate se agote rápidamente y que el diálogo derive en la discusión de la agenda histórica que los pueblos indígenas tienen con el Estado o en sus demandas de mayor institucionalidad. Esto acarrea problemas, pues requiere de la presencia de otros actores para concertar acuerdos, quienes no están; entonces, la entidad que conduce la consulta solo puede comprometerse a transmitir las demandas y propuestas a los actores ausentes. La solución que plantean algunos autores es que los responsables de otras entidades públicas participen en la consulta y asuman compromisos. La pregunta es si esto no desnaturalizaría un espacio pensado en la toma de una decisión específica. Además, el discutir la agenda histórica, en el marco de la toma de decisiones de una medida específica, hace que difícilmente se pueda profundizar en ella, y la consecuencia obvia son compromisos generales que luego son difíciles de concretar.

En el caso del lote 192, el proceso se dividió en reuniones paralelas con organizaciones que pidieron tenerlas por separado: una de ellas formada cuando se iniciaba el proceso de consulta. Dicha organización, denominada Organización Interétnica del Alto Pastaza, que se constituyó como una asociación sin fines de lucro, estaba conformada por una comunidad y la mitad de otra. Esto llevo a que, finalmente, los acuerdos se celebraran con las organizaciones que agrupaban a la minoría de comunidades del lote. Las demás no llegaron a acuerdos, porque el proceso se vio interrumpido cuando apenas comenzaba la etapa de diálogo.

2.3. EFICACIA DE LA CONSULTA

La medida que se consulta y la forma en que esta se realiza han ocasionado que los acuerdos sean poco relevantes para garantizar los derechos de los pueblos indígenas con relación a la operación petrolera como se puede apreciar en el siguiente cuadro.

**Perú: Acuerdos Incluidos en las Actas de Consultas Previas
Concluidas en Hidrocarburos, 2012-2017**



Fuente: Actas de las consultas publicadas en las páginas Web del Minem y del Mincul.
Elaboración propia.

Como se puede apreciar gran parte de los acuerdos, están centrados en obligaciones que tiene el Estado con relación a la actividad hidrocarburífera y que no significan mejoras en las condiciones sobre las que se realizará la operación. Otros acuerdos están referidos a demandas que tienen las poblaciones indígenas sobre servicios públicos. En la mayoría de casos, al no estar presentes las autoridades que atienden o resuelven esas demandas, porque formalmente la consulta no es sobre una materia de su competencia, el compromiso de la autoridad que impulsa y conduce la consulta consiste solo en trasladar el pedido a la autoridad correspondiente.

Perú: Acuerdos Incluidos en las Actas de Consultas Concluidas en Hidrocarburos

ACUERDOS	Lt. 192	Lt. 191	Lt. 165	Lt. 197	Lt. 198	Lt. 164	Lt. 175	Lt. 189	Lt. 169	Lt. 190	Lt. 195
PERUPETRO S. A. incluirá la cláusula 13 del contrato que el contratista está obligado a respetar los acuerdos alcanzados en la consulta.		1	1	1	1	1	1			1	
PERUPETRO S. A. evaluará sugerencias de los pueblos indígenas sobre el contrato de licencia para la exploración y explotación de lote.								1			
Que la empresa contratista respete las costumbres de los pueblos indígenas.								1			
Que PERUPETRO S. A. evalúe la posibilidad de implementar un proyecto de Responsabilidad Social.								1			
El compromiso de PERUPETRO S. A. de revisar y mejorar la cláusula 13 ("protección ambiental y relaciones comunitarias") del modelo del contrato.			1		1		1	1	1		1
PERUPETRO S. A. coordinará con el contratista el cumplimiento de la cláusula 13.				1		1					
PERUPETRO S. A. se compromete a trasladar pedido a la PCM o al Minem sobre beneficios / canon petrolero y gasífero.		1	1			1	1	1			1
PERUPETRO S. A. solicita a la contratista trabajo para la población del área de influencia del proyecto o supervisará este compromiso por medio del comité supervisor del contrato.		1	1	1	1	1		1		1	1

ACUERDOS	Lt. 192	Lt. 191	Lt. 165	Lt. 197	Lt. 198	Lt. 164	Lt. 175	Lt. 189	Lt. 169	Lt. 190	Lt. 195
PERUPETRO S. A. debe promover capacitaciones técnicas que permitan oportunidades de trabajo en las operaciones.		1				1		1			1
PERUPETRO S. A. debe coordinar con la contratista la posibilidad de auspiciar prácticas preprofesionales y becas de estudio y coordinar con el Minem pasantías.				1		1	1	1			1
Entrega de copias del EIA a las comunidades y organizaciones indígenas.		1	1	1		1	1	1		1	1
PERUPETRO S. A. gestionará con el contratista talleres informativos con autoridades que fiscalizan la actividad petrolera.							1				
PERUPETRO y el Mincul deben realizar el seguimiento a los pedidos de capacitaciones sobre compensación e indemnización.		1			1		1				1
PERUPETRO S. A. impulsará reuniones descentralizadas del comité supervisor con participación de representantes de las organizaciones indígenas para que expongan sus casos.			1			1		1	1		1
PERUPETRO S. A. visitará las comunidades para tomar conocimiento del impacto de las operaciones en sus derechos.		1	1					1	1	1	1
PERUPETRO S. A. y/o el Mincul realizarán capacitaciones o brindarán asistencia técnica sobre hidrocarburos y/o derechos de pueblos indígenas.	1		1	1		1					1
PERUPETRO S. A. solicitará a la contratista que supervise a sus subcontratistas en temas remunerativos y de contratación de personal.		1		1		1	1	1			1
PERUPETRO S. A. realizará el seguimiento de los convenios que suscriba el contratista y los pueblos indígenas (PPII) y estos le remitirán los convenios.		1	1		1			1		1	
PERUPETRO S. A. brindará información periódica sobre las actividades del proyecto de manera intercultural.				1			1	1	1		1
PERUPETRO S. A. impulsará la implementación de programas de monitoreo ambiental comunitario o su inclusión en el instrumento de gestión ambiental (IGA).		1	1	1	1	1	1	1		1	1

ACUERDOS	Lt. 192	Lt. 191	Lt. 165	Lt. 197	Lt. 198	Lt. 164	Lt. 175	Lt. 189	Lt. 169	Lt. 190	Lt. 195
Los PPII acuerdan con PERUPETRO S. A. incluir la problemática de la titulación y ampliación en el tema del ambiente.			1		1						
PERUPETRO S. A. solicitará al Mincul para que requiera al Ministerio de Educación (Minedu) y a otras entidades profesores bilingües.						1	1				
PERUPETRO S. A. se compromete a comunicar al OEFA el pedido de la realización de visitas e inspecciones cuando el caso lo amerite.							1				
El Mincul asesorará o convocará a los PPII en la elaboración de un proyecto de ley que modifique la ley del canon para que las comunidades reciban directamente los recursos.				1			1	1			
Que el Mincul garantice los derechos colectivos.											1
Se solicita que el Mincul garantice la protección de los hermanos de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial (PIACI).											1
PERUPETRO S. A. y el Mincul se comprometen a remitir a las autoridades correspondientes la solicitud e información sobre la ampliación de una comunidad y realizar su seguimiento.				1	1			1			1
PERUPETRO S. A. trasladará a las instancias correspondientes los pedidos de infraestructura, servicios de saneamiento, educación, salud, comunicaciones, construcción y dotación de diferente índole.		1	1	1	1	1	1	1		1	
El Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento se compromete a apoyar e implementar acciones de beneficio.	1										
El Minedu se compromete a fortalecer las capacidades pedagógicas en educación intercultural bilingüe.	1										
El Minedu se compromete a otorgar becas de capacitación y educación superior.	1										
El Estado garantiza la creación de un fondo social destinado única y exclusivamente a la ejecución de proyectos de desarrollo y vigilancia ambiental.	1										

Fuente: Actas de las consultas publicadas en las páginas Web del Minem y del Mincul.
Elaboración propia.

Cabe señalar que de las consultas realizadas, lo realmente novedoso ha sido el establecimiento de beneficios económicos. Esto ocurrió en el caso del lote 192, aunque el aporte establecido fue pequeño. Sin embargo, los líderes indígenas no pudieron incluir en el contrato una cláusula que los protegiera contra los frecuentes derrames de petróleo y que garantizara su pronta remediación, que era uno de los temas que más les preocupaba. La consecuencia han sido cuarenta derrames producidos por la empresa Pacific Energy del Perú S. A. en dos años de operación, con una remediación muy lenta⁷. El cuadro siguiente muestra el detalle de la ocurrencia de los derrames.

Derrames de petróleo (Lote 192 - Pacific Energy del Perú S. A.)

N°	Fecha de la emergencia	Coordenadas UTM		Departamento	Provincia	Distrito	Ubicación
		Este	Norte				
1	04/10/2015	373717	9726651	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	LÍNEA DE FLUJO DEL POZO 22, ZONA ALEDAÑA AL CELLAR
2	05/10/2015	373639	9725282	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	OLEODUCTO DE 6" DE FORESTAL - SHIVIVACU
3	26/12/2015	385928	9696051	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	ZONA DE RECARGA DE COMBUSTIBLE DORISSA
4	08/01/2016	332985	9903868	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	YACIMIENTO CAPAHUARI NORTE
5	09/01/2016	332985	9903865	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	YACIMIENTO CAPAHUARI NORTE
6	31/01/2016	374502	9722500	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	YACIMIENTO SHIVIVACU
7	03/02/2016	349666	9680431	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	LÍNEA DE 4" DEL POZO TAMBO 4
8	05/02/2016	340891	9689895	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	JOINT 81 DE LA LINEA DE PRODUCCION DEL POZO CAPAHUARI SUR 13 A 150 M DEL LABORATORIO DE CAPAHUARI SUR
9	07/02/2016	367012	9696607	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	LÍNEA DE PRUEBA DE 6" A 100 M DE LA BATERIA - YACIMIENTO DORISSA

⁷ <http://observatoriopetrolero.org/wp-content/uploads/2017/11/Derrames-de-petr%C3%B3leo-Lote-192-Pacific-Energy-del-Per%C3%BA-S.A.pdf>

N°	Fecha de la emergencia	Coordenadas UTM		Departamento	Provincia	Distrito	Ubicación
		Este	Norte				
10	15/02/2016	366084	9697290	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	LÍNEA DE ENTRADA AL POZO INYECTOR DORISSA 08 - YACIMIENTO DORISSA
11	20/03/2016	374089	9728559	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	POZO 6 YACIMIENTO SHIVIYACU
12	07/04/2016	403808	9744299	LORETO	LORETO	TIGRE	SUMP TANK 1421 YACIMIENTO SAN JACINTO
13	06/09/2016	340606	9689160	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	TALLERES DE MANTENIMIENTO DE CORPESA DE CAMPAMENTO DE CAPAHUARI SUR
14	24/09/2016	341241	9689973	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	BATERÍA CAPAHUARI SUR
15	17/11/2016	341266	9689976	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	CAPAHUARI SUR, DERRAME EN TANQUE DE CONDENSADOS
16	19/12/2016	403880	9743981	LORETO	LORETO	TIGRE	LÍNEA DE ENTREGA DE SHIVIYACU A SAN JACINTO - YACIMIENTO SAN JACINTO
17	30/01/2017	403684	9744205	LORETO	LORETO	TIGRE	BATERÍA SAN JACINTO
18	19/02/2017	403893	9738087	LORETO	LORETO	TIGRE	LÍNEA DE CRUDO DE 8 PULGADAS
19	03/03/2017	373825	9724090	LORETO	LORETO	TIGRE	LÍNEA DE CRUDO DE 8 PULGADAS
20	06/03/2017	338188	9689757	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	SUMP TANK GATHERING STARION
21	22/03/2017	373846	9724089	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	-	LÍNEA DE REINYECCION DE 24 PULGADAS ENTERRADA
22	07/05/2017	341093	9689868	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	CAPAHUARI SUR AREA CHANCHERIA
23	10/05/2017	341087	9689864	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	CHANCHERÍA CAPAHUARI SUR
24	20/05/2017	374088	9728558	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	POZO 6 SHIVIYACU
25	25/05/2017	341039	9690043	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	MINICENTRAL ELÉCTRICA BATERÍA CAPAHUARI SUR
26	26/05/2017	373672	9725225	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	TROMPETEROS	POZO 19 SHIVIYACU
27	09/06/2017	337782	9694433	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	JOINT 848 DIESEL DUCTO HACIA CAPAHUARI NORTE
28	08/07/2017	384115	9700849	LORETO	MAYNAS	MAZAN	SUMP TANK DE PLATAFORMA DE LAS HPS DE JÍBARO ISLA

N°	Fecha de la emergencia	Coordenadas UTM		Departamento	Provincia	Distrito	Ubicación
		Este	Norte				
29	05/02/2017	341770	9690265	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	VÁLVULA DE CONEXIÓN DE 1" DE LÍNEA DE INYECCIÓN DE AGUA AL POZO 31 DE GAS LIFT
30	10/02/2017	403782	9739938	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	TIGRE	LÍNEA DE FLUJO DEL POZO 1A HACIA PLANTA SAN JACINTO
31	14/07/2017	362234	9730177	LORETO	-	-	GRAPA DE 8" DE MANIFOLD
32	07/09/2017	341122	9689854	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	ÁREA ESTANCA DEL TANQUE TK-271, CAPAHUARI SUR
33	08/09/2017	341122	9689854	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	CAJA DE COLECCIÓN DE RASPATUBOS DEL OLEODUCTO HUAYURI-CAPAHUARI SUR
34	10/09/2017	361419	9710755	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	EN EL JOINT 1563 DEL OLEODUCTO DE 10" SHIVIYACU - CAPAHUARI SUR
35	10/09/2017	383682	9699760	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	EN LA LÍNEA DE REINYECCIÓN DE 16 PULGADAS - JIBARITO
36	14/09/2017	341260	9690126	LORETO	DATEM DEL MARAÑÓN	ANDOAS	YACIMIENTO CAPAHUARI SUR
37	14/09/2017	374158	9722074	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	JOINT 22 DE LA FLOW LINE DEL POZO SHIVIYACU 24
38	17/09/2017	374099	9722302	LORETO	LORETO	TROMPETEROS	JOINT 22 DE LA FLOW LINE DEL POZO SHIVIYACU 24
39	27/09/2017	403737	9744326	LORETO	LORETO	TIGRE	TANQUE 1450
40	30/09/2017	POR DETERMINAR	POR DETERMINAR	LORETO	LORETO	TIGRE	TUBERÍAS CERCANAS A LOS GRUPOS GENERADORES DE LA BATERÍA DEL YACIMIENTO SAN JACINTO

Fuente: Dirección de Supervisión (OEFA), al 10/11/2017.

III.

LA CONSULTA EN EL SECTOR MINERO

3.1. LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS QUE SE CONSULTAN

Es necesario recordar que en el ciclo de los proyectos mineros se requiere de la aprobación de varias autorizaciones que constituyen actos administrativos. Como se ha señalado, no todas deben ser consultadas.

Mediante Decreto Supremo N° 020-2012-EM, se modificó el Reglamento de Procedimientos Mineros para incorporar nuevas medidas administrativas (autorizaciones) y los requisitos para obtenerlas. A raíz de ello, el Minem, a través de la Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM/DM, modificó el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del subsector minero, incorporando las nuevas medidas administrativas, sus requisitos y la precisión de cuáles se someterían a consulta previa. La entidad promotora de la medida es la que emite esta según lo señalado en el artículo 17 de la Ley de Consulta Previa. En el caso de las medidas identificadas, ese rol le correspondía a la Dirección General de Minería (DGM).

Mediante Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM, nuevamente se modificó y actualizó el TUPA del Minem, indicando, entre otros puntos, que la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM) realizaría la consulta previa en el sector. En adelante, la DGM y la Oficina de Gestión Social del Minem apoyarían en el procedimiento de consulta. Este cambio comprende un asunto problemático, pues al ser distinta la autoridad que emite la medida de la entidad que promueve la consulta, incorporar cambios en la medida puede ser muy difícil, ya que la decisión depende de otro.

Posteriormente, se realizaron dos nuevas modificaciones en los procedimientos que se someten a consulta. El 27 de octubre se publicó la Resolución Ministerial N° 444-2016-MEM/DM para reducir los procedimientos de autorización de inicio/reinicio de actividades de exploración, desarrollo, preparación y explotación, y de las Concesiones de Beneficio y de Transporte

Minero. La norma precisa además que, en caso de que la concesión de beneficio, el plan de minado y la concesión de transporte minero formen parte de un solo proyecto, se realizará un solo proceso de consulta previa si la afectación directa es al mismo pueblo indígena. Esta situación se da en la mayoría de proyectos de gran y mediana minería. El 16 de diciembre de 2016, se publicó una nueva modificatoria mediante Resolución Ministerial N° 522-2016-MEM/DM, y en diciembre de 2017, se emitió la Resolución Ministerial N° 514-2017-MEM/DM, que modifica las denominaciones y el momento en que se consulta, así como algunos plazos.

Del conjunto de las decisiones más importantes, por la etapa en que se encuentra el proyecto, el Minem ha optado por las siguientes⁸:

Actividades del ciclo del proyecto minero	Actos administrativos / Autoridad que lo emite	Actos administrativos que se consultan
Exploración	<ul style="list-style-type: none"> - Otorgamiento de concesión minera / Ingemmet (Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico) - Aprobación del programa de inversión en exploración, sus modificaciones y ejecuciones / DGM - Evaluación de la declaración de impacto ambiental de aprobación automática para actividades de exploración / DGAAM - Evaluación de estudio de impacto ambiental para actividades de exploración / DGAAM - Modificación de estudio de impacto ambiental para actividades de exploración / DGAAM - Autorización para el Inicio de actividades de exploración / DGM - Otorgamiento de certificado de operación minera / DGM 	<p>Autorización para el inicio de actividades de exploración</p> <p>Requisitos para la autorización de inicio de actividades de exploración:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Completar el formulario electrónico - Nombre y código de la concesión minera - Número de la resolución que aprueba los Instrumentos de Gestión Ambiental, fundamentalmente los estudios de impacto ambiental. - Programa de trabajo - Declaración jurada que indica que el solicitante es el propietario del predio o está autorizado por el propietario del predio para usar el terreno superficial - Autorización de la autoridad competente, en caso de que el proyecto afecte carreteras u otro derecho de vía - Certificado de Inexistencia de Resto Arqueológicos (CIRA) <p>Plazo del procedimiento: 15 días hábiles</p> <p>Calificación: Evaluación previa: negativa</p> <p>No aplican los recursos de reconsideración o apelación</p>

8 Para la elaboración de este cuadro, se ha utilizado la información del TUPA publicado en la web del Minem y lo que aparece en las resoluciones citadas que incorporan la consulta previa en los procedimientos.

Actividades del ciclo del proyecto minero	Actos administrativos / Autoridad que lo emite	Actos administrativos que se consultan
Explotación o extracción	<ul style="list-style-type: none"> - Evaluación de estudio de impacto ambiental para proyectos de explotación, beneficio, labor general, almacenamiento de concentrados y/o actividades conexas / DGAAM - Modificación del estudio ambiental para explotación minera / DGAAM - Autorización de actividades de explotación (incluye aprobación de plan de minado) 	<p>Autorización de las actividades de explotación (antes de otorgarse)</p> <p>Requisitos :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Completar formulario electrónico - Nombre y código de la concesión minera - Número de la resolución que aprueba los IGA (EIA) y el informe que la sustenta - Información técnica de acuerdo con los parámetros establecidos en el anexo - Documento que acredite que el solicitante es el propietario o que tiene el permiso del propietario para usar el terreno superficial - Copia del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA) o plan de monitoreo arqueológico - Autorización de la autoridad competente, en caso de que el proyecto afecte carreteras u otro derecho de vía <p>Plazo del procedimiento: 30 días hábiles</p> <p>Calificación: Evaluación previa: negativa</p> <p>No aplican los recursos de reconsideración ni de apelación</p>
Beneficio	<ul style="list-style-type: none"> - Otorgamiento de la concesión de beneficio / DGM <p>Tiene tres etapas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Evaluación de solicitud y autorización para la publicación de carteles • Autorización para el inicio de la construcción • Inspección de verificación, otorgamiento de título y autorización de funcionamiento 	<p>Otorgamiento de la concesión de beneficio (antes de la autorización de construcción)</p> <p>Requisitos para la autorización de la construcción de la planta de beneficio:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Número de la resolución que aprueba los IGA (EIA) - CIRA - Autorización de la autoridad competente si el proyecto afecta carreteras u otros derechos de vía <p>Plazo del procedimiento de concesión de beneficio: 77 días hábiles</p> <p>Calificación: Evaluación previa: negativa</p> <p>No aplican los recursos de reconsideración ni de apelación</p>

Actividades del ciclo del proyecto minero	Actos administrativos / Autoridad que lo emite	Actos administrativos que se consultan
Transporte minero	<ul style="list-style-type: none"> - Otorgamiento de la concesión de transporte minero y de la concesión de labor general / DGM - Autorización para las construcciones de labores de acceso, ventilación y desagüe en concesiones mineras vecinas 	<p>Otorgamiento de la concesión de transporte minero (antes de la autorización de construcción)</p> <p>Requisitos para el otorgamiento de una concesión de transporte minero: Solicitud de acuerdo a formato</p> <ul style="list-style-type: none"> - Número de la resolución que aprueba los IGA (EIA) para explotación - Documento que acredite que el solicitante es el propietario o que tiene el permiso del propietario para usar el terreno superficial - Memoria descriptiva que indique el medio de transporte y su longitud, presupuesto y cronograma - Plano de ubicación detallado indicando coordenadas UTM del área superficial del proyecto - Recibo de pago de derecho de vigencia - CIRA - Ingeniería detallada de las obras civiles del sistema de transporte y de las instalaciones electromecánicas - Diseño del sistema de transporte - Implementación de recomendaciones del EIA - Especificaciones técnicas para la construcción del sistema de transporte - Especificaciones técnicas de las instalaciones electromecánicas - Certificado de aseguramiento de la calidad de la construcción de las obras civiles y de las instalaciones electromecánicas - Manual de operaciones y manejo de contingencias de las obras civiles y de las instalaciones electromecánicas - Puntos de monitoreo ambiental - Recibo de pago del TUPA <p>Plazo del procedimiento: 45 días hábiles</p> <p>Calificación: Evaluación previa: negativa</p> <p>No aplican los recursos de reconsideración ni de apelación</p>
Comercialización		

Actividades del ciclo del proyecto minero	Actos administrativos / Autoridad que lo emite	Actos administrativos que se consultan
Cierre de minas	<ul style="list-style-type: none"> - Evaluación del plan de cierre de minas y de pasivos mineros / DGAMM - Modificación del plan de cierre de minas y de pasivos mineros / DGAMM - Evaluación del plan de remediación ambiental / DGAAM - Autorización para el reaprovechamiento de pasivos ambientales 	

Fuente: TUPA del Minem.
Elaboración propia.

En los actos administrativos identificados como consultables, no se incluye el reasentamiento o la instalación de desechos tóxicos en territorios comunales, que son decisiones que según la normatividad internacional y peruana deberían contar, entre otros, con el consentimiento de los pueblos que podrían resultar seriamente afectados.

3.2. CRITERIOS PARA EVALUAR SU IDONEIDAD

Según el artículo 6.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, se debe consultar a los pueblos indígenas medidas legislativas o administrativas que los pueden afectar directamente.

La Ley de Consulta Previa, en su artículo 9, señala que deben consultarse las «propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios».

Respecto a las medidas administrativas que serán consultadas, el artículo 3, literal i) del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, señala que se consultan «las normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de una actividad o proyecto o que autorice la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los

derechos colectivos de los pueblos indígenas». Por el momento, en minería solo se realizan consultas previas sobre actos administrativos.

Discriminar cuáles son los actos que deben ser consultados pasa por distinguir aquellos que son más relevantes en el ciclo del proyecto minero. Tal relevancia se determina porque son condición necesaria para la aprobación de otros, porque dan lugar a otros actos administrativos y por la significancia de los efectos jurídicos directos que acarrearán en el administrado o en terceros, entre los que se encuentran los pueblos indígenas. Esto se relaciona también con la oportunidad de la decisión, principio que debe informar toda consulta. ¿Debemos optar por decisiones de las fases tempranas o tardías del árbol de decisiones necesarias para el inicio de las actividades de un proyecto? Generalmente, las decisiones más importantes se ubican en fases tempranas y las menos importantes y más específicas se toman al final. Es por ello que James Anaya, cuando era relator de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas, se pronunció sobre la importancia de la consulta en fases tempranas.

Las normas citadas señalan que se debe consultar el acto administrativo que genere afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Pero, ¿cómo saber cuándo estamos ante una afectación directa y cuándo no lo estamos?

El Reglamento de la Ley de Consulta Previa nos dice en su artículo 3, literal b), que una medida afecta directamente a los pueblos indígenas «cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos».

El cómo entender la afectación directa fue un tema en debate cuando se discutía la implementación de la consulta en el sector minero. La interpretación que guio la normatividad fue que lo directo es que el acto administrativo produzca efectos jurídicos que no necesitan la emisión de otros actos administrativos para concretarse.

Esta interpretación ha llevado a considerar que actos tan importantes como la aprobación del EIA y de otros instrumentos de gestión ambiental no sean consultados. La aprobación de un EIA establece un conjunto de obligaciones y compromisos para el titular de un proyecto, conjunto que puede alterar significativamente la situación jurídica o el ejercicio de derechos de

una comunidad indígena. En este, puede establecerse, por ejemplo, un reasentamiento. Sin embargo, si bien con el EIA quedan constituidas estas obligaciones y compromisos, no son de ejecución inmediata, porque para que la actividad se inicie, debe haberse obtenido otros títulos habilitantes y la autorización de inicio de operaciones, la cual tiene el objetivo de verificar únicamente que se cuenta con todos los permisos necesarios. Paradójicamente, en la normatividad no se considera consultable el EIA, pero sí la autorización de inicio de operaciones.

Para fundamentar esta posición, se ha hecho una interpretación errónea de lo señalado por el administrativista Agustín Gordillo⁹, quien sostiene que los efectos jurídicos directos son aquellos que emanan directamente del acto administrativo. Al respecto, cita a Ernst Forsthof: “Los efectos jurídicos han de emanar directamente del acto mismo: sólo entonces son inmediatos”, y agrega:

No basta con decir que la actividad es jurídicamente relevante, o que produce efectos jurídicos ya que siempre es posible que surja, en forma indirecta o mediata, algún efecto jurídico: debe precisarse que el efecto que el acto es apto para producir debe ser directo e inmediato, surgir del acto mismo y por sí solo, para que la clasificación tenga entonces un adecuado sentido jurídico.

Los efectos jurídicos implican la creación, modificación, extinción de obligaciones y derechos para el administrado o terceros, o cambios en una situación jurídica concreta. Es decir, del acto administrativo emanan obligaciones y derechos. En los casos que se van a consultar, los actos administrativos no solo producirán efectos jurídicos directos, sino que estos afectarán los derechos colectivos de los pueblos indígenas —entiéndase como derecho colectivo aquel que tiene como sujeto a un pueblo indígena¹⁰.

Otro criterio importante para determinar qué actos administrativos se consultan es que su procedimiento de aprobación permita la participación real de los pueblos indígenas en la toma de decisiones. Como sabemos, hay dos tipos de procedimientos de aprobación de actos administrativos:

9 Gordillo, Agustín (1963). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 3: “El acto administrativo”, Capítulo II, p. II4. Buenos Aires.

10 Artículo 3, literal f) del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

los de aprobación automática y los de evaluación previa. Los primeros no dan márgenes de decisión a la autoridad administrativa, ya que la solicitud formulada por el administrado se considera aprobada con su sola presentación. Los segundos hacen que la autoridad administrativa, luego de contar con todos los elementos necesarios, haga una valoración y tome una decisión. Estos procedimientos tienen varias etapas: instrucción, substanciación, probanza y pronunciamiento de la entidad; por lo tanto, se deben consultar los actos administrativos que tienen procedimientos de aprobación previa; de lo contrario, estaríamos ante una falsa consulta.

Esto se relaciona también con que en el procedimiento de aprobación del acto administrativo se ventile información relevante sobre los impactos de la decisión para que esta sea valorada. Si lo que se ventila son resoluciones de aprobación de otros actos administrativos, acreditaciones de derechos o de pagos realizados, no estamos ante información relevante que requiera una valoración en la cual deba participar el pueblo indígena.

3.3. ANÁLISIS DE LA IDONEIDAD DE LOS ACTOS CONSULTADOS EN MINERÍA

Como se aprecia, los actos administrativos elegidos por etapas para ser consultados en minería no son los más idóneos, porque no son los actos más relevantes; es más, se ubican entre los últimos lugares de la cadena de decisiones y se toman cuando ya se han adoptado las decisiones más importantes. Los efectos de esos actos no son identificados en el procedimiento de evaluación, porque consistirían en solo el inicio de la operación. Ante ello, la consulta se centra en la discusión de los impactos de la actividad extractiva en general, que no tiene relación con la medida consultada.

Además, si bien los procedimientos de aprobación de los actos administrativos consultados son calificados en el TUPA como procedimientos que requieren de evaluación previa y a los que no se les puede aplicar el silencio positivo, la forma que adoptan es la de un procedimiento de aprobación automática, pues, para este, la autoridad administrativa solo debe verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos: si se cumplen, no hay más opción que aprobarlo; es decir, la autoridad administrativa, en esos casos, no tiene realmente márgenes de decisión. Es por ello que para

ninguno de esos procedimientos, se pueden presentar luego recursos de reconsideración o apelación, porque no tiene sentido.

La información que se ventila en el procedimiento de aprobación de esos actos, y que es la que debería ser debatida en la consulta, no tiene significancia: presentación de certificaciones, número de la resolución consentida que aprueba los IGA, presentación del CIRA, comprobantes de pago. Esa información no admite valoración alguna.

Además, las autorizaciones obtenidas con anterioridad, por más relevantes que sean para los derechos de los pueblos indígenas, no pueden ser modificadas como consecuencia de una consulta.

Once, de los doce procesos de consulta iniciados, consultan el inicio de actividades de exploración. Todas las propuestas de resoluciones directorales para este tipo de acto consultado tienen el mismo texto:

Se resuelve:

Artículo 1: Autorizar el inicio de actividades mineras de exploraciones a favor de la empresa....., en el proyecto minero....., ubicado en el distrito de....., provincia de y departamento de....., según las consideraciones detalladas en el informe que sustenta la presente resolución y la Constancia de aprobación automática N del referido proyecto.

La única información que se adjunta a la propuesta de resolución es el informe técnico de la autoridad administrativa. El informe, en todos los casos, es un resumen del proyecto minero y da cuenta de que la autoridad administrativa verificó el cumplimiento de los requisitos exigidos. El informe señala que se ha cumplido con presentar o indicar:

- La certificación ambiental aprobada.
- El área del proyecto aprobada en la certificación ambiental.
- El número de plataformas y otros componentes principales, de los cuales se indican algunas características técnicas. Estos datos y todo lo referido a los componentes del proyecto se encuentra en los IGA.
- El cronograma de actividades, el mismo que también se encuentra en los IGA.
- La acreditación de la autorización para uso de terreno superficial.

En el informe, no se hace ninguna valoración; por ello, habiendo cumplido el administrado o solicitante con los requisitos establecidos para la autorización de inicio de las actividades de exploración, la autoridad administrativa está obligada a otorgarla. En este caso, evidentemente, la autoridad administrativa no tiene márgenes de decisión; entonces, cuál es el sentido de realizar la consulta sobre un acto administrativo de esta naturaleza.

En los once casos de consulta sobre exploración (diez culminados y uno en proceso: le falta solo el informe final), la autoridad declara que el diálogo se realiza en torno a los impactos negativos o afectaciones que produce el proyecto sobre los derechos al territorio, tierra, a decidir sobre sus opciones de desarrollo, a la identidad cultural de los pueblos indígenas, así como, en torno a sus propuestas, que deberían apuntar a evitar que esos impactos se produzcan. Sin embargo, esas afectaciones no son parte de la “evaluación” realizada en el procedimiento administrativo de la autorización de inicio de las actividades de exploración. La autoridad administrativa no tiene por qué pronunciarse al respecto; por esa razón, en el procedimiento que evalúa el acto administrativo no se ventila información sobre impactos: la autoridad administrativa no la necesita.

Las afectaciones del proyecto de exploración y sus medidas de prevención, mitigación y compensación no se ventilan en el procedimiento administrativo de evaluación previa de autorización de inicio de operaciones de exploración, se ventilan en la evaluación previa de aprobación de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o del EIA semidetallado¹¹. En el momento de la realización de la consulta, ese procedimiento ya culminó y la resolución de aprobación de la DIA o del EIA semidetallado se encuentra consentida, es decir, ya no puede ser apelada. Por lo tanto, nada de lo que se diga en la consulta puede ser incorporado a la DIA o al EIA semidetallado.

La situación descrita configura una transgresión al principio de buena fe, ya que la discusión que ocurre en la consulta no se centra en las afectaciones que produce directamente la medida, sino en las afectaciones que produce otro acto administrativo ya aprobado. Esto genera frustración e insatisfacción en los pueblos indígenas, pues por más que se esfuercen no podrán lograr mejoras a ese nivel. De esta manera, la consulta previa ha

11 Los EIA detallados los aprueba el Servicio Nacional de Certificación Ambiental (Senace), salvo excepciones.

sido convertida en una mera formalidad que no tiene eficacia alguna para proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Sobre la falta de idoneidad del acto administrativo que se va a consultar, la Defensoría del Pueblo, entidad estatal que debe velar por los derechos de los ciudadanos y que participa en calidad de observadora en los procesos de consulta previa, señala:

Al respecto, hemos podido corroborar que establecer la consulta previa antes de la autorización de inicio de exploración no permite a los pueblos indígenas consultados arribar a acuerdos directamente vinculados al diseño del proyecto y que pueda incidir en la protección concreta de sus derechos colectivos¹².

(...), debido al inadecuado momento en el que se han realizado las consultas previas, hemos observado además que los acuerdos logrados versan sobre obligaciones y competencias funcionales de las entidades del Estado como son supervisar, trasladar quejas o alcanzar copia de documentos y no —como la normatividad exige— sobre acciones concretas para prevenir afectaciones de los derechos de los pueblos indígenas¹³.

En un informe sobre la consulta previa del proyecto de exploración minera La Merced, la Defensoría del Pueblo señala:

Sobre el particular la Defensoría del Pueblo considera que —tomando en cuenta el ciclo de vida de un proyecto minero y la finalidad que persigue la consulta previa— la autorización de inicio de actividades no es la medida idónea a ser consultada. En efecto, realizar la consulta previa sobre esa medida imposibilita, en la práctica, alcanzar acuerdos capaces de modificar algunos aspectos del proyecto que puedan afectar derechos colectivos, toda vez que dicha autorización es una medida que se emite después de la aprobación de la certificación ambiental y de las diversas autorizaciones necesarias para que el proyecto se ejecute¹⁴.

12 Oficio N° 0504-2016/DP del defensor del Pueblo al ministro Gonzalo Tamayo Flores, recibido el 15 de agosto de 2016.

13 Oficio N° 0504-2016/DP del defensor del Pueblo al ministro Gonzalo Tamayo Flores, recibido el 15 de agosto de 2016.

14 Informe N° 0003-2016-DP/AMASPPi-PPI: *Sobre el proceso de consulta previa del proyecto de exploración minera La Merced*, Defensoría del Pueblo.

3.4. LOS LÍMITES DE LAS ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA

La consulta previa, por ser un proceso de toma de decisiones, según nuestra legislación, comprende siete etapas. Si bien las reuniones preparatorias no son una etapa, por la relevancia que deberían tener en el proceso, las hemos incluido en el listado que presentamos a continuación.

3.4.1 Identificación de la medida

Son cuatro las medidas identificadas por el Minem entre todos los actos administrativos que emite, y estas han sido abordadas con profundidad en el acápite anterior.

3.4.2. Identificación del pueblo indígena

Según el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, la entidad promotora de la consulta (que emite la propuesta de resolución) debe identificar a los pueblos indígenas que pueden ser afectados en sus derechos colectivos y a sus organizaciones representativas, consultando la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios, que es elaborada, consolidada y actualizada por el Viceministerio de Interculturalidad (Mincul).

En el Perú, el término *pueblo indígena* no ha sido muy utilizado. Antes del año 1969, existían las comunidades indígenas. En 1969, se cambió la forma de nombrarlas por *comunidades campesinas*, las cuales habitan en los Andes. En 1974, se creó el término *comunidades nativas* para designar a un grupo de población indígena que cuenta con organización propia y sus miembros comparten tierra y cultura, y viven o se ubican en la Amazonía. El término *pueblo indígena* designa a dos o más comunidades nativas o campesinas que descienden de pueblos prehispánicos y que comparten una misma identidad cultural.

Desde el año 2012, existe la obligación de registrar a las comunidades y pueblos indígenas en una base de datos oficial, que, según afirmaron algunos exfuncionarios gubernamentales, se encontraba lista desde diciembre de ese año¹⁵. La demora se debió a un debate en torno a si las comunidades campesinas podían ser consideradas o no pueblos indígenas, a lo que la Sociedad Nacional de Minería se oponía. Decía que el proceso

15 "Los secretos mineros detrás de la lista de comunidades indígenas del Perú", Ojo Público, 22 de julio de 2015.

de mestizaje las había alcanzado a todas y habían perdido su condición de indígena. Lo cierto es que esa oposición tenía relación con que la mayoría de proyectos mineros se ubica en la zona andina y, buena parte de estos, en tierras de comunidades campesinas, lo que implicaba la realización de la consulta previa en estas. Luego de que el Minem estableciera los actos consultables, esa oposición disminuyó bastante.

En octubre de 2013, el Mincul publicó la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (Base de Datos Oficial, en lo sucesivo); sin embargo, recién en 2015 se incluyen en el registro a las comunidades campesinas. Hasta el momento, aparecen identificados 55 pueblos indígenas, 7 organizaciones representativas, 2675 comunidades nativas y 3041 comunidades campesinas (2689 quechuas, 349 aimaras, 2 jaqarus y 1 uro). Todavía falta registrar un poco menos de la mitad.

La Defensoría del Pueblo, mediante Oficio N° 0249-2014-DP/AMASPPI, del 29 de agosto de 2014, señaló haber verificado que:

(...) la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas ha emitido 16 resoluciones directorales que autorizan el inicio de actividades de exploración minera en zonas donde hay presencia de población indígena de acuerdo con la información publicada en el Censo de Población y Vivienda del 2007. Sin embargo de acuerdo al contenido de dichas resoluciones, estas medidas no habrían sido sometidas a un proceso de consulta previa.

El oficio señala que este incumplimiento se justificó en:

- Una supuesta renuncia al derecho a la identidad cultural y al derecho a la consulta previa.
- Una supuesta ausencia de pueblos indígenas basada en una supuesta información emitida por el Mincul.
- Que el Minem contradujo la identificación de pueblos indígenas realizada por el Mincul.

Según el oficio citado, las comunidades afectadas fueron Pichccachuri, Nueva Unión Ccarapata, Nueva Esperanza de Mollepiña, Silco, Pachaconas, Cayhuachahua, Huilcacay Grande Anquilita, Flor de Cantú, Los Naranjos, Cancahuani, Chilloroya, Quilcayhuarín, Yacus, San José de Cachispascana de Jesús María, Corani-Aconsaya y Cullco de Belén.

El medio digital *Ojo Público* señaló en una investigación periodística que hasta junio de 2015, el Minem contrató consultoras, por lo menos en quince casos, para identificar a las comunidades indígenas que se encontraban en el área de influencia de proyectos mineros y que no estaban incluidas en la Base de Datos Oficial. Indicaba que esta labor no fue supervisada por el Viceministerio de Interculturalidad y que ni siquiera existía una metodología aprobada para realizarla. Citaba como uno de esos casos a la comunidad de Huaquirca, que se consideraba pueblo indígena y, sin embargo, no fue identificada como tal. La entonces ministra de Energía y Minas, Rosa Ortiz, manifestó que esos casos serían revisados y, si las comunidades eran identificadas como pueblos indígenas, se realizaría «una consulta a destiempo»¹⁶. En 2016, la comunidad de Huaquirca fue consultada.

En los procesos de consulta en minería, podemos observar que la identificación de los pueblos indígenas pasó de ser realizada por un consultor privado a ser realizada por el equipo de la DGAAM del Minem y luego por la Dirección de Consulta Previa del Mincul (seis casos). Este cambio constituye un avance, como también lo es la publicación de la Base de Datos Oficial, pues tener un registro oficial es fundamental para el diseño de políticas públicas y la tutela de derechos.

Perú: entidad que realiza el proceso de identificación de las comunidades que deben ser consultadas

Identificación de la comunidad como pueblo indígena	Aurora/Parobamba	Toropunto/Santa Rosa Quikakaya	Misha/Cotarusi	La Merced/ ciudades Quilla Ayllu y Llaclun-Rurimarac	Apumayo/exploración ciudades de Chaviña y Para	Apumayo/exploración ciudades de Para y Sancos	Corcopunta/ ciudades de Huacyon y Llaclun	Guadalupe/ciudad de Pararín	Puquiojata/ciudad de Sauricay	Anana/ciudad de Huaquirca	Partería ciudad	Capillas Central
Consultor	1	1										
Equipo de la DGAAM			1									
Dirección de Consulta Previa del Mincul				1	1	1	1	1	1	1	S/i	S/i

Fuente: planes de consulta publicados en la páginas web del Minem y/o Mincul. Elaboración propia.

16 "Los secretos mineros detrás de la lista de comunidades indígenas del Perú", Ojo Público, 22 de julio de 2015.

3.4.3. La reunión preparatoria no permite contar con un plan de consulta acorde con las características de la comunidad consultada

No es considerada una etapa propiamente. Según el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, durante esta, se consensúa el contenido de la propuesta del plan de consulta. Sin embargo, en todos los casos de consultas realizadas, la etapa preparatoria consiste en ponerse de acuerdo sobre el cronograma del plan de consulta. Los demás temas (por ejemplo, metodología) no son discutidos. El contenido del plan, en todos los casos, es el mismo, salvo algunos matices. La entidad promotora no hace el intento de adaptar la metodología a las características de la comunidad consultada ni considera las desigualdades existentes entre los actores para superarlas.

En cuanto a los tiempos destinados a cada etapa, hay diferencias entre las programadas en el plan de consulta y las actividades realizadas.

Perú: actividades según cronograma del Plan de Consulta Previa en minería, 2015-2017

Proyecto	Reunión preparatoria	Publicidad	Información	Evaluación interna	Diálogo
Aurora	04/09/15	05/10/15 al 07/10/15	08/09/15 al 07/10/15	08/10/15 al 18/10/15	23/10/15 al 25/10/15
Toropunto	20/09/15	20/09/15	18/10/15	26/10/15	30/10/15 al 31/10/15
Misha	26/11/15	27/11/15	27/12/15	28/12/15	08/01/16
La Merced	10/05/16 y 11/05/16	11/05/16 y 12/05/16	11/06/16 y 12/06/16	11/06/16 y 12/06/16	14/06/16
Apumayo: exploración	17/08/16 y 18/08/16	17/08/16 y 18/08/16	18/09/16 y 22/09/16	18/09/16 y 25/09/16	28/09/16 y 29/09/16
Apumayo: explotación	16/08/16 y 18/08/16	16/08/16 y 18/08/16	18/09/16 y 24/09/16	18/09/16 y 24/09/16	27/09/16 y 28/09/16
Corcapunta	21/08/16	21/08/16	30/08/16 al 25/09/16	24/09/16 y 25/09/16	30/09/16
Guadalupe	25/10/16	25/10/16 y 26/10/16	27/11/16	17/12/16	15/01/17
Puquiopata	24/10/16	24/10/16	19/12/16	20/12/16	15/01/17
Anama	22/08/16	28/08/16	26/09/16 (10/10/16)	26/09/16 (10/10/16)	20/10/16 (07/11/16)

Proyecto	Reunión preparatoria	Publicidad	Información	Evaluación interna	Diálogo
Pantería	10/05/17	10/05/17	10/05/17 al 10/06/17	10/06/17	11/10/17
Capillas Central	27/08/17	27/08/17	27/08/17 al 27/09/17	08/10/17	15/10/17

Fuente: planes de consulta publicados en la páginas web del Minem y/o Mincul.
Elaboración propia.

Perú: actividades realizadas en consultas previas en minería, 2015-2017

Proyecto	Reunión preparatoria	Publicidad	Información	Evaluación interna	Diálogo
Aurora	04/09/15	04/09/15 al 07/09/15	04/10/2015	11/10/2015	---
Toropunto	20/09/15	20/09/15 al 22/09/2015	18/10/15	24/10/15	---
Misha	26/11/15	26/11/15 al 27/11/2015	27/12/15	30/12/15	---
La Merced	10/05/16 y 11/05/16	11/05/16 y 12/05/16	11/06/16 y 12/06/16	11/06/16 y 12/06/16	14/06/16 (solo una comunidad)
Apumayo: exploración	17/08/16 y 18/08/16	16/08/16 al 24/09/16	24/09/16 (solo una comunidad)	25/09/16 (solo una comunidad)	29/09/16 – 25/10/16 (solo una comunidad)
Apumayo: explotación	16/08/16 y 18/08/16	16/08/16	24/09/16 (solo una comunidad)	24/09/16 (solo una comunidad)	---
Corcapunta	21/08/16	21/08/16	24/09/16 y 25/09/16	25/09/16 (solo una comunidad)	30/09/16 (sin asistencia de la comunidad)
Guadalupe	25/10/16	25/10/16 y 26/10/16	27/11/16	16/12/16	29/01/17
Puquiopata	27/10/16	28/10/16	19/12/16	20/12/16	---
Anama	22/08/16	28/08/16	---	---	---
Pantería	10/05/17	10/05/17 – 12/05/17	10/06/17	10/06/17	---
Capillas Central	27/08/17	27/08/17	01/10/17	01/10/17	---

Fuente: actas e informes finales de consulta publicados en la páginas web del Minem y/o Mincul.
Elaboración propia.

Llama la atención que en cuatro casos la reunión informativa y la reunión de evaluación interna se realizaran el mismo día. Hay tres comunidades (consultas de los proyectos La Merced, Apumayo y Corcapunta) que no tuvieron taller informativo y cuatro no tuvieron reunión de evaluación interna ni reunión de diálogo por diferentes razones. Solo tres comunidades, de doce, tuvieron reunión de diálogo. En el cuadro anterior, Corcapunta aceptó entrar al diálogo, pero, finalmente, no asistió. Las reuniones para cada etapa suelen ser programadas para un día y se llevan a cabo en tan solo unas horas.

Pese a ello, no se registra cuestionamiento alguno. Lo cierto es que al momento de elaborar el cronograma, los participantes, sin asesoría, no están en condiciones de determinar cuánto tiempo necesitan para cada etapa. Luego, como la medida es poco relevante y el cuadro de afectaciones alcanzado por el Minem para las actividades de exploración tiene solo tres afectaciones, no existen muchos puntos sobre los que dialogar.

Cuadro de afectaciones tomado del plan de consulta del proyecto Aurora

ANEXO 3: POSIBLES AFECTACIONES A LOS DERECHOS COLECTIVOS

Actividad	Derechos colectivos que se afectarían directamente	Descripción de la afectación
Exploración minera	Tierra y el territorio	Las actividades que se realizarán comprende el uso de terreno para la instalación de vías de acceso, la construcción de plataformas y la construcción de instalaciones. Adicionalmente, las plataformas de exploración para perforación usarán aditivos (Bentonita), además de otros insumos.
	Elegir sus prioridades de desarrollo	Al haberse instalado en su territorio actividades extractivas que introducen elementos de economía de mercado y patrones de consumo no tradicional, podrían producirse condiciones que promuevan modelos de desarrollo vinculados con la actividad extractiva y no con actividades tradicionales. La presencia espacial de las instalaciones limitaría la posibilidad de usar ese territorio para otras actividades.
	Conservar sus costumbres e instituciones	El uso de terreno para la actividad minera podría conllevar a una afectación a los recursos que sustentan prácticas culturales consideradas como instituciones distintas.

Cabe precisar que el cuadro de afectaciones que acompaña al plan de consulta es el mismo en todos los casos de proyectos de exploración. Peor aun, el cuadro de afectaciones de las actividades de explotación solo describe los derechos, no dice cómo estos serán afectados. Solo en el caso

de la consulta previa del proyecto Guadalupe, en la que una comunidad mostró su desacuerdo con la medida consultada, se programó una reunión de capacitación no prevista, luego de concluida la etapa de evaluación interna.

3.4.4. Etapa de publicidad

Se realiza la entrega física del plan de consulta y de la medida que se va a consultar a las autoridades de la comunidad, además de la publicación de estos documentos en el portal institucional del Minem. Estos documentos se entregan escritos en español.

3.4.5. La etapa informativa no ofrece información suficiente sobre los impactos de la medida consultada

Según el artículo 18 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, las entidades promotoras deben «brindar información al o los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa». Esa «información debe darse de forma adecuada y oportuna, con el objetivo de que el o los pueblos indígenas cuenten con información suficiente sobre la materia de consulta, así como para evaluar la medida y formular sus propuestas».

La información debe permitir que la comunidad o pueblo indígena se empodere para entrar en un proceso de diálogo intercultural y de iguales con el Estado sobre la medida consultada.

Un primer obstáculo es que, como se ha señalado, en el procedimiento de aprobación del acto administrativo que se consultará solo se ventila información poco significativa, que demuestra la existencia de documentos o de autorizaciones obtenidas. Acerca de la medida, no hay otra información ni se requiere de más. En la consulta, se tendría que socializar esa información, ya que la misma justifica la medida. Como eso no tendría sentido por su irrelevancia, lo que se ha hecho en todos los casos de consultas es informar sobre los impactos de la actividad minera, cuando esta información no obra, ni se toma en cuenta en el procedimiento de evaluación previa del acto administrativo en el que se inserta la consulta y que está a cargo de la Dirección General de Minería, que no es competente para evaluar impactos.

Como este hecho podría acarrear un problema procedimental, porque la medida consultada no guarda correspondencia con lo discutido en la consulta, este problema se evita al debatir en la consulta solo impactos generales y nada en detalle. Con ello, se asegura que los acuerdos también sean bastante generales y no impliquen ningún cambio en las decisiones tomadas.

En el plan de consulta, aparecen mencionadas todas las acciones informativas que se realizarán y los medios que se usarán. En todos los casos consultados sobre exploración, se afirma que se elaborará material informativo sobre las actividades mineras de exploración, así como un taller informativo por comunidad. Pero solo en algunos casos, se indica que se utilizarán *spots* radiales sobre actividades mineras de exploración, carteles y trípticos. Del taller informativo, se dice que habrá exposiciones acerca del derecho a la consulta previa, los roles y funciones del Minem, las actividades de exploración minera y la afectación de los derechos colectivos.

Entre los documentos que acreditan la realización de las acciones informativas, encontramos que en los comprobantes de pago de los *spots* radiales se consigna que son «avisos contratados» para la difusión de la fecha, lugar y hora de la realización del taller informativo. Igualmente, en las fotos de los carteles, se aprecia que son un medio para convocar al taller, no para difundir el contenido y los impactos de la medida.

En el informe final de la consulta de los casos estudiados, se indica que el contenido del tríptico es la explicación de las etapas de la consulta previa en minería.

El acta del taller informativo es meramente formal: indica los títulos de las exposiciones desarrolladas, el número de preguntas formuladas, mas no su contenido ni las respuestas.

La etapa informativa en ninguno de los casos logra reducir la asimetría de información existente entre los actores. La Defensoría del Pueblo, entidad que participa como observadora en los procesos de consulta previa, encontró las siguientes debilidades en la etapa informativa¹⁷:

17 Informe N° 001-2016-DP/AMASPPI-PPI: *Evaluación de la Etapa Informativa del Proceso de Consulta Previa al proyecto de exploración minera Aurora*. Defensoría del Pueblo.

- «Falta de materiales didácticos: en las explicaciones no existen materiales de apoyo didáctico orientado a facilitar la comprensión de las personas». Plantea contar con:

(...) instrumentos que permitan ilustrar y/o ejemplificar la actividad de exploración a través, por ejemplo, de videos, maquetas, mapas y gigantografías donde se observe el tipo de plataformas que se construirán, el tipo de maquinaria que se requerirá, cómo y dónde se establecerán las vías de acceso, así como la forma de circulación de las mismas, los posibles impactos que se producirán en la superficie, entre otros aspectos que demuestren las implicancias de la actividad de exploración.

- «Carencia de un lenguaje sencillo y comprensible: se usa un lenguaje técnico y genérico que produce problemas de entendimiento respecto de los efectos de la actividad exploratoria». Cita ejemplos de exposiciones como: «(...) lo que queremos puntualizar es que la exploración minera es una actividad tendiente a demostrar las dimensiones, la posición, las características minerológicas existentes (...)».
- «Escasa asistencia técnica para la población indígena». Refiere que en el trabajo en grupo se evidenció que los participantes, sobre todo mujeres, no entendieron las preguntas que les formularon. Ante ello, plantea mejorar la metodología, garantizar la participación de especialistas en procesos de generación de aprendizajes y de «un especialista que les ayude a la comprensión de los aspectos ambientales y sociales de la actividad de exploración minera y la relación de estos impactos con los derechos de la comunidad».
- «Información insuficiente sobre los posibles impactos». Indica que el Minem pone énfasis, en su exposición, en que el impacto es mínimo, sin explicar sus implicancias. Pone como ejemplo el siguiente extracto de una exposición:

(...) la actividad de exploración es pequeña la que se va a hacer en estos momentos en Parobamba, es una actividad muy pequeña, muy acotada a un espacio de terreno también muy pequeño y que los impactos que van a generar esa actividad de exploración no van a ser significativos (...).

- «Falta de precisión de la ubicación de los componentes del proyecto de exploración». Indica que no se cuenta con un plano que permita «mostrar a los participantes el espacio físico que ocupará el proyecto y si este afectará lugares considerados de importancia para el pueblo indígena».
- «Falta de respuestas para preguntas relevantes». Indica que el Minem no dio respuestas a las preguntas planteadas por los participantes del taller informativo, ni brindó información complementaria como lo exige la ley. Señala, además, que la Defensoría del Pueblo recomendó al Minem que respondiera a las interrogantes, pero no lo hizo.
- «Falta de imparcialidad del facilitador». Indica que el facilitador de la consulta a la comunidad Parobamba «desarrolló un labor carente de rol neutral», que resaltó los beneficios y el poco perjuicio que la actividad produciría en el pueblo indígena pese a que no se respondieron a las preguntas formuladas por los participantes.
- «Falta de traducción del quechua al castellano». Señala que el intérprete acreditado no pudo desarrollar adecuadamente su labor, porque los funcionarios del Minem no le autorizaron la traducción de las intervenciones del quechua al español.

Esto es sumamente grave, porque demuestra el poco interés de funcionarios de la entidad promotora de entender lo que opinan los miembros de la comunidad indígena para poder luego dialogar con ellos. Adicionalmente, señaló:

- «Falta de mecanismos para evaluar la calidad del diálogo intercultural». La Defensoría del Pueblo advierte la necesidad de contar con un efectivo mecanismo para evaluar el nivel de comprensión de los participantes, que permita determinar si ellos requieren de mayor información y que sea incluido en el plan de consulta previa.
- «Insuficiente cooperación y coordinación entre el Mincul y el Minem». Señala que es necesario que el Mincul adopte «medidas orientadas a que el Minem mejore sus desempeño» y que el Minem muestre «diligencia para cumplir con los lineamientos que establezca el Mincul». Resalta, además, que durante el taller informativo, el Minem no facilitó la intervención de cuatro funcionarios del Mincul.

Esto último es también preocupante si consideramos que el Mincul es la entidad que, en particular, debe impulsar la implementación de la consulta previa, y como tal, debe mejorar continuamente los procedimientos y metodología para que el derecho a la consulta previa, libre e informada, sea realmente ejercido.

Finalmente, es importante señalar que las preocupaciones de la Defensoría del Pueblo están principalmente orientadas a que haya más información sobre la actividad minera, a que la forma de transmitirla sea mucho más comprensible, por lo que todo lo señalado es relevante. Sin embargo, no se advierte que la información sobre la actividad minera no guarda correspondencia con la información necesaria para la adopción de la medida elegida, lo que, por cierto, necesita únicamente que se acredite el cumplimiento de una serie de requisitos. Además, a partir de ello, se produce una distorsión en el proceso, se abre un debate de propuestas que no van a poder ser incorporadas a la medida, y esto se puede constatar en la parte decisoria de la resolución que emite. En esta, no se incluyen los acuerdos adoptados.

3.4.6. La evaluación interna

En el artículo 19, incisos 1 y 3 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, se señala que en la evaluación interna, las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas y sus representantes deben «realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas»; para concluir, deben alcanzar de manera verbal o escrita su acuerdo con la medida o su propuesta acerca de lo que es materia de consulta.

En las doce consultas concluidas, las actas de la evaluación interna contienen las propuestas que se presentan en el cuadro siguiente:

Acuerdos incluidos en las actas de consultas concluidas en minería

	Aurora Comunidad Parabamba	Toropunta Comunidad de Santa Rosa de Quikakeyen	Misha Comunidad de Cotarusi	La Merced Comunidades Quilla Ayllu y Lactun-Ajla	Apumayo Explotación Comunidad de Para y Chaviña	Apumayo Explotación Comunidades de Para y Sarcos	Corepunta Comunidades Huayon y Llacllin	Guadalupe Comunidad Parañin	Puñipata Comunidad Saurcay	Anama Comunidad Huayirca	Partera Comunidad Cajamarca	Capillas ¹⁸ Central Comunidad de Cochapampa Capillas
Propuesta de acuerdos	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Estar de acuerdo con la medida administrativa.	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Se respete el medio ambiente y los derechos colectivos.	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Que la empresa cumpla con sus compromisos ambientales y sociales (estudio ambiental).	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Que el Estado cumpla con fiscalizar y controlar (supervisar) las actividades de la empresa.	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Que la comunidad esté informada permanentemente sobre las actividades del proyecto.	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1

18 Si bien en la página web este caso aparece como en proceso, al estar la comunidad de acuerdo con la actividad sin plantear ninguna propuesta para la discusión, la etapa de diálogo se hace innecesaria, por lo que la consulta habría prácticamente terminado.

Propuesta de acuerdos	Aurora Comunidad Parobamba	Toropunto Comunidad de Santa Rosa de Quikakeyen	Misha Comunidad de Cotarusi	La Merced Comunidades Qúilla Ayllu y Lactun-Alla	Apumayo Explotación Comunidad de Para y Chaviña	Apumayo Explotación Comunidades de Para y Sancos	Corcaputa Comunidades Huayon y Lactin	Guadalupe Comunidad Parain	Puquiopta Comunidad Saurcay	Anama Comunidad Huerica	Partera Comunidad Cajamarca	Capillas ¹⁸ Central Comunidad de Cochapampa Capillas
Visitas guiadas.			1	1								
Cerrar las actividades que realicen sin dejar residuos.			1									
Que la minera apoye con capacitar a los comuneros para el monitoreo.			1	1								
Que la empresa brinde trabajo a los miembros de la comunidad.			1	1								
Que se cumpla con los acuerdos establecidos con la comunidad.						1						
Que ante incumplimientos, el OEFA y el Osinerning sancionen.						1						
Que se respeten los territorios.						1						
Se acuerda que se tomó el acta de evaluación interna como acta de la consulta.	1	1	1	1		1	1		1			1

Fuente: planes de consulta publicados en la páginas web del Minem y/o Mincul. Elaboración propia.

Se debe precisar que en la consulta del proyecto de exploración Corcopunta, la que involucra a las comunidades Huacyon y Llacllín, solo participó en la evaluación interna la comunidad de Huacyon. Como la comunidad se habría manifestado de acuerdo con la medida y en sus propuestas no tenía discrepancias con el Minem, se dio por concluido el proceso de consulta, tal como lo permite el artículo 19, inciso 4, del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, el cual señala:

En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas señalen que se encuentran de acuerdo con la medida, concluye el proceso de consulta. La autoridad toma el documento indicado en el numeral anterior, en que se señala el acuerdo, como Acta de Consulta. En caso de que los o las representantes de las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas presenten modificaciones, aportes o propuestas, tales servirán para iniciar la etapa de diálogo propiamente dicha.

Respecto a la comunidad de Llacllín, no se llevó a cabo la etapa de evaluación interna. Esta comunidad solo participó en la reunión preparatoria (tres personas) y en el taller informativo.

En cuanto a la consulta del proyecto de exploración de Apumayo, que involucra a las comunidades de Para y Chaviña, la primera se inhibió de participar en la consulta por no considerarse pueblo indígena u originario, y la segunda (Chaviña) expresó su desacuerdo con la actividad minera en la evaluación interna por las siguientes razones:

- Haber sufrido el 10 de marzo de 2015 el desborde e inundación del pueblo de Chaviña debido a la acumulación de desechos en la parte alta (cabera de cuenca del río Calicanto), tal como consta en la Resolución 057-PCM y en el acta suscrita ente la comunidad y la empresa minera con presencia de un representante de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), documentos en los que la empresa reconoce que el desborde ha sido originado por el deslizamiento de su botadero.
- El incumplimiento de los convenios firmados entre la empresa y la comunidad, como la construcción de la represa Pacarapamba y el canal Ollinta, entre otros.
- Por la actividad que se realiza dentro del distrito de Chaviña (existencia de dos tajos), «ha sufrido la disminución del recurso hídrico (agua) en los ojos de los manantiales de Ccollpa, Auquiyato y otros».

- La contaminación del agua y pastos naturales, teniendo como consecuencia la muerte de animales que pastan en dichos sectores.
- La ampliación del proyecto minero Ayahuanca se encuentra dentro del corral de vicuñas de la comunidad de Para y Chaviña, lo que pone en peligro su supervivencia y la de plantas nativas y medicinales, que son patrimonio del pueblo y la nación.
- La contaminación que puede producir la minería en el agua, suelo y aire puede afectar sus actividades principales: agricultura y ganadería.
- «La Comunidad campesina de Chaviña se encuentra en un proceso judicial con la comunidad campesina de Para por delimitación de sus tierras en el sector donde se realizará la actividad minera por lo que no puede se puede conceder la autorización para exploración y explotación en el lugar denominado Ayahuanca y otros (...)».

En el caso del proyecto de explotación Apumayo, el informe final de consulta señala que la comunidad de Para se inhibió de participar; Chaviña no es mencionada, pero apareció una nueva comunidad, Sancos, que en el acta de evaluación interna manifestó estar de acuerdo con la medida administrativa.

Lo irregular de las evaluaciones internas del proyecto de exploración y del proyecto de explotación Apumayo es que no hay orden lógico en las fechas de su realización. La primera, en la que participa la comunidad de Chaviña, se efectúa el 25 de setiembre de 2016; la segunda, en la que solo participa la comunidad de Sancos, se realiza el 24 de setiembre de 2016. Considerando que las actividades de exploración son anteriores a las actividades de explotación, se supone que las consultas, en ambos casos, debían seguir la misma secuencia. Tampoco se entiende por qué Chaviña, estando en la consulta para la exploración, no es incluida en la consulta para explotación, y por qué Sancos, que es consultada en la explotación, no fue incluida en la consulta de exploración.

Sobre las propuestas realizadas por las comunidades en la evaluación interna, casi todas son genéricas y constituyen obligaciones establecidas en la ley para las empresas y el Estado (respetar el medio ambiente, el territorio y los derechos colectivos; cumplir con los compromisos ambientales y sociales; controlar, supervisar y fiscalizar las actividades; sancionar el incumplimiento de obligaciones; cerrar las actividades; brindar información a los afectados;

cumplir los acuerdos). Otras son compromisos de las empresas que suelen estar contenidos en los IGA (brindar trabajo, visitas guiadas, capacitar para el monitoreo participativo). Es decir, estos resultados dan cuenta de que la consulta previa ha sido reducida a una mera formalidad, pero también expresan el desconocimiento de los pueblos indígenas acerca de las funciones del Estado, de las obligaciones de las empresas y de sus propios derechos.

Cabe precisar que en el caso de la comunidad de Cochapampa-Capillas, no hay un acta de evaluación interna. Existe una acta de asamblea comunal que solo menciona que están de acuerdo con la actividad de inicio de exploración y explotación. Al no haber propuesta para la discusión, tampoco existe proceso de diálogo; además, está el agravante de que la asamblea se realiza el mismo día que el taller informativo. En otras palabras, dos etapas importantes se programan para ser realizadas en un día; además, la etapa de diálogo no se realiza, porque al no haber propuestas de acuerdo, no hay nada sobre lo que dialogar.

Creemos que la consulta previa en minería, tal como ha sido diseñada, conduce inexorablemente a este resultado. La comunidad que participa en el proceso debe analizar una información que no corresponde a la medida consultada y es genérica, sobre impactos. Si la información para el análisis es genérica, los comentarios y propuestas que de ella se deriven también lo serán, o es muy probable que lo sean.

La Defensoría del Pueblo se pronuncia sobre los acuerdos de la consulta, señalando:

Señor Ministro, debido al inadecuado momento en el que se han realizado las consultas previas, hemos observado además que los acuerdos logrados con los pueblos indígenas versan sobre obligaciones y competencias funcionales de las entidades del Estado como son supervisar, trasladar quejas o alcanzar copia de documentos y no —como la normatividad exige— sobre las acciones concretas para prevenir afectaciones de los derechos de los pueblos indígenas¹⁹.

19 Oficio N° 0504-2016/DP del defensor del Pueblo al ministro Gonzalo Tamayo Flores, recibido el 15 de agosto de 2016, e Informe N° 0003-2016-DP/AMASPP-PP.

3.4.7. Etapa de diálogo intercultural

Según el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, el diálogo intercultural se realiza sobre aquellos aspectos en los que se presentan diferencias entre la propuesta de la entidad promotora y las presentadas por el o los pueblos indígenas.

En ocho consultas realizadas, no habría puntos de discrepancia y, por eso, las actas de evaluación interna son tomadas como actas de consulta, las cuales ponen fin a la etapa de diálogo. A ello, se suma una consulta que registra la aceptación de la actividad sin que hayan propuestas de acuerdos por parte de la comunidad y, por lo tanto, tampoco se realiza la etapa de diálogo. En el caso de la consulta de la exploración La Merced, si bien no hay discrepancias respecto a las propuestas, se pasa a la etapa de diálogo, en la cual se llega a los siguientes acuerdos:

- Todos los reclamos, quejas y denuncias que reciba el Minem serán trasladados al Mincul y a la Defensoría del Pueblo para su conocimiento y acciones correspondientes.
- El Minem alcanzará una copia digital e impresa de la DIA a la comunidad.
- En caso de existir quejas, el Minem las trasladará al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).
- El Minem entregará en versión digital e impresa el CIRA.

Como se observa, se establece como acuerdo la entrega a la comunidad de información que el Minem debió haberle hecho llegar antes. Además, se compromete a las entidades del Estado que participan en la consulta a compartir información o a que el Minem traslade al OEFA denuncias que le reporten: ambos acuerdos suponen acciones que el Estado debería hacer para garantizar derechos, pues constituyen obligaciones del Estado.

Respecto al proyecto de exploración Apumayo, la comunidad de Chaviña hace saber en su acta de evaluación interna su desacuerdo con la medida, por las razones ya mencionadas. En la etapa de diálogo, se realizan dos reuniones, pero no se llega a acuerdos. El Minem, ante ello, concluye lo siguiente:

- Que los derechos de Chaviña y Para no serán afectados.
- Que los impactos ambientales vinculados al área de influencia del proyecto que pertenece a Chaviña no son significativos y que solo se encuentran vinculados a la emisión temporal y de baja escala de ruido.

- Que el proceso de consulta se ha realizado respetando, reconociendo y valorando las expresiones culturales de ambas comunidades.
- Que la DGA deberá remitir un oficio al OEFA, al Instituto Nacional de Defensa Civil (Indeci) y a otras entidades competentes, y que considere pertinentes, el acta de consulta previa de fecha 25 de octubre de 2016, debiendo a su vez mantener informada a la comunidad campesina de Chaviña de las acciones realizadas. De esta manera, el Minem da por concluida la etapa de diálogo.

Para el proyecto de exploración de Guadalupe, la comunidad de Pararín expresó su desacuerdo con la medida administrativa en el acta de evaluación interna. Con este desacuerdo, se llegó a la etapa de diálogo. Previo al diálogo con el Estado, se programó una reunión de capacitación en la cual se expuso sobre la consulta y la etapa de diálogo en particular, los componentes del proyecto y, según refiere la matriz de diálogo intercultural, se recogieron las siguientes inquietudes: plan de desarrollo, plan de cierre, aprobación de estudio ambiental, beneficios de la comunidad, límites territoriales.

Estas inquietudes fueron abordadas en una siguiente reunión en la que el Minem dejó en claro que el plan de desarrollo no es un tema vinculado a la medida consultada; informó sobre el cierre progresivo de las actividades de exploración; señaló que el proyecto contaba con una DIA aprobada, que los beneficios del proyecto son compromisos sociales que están en el estudio ambiental y que, como Minem, no tiene competencias en el tema de límites territoriales.

En esta reunión, se llegó a los siguientes acuerdos:

- El Minem debe trasladar a la PCM, en un plazo no mayor de tres meses, la preocupación y propuesta de la comunidad para trabajar con ella el plan de desarrollo comunal y definir proyectos que se pueden apoyar. El Minem, además, debe alcanzar a la comunidad copia del documento que indique que el trámite se ha realizado.
- El Minem se compromete a enviar a la comunidad una copia del informe del cierre final de actividades y una copia de la constancia existente de la aprobación automática de la DIA, y trasladar a la PCM y al Congreso de la República el pedido de la comunidad de definición de límites territoriales.

Como se observa, en los acuerdos, no hay nada significativo para la comunidad: no hay nada sobre acciones concretas que permitan prevenir

las afectaciones que puede producir el proyecto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Ante la falta de sustancia de la medida consultada y de los temas que se debaten en la consulta, las comunidades suelen presentar otras demandas, sobre las cuales es difícil tomar decisiones, porque al no estar vinculadas a las medidas, las autoridades competentes para ello no están presentes. En tal situación, lo que hace la autoridad promotora de la consulta es comprometerse a trasladar las demandas a quien corresponda. Existe un debate de si en la consulta se debe abordar la agenda histórica de los pueblos indígenas además de la medida consultada. Como se ha señalado, somos de la opinión, que hacerlo acarrea ciertos riesgos.

3.4.8. Etapa de decisión

El artículo 23 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa señala que la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora, la cual debe estar debidamente motivada. Ello implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por el o los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias directas que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados ratificados por el Estado peruano.

En la página web del Minem, solo se proporciona información sobre la etapa de decisión en tres casos (proyectos de exploración minera Aurora, Toropunto y Mishal); en tres de ellos, se publica la resolución directoral aprobada, el informe técnico que la sustenta y el informe final de consulta previa; en cuatro, se adjunta el informe final de consulta previa (Apumayo exploración, Apumayo explotación, La Merced, Guadalupe, Pantería); y en los cuatro restantes, se registra como última etapa el diálogo, pero no se adjunta el informe final.

En los tres casos con informe técnico y resolución, se señala que los requisitos se han cumplido, y con ello, la realización de la consulta previa. Se informa acerca del proceso seguido en la consulta y de los acuerdos alcanzados, y se trasladan esos acuerdos a las entidades correspondientes para su implementación.

Perú: análisis de tiempos programadas e implementadas en actividades de consultas previas en minería, 2015-2017

PROYECTO MINERO	ETAPAS										TOTAL	
	Reunión Preparatoria		Publicidad		Información		Evaluación Interna		Diálogo		Programado	Implementado
	Programado	Implementado	Programado	Implementado	Programado	Implementado	Programado	Implementado	Programado	Implementado		
Aurora	04/09/2015	04/09/2015	5-7/10/15	04-07/09/2015	08/09/15 al 7/10/15	04/10/2015	08-18/10/15	11/10/2015	23-25/10/15	---	46	4
Toropunto	20/09/2015	20/09/2015	20-22/09/2015	20-22/09/2015	18/10/2015	18/10/2015	26/10/2015	24/10/2015	30-31/10/15	---	5	3
Misha	26/11/2015	26/11/2015	27/11/2015	26-27/11/2015	27/12/2015	27/12/2015	28/12/2015	30/12/2015	08/01/2016	---	4	3
La Merced	10-11/05/16	10-11/05/16	11-12/05/16	11-12/05/2016	11-12/06/2016	11-12/06/2016	11-12/06/2016	11-12/06/2016	14/06/2016	14/06/2016	3	3
Apumayo Exploración	17-18/08/16	17-18/08/16	17-18/08/16	16/08/16 al 24/09/16	18/-22/09/2016	24/09/2016	18-25/09/2016	25/09/2016	28-29/09/2016	29/09/16 y 25/10/2016	9	6
Apumayo Explotación	16-18/08/2016	16 y 18/08/2016	16-18/08/16	16/08/2016	18-24/09/2016	24/09/2016	18-24/09/2016	24/09/2016	27-28/09/2016	---	5	5
Concapunta	21/08/2016	21/08/2016	21/08/2016	21/08/2016	30/08/16 al 25/09/16	24-25/09/2016	24-25/09/2016	25/09/2016	30/09/2016	30/09/16 (sin asistencia de la comunidad)	29	3
Guadalupe	25/10/2016	25/10/2016	25-26/10/2016	25-26/10/2016	27/11/2016	27/11/2016	17/12/2016	16/12/2016	15/01/2017	29/01/2017	5	4
Puquipata	24/10/16	27/10/2016	24/10/16	28/10/2016	19/12/16	19/12/2016	20/12/2016	20/12/2016	15/01/2017	---	4	3
Anama	22/08/2016	22/08/2016	28/08/16	28/08/16	26/09/2016	---	26/09/2016	---	20/10/16	---	3	3
Pantera	10/05/17	10/05/17	10/05/17	10/05/17 - 12/05/17	10/05/17 al 10/06/17	10/06/17	10/06/17	10/06/17	11/10/17	---		
Capilla Central	27/08/17	27/08/17	27/08/17	27/08/17	27/08/17 al 27/09/17	01/10/17	08/10/17	01/10/17	15/10/17	---		

Fuente: planes de consulta, actas e informes finales publicados en las páginas web del Mincul y del Mincul. Elaboración propia.

El Reglamento de Consulta establece que el plazo máximo de la consulta es de 120 días. Lo que se aprecia en el cuadro anterior es que en la mayoría de casos se programó entre 49 y 90 días, y mayor cantidad de días transcurrió entre la etapa de publicidad y la de información (un mes o más). En la ejecución, las fechas de reunión preparatoria, de publicidad e información fueron respetadas. Los cambios de fecha se produjeron en las etapas siguientes. Al respecto, llama la atención que en varios casos se programó la realización de etapa de evaluación interna el mismo día o en fechas consecutivas o muy próximas a las fechas de la etapa de información. Solo en dos casos se programó la etapa de evaluación interna después de 20 y 22 días, respectivamente, de la etapa de información. Es decir, formalmente, el tiempo otorgado a las comunidades para que evalúen la medida y sus impactos, y hagan sus propuestas, es muy poco, pues las fechas programadas para la evaluación interna y el diálogo son muy próximas. Sin embargo, en la mayoría de casos, la etapa del diálogo no se realiza. Hay fechas consignadas en cuatro, pero solo tres tuvieron diálogo, y en una, los representantes de la comunidad no se presentaron. No todas las consultas tienen la medida aprobada publicada, solo en tres casos obran en los archivos publicados.

IV.

¿QUÉ CONSULTAR EN MINERÍA?

La respuesta debería estar determinada por la relevancia de la decisión en el ciclo del proyecto, la significancia de los efectos jurídicos directos en los derechos de los pueblos indígenas, el tipo de procedimiento de aprobación (si hay un proceso real de toma de decisiones) y, finalmente, si en este se ventila información relevante que vaya a ser valorada. De las medidas identificadas, las más relevantes serían:

- La concesión minera
- La aprobación de la DIA o del EIA semidetallado para las actividades de exploración
- La aprobación de la DIA o del EIA semidetallado o detallado para actividades de explotación, beneficio minero, almacenamiento, labor general, transporte y otras relacionadas
- El plan de minado
- El plan de cierre de minas y el plan de cierre de pasivos ambientales
- La aprobación de la actualización del EIA
- La aprobación del EIA integrado

No todos estos actos administrativos son emitidos por el Minem. La aprobación del EIA detallado y de su actualización, así como del EIA integrado, se encuentra en el ámbito decisorio del Senace.

A continuación, se evalúa si todos los actos administrativos cumplen con los criterios señalados.

4.1. LA CONCESIÓN MINERA

La concesión minera tiene efectos jurídicos inmediatos, los cuales están detallados en los artículos 9, 10, 37 y 38 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 04-93-EM,

aunque muchos de los derechos que genera son expectaticios. Aun así, el otorgamiento de la concesión excluye la posibilidad de que otros puedan tenerla; entre esos otros, están las comunidades campesinas y nativas. Pero, además, el titular de las concesiones puede transferirlas y obtener así un beneficio económico. Esto, muchas veces, obliga a comunidades, generalmente campesinas, que quieren realizar actividades de minería artesanal en su territorio a llegar a un acuerdo con el titular de la concesión minera.

Adicionalmente, la sola existencia de las concesiones limita la creación de reservas comunales y de áreas de conservación privada, instrumentos que permiten proteger y gestionar el territorio de comunidades indígenas que tienen riqueza biológica y cultural. Las normas sectoriales dadas por el Poder Ejecutivo exigen que para la creación de esos espacios se cuente con la autorización del titular de los derechos mineros preexistentes.

Otro efecto de esta medida se produce a nivel de los derechos a la tierra, el territorio y a optar por sus prioridades de desarrollo. La concesión minera, en la práctica, define el uso del territorio al no existir planificación territorial que previamente asigne usos. Además, el uso minero se suele imponer a otros usos como viene ocurriendo con áreas naturales protegidas.

Si bien la concesión minera cumple con el requisito de generar efectos jurídicos directos susceptibles de afectar derechos de pueblos indígenas y tiene relevancia en la práctica, su aprobación toma la forma de un procedimiento de aprobación automática. La solicitud podría considerarse aprobada desde su presentación; es decir, el Ingemmet no tiene márgenes de decisión para denegar el pedido si los requisitos están completos y de acuerdo a los requerimientos formulados en la ley; lo que hace el Ingemmet, fundamentalmente, es verificar que no existan incompatibilidades con otros derechos y prohibiciones o restricciones establecidas. Entonces, si solo verifica información y, de estar conforme, aprueba intervenir, hacer consulta para influir en esa decisión no tiene mucho sentido.

Al otorgamiento de la concesión minera se le da este tipo de procedimiento, porque en lo formal solo otorga derechos a particulares, no asigna usos sobre el territorio, tarea que sí requiere una evaluación previa que permita tomar decisiones. En el otorgamiento de la concesión, se parte de la idea de que el uso minero se encuentra previamente definido, y lo que en el territorio

no tiene una prohibición —o de estarlo, permite usos compatibles—, puede ser otorgado. Por lo tanto, el procedimiento solo exige una solicitud según formato, declaración jurada de compromiso previo, recibos de pago del derecho de trámite y del derecho de vigencia, copia de DNI o de carné de extranjería y plano de ubicación referencial. No hay la necesidad de estudio alguno sobre el territorio, y en el procedimiento, solo se ventila información sobre yuxtaposiciones de derechos de usos otorgados.

Consideramos que la propuesta no es convertir el otorgamiento de concesiones mineras en un procedimiento de evaluación previa para que otorgue usos en el territorio, porque ni el Ingemmet ni el Minem tienen competencias para ello, y no deberían tenerlas, porque su enfoque es sectorial. Ese tipo de decisiones les corresponde a los gobiernos locales y regionales, y al Sernanp, cuando se trata del ordenamiento ambiental. Por lo tanto, en las condiciones descritas, las concesiones mineras no son consultables.

4.2. APROBACIÓN DE ESTUDIOS AMBIENTALES Y OTROS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL

La aprobación de estudios ambientales produce efectos jurídicos directos en el titular del proyecto: define el área de influencia del proyecto y los puntos de monitoreo, puede modificar el diseño del proyecto y establece un conjunto de compromisos y obligaciones para el titular de la actividad minera con el fin de que los impactos sean eliminados, minimizados o compensados. Esos compromisos y obligaciones son exigibles, y su incumplimiento, sancionable. Todo lo mencionado es efecto jurídico directo de la aprobación de esos estudios ambientales, en cuya determinación, los pueblos indígenas deberían tener la posibilidad de influir para garantizar la protección de sus derechos colectivos.

La aprobación de dichos estudios es condición necesaria para la aprobación de autorizaciones de uso de agua y de vertimientos, para la aprobación del plan de minado o la autorización de la construcción de la planta de beneficio cuando se trata del EIA para actividades de explotación y otros.

La emisión de la medida la comparten la DGAAM y el Senace para la mediana y gran minería; por ello, dependiendo del tipo de estudio ambiental, la consulta la realizará una u otra institución.

La Sexta Disposición Final del Reglamento de la Ley de Consulta Previa señala que los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, indicados en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM (DIA, EIA detallado y semidetallado, y la evaluación ambiental estratégica o EAE), deben incluir información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión. Esto supone que si se incluyen esos impactos en su contenido, estos deben ser debatidos por los pueblos indígenas en el procedimiento de aprobación de dichos instrumentos. Ello abona a la idea de que la aprobación del EIA debe ser el acto administrativo consultado.

Adicionalmente, la DIA tiene un procedimiento de aprobación automática, por lo que no cumple con el criterio de ser aprobada por procedimiento de evaluación previa. Si el procedimiento de aprobación no tiene ese carácter, la DIA no debería ser consultada.

La Defensoría del Pueblo, a partir de su participación como observadora en procesos de consulta, en el Oficio N° 0504-2016/DP, de fecha 15 de agosto de 2016, dirigido al ministro Gonzalo Tamayo Flores, señala:

En atención a ello, la Defensoría del Pueblo considera que la consulta previa debe realizarse antes de que culmine el proceso de evaluación de impacto ambiental, permitiendo que el Estado y los pueblos indígenas puedan construir acuerdos adecuados sobre la gestión de los impactos ambientales y sociales que pueda causar el proyecto en los territorios indígenas así como las compensaciones colectivas y posibles beneficios que la actividad puede generar en la zona, entre otros.

En el Informe N° 0003-2016-DP/AMASPPI-PPI, *Sobre el proceso de consulta previa del proyecto de exploración minera La Merced*, de la Defensoría del Pueblo, se encuentran los dos párrafos que se citan a continuación:

En ese sentido, como hemos señalado en anteriores oportunidades, la consulta previa debería realizarse durante el proceso de evaluación de impacto ambiental. Así el pueblo indígena puede involucrarse y tener certeza que los aspectos de su especial interés o preocupación sean adecuadamente considerados.

De esta manera, los pueblo indígenas pueden participar activamente en la determinación de propuestas para el manejo de impactos ambientales y

sociales, las compensaciones, entre otros, permitiendo con ello que el Estado y los pueblos indígenas puedan construir acuerdos adecuados sobre sus derechos colectivos, que a la vez puedan ser implementados, por la empresa a cargo del proyecto.

En consecuencia, la Defensoría del Pueblo recomienda: «1. Desarrollar la consulta previa durante el proceso de evaluación de impacto ambiental a fin de que las propuestas de los pueblos indígenas puedan ser incorporadas en el proceso de toma de decisión del ente promotor»²⁰.

4.3. APROBACIÓN DE LA ACTUALIZACIÓN DEL EIA Y/O DEL EIA INTEGRADO

Estos dos actos administrativos no están incluidos en el TUPA del sector ni en el TUPA del Senace. Sin embargo, ambos instrumentos están contemplados en nuestra legislación.

La actualización del EIA debe realizarse después de cinco años de iniciada la ejecución del proyecto y la aprobación del EIA integrado debe hacerse cuando existen varias modificaciones del EIA. Ambos instrumentos deben ser sometidos a consulta previa, pues si esos actos administrativos acarrearán impactos en los derechos colectivos, la consulta previa podría ayudar a que se mitiguen, adoptándose las medidas correspondientes.

4.4. PLANES DE CIERRE DE MINAS Y DE PASIVOS AMBIENTALES

Al igual que los estudios ambientales, ambos planes establecen acciones técnicas y legales para el cierre de las operaciones con el fin de que el área perturbada o utilizada alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable, adecuado para el desarrollo biológico y la preservación paisajística.

Consideramos que es importante que la aprobación de estos planes tenga consulta previa, ya que si hay un mal cierre, la población que habita ese

20 Oficio N° 0504-2016/DP: del defensor del Pueblo al ministro Gonzalo Tamayo Flores, recibido el 15 de agosto de 2016, e Informe N° 0003-2016-DP/AMASPP-PPi.

territorio tendrá que cargar con las consecuencias de ello indefinidamente. Esto incluye a poblaciones indígenas.

La aprobación del plan de cierre produce efectos jurídicos directos, que son las acciones técnicas y legales que el titular de la actividad minera debe realizar. Si los impactos no están bien determinados, las acciones previstas para cerrar pueden ser insuficientes.

V.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

Los resultados de las experiencias de las consultas previas realizadas vienen produciendo insatisfacción en los pueblos indígenas y la baja de sus expectativas sobre la posibilidad de que garanticen la defensa de sus derechos.

- a) Es importante que no solo se consulte a los pueblos aquellas decisiones que les afectan, así como los programas de infraestructura de distinto tipo que se les provee con el objetivo de que se adecúen a su realidad y cultura, y realmente les sirva. Si bien esto puede ser más trabajoso para el Estado, a la larga, será más beneficioso para los pueblos indígenas.
- b) La consulta previa no está ayudando a cambiar las relaciones asimétricas de poder entre el Estado y los pueblos indígenas. Esto se aprecia con nitidez en las consultas sobre autorizaciones para proyectos de inversión, las cuales no permiten modificar las condiciones sobre las que se ejecutan dichos proyectos.
- c) Las medidas consultadas son definidas por el Estado sin la participación de los pueblos indígenas. Durante los seis años de vigencia de la Ley de Consulta Previa, solo se han consultado una política, dos reglamentos sectoriales y un plan. El grueso de las consultas está relacionado con los proyectos de inversión (veintisiete de las treinta y ocho), principalmente, con actividades extractivas. Los pueblos indígenas vienen utilizando el litigio estratégico para abrir la consulta sobre otras decisiones o medidas.
- d) En los actos consultables, no se han incluido las decisiones que, según el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), deberían contar con consentimiento.

- e) En hidrocarburos, el acto más relevante que se consulta es el decreto supremo que aprueba el contrato de exploración y explotación de un lote. Sin embargo, la relevancia de la consulta depende de si se discute el decreto supremo, que en sí mismo no tiene contenido, o si se abordan las cláusulas del contrato referidas a temas sociales y ambientales. Otra dificultad es que las cláusulas del contrato han sido aprobadas por el Directorio de Perupetro S. A. en momentos previos a la consulta, lo que cuestiona la posibilidad real de efectuar cambios. Las trece consultas realizadas en hidrocarburos han sido sobre el decreto supremo que aprueba el contrato. En la mayoría de estas, el contrato no fue tema de debate. En todos los casos, el debate fue conducido hacia los impactos generales de la actividad hidrocarburífera.
- f) Los actos administrativos consultados en minería son actos operativos que se ubican en la fase final de la cadena de decisiones de las etapas de un proyecto minero. Los efectos jurídicos directos de estos actos sobre los derechos de los pueblos indígenas no son identificados en la consulta, pues esta última centra la discusión en los impactos de la actividad cuando estos ya fueron determinados en decisiones previas, lo que impide cualquier modificación. Este problema podría entenderse como un acto de mala fe, pues en la consulta se discute lo que no se está decidiendo. Esta situación se produce porque el acto en sí (aprobación del inicio de operaciones) no tiene materia para la discusión.
- g) La identificación de los actos administrativos consultados en minería ha respondido a una interpretación errónea de lo que se entiende por efectos directos. Se ha confundido la necesidad de que el acto genere efectos jurídicos inmediatos con que el proyecto se ejecute inmediatamente. Esto ha llevado a que los estudios ambientales no sean consultados, pues luego de su aprobación, los titulares deben conseguir otros títulos habilitantes. La consulta centrada en decisiones operativas ha conducido a que se deje de lado la consulta de decisiones que requieren de consentimiento como los reasentamientos o el almacenamiento de materiales peligrosos en territorios de pueblos indígenas.
- h) En minería, la entidad emisora de la medida no es la que promueve la consulta, como lo indica la Ley de Consulta y su Reglamento. En las medidas consultadas en minería, la entidad que las emite es la DGM, pero la entidad promotora de la consulta es la DGAAM. Esto podría dificultar

la posibilidad de ponerse de acuerdo, pues la DGAAM no puede asumir compromisos por la DGM: hacerlo significaría invadir sus funciones. Consideramos que asegurar su presencia no es suficiente.

- i) Por la poca significancia de la medida consultada, las consultas terminan debatiendo la agenda histórica de los pueblos indígenas. Ello acarrea varios riesgos: que se termine desnaturalizando la consulta de una medida específica; que la consulta se convierta en una mesa de partes, ya que los actores que deben decidir no están obligados a estar presentes; y que la agenda se aborde ligera y superficialmente, porque esta se discute en un espacio diseñado para otro tipo de decisiones.
- j) Los pueblos indígenas no están impugnando decisiones por falta de consulta ni tampoco están realizando peticiones de consulta sobre ciertas medidas. Esto puede estar relacionado con su debilidad institucional, lo que dificulta el ejercicio de sus derechos.
- k) En la identificación de los pueblos indígenas, ha habido avances. Después de una larga espera, la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios se publicó. Asimismo, para la identificación de los pueblos indígenas, se pasó de un trabajo realizado por consultoras privadas a otro realizado por la DGAAM y, luego, por el Mincul, que es la entidad que promueve la implementación de la consulta previa.
- l) La Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios constituye un avance importante, pues visibiliza a los pueblos indígenas y ayuda a su inclusión en las políticas públicas. Sin embargo, todavía está incompleta. De las más de diez mil comunidades existentes, están registradas un poco más de cinco mil (un poco más de la mitad).
- m) En las reuniones preparatorias, no se realiza un ajuste de la metodología señalada en la plantilla de plan de consulta usada para todas las consultas. No hay un esfuerzo por adaptarla a las características del pueblo indígena consultado.
- n) En las consultas efectuadas, a pesar de que los plazos son cortos, esto no ha sido cuestionado, pues cuando se elaboró el cronograma, los participantes no sabían cuánto tiempo era necesario para cada etapa.

Después, al tener la medida poca relevancia y un cuadro de afectaciones, con dos afectaciones para actividades de exploración y con ninguna para actividades de explotación, el diálogo se agotó rápidamente y no era necesario realizar extensiones. Tan poco consistentes han sido estas reuniones que en los casos de las consultas de los proyectos de exploración La Mece y Corcapunta, el proyecto de explotación Apumayo y el de exploración y explotación Capillas Central, se efectuaron en un solo día las etapas informativa y de evaluación interna.

- o)** La información que el Minem brinda en la etapa informativa no corresponde a la información exigida en la ley para la aprobación de la medida, y que es la presentada por el solicitante para dar inicio al procedimiento de aprobación, que, por cierto, es una información irrelevante referida a la entrega de constancias, número de resoluciones aprobadas, etc. Esa información es la que la autoridad administrativa toma en cuenta para la emisión de su resolución aprobatoria.
- p)** El cuadro de las afectaciones de la actividad (que es escueto y general) es el punto de partida del análisis y debate de la consulta, no es parte de los documentos que se ventilan en el procedimiento administrativo y que la autoridad administrativa revisa, pues no tiene nada que ver con la decisión que debe tomar. Existe una matriz de impactos en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales de los proyectos, pero esta es específica y detallada. No queda claro, entonces, a qué decisión se insertan los acuerdos. Definitivamente, la consulta no puede reabrir el acto de aprobación de los estudios ambientales, pues se da en el marco de otro proceso administrativo que, además, ya se encuentra culminado. Esta situación no genera problemas prácticos, porque la discusión y los acuerdos son tan generales que no cambian ninguna decisión.
- q)** La información proporcionada en el taller informativo no es accesible para los pueblos indígenas. Se brinda información técnica en un formato estándar y occidental para comunidades que son de una cultura diferente, orales y ágrafas.
- r)** Las propuestas y acuerdos de la consulta son de poco contenido y se refieren principalmente a obligaciones funcionales de las entidades estatales y a obligaciones y compromisos de las empresas, establecidos en la ley y en los estudios ambientales aprobados.

- s) Los acuerdos de la consulta no suelen derivarse de las afectaciones que puede producir la actividad minera. En algunos casos, terminan canalizando las demandas históricas de los pueblos indígenas al Estado, abordadas de manera muy superficial.
- t) Solo en tres casos y para tres comunidades, se ha realizado la etapa de diálogo; en los nueve restantes, el proceso concluyó con la evaluación interna. En una de ellas, no había discrepancias, pero igual se realizó y se acordaron puntos ajenos a la medida consultada.
- u) En la página web del Minem, se publica solo en los tres primeros casos de consulta las resoluciones directorales aprobadas. En los considerandos de la resolución, se incluye la descripción de la consulta y de los acuerdos adoptados. En la parte resolutive —parte propiamente decisoria—, los acuerdos no se incluyen. Lo único que se dice es que se transcriba la resolución a entidades como el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), el OEFA, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil).
- v) En **2013**, se creó la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente para la aplicación del Derecho a la Consulta para dar seguimiento a la implementación de este derecho y mejorar políticas, normas, instrumentos y herramientas. Sin embargo, en julio de 2016, el gobierno redujo su objeto y funciones a solo el seguimiento de la implementación de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta.

5.2. RECOMENDACIONES

- a) A seis años de aprobación de la Ley de Consulta Previa, es necesario repensar su implementación para asegurar que permita a los pueblos indígenas garantizar sus derechos. La Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente para la aplicación del Derecho a la Consulta podría ser el espacio para hacerlo, pero necesita recuperar su objeto y funciones iniciales, y tener una composición que incluya a los pueblos indígenas.
- b) Las medidas consultables deberían ser determinadas por el Estado, en diálogo intercultural con los pueblos indígenas.

- c)** Para determinar los actos administrativos consultables sobre los proyectos mineros, habría que considerar:
- La relevancia del acto administrativo para la realización de la actividad minera, dentro del ciclo del proyecto.
 - Los actos administrativos con mayores efectos jurídicos directos o afectaciones a derechos colectivos de pueblos indígenas.
 - La aprobación del acto administrativo debe seguir un procedimiento de evaluación previa, que realmente implique un proceso de toma de decisiones.
 - El procedimiento de aprobación del acto administrativo debe contener información relevante que amerite una valoración.
- d)** Siguiendo los criterios propuestos, se sugiere consultar:
- La aprobación de la DIA o del EIA semidetallado para las actividades de exploración.
 - La aprobación de la DIA o del EIA semidetallado o detallado para actividades de explotación, beneficio minero, almacenamiento, labor general, transporte y otras relacionadas.
 - El plan de cierre de minas y el plan de cierre de pasivos ambientales.
 - La aprobación de la actualización del EIA.
 - La aprobación del EIA integrado.
- e)** La entidad emisora de la medida debe promover la consulta, porque es la que puede incorporar los acuerdos a las medidas.
- f)** La caracterización del pueblo indígena realizada en la etapa de su identificación debe ser considerada para ajustar la metodología que se utilizará en la consulta. La caracterización y los ajustes a la metodología deben ser incluidos en el plan de consulta.
- g)** La Base Oficial de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios debe ser completada, pues no solo es importante para la consulta previa, sino también para definir políticas del Estado.
- h)** Los pueblos indígenas deben impulsar el fortalecimiento de la institucionalidad indígena para la defensa de sus derechos.

- i) La metodología debe considerar que las comunidades campesinas y nativas son orales y concretas; por lo tanto, los medios usados para transmitir la información y explicar impactos deben responder a esas características. La Defensoría del Pueblo ha propuesto los usos de mapas, maquetas, audiovisuales y otros. Ayudaría que se implementara la *Guía metodológica para la facilitación de procesos de consulta previa*.
- j) La etapa informativa debe ayudar a superar las asimetrías entre los actores que participan en la consulta para que luego pueda producirse un diálogo de iguales. Por lo tanto, durante esta, se debe brindar información suficiente, comprensible y puesta en los códigos del pueblo indígena.
- k) Se debe pasar de proporcionar información general sobre la medida a información específica que responda al caso concreto. Para ello, se requiere que las medidas consultables cumplan con los criterios propuestos. Si la adopción de la medida no da márgenes de decisión a la autoridad administrativa, no habrá información relevante en el procedimiento. Si se quiere dialogar sobre impactos, la medida consultable es la aprobación del IGA que corresponda a la actividad minera según la etapa del ciclo del proyecto. En estos casos, la información sobre la que se debe dialogar es el propio estudio ambiental, tal como lo señala la Sexta Disposición Final del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.
- l) Como señala la Defensoría del Pueblo, se requiere de un mecanismo de evaluación que permita identificar los vacíos en la información y los problemas en la metodología para brindar información completa y mejorar su comprensión.
- m) Se debe garantizar que los plazos permitan a los pueblos indígenas la adquisición de la información necesaria y el análisis detallado de la medida y de los impactos en sus derechos colectivos.
- n) El facilitador debe ser profesional e imparcial, y debe asumir un enfoque intercultural y de género. Orientará su labor para que el debate se centre en la medida, sus impactos y la forma de contrarrestarlos, y evitará la dispersión. Ayudaría a ello la implementación de la *Guía metodológica para la facilitación de procesos de consulta previa*.
- o) La traducción del español al idioma indígena y viceversa debe ser permanente para facilitar un diálogo intercultural y garantizar que quienes no hablan el español puedan entender y expresarse.

- p) Se debe garantizar asesoría técnica para las etapas informativas, de evaluación interna y de diálogo: esto ayudará a evitar la dispersión y la formulación de propuestas.
- q) Se debe promover la elaboración de acuerdos precisos, detallados y que contribuyan a prevenir las afectaciones y garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas.
- r) El Viceministerio de Interculturalidad debería realizar un acompañamiento crítico de los procesos con la finalidad de plantear mejoras en los casos concretos y en los procedimientos generales.

BIBLIOGRAFÍA

- Gordillo, A. (1963). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 3: "El acto administrativo", Capítulo II, p. II-4, Buenos Aires.
- Soto Palacios, Á. (2013). "Consideraciones para la implementación del derecho a la consulta previa en el sector minero". Revista *Derecho y Sociedad*, N° 40. PUCP.
- Camborda Vejarano, R. (2013). "Informe de inventario y análisis de las medidas administrativas del Ministerio de Energía y Minas, sub sector minería y del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico – Ingemmet, que deben ser consultadas en el marco de la Ley 29785". CIES, febrero.
- Cooperación Alemana (2016). *La implementación del derecho a la consulta previa en el Perú*. Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.
- Sanborn, C.; Hurtado, V. y T. Ramírez (2016). "La consulta previa en el Perú: avances y retos". *6 Documento de Investigación*. Primera Edición. Lima: Universidad del Pacífico, setiembre.
- Ojo Público, "Los secretos mineros detrás de la lista de comunidades indígenas del Perú", <http://old.cies.org.pe/files/documents/GIZ/02-ENERGIA-Y-MINAS-INGEMMET.pdf>, consulta: 22 de julio de 2015.
- Oficio N° 0504-2016/DP, del defensor del Pueblo al ministro Gonzalo Tamayo Flores, recibido el 15 de agosto de 2016 e Informe N° 0003-2016-DP/AMASPPI-PPI.
- Informe N° 001-2016-DP/AMASPPI-PPI: *Evaluación de la Etapa Informativa del Proceso de Consulta Previa al proyecto de exploración minera Aurora*. Defensoría del Pueblo.
- Informe N° 0003-2016-DP/AMASPPI-PPI. *Sobre el proceso de consulta previa del proyecto de exploración minera La Merced*. Defensoría del Pueblo.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com

Página web: www.tareagrafica.com

TELÉF. 332-3229 FAX: 424-1582

JUNIO 2018 LIMA - PERÚ

