

Serie de Litigio Estratégico Ambiental e Indígena
Volumen 7



IDLADS

LA CONSULTA PREVIA EN LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL DE LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN EL PERÚ



Henry Oleff Carhuatocto Sandoval



Henry Oleff Carhuatocto Sandoval

Director Ejecutivo del Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible (IDLADS). Miembro de la Alianza Mundial de Derecho Ambiental (ELAW). Miembro del Fondo Socioambiental del Perú. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Magíster en Derecho Civil y Comercial, y Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, grados académicos obtenidos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Es catedrático de Derecho Ecológico y Medio Ambiente en la UNMSM (2011-2023) y Profesor en el Posgrado de Derecho de la UNMSM (2013 - 2023).

Serie de Litigio Estratégico Ambiental e Indígena
Volumen 7



IDLADS

LA CONSULTA PREVIA EN LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL DE LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN EL PERÚ

Henry Oleff Carhuatocto Sandoval

Editado por:



DERECHO
AMBIENTE Y
RECURSOS
NATURALES

LA CONSULTA PREVIA EN LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL DE LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN EL PERÚ

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL AMBIENTE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE - IDLADS PERÚ

Dirección: Av. Tingo María N.º 495, Breña, Lima, Perú

Correo electrónico: instituto@idladsperu.org.pe

Web: www.idladsperu.org.pe

AUTOR:

Henry Oleff Carhuatocto Sandoval

MIEMBROS DEL EQUIPO LEGAL DE IDLADS:

Lilyan Delgadillo Hinostraza

Amparo Córdova Berrocal

Pamela Bermudez Yllesca

CONSEJO CONSULTIVO DE IDLADS PERÚ:

Alberto Chirif Tirado, Ketty Marcelo López, Frederica Barclay Rey de Castro, Antolín Huáscar Flores, Jorge Pérez Rubio

IMAGEN DE PORTADA Y CONTRAPORTADA :

Fotografía de Mural de colectivo de artistas indígenas de Ucayali en el Colegio Nacional de Yarinacocha

EDITADO POR:

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)

Jr. Brigadier Pumacahua N.º 2249, Lince, Lima, Perú

Correo electrónico: dar@dar.org.pe

Página web: www.dar.org.pe

DISEÑADO E IMPRESO POR:

Sonimágenes del Perú S.C.R.L

Av. General Santa Cruz 653. Of. 102. Jesús María, Lima, Perú

Teléfono: (511) 277-3629/ (511) 726-9082

Correo electrónico: adm@sonimágenes.com

Página web: www.sonimágenes.com

Primera edición impresa: Diciembre 2023.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-12257, consta de 500 ejemplares.

ISBN: 978-9972-2760-9-5

Está permitido la reproducción parcial o total de esta publicación, su tratamiento informático, su transmisión por cualquier forma o medio, sea electrónico, mecánico, por fotocopia u otros; con la necesaria indicación de la fuente cuando sea usado en publicaciones o difusión por cualquier medio.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de Rainforest Foundation Norway (RFN). Su contenido es responsabilidad exclusiva de sus autores y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de Rainforest Foundation Norway (RFN).

Dirigido a:

Al Ministerio del Ambiente.
Al Servicio Nacional de Certificación Ambiental
para las Inversiones Sostenibles.
Al Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Al Viceministerio de Interculturalidad.
Al gremio empresarial.
Al Poder Judicial.
Al Congreso de la República.

Dedicado a:

A los que apoyaron y confiaron en IDLADS PERÚ.

A los pueblos indígenas amazónicos, andinos,
costeños y afrodescendientes.

*“Dicen que mi existencia está en peligro,
te convertiste en tu peor enemigo,
al día siguiente tu mente borraste.
Te pedí a gritos que puedas salvarme.
Lamentarás lo que hiciste,
manañam yachankichu,
hatun k'irihampita,
kanakushkanmi”.*

Renata Flores. Pachamama.

Índice

| | |
|--|-----------|
| Presentación | 7 |
| Introducción | 8 |
| 1. El derecho a la identidad étnica y su relación con el derecho de propiedad comunal | 12 |
| 1.1. El derecho de identidad étnica y cultural | 14 |
| 1.2. Constitución, multiculturalismo y realidad social | 20 |
| 1.3. El acogimiento del caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua | 24 |
| 1.4. El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas | 24 |
| 1.5. La garantía de las comunidades nativas y campesinas a la propiedad sobre la tierra | 25 |
| 1.6. Sobre la obligación del Estado de delimitar los territorios indígenas | 30 |
| 1.7. Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre territorio indígena | 31 |
| 2. El derecho a la consulta previa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional | 33 |
| 2.1. El rango constitucional del Convenio 169 de la OIT | 33 |
| 2.2. Vigencia del Convenio 169 de la OIT | 35 |
| 2.3. Sustento del derecho a la consulta previa | 39 |
| 2.4. El contenido de la consulta previa según el Tribunal Constitucional | 40 |
| 2.5. El derecho de consulta como diálogo intercultural | 42 |
| 2.6. Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas | 44 |
| 2.7. Elementos y características del derecho de consulta | 45 |
| 2.8. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta | 50 |
| 2.9. Etapas del proceso de consulta | 52 |
| 3. La consulta previa en la planeación e implementación de servicios públicos de infraestructura en el Perú | 54 |
| 3.1. El caso del proyecto Hidrovía Amazónica | 55 |
| 3.2. El caso de las leyes que promueven carreteras y su impacto en los derechos colectivos indígenas | 61 |
| 3.3. Proyecto de mejoramiento del camino vecinal, Zapotillo - Shambo de Porvenir (2020) | 63 |
| 3.4. Proyecto de creación del servicio de transitabilidad entre los centros poblados de Urakusa – Huampami (2020) | 67 |
| 3.5. Proyecto mejoramiento de la carretera Saramiriza – Borja (2018) | 68 |

| | |
|--|------------|
| 4. La consulta previa en la certificación ambiental en el sector de infraestructura | 77 |
| 4.1. Sobre la consulta previa y los Estudios de Impacto Ambiental según el MINAM | 80 |
| 4.2. Sobre la consulta previa de los estudios de impacto ambiental según el MINCUL | 93 |
| 4.3. Sobre la oportunidad de la consulta previa | 95 |
| 4.4. Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional recaída bajo el expediente N.º 01717-2014-PC/TC | 98 |
| 4.5. Conclusiones | 100 |
| | |
| 5. El procedimiento de certificación ambiental en el sector de infraestructura | 101 |
| 5.1. Disposiciones generales..... | 102 |
| 5.2. Finalidad de la certificación ambiental | 103 |
| 5.3. Responsabilidad ambiental de los titulares | 103 |
| 5.4. Autoridades competentes en certificación ambiental en el sector transporte | 104 |
| 5.5. Los lineamientos de política ambiental del Sector Transportes | 105 |
| 5.6. Instrumentos de gestión ambiental en el marco del SEIA | 106 |
| 5.7. De los proyectos de inversión, actividades y servicios del Sector Transporte no sujetos al SEIA | 107 |
| 5.8. Obligatoriedad de la certificación ambiental..... | 108 |
| 5.9. De las etapas del procedimiento de evaluación | 109 |
| 5.10. De los requisitos para el inicio del procedimiento de certificación ambiental | 111 |
| 5.11. Visita de campo al área del proyecto | 111 |
| 5.12. Del requerimiento de opinión técnica de otras autoridades..... | 112 |
| 5.13. Del control posterior de la certificación ambiental | 114 |
| 5.14. De las etapas, plazos y término del procedimiento de evaluación del EIA-sd y EIA-d | 114 |
| 5.15. Evaluación del estudio ambiental y la elaboración del Informe Técnico | 116 |
| 5.16. Facultad de la autoridad durante la evaluación de los estudios ambientales | 118 |
| 5.17. Levantamiento de las observaciones..... | 119 |
| 5.18. Requerimiento de información complementaria..... | 122 |
| 5.19. Del contenido del Informe Técnico Final de Evaluación | 123 |
| 5.20. De la resolución de aprobación o desaprobación del estudio ambiental | 125 |
| 5.21. Procedimiento de modificación del EIA-sd y EIA-d | 127 |
| 5.22. Inicio de obras previstas en la certificación ambiental..... | 128 |
| 5.23. Vigencia de la Certificación Ambiental | 129 |
| 5.24. Actualización del Estudio Ambiental..... | 129 |
| 5.25. Informe Técnico Sustentatorio..... | 132 |
| 5.26. Certificación ambiental fraccionada de proyectos viales | 133 |
| 5.27. Integración de instrumentos de gestión ambiental..... | 134 |
| 5.28. Línea base y modificación y/o ampliación de proyectos..... | 135 |

| | |
|--|------------|
| 6. La coparticipación de la riqueza: La indemnización como beneficio compartido | 137 |
| Conclusiones | 141 |
| Bibliografía | 146 |

Presentación

Diferentes proyectos normativos impulsados desde el Legislativo vienen poniendo en tela de juicio qué considera el Estado prioritario para el bien común de los peruanos. Dos recientes proyectos de declaratoria de necesidad pública de proyectos viales (PL N° 3578/2022-CR y N° 4218/2022-CR) –uno de ellos ya convertido en la Ley N° 31938¹–, que concentran un total de 27 proyectos viales, siete de ellos ubicados en la Amazonía, vienen tomando cuerpo en el Congreso de la República a la fecha de publicación del presente libro, dando cuenta del interés del Estado de intensificar la construcción de vías.

No obstante, el impulso que se otorga a los proyectos de infraestructura vial no viene acompañado de medidas que aseguren el mantenimiento del valor y servicios que brindan los bosques y las áreas naturales protegidas, así como el respeto a los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos, la consulta previa. Ello a pesar de que en el 2022 entró en vigencia en el Perú la Sentencia A.P. N° 29126-2018, que reafirma la aplicación del derecho a la consulta previa en servicios públicos (carreteras, hidrovías, líneas de transmisión, entre otros), categoría en la que se encuentran incluida la planificación y construcción de infraestructura vial.

Fortalecer el derecho a la consulta previa es parte del camino hacia territorios indígenas más seguros y protegidos frente a actividades ilegales e impactos socioambientales. En ese marco y tal como lo desarrolla la presente publicación, cuando un proyecto de inversión afecta los derechos colectivos de los pueblos indígenas, corresponde aplicar la consulta previa en diversos momentos de su ciclo de vida, incluyendo el de la aprobación de los estudios de impacto ambiental.

Desde Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), creemos que la consulta previa –desarrollada adecuadamente y con cumplimiento de acuerdos– brinda la oportunidad de que el Estado y los pueblos indígenas puedan concertar medidas para el adecuado resguardo de derechos indígenas, en salvaguarda de la vida, salud y ambiente.

Vanessa Cueto La Rosa
Derecho, Ambiente y Recursos Naturales

1 Ley que declara de Necesidad Pública la construcción y el mejoramiento de diversas vías de comunicación en el país.

Introducción

El 20 de enero de 2022, el Tribunal Constitucional mediante Pleno Sentencia 27/2022 resolvió el Expediente N.º 03066-2019-PA/TC, donde las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucará interponen demanda de amparo en contra del Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM), solicitando la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa Cemento Sur S.A. por ocupar más del 50% de cada una de las comunidades demandantes, no haber respetado el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal, la libre determinación de los pueblos y a la identidad cultural y religiosa. En debatible fallo, los magistrados Ferrero Costa, Sardón de Taboada y Blume Fortini sostuvieron que el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución, ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, porque no es un derecho fundamental². En todo caso, dijeron, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal dimensión y menos que tenga rango constitucional³.

Hace poco en la audiencia de segunda instancia de la acción de amparo de la consulta previa de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), el abogado de la empresa concesionaria COHIDRO, recordó este fallo para desconocer la consulta previa de 14 pueblos indígenas ante la vista y paciencia de un colegiado judicial que no hizo preguntas y la sonrisa complice de una Procuraduría del Estado que más parece preocupada en promover las inversiones sin mayores resguardos socioambientales para el respeto de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Lo cierto es que la sentencia del Tribunal Constitucional desconoce el derecho de consulta previa y la considera no vinculante por no haber obtenido la condición de precedente y solo circunscribe sus efectos al caso en concreto.

Haciendo memoria, basta con recordar que el 9 de febrero de 2009, mediante Sentencia N.º 03343-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional acogió los reclamos de los pueblos indígenas sobre el respeto de la consulta previa, al advertir que nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetros de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N.º 0047-2004-AIITC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio 169-OIT mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales.

La jurisprudencia constitucional se ha venido pronunciando durante 12 años a favor de la condición de derecho constitucional de la consulta previa, no solo en el Tribunal Constitucional, sino también a nivel de la Corte Suprema, quien en la Acción Popular N.º 29126-2018-Lima ha dicho que *“Es obligatoria, cada vez que se prevean medidas*

2 Fundamento 3 del Pleno Sentencia 27/2022 (Expediente N.º 03066-2019-PA/TC).

3 Fundamento 4 del Pleno Sentencia 27/2022 (Expediente N.º 03066-2019-PA/TC).

legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, debe realizarse mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas; con la finalidad de obtener un acuerdo, consenso, y en casos específicos obtener el consentimiento; la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que en algunos casos la consulta previa no es suficiente, además se requiere la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos en toda decisión que les pueda afectar, modificar, perjudicar los derechos de propiedad indígenas⁴.

Imagen 1. Comunicado del MINCUL sobre la sentencia del Tribunal Constitucional (expediente N.º 03066-2019-PA/TC)



Fuente: Ministerio de Cultura.

Queremos destacar que el 7 de marzo de 2022 como en pocas ocasiones, el Ministerio de Cultura expresó su preocupación por el desconocimiento del derecho a la consulta previa, específicamente por la expedición de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 03066-2019-PA/TC y la ha considerado un retroceso en la protección y la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. A través de un Comunicado, anota acertadamente que la sentencia no constituye un precedente vinculante y que se compromete a impulsar la garantía de la implementación del derecho a la consulta previa. Posteriormente, el 6 de abril de 2022, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también manifestó su preocupación por la referida sentencia del Tribunal

4 Fundamento 134 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del caso del Pueblo Saramaka versus Surinam, de fecha 28 de noviembre del 2007.

Constitucional de Perú que declara que el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa no es un derecho fundamental⁵.

Imagen 2. Post de CIDH ante Sentencia del TC



Fuente: Twitter del 06 de abril de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo a lo señalado, el objetivo de la presente publicación es difundir el rango constitucional del derecho a la consulta previa, partiendo del contenido del derecho a la identidad étnica y cultural y su relación con el derecho de propiedad, para luego abordar el derecho a la consulta previa. Posteriormente, abordaremos la consulta previa en la infraestructura de servicios públicos; así como la consulta previa en la certificación ambiental del sector de infraestructura. La importancia de este trabajo radica en que actualmente existe una resistencia de diferentes entidades públicas, como el sector de transporte y comunicaciones, así como la autoridad ambiental, para implementar la consulta previa no solo en los proyectos de infraestructura sino también en los estudios de impacto ambiental.

En ese contexto, resulta un peligro el artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1553, Decreto Legislativo que establece medidas en materia de inversión pública y de contratación pública que coadyuven al impulso de la reactivación económica, que facultad a las entidades del gobierno nacional hasta el 31 de diciembre de 2024, "para la elaboración de estudios ambientales para proyectos de inversión pública, opten por iniciar la ejecución física de sus proyectos de inversión en el marco del SNPMGI de manera paralela a la elaboración parcial

5 La CIDH expresa su preocupación por sentencia del Tribunal Constitucional de Perú que afecta los derechos de los pueblos indígenas. <http://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/071.asp>

de sus expedientes técnicos o a nivel de ingeniería básica aprobados por tramos, etapas, componentes o sectores de obra, de naturaleza funcionalmente independiente, a lo siguiente⁶:

- a) El titular del proyecto de inversión debe obtener, según corresponda, la certificación ambiental o la aprobación del instrumento de gestión ambiental o su modificación de manera previa a la ejecución de cada tramo, etapa, componente o sectores de obra, de acuerdo con lo previsto en los principios y disposiciones establecidas en la normativa del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y en la normativa ambiental sectorial vigente, que regulan las consideraciones para la aplicación del **principio de indivisibilidad** en estos casos. Las autoridades ambientales sectoriales están facultadas a aprobar o modificar mediante Decreto Supremo sus normas, para la aplicación de dicho principio.
- b) El titular del proyecto de inversión debe presentar, para la elaboración de los estudios ambientales o instrumento de gestión ambiental o su modificación, información como mínimo a nivel de **ingeniería básica**.

El primer problema con este cambio normativo es que alienta el desarrollo de proyectos de inversión pública con un estudio de impacto ambiental parcial que no considera los impactos totales de la actividad económica, lo que pone en riesgo el ambiente, la salud individual y colectiva, así como propiedad de la población directamente impactada. También complica la participación ciudadana y la consulta previa que se va fraccionando conforme se ejecuta el proyecto de inversión imposibilitándose que se adopten de manera oportuna medidas de prevención, mitigación, compensación e indemnización en el plan de manejo ambiental del estudio de impacto ambiental.

El segundo asunto problemático es que se autoriza la elaboración de un estudio ambiental tan solo con información de ingeniería básica sin conocer los impactos reales ni totales del proyecto de infraestructura, lo que claramente hará imposible que el instrumento de gestión ambiental sea adecuado y preciso para controlar los daños ambientales que pueda generar.

Finalmente, actualmente existe enorme controversia por diferentes proyectos de infraestructura que afectan a la población en general, razón por la cual hemos incluido el capítulo sobre el procedimiento de certificación ambiental en el sector de infraestructura para efectos de que se conozcan sus derechos ambientales y tengan la oportunidad de hacerlos respetar para tener un ambiente adecuado, saludable y equilibrado. Al respecto, una buena forma de ver esta problemática desde la comunicación audiovisual es la serie **"Woo, una abogada extraordinaria"** (2022) dirigida por Yoo In-shik y protagonizada por Park Eun-bin, Kang Tae-oh y Kang Ki-young, que expone casos emblemáticos pero cotidianos destacando los episodios siete y ocho llamados "Un cuento sobre Sodeok-dong I y II". En ellos se debate la pertinencia de un proyecto de carretera que causará graves daños socio ambientales en la comunidad de la zona de influencia directa. La radiografía que hace del mapa de actores sociales y los diversos intereses involucrados en un conflicto socio ambiental ha sido tan precisa que el mismo método de análisis podría darse en el Perú o cualquier parte del mundo y no solo en Corea del Sur.

6 Artículo 4 del Decreto Legislativo 1553, Decreto Legislativo que establece medidas en materia de inversión pública y de contratación pública que coadyuven al impulso de la reactivación económica.

1.

El derecho a la identidad étnica y su relación con el derecho de propiedad comunal

En el Perú, la cuarta parte de los peruanos se autoreconocen como integrantes de un pueblo indígena, siendo las seis lenguas indígenas más habladas del país; el quechua, con 3 805 531 personas, el aimara, con 450 010 personas, el ashaninka, con 73 567 personas, el awajún, con 56 584, el shipibo-konibo, con 34 152 personas y el shawi, con 17 241 personas, de acuerdo al XII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda (INEI 2017). Estas poblaciones históricamente han sido excluidas y discriminadas por no contar con una representación en instancias políticas o estatales que velen por sus intereses y derechos colectivos. Basta con observar que los lugares donde se produjeron las últimas protestas por falta de representación contra el Gobierno entre diciembre de 2022 y febrero de 2023, coinciden con los departamentos donde hablan quechua más del 50%, como son Apurímac (69,9%), Puno (68,9%), Huancavelica (64,5%) y Ayacucho (62,7%).

Imagen 3. Declaraciones del Ministro de Educación sobre participación de mujeres indígenas en marchas

Ministro de Educación: 'Denunciaremos a madres que ponen en peligro a sus hijos en marchas'

El ministro Óscar Becerra señaló que se trata de "un atentado contra los menores que no se puede permitir".



Oscar Becerra se manifestó en contra de quienes llevan a sus hijos a las marchas./ Foto: ANDINA

REDACCIÓN PERU21
redaccionp21@peru21.pe Actualizado el 06/03/2023 09:22 p. m.

El ministro de Educación **Óscar Becerra** advirtió que **denunciará a las madres** que "llevan a niños a las marchas de protestas porque los 'exponen al peligro y no respetan los derechos humanos de los menores de edad". Estas declaraciones las dio hoy, en Piura, tras inaugurar la institución educativa Rosa Suárez Rafael.

"Las madres dan la vida por sus hijos. No es posible que vengan desde lugares lejanos a exponer al peligro a niños y niñas. Esto es un atentado contra los menores que no se puede permitir", acotó Becerra con respecto al tema de los niños presentes en las manifestaciones sociales.

infobae

Perú Últimas Noticias Política Deportes Entretenimiento

PERÚ >

Lamentable declaración del ministro de Educación contra mujeres aimaras: "Ni los animales exponen a sus hijos así"

Óscar Becerra expresó que dudaba que las mujeres que fueron atacadas hace unos días, mientras protestaban en el Centro de Lima, sean madres de los pequeños que llevaban en sus espaldas y que "seguro sus hijos son alquilados".

El ministro de Educación, **Óscar Becerra**, comparó a las mujeres aimaras, que protestaron hace unos días en el Centro de Lima, con animales y que los niños que traían en sus espaldas "seguro eran alquilados". Estas lamentables declaraciones han sido duramente criticadas en redes sociales, donde autoridades, foros y organismos de defensa de la mujer pidieron su inmediata renuncia.

"Ni siquiera los animales exponen a sus hijos. Lo vemos todos los días en estos canales de naturaleza donde una madre muere defendiendo a sus hijos para que no sean atacados. ¿Se les puede llamar madres a las que llevan a sus hijos y los exponen a la violencia de la cual estamos siendo testigo? ¿A ese extremo de manipulación podemos llegar? Yo dudo que sean las madres, yo creo que en la extrema necesidad que se encuentran algunas mujeres lleguen a alquilar a sus hijos como para que sean llevados a esto", dijo Becerra en entrevista con Canal N.

Agregó que desde su percepción, **"no puedo concebir que una madre esté exponiendo a sus hijos al peligro"** y recalzó que hay **"mentes siniestras"** detrás de "toda esta manipulación" y que se esconden y no dan la cara.

Hace unos días, se registró el momento en que **efectivos de la Policía Nacional lanzaron bombas lacrimógenas al cuerpo de un grupo de mujeres aimaras**, que protestaban pacíficamente por las calles del Centro de Lima. Las imágenes se viralizaron rápidamente en redes sociales y los usuarios pidieron a las autoridades sancionar de manera inmediata a los culpables de esta represión violenta contra decenas de féminas que llevaban en sus espaldas a niños, muchos de ellos bebés.

Fuente: Peru, N. (2023, marzo 7). Ministro de Educación: 'Denunciaremos a madres que ponen en peligro a sus hijos en marchas'. Peru21. <https://peru21.pe/politica/oscar-becerra-ministro-de-educacion-denunciaremos-a-madres-que-ponen-en-peligro-a-sus-hijos-en-marchas-oscar-becerra-ministro-de-educacion-denuncia-madres-marchas-noticia/>.

INFOBAE. (2023, marzo 6). Lamentable declaración del ministro de Educación contra mujeres aimaras: "Ni los animales exponen a sus hijos así". infobae. <http://infobae.com/peru/2023/03/06/lamentable-declaracion-del-ministro-de-educacion-contra-mujeres-aimaras-ni-los-animales-exponen-a-sus-hijos-asi/>

Ciertamente, la identidad étnica y cultural es aceptada por la sociedad cuando se muestran como aspectos culturales, artísticos o simbólicos, siendo motivo de “orgullo nacional” que una artista que canta en quechua, como Milena Warthon, gane un premio internacional, en Viña del Mar (2023). Pero en paralelo, ese mismo Estado puede estar gaseando en protestas sociales a mujeres aimaras que protestan porque no se sienten representadas por los políticos de turno, y para colmo, se les discrimina y critica por su costumbre ancestral de realizar sus actividades con sus hijos en sus espaldas, comparándolas con animales.

Existe una folclorización de la identidad étnica y cultural que solo se acepta cuando se relaciona con el canto, el cine, la comida y las festividades, pero se rechaza sus consecuencias y aplicación en derechos civiles y políticos. En otras palabras, la ciudadanía indígena no es aceptada en la política por una parte de la sociedad y los gobiernos de turno, al considerar que con la atención a sus demandas sociales debe bastar para que se sientan parte del Estado; negándoles la posibilidad de expresar sus opiniones políticas, manifestarse en protestas o desarrollar su libertad de expresión crítica al no sentirse representados por los políticos de turno. Y esto se puede sumar en paralelo a la discriminación que sufre la población quechua y aimara, que de acuerdo al Ministerio de Cultura es percibida por el 59% de los peruanos y peruanas como muy discriminada siendo la principal causa su forma de hablar, vestimenta o lengua⁷.

En este contexto, no debe sorprender que la implementación de servicios públicos en territorios indígenas o destinados para su beneficio, no sea objeto de consulta previa, pese a lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que señala que toda medida administrativa o legislativa que afecte pueblos indígenas sin ninguna excepción deba ser consultada. Esta es la razón por la cual la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas, tampoco establece alguna excepción. Sin embargo, de manera inconstitucional, la Décima Quinta Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N.º 29785, aprobada por Decreto Supremo N.º 001-2012-MC, estableció la excepción de exoneración de consulta previa para los casos de servicios públicos, violentando con ello lo dispuesto por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y la propia Ley que la reglamenta.

Al respecto el 2 de setiembre de 2016, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesep) interpusó una demanda de acción popular contra el Ministerio de Cultura, con el objetivo que se consulten los servicios públicos que afecten a los pueblos indígenas. Esta fue admitida el 6 de mayo de 2017 (Acción Popular N.º 29126-2018-LIMA). En la vista de la causa, el 8 de mayo de 2018 se presentó el representante de la organización indígena, Lizardo Cauper Pezo, así como la representación legal, Lilyan Delgadillo Hinostroza (IDLADS). Lamentablemente, la demanda se declaró infundada en primera instancia y se apeló el 18 de julio de 2018, elevándose el 10 de diciembre de 2018 a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema.

El 24 de octubre de 2019 se desarrolló la audiencia de vista de la causa en segunda instancia, allí se evidenció la inconstitucionalidad de las normas que impedían la consulta previa de los servicios públicos, especialmente cuando los impactan negativamente como ocurrió en el caso de la Línea de Transmisión Eléctrica Moyobamba-Iquitos, en el estudio de impacto ambiental de la Hidrovía Amazónica, entre otros. Es importante indicar que la Resolución Viceministerial N.º 013-2016-VMI-MC, que establece el procedimiento para la aplicación de lo dispuesto en la Décima Quinta Disposición Complementaria Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N.º 29785 –también por acesión–, resultaba inconstitucional, más

7 | Encuesta nacional: Percepciones y actitudes sobre diversidad cultural y discriminación étnico-racional. Lima. Ministerio de Cultura (2018). MINCUL.

todavía cuando en su artículo 6.2 se indica que solo se informará a los pueblos indígenas de la actividad de infraestructura que se va ejecutar en sus territorios ancestrales, por lo que ya no hay un diálogo intercultural previo ni se busca el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas.

Finalmente, el miércoles 13 de enero de 2021, en el segundo año de la pandemia por el Covid 19, se notificó la sentencia de segunda instancia que revocó y reformó la sentencia de primera instancia apelada, declarando fundada la demanda. En consecuencia, se dispuso la expulsión de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N.º 001-2012-MC y la Resolución Viceministerial N.º 013-2016-VMI/MC del ordenamiento jurídico, y se declaró su nulidad con efecto retroactivo. Esto significó que debían ser objeto de consulta previa las medidas relacionadas con servicios públicos que afecten a los pueblos indígenas, tales como la construcción de carreteras, aeropuertos, hidrovías, líneas de transmisión eléctrica, etc.

1.1. El derecho de identidad étnica y cultural

Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados, perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia. Si bien este tipo de cláusulas proponen una tutela adecuada al individuo, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para la defensa de las minorías étnicas⁸. Entonces, el derecho a la identidad étnica y cultural implica reconocer que el país está habitado por distintas poblaciones de diversos orígenes, costumbres, lenguas, organización, administración, creencias y relaciones sociales que requieren protección frente a una sociedad mayoritaria que puede desconocer este multiculturalismo y generar situaciones de desigualdad, marginación, exclusión y racismo.

En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19 de la Constitución, que establece además del derecho a la identidad étnica y cultural, una clara dimensión objetiva en cuanto se obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. Igualmente, debe tenerse presente que el artículo 89 de la Constitución Política del Perú reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Una manifestación de autonomía será la posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 149). Se establece además en el texto constitucional (artículo 48) que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Es relevante mencionar también que el artículo 191 del texto constitucional prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Consejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho

8 Fundamento 27 de la Sentencia Exp. N.º 03343-2007-PA/TC.

Internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (Weltanschauung)⁹.

Sin embargo, la participación indígena en la estructura del Estado como una manera efectiva de respetar la identidad étnica y cultural no solo debe limitarse a espacios municipales y regionales, sino que se debe extender a órganos del Poder Ejecutivo donde se deciden asuntos que les incumben directamente como serían los sectores de Cultura, Educación, Agricultura, Energía y Minas y Ambiente, entre otros. Asimismo, al Congreso con una cuota indígena y que los partidos políticos tengan en sus listas una representación de pueblos indígenas; en la Defensoría del Pueblo con una Adjuntía de Pueblos Indígenas, que sea ocupada por un representante libremente elegido por los propios pueblos indígenas; en el Tribunal Constitucional, para darle un verdadero enfoque intercultural a la interpretación de la Constitución. Es fundamental que en la estructura de entidades públicas que autorizan actividades extractivas o de infraestructura vial en territorios indígenas exista participación indígena pues no resulta equitativo y justo que se decidan asuntos que les conciernen sin su participación, especialmente cuando puede afectar su existencia física y cultural.

Sobre el derecho a la identidad étnica, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008- PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo¹⁰. De aquí que existe la necesidad de establecer mecanismos de protección para salvaguardar la cultura de los diferentes pueblos indígenas amazónicos, andinos, costeros y afroperuanos, especialmente para que se respete la relación cultural que tienen con la naturaleza, cuando se desarrollen actividades económicas en o alrededor de sus territorios ancestrales. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás¹¹.

Es decir, el derecho de identidad étnica y cultural es el derecho no solo a hablar la lengua originaria y respetar las artes y danzas locales, sino también que les permita existir como colectivo conservando su propiedad comunal, así como sus raíces sociales y culturales ancestrales. Estos grupos se diferencian de la sociedad en general especialmente porque sus decisiones tienen un profundo sentido comunitario cuyo soporte es su entorno natural que les proporciona los principales recursos para su subsistencia física y cultural.

Asimismo, el reconocimiento de tal derecho “supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [. .].” (Haberle, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Tecnos, Madrid; 2000, p. 34)¹². Por consiguiente, existe la obligación en toda democracia de garantizar los derechos de las minorías culturales evitando que actos estatales o de particulares puedan atentar contra la identidad étnica y cultural o el medio ambiente del que depende su subsistencia, lo cual se puede producir cuando se desarrolla actividades extractivas o de infraestructura vial, sin realizarse una consulta previa a la autorización de la actividad económica o certificación ambiental correspondiente.

9 Fundamento 28 de la Sentencia Exp. N.º 03343-2007-PA/TC.

10 Íbid.

11 Íbid.

12 Íbid.

En el pasado, siempre se trató desde el Estado de homogenizar a la sociedad y crear un único sistema de valores; lo cual se plasmó, por ejemplo, con la existencia de leyes que perseguían a los integrantes de ciertos colectivos debido a sus creencias religiosas o por sus afiliaciones políticas. Esta etapa de uniformización también se podía advertir en los distintos procesos de asimilación de culturas, en la que una creencia dominante o hegemónica trataba de absorber al resto. De este modo, se estimó que la mejor forma de tutelar los derechos era a través del fomento de un único sistema de valores que estandarice las conductas. Se caía, así, en un autoritarismo cultural¹³. Y aunque el tiempo ha pasado y actualmente se ha consagrado en la Constitución, el derecho a la identidad étnica y cultural, este podría ser simbólico o una mera declaración sin consecuencias, si se margina a las poblaciones étnicas minoritarias de los espacios estatales donde se toman decisiones que van a impactar en su libre autodeterminación, educación, salud, propiedad, posesión, ambiente, justicia, economía u organización social; siendo el germen de futuras crisis políticas al no sentirse representados por un Estado que dice reconocer la pluralidad cultural, pero que no incorpora en su estructura a las poblaciones indígenas y que impacta con sus políticas públicas y leyes.

Es consustancial a la fórmula del Estado Constitucional, permitir la convivencia de distintas creencias en los espacios públicos [STC 06111-2009- PA/TC, fundamento 51], y no implica solamente el deber de “resistir” las creencias ajenas, sino que también involucra la idea de evitar absolutizar nuestras propias creencias en desmedro de las demás. De esta forma, la tolerancia, en tanto valor y aspiración, implica también entender que, en el marco de una sociedad plural, existan, distintas concepciones de lo bueno, y que ellas deben ser tratadas con igual consideración, en tanto no supongan un quebrantamiento de los derechos fundamentales y de los principios elementales que configuran el Estado Constitucional en los términos del artículo 43 de la Constitución Política del Perú¹⁴. En ese orden de ideas, una democracia debe proteger las creencias que los diversos grupos humanos pueden tener con relación a la vida, la educación, la justicia, la salud, la familia, la sociedad, la propiedad, la religión, la identidad y la naturaleza, incluso cuando la sociedad mayoritaria haya fundado la República basada en paradigmas de la cultura occidental, esto no debería ser obstáculo para que acepte que existen otras formas de concebir la existencia individual y colectiva con un idioma propio y una cultura ancestral autóctona.

La Constitución de 1993 ha reconocido la existencia de una pluralidad de culturas en el Perú, dotándolas a todas ellas, de similar importancia. En ese sentido, el artículo 2.19 es una clara muestra de que, en el modelo nacional, se respeta la pertenencia a cualquier etnia o cultura, siempre que las mismas se desenvuelvan dentro del marco permitido por la Constitución. Ello, se entiende, va aparejado con el consiguiente reconocimiento de todas las prácticas que la pertenencia a uno de dichos colectivos implica. El propósito de dicha cláusula es reconocer una suerte de derecho a un similar trato. Ello es así porque nuestra Constitución, según se desprende de una interpretación sistemática de todo su articulado, no permite ni mucho menos fomenta políticas de asimilación o de favorecimiento de creencias culturales¹⁵.

Por esta razón, al estar prohibida la asimilación cultural de las poblaciones indígenas en razón al pluralismo cultural de toda democracia, también lo está toda marginación social y racismo hacia estas poblaciones originarias que, sin embargo, existe cuando la estructura de la sociedad no considera una participación efectiva de estas minorías en instancias decisivas para asegurar sus derechos colectivos, como son aquellas que determinan el

13 Fundamento 7 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

14 Fundamento 9 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

15 Fundamento 14 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en su territorio o aquellas que velan por su derecho a un ambiente adecuado y equilibrado.

En efecto, las políticas de asimilación están construidas sobre la base de considerar que existen culturas menos avanzadas que otras, y que, en ese marco, están destinadas a integrarse en una sociedad con mayores ventajas¹⁶. Esta idea de superioridad de una cultura sobre otra es el origen de la discriminación, racismo sistemático, el genocidio y el totalitarismo como se aprecia en la historia de la humanidad, razón por la cual nacieron como mecanismo de protección los derechos humanos y los sistemas de justicia y protección internacional de las personas contra Estados que los persiguen por su origen étnico y cultural; pero además se marca la pauta para el reconocimiento internacional de los derechos colectivos especiales para estas poblaciones originarias.

En el Perú, existen diversas disposiciones constitucionales que fomentan y alientan el reconocimiento y las prácticas de distintas culturas y etnias. En efecto, la Constitución reconoce una serie de derechos y obligaciones de índole multicultural, que configuran lo que, en su momento, se ha denominado Constitución Multicultural [STC 04611-2007-PA, fundamento 6], entre los que se encuentran los siguientes¹⁷:

- (i) Artículo 2.19 de la Constitución, que reconoce el **derecho a la identidad étnica y cultural**.
- (ii) Artículo 17 de la Constitución, en el que se reconoce la obligación del Estado de garantizar **una educación bilingüe e intercultural**. También se dispone la preservación de las manifestaciones culturales y lingüísticas del país.
- (iii) Artículo 48 de la Constitución, que reconoce no solo al castellano como lengua oficial, sino **además a otras lenguas aborígenes**, siempre y cuando predominen en la zona donde habitan las comunidades.
- (iv) Artículo 89 de la Constitución, que admite **la autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas**, como la libre disposición de sus tierras.
- (v) Artículo 149 de la Constitución, que reconoce **las funciones jurisdiccionales** de las Comunidades Campesinas y Nativas.
- (vi) Artículo 191 de la Constitución, que reconoce **la representación de las Comunidades Campesinas y Nativas** en los Consejos Regionales y Consejos Municipales.

Sin embargo, la identidad étnica y cultural está lejos de ser protegida adecuadamente en el país, cuya cuarta parte de la población es indígena, pero la mayor parte de servicios públicos, los recibe en español y no en su lengua originaria, además de tener enormes dificultades en titular y reivindicar sus tierras ancestrales, que son constantemente presionadas y amenazadas por actividades económicas extractivas ilegales o en el mejor de los casos, por proyectos de infraestructura vial que no consideran los impactos socio ambientales que recaen en estas poblaciones altamente dependientes de su ambiente. La educación y salud interculturales son servicios públicos muy escasos y muchas personas indígenas y sus hijos suelen perder la vida por enfermedades que en zonas urbanas pueden ser fácilmente tratadas sin complicaciones. La presencia de representantes de pueblos indígenas en municipalidades y gobiernos regionales no ha cambiado el panorama porque

16 Fundamento 15 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

17 Fundamento 15 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

estas entidades no tienen las competencias suficientes para acortar las brechas de pobreza, justicia social y de inclusión social que existe entre la población general y la indígena.

El Estado peruano ha asumido una política activa de reconocimiento de diversas minorías étnicas y culturales. En las disposiciones señaladas (ii), (iii) y (vi), se advierte la función que se debe asumir para su adecuada preservación. En efecto, la tutela de las creencias culturales y étnicas que son diferentes requiere, para ser efectiva, de la adopción de medidas que sean necesarias para que estos colectivos puedan mantener su lengua, sus tradiciones y su cosmovisión. Sobre ello, la Constitución bien pudo haber adoptado una posición neutral, en la que se deje que el libre flujo de las sociedades sea el que determine la adhesión a ciertas creencias¹⁸. Por esto, toda cultura indígena debe ser protegida y reivindicada empezando por incorporarla en la educación primaria, secundaria y universitaria para que todos los peruanos desde temprana edad tengan consciencia de la alta diversidad cultural que tiene el país. No debe limitarse esta visibilización a la mera exposición de lugares turísticos, potajes y trajes típicos, danzas o canciones regionales, sino se debe sumar a ello el conocimiento de su lengua, organización social, administrativa, económica y cultural, haciéndolos parte de los actores sociales que pueden y van a influir en las decisiones políticas del país como son la elección de congresistas, presidentes regionales, presidente de la república; así como futuras aprobaciones de normas y proyectos que les impactan como reformas constitucionales para acentuar un enfoque intercultural en la Carta Magna.



Foto: Rolando Mondragon. DAR.

En el caso de la autonomía organizativa, económica y administrativa reconocida a las Comunidades Campesinas y Nativas, así como la libre disposición de sus tierras, debe entenderse que sus distintas pautas y creencias culturales determinan la presencia de un sistema de valores que no en todos sus aspectos son coincidentes con el del resto de colectivos¹⁹.

Ello genera, fundamentalmente, un deber de abstención de intervención estatal, que se materializa en el respeto a las prácticas y costumbres de cada comunidad. En este punto, más que políticas activas de reconocimiento, lo que se genera es que el colectivo

18 Fundamento 16 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

19 Fundamento 18 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

(y, consiguientemente, también de las personas que lo integran) en cuestión pueda evolucionar y moldearse según sus propias creencias e intereses, teniendo la posibilidad, si así lo desean, de modificarlas²⁰.

Luego, es necesario comprender que el paradigma cultural que diferencia a la sociedad en general de las minorías étnicas consiste fundamentalmente en que la primera tiene un notorio acento en el individualismo, la propiedad privada y la acumulación de capital, dentro del cual se mercantiliza la naturaleza; en tanto, que la segunda, resalta por ser colectivista y tener una relación espiritual y cultural con la naturaleza además de una propiedad comunal de escasa o nula circulación en el mercado. Existe un choque de civilizaciones, donde en un caso, el individuo obtiene su identidad dentro de la sociedad capitalista por lo que acumula, mientras que, en la otra, el individuo obtiene su identidad por su integración en la comunidad y por la relación que tiene con la naturaleza que permite mantener sus servicios ecosistémicos.

En la actualidad, la Ley N.º 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, dispone en su artículo 2 que las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país²¹. El contraste con los valores sociales de la sociedad general es notable, pues aquí se resalta el mérito individual, las familias nucleares, el desapego al territorio, la necesidad de acumulación de posesiones personales, la competencia por encima de la colaboración, lo que hace que exista un choque cultural con las poblaciones originarias que no miden sus relaciones por razones meramente económicas, sino por vínculos sociales y familiares que siendo tan intensos permiten se conserven instituciones ancestrales como la lengua, la cosmovisión, la espiritualidad, el trabajo comunal, el reparto de parcelas, la ayuda mutua, la lengua y un profundo apego a su territorio ancestral y la naturaleza, por los que pueden llegar a dar la vida.

En ese sentido, el componente esencial de las comunidades campesinas son las familias que las conforman y que están ligadas ancestral, social, económica y culturalmente²². En otros términos, a diferencia de la cultura de la sociedad occidental, predominante en el país, donde los hijos al independizarse de los padres forman su propia familia y patrimonio individual en casas independientes e incluso distantes o en el extranjero; en el caso de las comunidades indígenas, las nuevas familias habitan dentro del territorio indígena, compartiendo tareas y bienes colectivos, practicando instituciones sociales, preservando su identidad colectiva, manteniendo las costumbres ancestrales así como fortaleciendo los vínculos sociales entre las nuevas generaciones de familias.

La expresión de colectividad se manifiesta en la propiedad, el trabajo, la ayuda, el gobierno y el desarrollo comunal, con la finalidad de la realización plena de sus miembros, lo cual garantiza el derecho a la identidad cultural que gozan tanto la comunidad como sus integrantes. Sin embargo, ello no debe entenderse como el absoluto desconocimiento de los derechos individuales que, eventualmente, podrían titularizar sus integrantes²³. Así estas colectividades comparten una historia ancestral común y recursos naturales en un ámbito geográfico. La solidaridad, la colaboración y la cooperación son sus principales valores culturales que se traducen en faenas colectivas, reparto de recursos entre los

20 Fundamento 18 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

21 Fundamento 21 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

22 Fundamento 22 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

23 Fundamento 22 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

miembros y propiedad colectiva además de compartir beneficios económicos. Desde luego al interior de la comunidad pueden existir parcelas individualmente tituladas a favor de comuneros específicos lo que no niega que la mayor parte de los territorios indígenas sean de propiedad colectiva.

El criterio para distinguir a las comunidades campesinas de los pueblos indígenas es en general, el de la ancestralidad, así como la presencia de prácticas y costumbres diferenciadas que permitan la autoidentificación de estos colectivos. Ahora bien, es preciso, hacer referencia a los antecedentes históricos del reconocimiento legal de las comunidades campesinas, a fin de comprender los verdaderos alcances de su naturaleza²⁴. En consecuencia, los pueblos indígenas son sujetos de derecho por su pre existencia a la República del Perú, contando con una historia, tradiciones, costumbres, idiomas y formas de organización social, administrativa y económicas autóctonas que les permiten tener una identidad colectiva que lo distingue de la población general.

1.2. Constitución, multiculturalismo y realidad social

El multiculturalismo puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que, en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales²⁵. Por consiguiente, un Estado democrático protege a sus minorías con identidades personales y colectivas distintas a la sociedad en general. Entre ellas se encuentran las personas con capacidades diferentes, opciones sexuales distintas a las tradicionales, grupos religiosos minoritarios, pueblos originarios en aislamiento voluntario, comunidades nativas, campesinas o afrodescendientes que deben tener una protección especial para poder evitar exclusiones, discriminación o marginación social.

El Tribunal Constitucional ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarias y ancestrales del Perú” [STC 0042-2004-AI/TC, fundamento 1]. Tal reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles; por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente de la identidad nacional²⁶. Por tanto, el Estado es consciente que antes de su propia existencia, habitaban poblaciones originarias con diferentes identidades culturales e idiomas que se organizaban en lazos familiares, trabajo colectivo y un espacio geográfico que les proveía los recursos naturales necesarios para subsistir física y culturalmente, aunque la conquista española los desplazó a otros lugares menos productivos, eso no impidió que mantuvieran sus vínculos sociales y culturales con el territorio que ocuparon por generaciones.

Desde la perspectiva multicultural, la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea debe repensarse. Lo multicultural implica la aceptación de distintas culturas, manifestaciones culturales y distintas actitudes de ser y entender lo que es ser peruano, del desarrollo de la libre personalidad, de la visión comunitaria de las costumbres

24 Fundamento 25 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

25 Fundamento 24 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

26 Fundamento 24 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

que provienen de la experiencia histórica, religiosa y étnica; y que informa a su manera y en su singularidad peculiar la identidad nacional en todas sus variantes²⁷. Ciertamente, la lucha de los últimos dos siglos pasados fue contra el colonialismo y la recuperación de la libertad de las diversas naciones originarias invadidas en África, América, Asia y Oceanía que se enfrentaron a los imperios europeos. En contraste, la lucha actual es por reivindicar la identidad étnica y cultural de los cientos de pueblos indígenas que quedaron atrapados en los países nacientes de las guerras de independencia y que sufren de exclusión social, marginación y racismo.

El Tribunal Constitucional ha indicado que la cláusula constitucional de igualdad [artículo 2, inciso 2 de la Constitución] contiene un reconocimiento implícito de *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto fundamental y como una aspiración de la sociedad peruana [STC 0022-2009-PI/TC, fund. 3]. La *tolerancia a la diversidad* contempla también diferentes formas de aceptar concepciones de justicia y de respetar el ejercicio del poder contramayoritario, siempre que no contravenga directamente derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado²⁸. Por ello, existe la obligación del Estado de proteger la existencia de las lenguas originarias, las formas de organización comunitaria, la relación del medio ambiente con los pueblos indígenas y la identidad étnica y cultural, siendo a no dudarlo, la mejor forma de lograrlo: la consulta previa, la titulación de territorios indígenas, la jurisdicción indígena y la participación indígena en entidades del Estado.

Debe considerarse también que el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. El concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son “menos avanzadas”, y como consecuencia de ello estarían irremediabilmente destinadas a perder su identidad en un proceso de “superación cultural”, al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía, y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la sociedad²⁹.

Así, una democracia del siglo XXI comprende que las sociedades “civilizadas” no deben menospreciar “las culturas originarias”, lo que implica erradicar ideas y pensamientos en las políticas públicas que puedan disfrazar cualquier práctica de asimilación o imposición de patrones culturales occidentales. En otros términos, debe velar porque se proteja su cosmovisión e identidades étnicas, alejándose de la tesis del mestizaje como mecanismo de invisibilización y abrazando la autoidentificación como principal herramienta de subsistencia cultural de estas poblaciones originarias. Tampoco debe apelarse a discursos de desconocimiento de lo indígena partiendo de la idea de que como utilizan tecnología moderna, ropa occidental, estudiaron en la universidad o hablan español han perdido su identidad cultural. Sin embargo, lo que importa en estos casos es el derecho de autoidentificación como miembros de un pueblo indígena y su vocación por seguir practicando sus costumbres ancestrales.

Y si bien resulta ya evidente afirmar que tales derechos indígenas y prerrogativas no pueden ser dejados de lado o desnaturalizados por los poderes constituidos, debe tomarse en cuenta

27 Fundamento 14 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

28 Fundamento 14 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

29 Fundamento 15 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

que las tensiones y distancia entre la normativa y la realidad son parte de la dinámica social y del fenómeno jurídico³⁰. Históricamente la población indígena ha sido relegada desde la colonia. Ni siquiera el nacimiento de la República, cambió su situación sino todo lo contrario, la empeoró; pues perdieron territorios y privilegios que en el anterior régimen, a pesar de ser opresor al menos gozaban. Las reformas agrarias de mediados del siglo XX mejoraron la tenencia de tierras, pero no cambió la mirada de la sociedad mayoritaria que siempre vio al ande y la selva como lugares de culturas atrasadas y detenidas en el tiempo, lo que ahondo la discriminación y marginación social.

Es deber del Estado, en su función implementadora del ordenamiento jurídico, resolver estas tensiones e integrar la normativa en la realidad, a fin de que las consecuencias deseadas por las leyes y reglamentos tengan un impacto efectivo en la vida de los ciudadanos. La labor de los jueces del Poder Judicial, en general, y en particular el Tribunal Constitucional en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, adquiere una dimensión relevante en la tarea de cubrir los vacíos existentes entre las normas y la realidad. Con mayor énfasis si se contempla la función supervisora que tienen los jueces constitucionales sobre la actividad de la Administración cuando se alegue la vulneración de derechos fundamentales. Y es que es la Administración la que aplica, en un primer momento, el ordenamiento jurídico en su función administrativa³¹.

La falta de representación de miembros de pueblos indígenas propuestos libremente por las organizaciones indígenas regionales y nacionales en entidades claves del Estado, como son el Viceministerio de Interculturalidad, Ministerio del Ambiente, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles, Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, Ministerio de Educación, Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Producción, Ministerio de Salud, Defensoría del Pueblo, Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, y el Congreso de la República, u organizaciones como los partidos políticos impiden que la identidad étnica y cultural, y la libre autodeterminación de los pueblos indígenas que representan la cuarta parte de la población peruana, sea garantizada adecuadamente por el Estado.

Sin duda, falta voluntad política y altos grados de discriminación y racismo son obstáculos permanentes. Incluso si quisiéramos debatir estas ideas, ellas resultan controversiales, pues implicarían un cambio de reglas de juego y la necesidad de introducir modificaciones constitucionales y legales que permitan una mayor participación indígena en el aparato estatal. Por tanto, en dicho contexto quedan pocos caminos para garantizar derechos, siendo ellos: las protestas sociales, el litigio estratégico, impulsar la agenda indígena en los programas de los partidos políticos y las elecciones generales del país.

Así, debe resaltarse que uno de los elementos característicos del fenómeno multicultural en nuestro medio es que se reconoce y ensalza lo multicultural de hecho, pero no se implementan o se protegen eficazmente las políticas y derechos de naturaleza multicultural. Basta poner el ejemplo de lo ocurrido con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [en adelante Convenio 169] sobre el cual el Tribunal emitió la STC 05427-2009-PC/TC, en la que se hizo referencia a la inconstitucionalidad indirecta por omisión por parte del Ministerio de Energía y Minas al no haber reglamentado el referido Convenio. O por el solo hecho de que tal Convenio Internacional no haya sido implementado en nuestro ordenamiento jurídico sino luego de más de 15 años desde su aprobación³².

30 Fundamento 17 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

31 Fundamento 17 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

32 Fundamento 18 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

Hace más de una década el Tribunal Constitucional puso en evidencia la falta de coherencia de las obligaciones internacionales del Estado peruano con relación a los pueblos indígenas y su falta de aplicación en el ordenamiento jurídico peruano. Basta con decir que tuvo que acudir a un proceso constitucional de acción popular para permitir que la Consulta Previa se hiciera efectiva en los servicios públicos de educación, salud e infraestructura en el 2021.; A pesar de ello, los sectores implicados apenas hacen esfuerzos por efectivizar la sentencia, mientras que un débil sector cultura, intenta capacitarlos y sensibilizarlos con escaso éxito, pues depende de la voluntad política. No menos feliz es el desenlace de la consulta previa legislativa y de los estudios de impacto ambiental que pese a contar con la opinión favorable del Viceministerio de Interculturalidad y la Defensoría del Pueblo no se ha podido lograr convencer ni al Congreso, ni al Ministerio del Ambiente de hacer lo correcto y dar cumplimiento a un compromiso internacional que es letra muerta en la gestión ambiental y parlamentaria.

Es por ello que el Tribunal Constitucional sostiene que debemos estar atentos al referido contexto multicultural, considerando además lo complejo de la implementación de normas multiculturales específicas para procurar maximizar garantías que sostengan una sociedad plural y respetuosa de las diferencias. Específicamente para el caso de los pueblos indígenas, estos no solo legitiman sus derechos especiales en virtud de la distinción cultural, sino también por elementos históricos; porque como sabemos, los pueblos indígenas u originarios, existentes desde antes de la creación del Virreinato y la República del Perú, ejercían entonces soberanía sobre sus territorios (artículo 1.1.b) del Convenio 169] y autonomía en la toma de decisiones políticas en sus organizaciones, incluyendo además la aplicación de sus costumbres jurídicas, a fin de resolver conflictos sociales que pudiesen ocurrir.

Pero esta realidad varió considerablemente con el proceso de la conquista y luego de la creación y expansión del Estado peruano, el mismo que decidió obviar toda diferenciación cultural a fin de iniciar la construcción de una sola identidad nacional³³.



Foto: Rolando Mondragón / DAR

33 Fundamento 19 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

Actualmente, resulta imperativo refundar el Estado peruano sobre la base de la plurinacionalidad, cuya falta de reconocimiento político nos ha llevado a enfrentar múltiples conflictos sociales tales como las reformas agrarias de mitad del siglo pasado, la violencia política de los años 1980-1991; los conflictos socio ambientales derivados de actividades extractivas en territorios indígenas; el *baguazo* y la lucha por la consulta previa en las leyes forestales; los conflictos entre empresas mineras y pueblos indígenas en casos como los proyectos de Tía María y Conga o las recientes protestas sociales de diciembre de 2022 y enero 2023, donde los principales promotores eran ciudadanos con orígenes indígenas de Ayacucho, Puno y Apurímac que fueron reprimidos con uso desproporcionado de la fuerza. Sin duda, estos acontecimientos hacen pensar la necesidad de una urgente reforma constitucional que integre lo indígena a un Estado construido sobre las bases de una tibia intensión de multiculturalismo que resulta absolutamente insuficiente para garantizar la paz social, la integración y la inclusión de lo indígena en el aparato estatal.

1.3. *El acogimiento del caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*

La Corte Interamericana en la sentencia del Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, señala que³⁴:

*“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de tierra, el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. **Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios**; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con **la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual** del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.*

En consecuencia, el Tribunal Constitucional hace suyos los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, legitimando al pueblo indígena en la titularidad de su propiedad comunal con la sola posesión ancestral de un territorio con el que han forjado una relación espiritual y cultural, por la que la propiedad indígena y su titular se fusionan en una entidad colectiva que necesita de la tierra y sus recursos para poder supervivir.

1.4. *El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas*

Esta especial circunstancia define la manera en que se reconoció el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. (...). Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, **sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros**, y la facultad de **aplicar su derecho**

34 Fundamento 32 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales³⁵.

Por consiguiente, el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas es la fuente de su derecho originario, que comprende las reglas de uso y aprovechamiento de sus territorios ancestrales, sus relaciones sociales, económicas, administrativas y culturales dando como resultado que puedan administrar su propia justicia y resolver sus conflictos sociales, pero además tendrán derecho de exigir a terceros (como podrían ser las empresas que exploran o explotan recursos naturales en sus territorios o el propio Estado) que se respete su forma de organización social, política, económica y administrativa, y que también se les permita contar con representantes de las organizaciones indígenas en los principales entes estatales con competencias sobre asuntos indígenas. Advertimos que, si desde el Estado no se vela por el respeto de las culturas originarias con los propios representantes indígenas, tendremos una crisis social y política permanente en los territorios habitados por estas poblaciones.

1.5. La garantía de las comunidades nativas y campesinas a la propiedad sobre la tierra

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tres han sido los temas que han convocado mayor atención sobre la identidad étnica y cultural: la protección al uso a la propiedad de la tierra, la consulta previa y la jurisdicción indígena donde se destaca la especial cosmovisión de las comunidades indígenas sobre su relación con los demás y su entorno natural. De acuerdo al TC: “La especial cosmovisión de las comunidades tiene una particular incidencia en sus estilos de vida. Ello genera que ciertas instituciones o prácticas no guarden absolutamente correspondencia con la que suele concebir la mayoría de la población. De ello no se deduce, sin embargo, que ellas no gocen de protección constitucional”...“La legislación sobre esta materia ha mostrado una importante tendencia en el sentido de reconocer y tutelar distintas manifestaciones culturales”.³⁶

Con respecto a la propiedad de las comunidades campesinas, ella se entiende como un tipo de propiedad colectiva bajo un régimen legal especial que se encuentra regulado en la ley general de comunidades campesinas, Ley N.º 24656, y de acuerdo a la 26505, Ley de la inversión privada en desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 70 y 88 de nuestra Constitución. Este régimen implica una titularidad colectiva respecto de los territorios considerados comunales, por lo que no se realiza desde el enfoque clásico del derecho civil. Por ello, esta forma especial de propiedad se fundamenta en la estrecha relación del uso del territorio con el goce y ejercicio de diversos derechos fundamentales como la vida, la integridad, la identidad cultural y la libertad religiosa. Los territorios comunales son, sin lugar a dudas, componentes del carácter espiritual, cultural y social de estas comunidades, los mismos cuyo aprovechamiento se enfoca a actividades agrarias como su uso agrícola y de pastoreo [cfr. STC 0005-2006-PI/TC, fundamento 18]³⁷.

35 Fundamento 32 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

36 Fundamento 36 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

37 Fundamento 39 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

En ese orden de ideas, podemos advertir que el paradigma cultural de las comunidades indígenas pasa por un prisma de lo colectivo, pero también de la cooperación mutua y la integración armoniosa con la naturaleza, sea en la costa, el ande o la selva. Es evidente que las relaciones comunitarias se rigen por interés permanente por el bienestar colectivo, la espíritu y los lazos ancestrales de familia que unen a la mayoría de sus miembros. Si bien, el concepto de propiedad tradicional se aplica parcialmente, en cuanto a las parcelas individuales, la mayor parte del territorio comunal es compartido y no es objeto de transferencia a terceros, aunque se pueden admitir usos temporales ajenos a la comunidad como operadores turísticos o servidumbres de actividades extractivas. Los beneficios económicos de estas actividades económicas se destinan al beneficio de la comunidad y sus miembros.

Nuestra comprensión occidental de la propiedad como privada, exclusiva de una o pocas personas, choca con el paradigma colectivo predominante en las comunidades campesinas y nativas, pero además se diferencia en que ellas estructuran una relación espiritual y religiosa con su territorio, que es proveedora de sus recursos alimenticios, médicos y espirituales; siendo emblemático el ejemplo del pago a la tierra en el mundo andino y conocida la relación de los amazónicos con el mundo real e imaginario de los ríos y bosques, de los cuales depende su subsistencia física y cultural. Así, la propiedad comunal a diferencia de la propiedad privada, no solo comprende el lugar donde se edifica una vivienda sino todo el entorno natural que lo rodea, incluido el aire, el agua, los animales y la tierra donde desarrollan sus actividades comunitarias cotidianas.

De este modo, en la STC 01121-2011-PHC/TC, el Tribunal Constitucional hizo suyos los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Yakye Axa vs. Paraguay**, específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios. En efecto, en dicho caso la Corte Interamericana hizo referencia a que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporados que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 (derecho a la propiedad privada) de la Convención Americana” [fundamento 137 del caso Yakye Axa vs Paraguay]³⁸. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional comprende que los pueblos indígenas tienen una relación social, cultural, económica, espiritual y religiosa tan fuerte y poderosa con el territorio que ocupan ancestralmente, que el quebrantamiento o ruptura de ese vínculo puede generar un grave daño psicosocial a la población originaria, llevándolos incluso a su desaparición cultural.

También se estableció que la tutela de las tierras comunales debe recoger el concepto de “territorio” tal y como lo prescribe el Convenio 169 en su artículo 13. La diferencia entre los conceptos de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía, que se ajusta a la realidad de las comunidades campesinas y nativas que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú luego de periodos de conquista y colonización, y que, a pesar de ello, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Es así que no resulta posible negar las identidades que se forjaron en los procesos de colonización, identidades que son producto de un proceso de encuentro intercultural, no siempre armónico como sucedió en el Perú³⁹.

38 Fundamento 40 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

39 Fundamento 41 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

Por esta razón, no es posible equiparar la propiedad privada, prevista en nuestro Código Civil, con la propiedad comunal, que comprende no solamente la propiedad titulada, sino también la posesión ancestral de los pueblos indígenas y una relación que supera lo patrimonial y se entronca con la propia existencia del titular del derecho colectivo. En otras palabras, el derecho de propiedad comunal es parte del cuerpo vivo del sujeto de derecho llamado pueblo indígena, que, en forma analógica con una persona natural sería el derecho a la integridad personal, física y mental; debido a que la conexión que hacen los pueblos indígenas con su tierra y raíces geográficas es tan fuerte que solo con ella consiguen subsistir física y espiritualmente. Y es que mientras la identidad cultural de los miembros de la sociedad mayoritaria peruana se define por su espíritu individualista y la acumulación de propiedades como medio para alcanzar su bienestar material; cosa distinta ocurre con los pueblos indígenas, cuya identidad cultural se construye en un quehacer permanente con su medio ambiente y las relaciones comunitarias entre sus miembros que se plasman en trabajo colectivo, bienes comunes y valores sociales compartidos.

Y es justamente ese vínculo de los pueblos indígenas con su territorio lo que les permite que puedan desarrollar una organización social, administrativa, económica y de administración de justicia sobre sus miembros que es distinta a la existente en la sociedad general. A consecuencia de ello se han conformado gobiernos territoriales indígenas autónomos como del pueblo Wampis (provincia de Condorcanqui-Amazonas) y se busca consolidar una titulación de territorios de manera integral, sin que existan separaciones ocasionadas por la concepción fragmentaria con que se conciben a los pueblos indígenas, mediante el establecimiento de comunidades indígenas, producto de una mirada occidental y formalista de una nación.

Ahora bien, el reconocimiento de la propiedad de las comunidades campesinas y nativas a sus tierras (recogiendo dentro de ella el concepto de territorio), trae como consecuencia, tal como lo afirma el artículo 18 del Convenio 169, lo siguiente: La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones⁴⁰. Incluso, implicaría que el Estado esté obligado a proteger los territorios indígenas mediante un proceso acelerado de titulación y en los casos que puedan ser afectados por concesiones de recursos naturales o infraestructura vial velar porque el pueblo indígena sea previamente consultado, con miras a llegar acuerdos y al consentimiento previo libre e informado; así como eventualmente ser compensado por el uso de sus territorios ancestrales.

Dicha tutela está también consagrada en el artículo 89 de nuestra Constitución, la cual señala que las comunidades campesinas y nativas deben decidir sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quienes ingresan y circulan por sus territorios. Así, tales herramientas jurídicas permiten ejercer su derecho a la propiedad respecto de su territorio. Por lo expuesto, se reitera que las comunidades nativas y campesinas, en virtud de dicha prerrogativa, tienen el legítimo derecho de evitar intrusiones a su propiedad, potestad que incluye determinar quiénes abandonan el territorio comunal o el uso de las tierras comunales⁴¹.

Sin duda, la primera obligación del Estado para que los pueblos indígenas puedan defender sus territorios es efectivizar la titulación de sus territorios ancestrales y remover todo obstáculo legal que de alguna manera pueda impedir que accedan a la titularidad del espacio geográfico que ancestralmente ocupan. En los casos de proyectos extractivos

40 Fundamento 42 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

41 Fundamento 43 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

o de infraestructura que afecten el territorio indígena, el gobierno debe asegurarse de implementar una consulta previa, especialmente en aquellos donde se puede poner en riesgo la subsistencia de la población indígena, supuesto en el cual, deberá obtenerse el consentimiento previo, libre e informado.

No obstante, el ejercicio del derecho a la propiedad comunal, como cualquier otro derecho en el marco del Estado Constitucional, se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como los establecidos por la Constitución en los artículos 66, 67, 70 y 72 [cfr. STC 01126-2011-HC/TC]. Por ello, las posibles tensiones que puedan surgir en cuanto a su ejercicio deberían enfocarse y resolverse desde una perspectiva de diálogo institucional e intercultural, el cual tiene como objetivo el reconocimiento y la materialización de los derechos fundamentales de toda persona y colectivo sin prescindir de su enfoque e identidad cultural⁴². Comprendamos que la propiedad comunal tiene su razón de ser en el sustento vital de una población que se integra con su entorno, la cual constituye parte de su identidad, fruto de la ancestral relación que han creado con los elementos animados e inanimados que alberga su territorio como los ríos, cochas, bosques, cerros y animales, donde organizan todas sus actividades económicas, sociales, administrativas, culturales y espirituales.

En la STC 0005-2006-PI/TC (fundamento 40), el Tribunal ha reiterado que el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. “Constitucionalmente, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2.º, sino también como una garantía institucional, conforme lo dispone el artículo 70.º, según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad”. Pero, además, la Constitución reconoce en su artículo 88.º el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal⁴³.

En el “ámbito civil, el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo, la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, **es un derecho real** por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la propiedad es *erga omnes*, esto es, se ejercita contra todos, cualidad denominada “oponibilidad”. **Es un derecho absoluto** porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfruta y dispone. **Es exclusivo**, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y **es perpetuo**, pues no se extingue por el solo uso”⁴⁴.

Pero esta visión civilista de la propiedad debe ser recompuesta desde una mirada multicultural, esto es, tomando en cuenta aspectos culturales propios para el caso de los pueblos indígenas. En efecto, en la STC 0022-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional recogió e hizo suyos los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yakye Axa vs Paraguay*. Específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios. En efecto, en dicho caso la Corte Interamericana estableció que “*la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí*

42 Fundamento 44 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

43 Fundamento 47 de la Sentencia Exp. N.º 02765-2014-PA/TC.

44 Fundamento 20 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

*se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 [derecho a la propiedad privada] de la Convención Americana” [fundamento 137 del caso *Yakye Axa vs Paraguay*]⁴⁵.*

El Tribunal Constitucional ha reconocido la relación espiritual y cultural que existe entre el territorio y los pueblos indígenas, que evidentemente supera los aspectos patrimoniales o económicos de la propiedad privada, no teniendo la vocación de circulación o transferencia a terceros sino de permanencia en manos de un ente colectivo que lo respeta porque contiene todos los elementos sociales y culturales que le dan identidad y existencia, no pudiendo concebirse un pueblo indígena sin territorio donde practique sus tradiciones ancestrales.

Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88.º y 89.º de la Constitución], sin recoger el concepto de “territorio” de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13.º que la utilización del término “tierras” debe incluir el concepto de “territorios”. La diferencia entre los conceptos de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo **tiene una vocación política de autogobierno y autonomía**. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas⁴⁶.

En consecuencia, la titulación de territorios indígenas que realiza el Estado implica necesariamente el reconocimiento de la relación política, social, económica, administrativa y cultural que existe entre un pueblo indígena y las tierras que ocupan ancestralmente. No existe por tanto una equivalencia entre propiedad privada y propiedad comunal, puesto que el primero se mide en términos económicos y el segundo por su connotación político-cultural, haciéndose vital para la supervivencia de un pueblo indígena.

El reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículos 3.º y 4.º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]⁴⁷. En ese sentido, los pueblos indígenas tienen derecho a la libre autodeterminación dentro de su territorio ancestral, pudiendo decidir su futuro además de organizarse política, económica, social y culturalmente de conformidad con sus usos y costumbres debiendo respetar la estructura del Estado del que forman parte pero también exigiendo a la sociedad mayoritaria que respete su identidad étnica y cultural.

De otro lado, el artículo 18.º del Convenio 169 establece que: “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.” En efecto, la Constitución establece una garantía expresa sobre la propiedad de la tierra en forma comunal o cualquier otra forma asociativa [artículo 88]. Y además determina en el artículo 89.º que las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quiénes ingresan a sus territorios. Así, tales herramientas legales

45 Fundamento 21 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

46 Fundamento 22 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

47 Fundamento 23 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

permiten ejercer el derecho a la propiedad de su territorio. En tal sentido, resulta claro que las comunidades nativas y campesinas tienen el legítimo derecho de, en virtud del derecho a la propiedad, controlar intrusiones a su propiedad⁴⁸. Pero los pueblos indígenas no solo tienen derecho a controlar el ingreso de terceros a su propiedad comunal, sino también el derecho a la consulta previa de las concesiones de recursos naturales que impactan en sus territorios ancestrales, especialmente porque estas actividades económicas afectarían su medio ambiente y cultura, poniendo en peligro su propia subsistencia física y cultural.

1.6. *Sobre la obligación del Estado de delimitar los territorios indígenas*

En la segunda parte del Convenio N.º 169 se hace referencia a las tierras de los pueblos indígenas, debiendo el Estado parte tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que estos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Se establece así en su artículo 15 que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos se verían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Se establecen también, disposiciones que establecen la indemnización a la cual serán acreedores aquellos pueblos que hayan sido trasladados o reubicados por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido⁴⁹.

El Tribunal Constitucional tiene clara la obligación que le compete al Estado peruano de titular las tierras ancestralmente ocupadas por pueblos originarios de la costa, la sierra y la selva para garantizar su subsistencia física y cultural, así como el deber que tiene de concretar la consulta previa cuando el desarrollo de actividades extractivas o de infraestructura puedan afectar a los derechos de los pueblos indígenas, así como en el caso de reubicación forzada considerar el consentimiento previo, libre e informado y el pago de una indemnización por los daños socioculturales que dicha decisión estatal conllevará.

Es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de delimitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica, puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuáles son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las “reglas de juego” las que, en el fondo, no son más que **la normativa dirigida a procurar el bien común**, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso⁵⁰.

El multiculturalismo predominante en nuestra Constitución obliga al Estado peruano no solo a que identifique los diferentes pueblos indígenas que habitan el país, sino demarcar

48 Fundamento 25 de la Sentencia Exp. N.º 01126-2011-HC/TC.

49 Fundamento 42 de la STC N.º 0022-2009-PI.

50 Fundamento 44 de la STC N.º 0022-2009-PI.

y titular los territorios que ancestralmente poseen para poder tener certeza posteriormente de los impactos positivos y negativos que pueden tener los proyectos de inversión y de infraestructura en su ambiente y cultura. Esta es la única forma de poder implementar adecuada y oportunamente la consulta previa en la entrega de concesión, en la aprobación del estudio de impacto ambiental, así como en el establecimiento de servidumbres en sus territorios ancestrales. Incluso para los inversionistas esta forma de actuar respetuosa de los derechos humanos no solo les daría mayor seguridad jurídica sino evitaría conflictos sociales y aseguraría una paz social en la zona de exploración y explotación de recursos naturales.

1.7. **Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre territorio indígena**

El contenido y alcances de los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos. De ahí la importancia de las decisiones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, para la labor que realiza el Tribunal Constitucional. (...) Es la consolidación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se originó en la sentencia del Expediente N.º 00218-2002-HC/TC (fundamento 2), ha sido desarrollado (...) en la sentencia del Expediente N.º 007-2007-PI/TC, expresando que: **“las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive**, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”⁵¹.

En ese sentido, conviene recordar que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos existe una relación espiritual y cultural entre los pueblos indígenas y el territorio que ocupan ancestralmente, por lo que el Estado debe velar por la protección de la propiedad comunal, comprendiendo dentro de esta, tanto la posesión como la propiedad efectivamente titulada. Ciertamente, que la mejor forma de proteger la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, así como su derecho a la identidad étnica y cultural es efectivizar el derecho a la consulta previa en los proyectos extractivos y de infraestructura que se propongan desarrollar en sus territorios ancestrales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado opinión que el Tribunal Constitucional comparte, que **“la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”** [Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrafo 131]. Se observa un concepto más amplio y diferente de los derechos territoriales, relacionado directamente con la supervivencia del pueblo indígena y **“con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida**. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural” [párrafo 146]⁵².

Por consiguiente, la protección de la propiedad comunal es fundamental para el sustento de la vida física y cultural del pueblo indígena que se integra con su ambiente y recursos naturales, haciendo que toda su identidad étnica, social, cultural, económica y espiritual

51 Fundamento 47 de la STC N.º 0022-2009-PI.

52 Fundamento 48 de la STC N.º 0022-2009-PI.

dependa del control efectivo sobre su territorio y los recursos que le proporciona. De allí, que cualquier intervención de terceros que quiebre el equilibrio existente en la relación entre la naturaleza con el pueblo indígena, pone en peligro la existencia misma de la colectividad y su legado cultural.

Es también útil recordar que en la sentencia del *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, se subrayó la tradición comunitaria de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. Se indicó así que la “pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.” Se resaltó además que para los pueblos indígenas **“la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”** [párrafo 149]⁵³.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional toma consciencia que la propiedad comunal, es un derecho de naturaleza colectiva, que va más allá de lo meramente económico o patrimonial, y se extiende sobre aspectos sociales, culturales, religiosos, espirituales e incluso políticos, haciendo que la subsistencia del pueblo indígena sea solo posible si cuenta con un territorio titulado, seguro y protegido donde desplegar su identidad étnica y cultural, así como su libre autodeterminación.

También es importante tener presente las posturas respecto a la relación existente entre la posición y la propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. La Corte Interamericana ha sintetizado su posición sobre este tema en la sentencia del *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, concluyendo en su párrafo 128 lo siguiente⁵⁴:

- 1) *la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;*
- 2) *la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;*
- 3) *los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y*
- 4) *los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.”*⁵⁵.

Es muy importante que el Tribunal Constitucional asuma el concepto de derecho de propiedad comunal, forjado por la CIDH, comprendiendo que este derecho nace de la apropiación real y efectiva de un territorio por parte de los pueblos indígenas cuya principal título suficiente es la posesión ancestral que surte los efectos de título de propiedad comunal y le otorga a los pueblos indígenas el derecho de exigir al Estado que los titule y formalice como mecanismo adecuado de protección ante terceros que puedan invadir su territorio ancestral o que en virtud a un proyecto de inversión puedan impactar negativamente el lugar donde habitan históricamente.

53 Fundamento 49 de la STC N.º 0022-2009-PI.

54 Fundamento 50 de la STC N.º 0022-2009-PI.

55 Íbid.

2.

El derecho a la consulta previa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

2.1. El rango constitucional del Convenio 169 de la OIT

Previamente, debe destacarse que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N.º 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 de la OIT mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar normativa e interpretativamente de las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes⁵⁶.

Hoy que está en controversia la protección del derecho a la consulta previa es acertado recordar que ya el Tribunal Constitucional en el Caso “Cordillera Escalera” estableció que el Convenio 169 de la OIT, al ser un tratado de derechos humanos, es parte de la Constitución, por lo que los derechos de los pueblos indígenas que se consagran en dicho instrumento internacional son materia de protección constitucional incluyendo los derechos a la libre autodeterminación, la consulta previa, la propiedad comunal, los beneficios compartidos, la participación indígena, la identidad étnica y cultural, la educación intercultural, la salud intercultural, etc.

Es de resaltar que las situaciones jurídicas de ventaja y desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que ellos guardan sobre el mundo que los rodea. Así, a partir de ello, se debe disponer una tutela adecuada a su contexto y necesidades. Por ejemplo, la relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos, en consecuencia, el artículo 13 de la Convención 169 de la OIT establece que el término “tierras”, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de “territorio” ya que la unidad de la comunidad a su territorio

56 Fundamento 31 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

excede la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra⁵⁷.

La naturaleza especial de los derechos de los pueblos indígenas derivadas de su situación de desigualdad, su identidad étnica y cultural, y la libre autodeterminación produce derechos constitucionales especiales de acuerdo a la naturaleza de este sujeto de derecho colectivo, que no se corresponde con el que se aplica usualmente al resto de ciudadanos. Sin embargo, los tres más emblemáticos, son el derecho a la propiedad comunal, la jurisdicción indígena y la consulta previa que reflejan el multiculturalismo existente en el país, al permitir la existencia de un derecho intercultural. Así por ejemplo, el derecho de propiedad indígena es uno que atenua el valor de lo patrimonial y económico para relevar la relación espiritual y cultural que existe entre los pueblos indígenas y su territorio ancestral sin el cual no es posible su continuidad como colectividad.

El Tribunal Constitucional recuerda que el Convenio 169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales (STC N.º 3343-2007-PA/TC y STC N.º 00022-2009-PI/TC). No sólo forma parte de nuestro ordenamiento interno, sino que además ostenta el máximo rango, pues como hemos precisado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos (...) detentan rango constitucional” (STC N.º 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 26). En ese sentido, en aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los tratados sobre derechos humanos en general, y el Convenio 169 de la OIT en particular, tienen la función de complementar -normativa e interpretativamente- las disposiciones constitucionales sobre pueblos indígenas y, en particular, las referidas a sus derechos fundamentales y las garantías institucionales con las que tengan relación⁵⁸.

Actualmente, el nuevo Código Procesal Constitucional, en su artículo II de su Título Preliminar, establece que: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa.” Mientras que su artículo VIII del mismo título señala: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos.”

No cabe duda que el Convenio 169 de la OIT, al ser el principal instrumento internacional que consagra derechos humanos especiales para los pueblos indígenas, no solo forma parte del ordenamiento jurídico nacional, sino que se integra de manera directa con los derechos constitucionales protegidos por nuestra Constitución, siendo imposible luego de haberse consagrado dicha interpretación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desconocerlo en virtud al principio de progresividad y no regresividad aplicable al reconocimiento de derechos humanos. Por consiguiente, el derecho a la libre autodeterminación, el derecho a la participación indígena, el derecho a la consulta previa, el derecho al consentimiento previo, libre e informado, el derecho de propiedad comunal, entre otros, son derechos que ya forman parte de los derechos constitucionalmente protegidos en nuestro ordenamiento jurídico.

57 Fundamento 32 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

58 Fundamento 12 de la STC N.º 00024-2009-PI.

2.2. Vigencia del Convenio 169 de la OIT

El Tribunal Constitucional explicó que el Convenio 169 fue incorporado al ordenamiento peruano desde 1993, siendo ratificado por el Ejecutivo en 1994 y aplicable desde 1995, es cierto que su vigencia social ha sido sumamente limitada. Por el contrario, en términos de validez, este Tribunal ha resaltado y consolidado dicha calidad respecto al Convenio 169⁵⁹. Respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. No podría haberlo hecho pues la responsabilidad derivada de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional se determina a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, que se integran a los actos normativos que se dicten y a las decisiones de los tribunales internos⁶⁰.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional reiteró que “la exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento”⁶¹. Y agrega: “Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. (...) Tampoco fue abandonada ni puesta en entredicho por la RTC 6316-2008-PA/TC. No podría haberlo hecho, pues como se dejó entrever en la STC 0022-2009-PI/TC, el *dies a quo* de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional, como el Convenio 169, esencialmente se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, y no mediante decisiones de los tribunales internos. Aquella, pues, sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios para resolver casos que involucren al derecho a la consulta. (...)”⁶².

El derecho a la consulta mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, es constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [STC 0023-2009-PI/TC, Fund. Jur. 64]. En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida “afecta” directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aun así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas⁶³.

Por consiguiente, el derecho de consulta previa es un derecho constitucional que obliga al Estado a consultarle a los pueblos indígenas toda medida administrativa o legislativa que los pueda afectar como por ejemplo normas que obstaculizan su titulación de tierras ancestrales o normas que imponen servidumbres petroleras gratuitas en el interior de propiedad comunal sin compensar a las poblaciones indígenas impactadas. No cabe duda, que la falta de consulta previa de los estudios de impacto ambiental de actividades extractivas

59 Fundamento 7 del Auto N.º 06316-2008-PNTC.

60 Fundamento 7 de la STC N.º 00024-2009-PI.

61 Fundamento 23 de la STC N.º 00025-2009-PI/TC.

62 Fundamento 24 de la STC N.º 00025-2009-PI/TC.

63 Fundamento 25 de la STC N.º 00025-2009-PI/TC.

de alto impacto socio ambiental es uno de los asuntos aún pendiente en la agenda indígena al que los diversos gobiernos han hecho oídos sordos y lamentablemente ello ha generado conflictos socio ambientales en toda la amazonia y el ande como lo atestiguan los casos del Lote 192, Proyecto Minero “Conga” o el Proyecto Minero de “Las Bambas”.

Al respecto, el derecho a la consulta previa se encuentra reconocido en los artículos 6.1, 6.2 y 15 del Convenio 169 de la OIT, y fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 55 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley N.º 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios. Dicho derecho tiene entre sus fundamentos el principio de Estado democrático y la cláusula de Estado social, en el marco del Estado constitucional de derecho⁶⁴. Incluso en pleno 2021, el Tribunal Constitucional reiteró el carácter constitucional del derecho a la consulta previa, así como el derecho de propiedad comunal, por lo que su omisión o vulneración puede ser sancionada con la nulidad del acto jurídico que lo lesiona, pues atenta contra el ordenamiento constitucional vigente.

En efecto, la consulta previa coadyuva a promover la participación de los pueblos indígenas en el marco del Estado democrático. En virtud de los artículos 3 y 43 de la Constitución, el Estado peruano es un Estado democrático y social de derecho. Como Estado democrático, la participación ciudadana en el desarrollo del Estado adquiere una posición constitucional relevante. Los ciudadanos que conforman el estado peruano presentan diversidades étnicas (sentencia recaída en el Expediente 2196-2014-PA/TC, fundamento 3), lingüísticas, religiosas, etc. Y, entre las diversidades étnicas, se encuentran los pueblos indígenas, las comunidades campesinas (sentencia emitida en el Expediente N.º 03343-2007-AA/TC, fundamento 30). Por su parte, la consulta previa promueve la participación de los pueblos indígenas u originarios en el desarrollo del Estado y permite que las opiniones de estas comunidades se traduzcan en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando su cultura y forma de vida (sentencia recaída en el Expediente 06316-2008-PA/TC, fundamento 21, sentencia emitida en el Expediente N.º 05427-2009-AC/TC, fundamento 57). Consecuentemente, en la medida en que la consulta previa fomenta la participación de los pueblos indígenas u originarios en el Estado, coopera en el fortalecimiento del Estado democrático y lo legitima⁶⁵.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional ha establecido que la consulta previa forma parte inescindible de la democracia de un país multicultural como el Perú pues permite recoger la cosmovisión de las poblaciones originarias, proteger sus derechos constitucionales y permitir que puedan ejercer su libre autodeterminación a partir de un diálogo intercultural con el Estado en búsqueda de alcanzar acuerdos de buena fe y el consentimiento previo, libre e informado de estas poblaciones altamente vulnerables.

Por su parte, la consulta previa también encuentra entre sus fundamentos la cláusula de Estado social. El Estado democrático y social de derecho tiene como una de sus características la cláusula de Estado social, la cual tiene entre sus objetivos buscar alcanzar la igualdad material. La consulta previa coadyuva a que las comunidades indígenas participen en la elaboración e implementación de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente. De esa manera, con la participación de las comunidades indígenas, la consulta previa contribuye a reducir la exclusión a la que históricamente han estado sometidas, preservando su identidad y subsistencia digna⁶⁶.

64 Fundamentos 22 y 23 de la STC N.º 01717-2014-PC/TC.

65 Fundamento 24 de la STC N.º 01717-2014-PC/TC.

66 Fundamento 25 de la STC N.º 01717-2014-PC/TC.

Para tal efecto, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado en reiterada jurisprudencia que la consulta previa tiene entre sus características principales, extraídas del Convenio 169 de la OIT, los siguientes principios: a) la buena fe; b) la flexibilidad; c) el objetivo de alcanzar un acuerdo; d) la transparencia; y, e) la implementación previa del proceso de consulta (sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC, fundamento 26)⁶⁷. En ese orden de ideas, un diálogo intercultural entre Estado y pueblos indígenas implica, de buena fe, reconocerle su derecho de propiedad comunal, no obstaculizar su titulación, y eventualmente ser flexible en los procesos de consulta previa por imposición de servidumbres en sus territorios ancestrales, así como buscar de manera transparente llegar a acuerdos que posteriormente sean cumplidos.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha identificado una serie de posiciones iusfundamentales que constituyen el derecho a la consulta, entre las cuales están: a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales, b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa, c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta [sentencia recaída en los Expedientes 00022-2009-AI/TC; 00024-2009-AI/TC, fundamento 5; 00025-2009-AI/TC, fundamento 21]⁶⁸. Por consiguiente, toda medida estatal que afecte a los pueblos indígenas y su cultura debe ser objeto de consulta previa, lo que significa que antes de decidir aprobar la medida, el Estado debe informarle de la misma a los pueblos indígenas impactados, dialogar de buena fe con ellos, así como arribar acuerdos que posteriormente cumpla a cabalidad, caso contrario también se vulneraría el derecho a la consulta previa en su fase de ejecución.

En cuanto a la posición iusfundamental, “el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales”, se observa que genera entre sus obligaciones el deber de consultar, mediante procedimientos apropiados, a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente⁶⁹. Por tanto, el Estado debe implementar consultas previas considerando las diversas culturas que habitan el país, especialmente cuando se impacta su territorio, medio ambiente o salud, casos en los cuales el consentimiento previo, libre e informado es necesario para tener legitimidad en la aprobación de la medida gubernamental.

El Tribunal Constitucional ha resaltado que las medidas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas y originarias generan cambios relevantes y directos que producen, entre otros, cambios en su territorio, modo y estilo de vida, e inclusive afectaciones de tipo jurídico (sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-AI/TC, fundamentos 20 y 21). Así, una afectación directa es todo aquel impacto positivo o negativo que altera las esferas política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras, de la comunidad indígena u originaria, que son la base de su cohesión social⁷⁰.

Por consiguiente, medidas administrativas o legislativas que impacten en la libre autodeterminación, la propiedad indígena, medio ambiente, salud o la identidad étnica y cultural de estas poblaciones originarias deberán ser objeto de una consulta previa antes de aprobarse la medida propuesta, como son el caso de las concesiones para el aprovechamiento de recursos naturales en sus territorios ancestrales, la imposición de servidumbres, la aprobación de estudios de impacto ambiental o la reubicación de población originaria por

67 Fundamento 26 de la STC N.º 01717-2014-PC/TC.

68 Fundamento 27 de la STC N.º 01717-2014-PC/TC.

69 Fundamento 28 de la STC N.º 01717-2014-PC/TC.

70 Fundamento 31 de la STC N.º 01717-2014-PC/TC.

el posible desarrollo de un proyecto de infraestructura, supuestos en los cuales se exigirá además el consentimiento previo, libre e informado.



Foto: DAR.

Al respecto, la consulta previa debe ser realizada en un momento previo, antes de la aprobación, adopción o autorización de la medida legislativa o administrativa que afecte directamente a las comunidades indígenas u originarias. Así, teniendo en cuenta los estándares determinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de la IV disposición final y transitoria de la Constitución, en concordancia con el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional, **la consulta previa debe efectuarse durante las primeras etapas del proyecto, programa o plan de inversión**, a fin de que los pueblos indígenas u originarios puedan participar verdaderamente en el proceso de adopción o autorización de las medidas propuestas⁷¹.

De lo más importante que ha dicho el Tribunal Constitucional, es que la consulta previa se efectue durante las primeras etapas del proyecto, programa o plan de inversión, bajo el razonamiento que es esta la única manera de garantizar que los pueblos indígenas puedan participar del momento decisivo en la adopción de una decisión gubernamental que va impactar en su vida. No resulta por esto válida, ni legítima, la consulta previa minera que se hace luego de entregarse la concesión y aprobarse el estudio de impacto ambiental, esto es, posteriormente a la adopción de la decisión sobre la viabilidad del proyecto de inversión que impacta en la vida de los pueblos indígenas.

Y es que, después de la adopción, aprobación o autorización de la medida que afecte directamente a las comunidades indígenas u originarias, la participación de estas no tendría utilidad, pues sus puntos de vista no serían considerados en la toma de decisiones⁷², ni en la elaboración de las medidas, y se vulneraría el principio de buena fe, al consultárseles sobre decisiones⁷³.

71 Fundamento 42 de la STC N.º 01717-2014-PC/TC.

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Kichwa vs Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 167.

73 Fundamento 43 de la STC N.º 01717-2014-PC/TC.

La esencia de la consulta previa es que antes que se decida un asunto o medida gubernamental que va afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el Estado debe desarrollar un diálogo intercultural con las poblaciones originarias, buscando llegar de buena fe acuerdos y obtener su consentimiento libre, previo e informado. No tiene caso que se intente desarrollar una consulta previa cuando ya se adoptó o decidió la medida administrativas o legislativas, pues vacía el contenido de este derecho constitucional. Esta es la razón por la que se puede anular medidas administrativas que no se consultaron y que pueden afectarles directamente tales como la imposición de una servidumbre petrolera en sus territorios ancestrales, el otorgamiento de una certificación ambiental de un proyecto de inversión o el otorgamiento una concesión minera de alto impacto socio ambiental sin siquiera tener la participación de los pueblos indígenas en la adopción de la decisión.

El Tribunal Constitucional exhorta al Poder Ejecutivo a que incluya la participación de las comunidades indígenas y originarias en la implementación del procedimiento de consulta previa. La participación de las comunidades interesadas en la elaboración e implementación de las medidas legales o administrativas permite, entre otras cosas, que se tenga un verdadero conocimiento de la realidad, de cara a buscar medidas inclusivas que permitan un ejercicio real de la consulta previa. Ello contribuye a una participación más efectiva de los pueblos indígenas y originarios en el Estado, lo que, desde luego, fortalece la democracia⁷⁴.

La consulta previa es un derecho constitucional vital en una democracia de país multicultural, pues es la única manera de hacer participar en las decisiones del Estado a las minorías étnicas que pueden ser afectadas por medidas administrativas o legislativas que son diseñadas originalmente para la población en general, pero que no están calibradas ni pensadas, para las diversas culturas presentes en la costa, sierra y selva del Perú. Por esta razón se necesita dialogar con los pueblos indígenas para recoger sus aportes, suscribir acuerdos y obtener su consentimiento previo, libre e informado y de esta manera asegurarnos de respetar sus derechos colectivos tales como: propiedad comunal, medio ambiente, salud, educación o identidad étnica y cultural.

Dicha participación posibilita un clima de confianza y respeto mutuo, con el cual se promueve la característica de la buena fe de la consulta previa. En esta línea, la Relatora Especial sobre derechos de los pueblos indígenas ha resaltado que *“para garantizar el clima de confianza, respeto mutuo y buena fe que se requiere para establecer procesos de consulta genuinos, los propios procedimientos de consulta deben ser el resultado de un consenso.”*^{75 76} Por esto, la consulta previa debe observar los usos y costumbres de las poblaciones originarias, cumpliendo de esta forma su finalidad, como es actuar de buena fe y sin presiones, lo que solo se asegura con un diálogo intercultural real y auténtico entre el Estado y los pueblos indígenas, y no de carácter simbólico o formal como ocurre en el caso de la consulta previa en el sector minero.

2.3. Sustento del derecho a la consulta previa

Esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la

74 Fundamento 61 de la STC N.º 01717-2014-PC/TC.

75 Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/HRC/45/34. 18 de junio de 2020, párr. 53.

76 Fundamento 62 de la STC N.º 01717-2014-PC/TC.

Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 de la OIT⁷⁷. Por consiguiente, la consulta previa es una expresión de derecho de participación de los pueblos indígenas en la vida política, económica, social y cultural de la Nación; más apropiadamente, un mecanismo de democracia directa que al lado del derecho de protesta social son expresiones de derechos colectivos fundamentales para permitir que las demandas sociales de grupos marginados y minoritarios puedan ser escuchados y atendidos apropiadamente.

El artículo 7 del Convenio 169 de la OIT es contundente cuando establece que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.” Y esto solo es posible mediante la efectivización de la participación indígena en el aparato estatal, esencialmente en aquellas entidades que deciden asuntos que afectan a los pueblos indígenas, así como implementar adecuadamente la consulta previa de las medidas gubernamentales que impactan en los derechos de los pueblos indígenas.

2.4. El contenido de la consulta previa según el Tribunal Constitucional

El artículo 6, literal a), del Convenio 169 de la OIT, indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.⁷⁸

Luego, corresponde al gobierno identificar las medidas administrativas o legislativas que serán objeto de consulta previa con la participación de los pueblos indígenas pues son ellos los afectados con la norma que defina qué se consultará y qué no. Lamentablemente, las diversas entidades estatales hasta la fecha vienen identificando por su cuenta las medidas que se consultarán y esto ha generado que los pueblos indígenas acudan al Poder Judicial para efectos de poder efectivizar su derecho a la consulta previa en la imposición de servidumbres de hidrocarburos, electricidad o minería, los estudios de impacto ambiental o los proyectos de infraestructura vial.

De otro lado, el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT señala que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, “*aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*”. Es interesante enfatizar, además, lo expuesto en el artículo 15, que señala que los gobiernos “*deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras.*” De igual forma, el artículo indica

77 Fundamento 33 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

78 Íbid.

que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si son dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos⁷⁹.

El Convenio 169 de la OIT, por tanto, es imprescindible para gobernar un país multicultural sin conflictos sociales, puesto que solamente a través de su aplicación puede el Estado atender las demandas sociales y políticas de grupos étnicos, que representan la cuarta parte de la población peruana, lo que implica admitir sus aportes en la Constitución, entidades públicas, programas sociales y políticas públicas; pero además llegar a acuerdos relacionados a la explotación de recursos naturales en sus territorios indígenas, lo que implica buscar su consentimiento previo, libre e informado.

En virtud a ello, **la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural.**

Para ello debe brindarse la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla⁸⁰.

El Tribunal Constitucional, partiendo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha ido dando contenido al derecho constitucional de la consulta previa, incluso antes de aprobada la Ley de Consulta Previa y su reglamento, en virtud a los estándares internacionales ya consolidados; por lo que establece con total seguridad, que una consulta previa siempre debe hacerse antes de autorizar la ejecución de cualquier proyecto que pueda poner en riesgo derechos colectivos de pueblos indígenas. En ese orden, para considerar válida una consulta previa esta debe haber tenido una buena etapa de información con la población originaria permitiendo, que comprendan a cabalidad y en clave intercultural, los impactos positivos como negativos que el proyecto va generar a su comunidad. Solo después de haber agotado la etapa de información y estar seguros que los pueblos indígenas comprendan los impactos, se podrá iniciar un diálogo intercultural y buscar llegar a acuerdos, así como al consentimiento previo, libre e informado.

Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam. En dicha sentencia, además, se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio⁸¹. En otras palabras, existe la obligación del Estado de promover una titulación de territorios ancestralmente ocupados por las poblaciones indígenas, incluyendo bosques, cochas, ríos, lagos, etc., lo que no impedirá que sobre ellos puedan imponerse gravámenes, servidumbres o concesiones, siempre y cuando, sean sometidas las decisiones que aprueban dichas cargas a una consulta previa y al consentimiento libre, informado y previo.

79 Fundamento 34 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

80 Fundamento 35 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

81 Fundamento 36 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que⁸²:

“[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones” (Pueblo de Saramaka vs. Surinam, fundo 134). Esta participación y consulta de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales⁸³.

En otros términos, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la consulta previa involucra el consentimiento libre, informado y previo, especialmente cuando se trata de proyectos de explotación de recursos naturales, tales como concesiones de hidrocarburos, eléctricas, mineras, forestales, etc. Ciertamente, también se deben consultar los proyectos de desarrollo e infraestructura cuando afectan los derechos de los pueblos indígenas, como fue el caso de la Hidrovía Amazónica.

2.5. El derecho de consulta como diálogo intercultural

La protección otorgada por el Convenio del 169 de la OIT se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida⁸⁴. En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT es el principal instrumento internacional que se integra a la Constitución para reforzar la protección de los derechos humanos de las poblaciones originarias, que históricamente han sido marginadas y discriminadas, por lo que requieren de medidas especiales que garanticen su supervivencia social, cultural, política y física.

Otro ejemplo será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar los intereses de los pueblos indígenas. De otro lado, el artículo 15 también hace referencia al derecho de consulta, sin embargo, este artículo establece la consulta para el específico caso de exploración y explotación de recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas. De esta manera, en el punto 2 de dicho artículo se establece que⁸⁵ “En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, **los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.** Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (énfasis agregado).

82 Fundamento 36 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC.

83 Íbid.

84 Fundamento 14 de la STC N.º 0022-2009-PI.

85 Fundamento 16 de la STC N.º 0022-2009-PI.

Una de las principales preocupaciones del Convenio 169 de la OIT y del propio Tribunal Constitucional es el impacto que generan los proyectos extractivos en territorios indígenas sobre su cultura, medio ambiente y salud por lo que pone de relevancia reiteradamente la necesidad de que antes de emprender, ejecutar, decidir o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras debe existir una consulta previa, con todas las garantías del caso, esto es, con representantes debidamente elegidos por los pueblos indígenas, buena fe, oportunidad, flexibilidad, plazo razonable y una real búsqueda por arribar a acuerdos y al consentimiento libre, informado y previo.

El mandato establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas. Dentro de ciertos ámbitos, este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos⁸⁶.

Y es que, en el fondo, la consulta previa lo que pretende es que el Estado tome en cuenta la cosmovisión, identidad y libre autodeterminación de los pueblos indígenas, evitando que sean asimilados o invisibilizados mediante políticas públicas y normas importadas del extranjero o inspiradas en la cultura de la sociedad mayoritaria pero no las particularidades culturales de las diversas poblaciones indígenas que habitan el Perú, especialmente en la sierra y la selva del país.

Por medio de tales medidas lo que se pretende es una **reivindicación en clave de inclusión** de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales⁸⁷.

El Tribunal Constitucional es consciente de la realidad de este “Perú indígena”, explotado, marginado y discriminado, desde la época de la colonia hasta incluso la etapa republicana, y pese a ello; nos olvidamos que prácticamente los grandes cambios sociales han pasado por la decisión de ellos de apoyar causas nacionales, llámese la independencia, la guerra con Chile, la reforma agraria o las diversas crisis políticas en la historia reciente. Sin embargo, la clase política y la normatividad han sido poca agradecidos y consecuentes con el aporte que la población indígena hizo en la construcción del país. Una forma de revertir esta realidad, muy bien conocida, es aplicar la consulta previa como mecanismo para que el Estado integre a sus políticas, normas y medidas administrativas, un enfoque intercultural, que permita atender las demandas sociales y políticas indígenas, protegiendo de esta forma sus derechos colectivos y su propia subsistencia cultural.

86 Fundamento 17 de la STC N.º 0022-2009-PI.

87 Fundamento 18 de la STC N.º 0022-2009-PI.

2.6. Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas

El artículo 6 del Convenio N.º 169 obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al *aplicar las disposiciones* del Convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas **susceptibles de afectarles directamente**. Y si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja -debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos-, frente a medidas legislativas la tarea resulta sumamente complicada. Puede resultar bastante sencillo determinar que una norma como la **Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas** (Ley N.º 26505), es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de éstos. Sin embargo, existen otro tipo de normas cuyo análisis no resulta tan sencillo⁸⁸.

En ese contexto, las normas relacionadas con la titulación de tierras, así como las vinculadas a las servidumbres por actividades extractivas o de proyectos de desarrollo e infraestructura que impactan sobre territorios indígenas debieron ser sometidas a consulta previa. Incluso el tipo penal que sanciona al funcionario que titula al pueblo indígena, porque puede afectar un derecho de locación de un concesionario, pese a que el derecho de posesión ancestral indígena precedía al derecho del concesionario, también estaría viciada, y no podría aplicarse para recortar derechos de poblaciones indígenas pues no fue sometida a consulta previa ni al consentimiento libre, informado y previo.

Así, pueden observarse tres tipos de medidas legislativas: aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requieran establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta⁸⁹.

En el tercer supuesto, encontramos todas las normas sobre servidumbres para proyectos extractivos, así como proyectos de desarrollo e infraestructura, que, si bien son generales, tienen menciones expresas a los derechos de los pueblos indígenas. En la misma línea, se ubican los reglamentos de protección ambiental de los diversos sectores que, aunque consideran la participación ciudadana con enfoque de interculturalidad para los pueblos indígenas, no consideran la consulta previa de la medida administrativa, que contiene las disposiciones referidas a la prevención, contención, mitigación o compensación de los impactos socio ambientales que genera el proyecto; nos referimos a los estudios de impacto ambiental. Y aunque en muchos casos se han aprobado normas especiales sobre las medidas que se consultan en cada sector, lo ideal y apropiado es que se incorporen en la disposición en donde se abordan temas tan relevantes como los planes de cierre de minas, planes de abandono en hidrocarburos o la entrega de concesiones de recursos naturales, medidas que impactan usualmente en el territorio, medio ambiente, salud y cultura de los pueblos indígenas.

88 Fundamento 19 de la STC N.º 0022-2009-PI.

89 Fundamento 21 de la STC N.º 0022-2009-PI.

Respecto al artículo 15 del Convenio, es necesario precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato está directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino, por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados⁹⁰.

El Tribunal Constitucional reconoce que la consulta previa también se debe realizar a los pueblos indígenas que se encuentran alrededor del proyecto extractivo o de desarrollo, porque si bien no se ingrese a su territorio ancestral es evidente que el proyecto al estar cercano a ellos, los va impactar, por lo que deben ser objeto de consulta previa para efectos de garantizar sus derechos colectivos especialmente el de libre autodeterminación.



Foto: Rolando Mondragón / DAR

2.7. Elementos y características del derecho de consulta

Las características esenciales del derecho a la consulta revisten particular interés ya que, de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: **a)** buena fe, **b)** flexibilidad, **c)** objetivo de alcanzar un acuerdo, **d)** transparencia; y, **e)** implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del

90 Fundamento 23 de la STC N.º 0022-2009-PI.

derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional⁹¹.

En otros términos, una consulta previa simbólica, formal o simulada que carezca de buena fe, flexibilidad, transparencia o que se realice luego de adoptada la medida no podrá ser considerada válida, pudiendo ser cuestionada y anulada por inconvencional e inconstitucional, trayendo consigo la nulidad de la medida consultada que tendrá que ser sometida nuevamente a una consulta previa pero observando los principios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, leyes y reglamentos vinculados a la consulta previa.

a) Buena fe

Este Tribunal Constitucional estima que el principio de **buena fe** conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con el se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en **las tres etapas elementales** en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: **1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida**. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas⁹².

Por ejemplo, en la primera, cuando el funcionario prevea que la medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debe comunicársele a las entidades representativas de los pueblos indígenas. **No debe tratar de impedirse o imponerse trabas para que dicha información sea conocida** o que se concrete la consulta. El principio de transparencia obtiene un nuevo contenido en este escenario. En todo caso, frente a este tipo de contextos, los pueblos indígenas podrían utilizar las garantías judiciales pertinentes a fin de subsanar esta situación. En la segunda etapa indicada se comprende que las partes, y sobre todo el Estado, deben estar comprometidos en encontrar un consenso. Sería bastante fútil generar un espacio de discusión y diálogo intercultural, cuando lo que en el fondo se pretende es simplemente **la mera apariencia de cumplimiento de la norma**, sin que se recaiga en lo sustancial de la misma. Como lo explicita el artículo 6 del Convenio, **la finalidad del diálogo será llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas**. Para ello, se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. También debe tomarse en cuenta cuestiones relativas al clima y la accesibilidad de los miembros de los pueblos indígenas al lugar en donde se va a llevar a cabo la consulta. No debe optarse por lugares de difícil acceso o que en determinada época del año presenten dificultades de acceso⁹³.

Es sumamente importante lo dicho por el Tribunal Constitucional, puesto que permite contemplar al principio de buena fe en todo el ciclo de la consulta previa de una medida

91 Fundamento 26 de la STC N.º 0022-2009-PI.

92 Fundamento 27 de la STC N.º 0022-2009-PI.

93 Fundamento 28 de la STC N.º 0022-2009-PI.

administrativa o legislativa, que puede impactar en un pueblo indígena, como es en la identificación de la medida, el diálogo intercultural y el cumplimiento de los acuerdos adoptados. No puede la consulta previa tratarse como una mera formalidad o trámite, sino debe ser el ejercicio de un derecho constitucional de índole político de los pueblos indígenas que les permita participar de manera efectiva en la toma de decisiones sobre la aprobación de medidas del Estado que va a impactar en sus derechos. Sin duda, la finalidad de la consulta previa no debe estar obstaculizada por engaños, apariencias o conductas dilatorias, sino deben estar preñadas de la buena voluntad de llegar a acuerdos y al consentimiento libre, informado y previo.

Acercas de la última etapa, de nada servirá arribar a los consensos si es que luego, en la ejecución de lo consultado, se pretende hacer caso omiso a los compromisos asumidos. El respeto del principio de buena fe, exige que no se desconozca el espíritu del compromiso. El reto es mejorar la calidad de representación de los pueblos indígenas incorporándolos como grupos pluralistas en la dinámica participativa de la democracia⁹⁴. En ese sentido, una consulta previa debidamente garantizada debe implicar mecanismos de control y supervisión de los acuerdos de consulta previa, para que pueda impulsarse su cumplimiento y en caso no se vengán ejecutando los acuerdos, aplicar sanciones o medidas coercitivas a los funcionarios públicos responsables de implementarlo.

Acertadamente, el Tribunal Constitucional advierte que es necesario incorporar a los pueblos indígenas a nuestra democracia, de lo cual se infiere que los partidos políticos deben integrarlos como miembros y en sus agendas. Ese mismo curso debe seguir los diversos poderes del Estado que tienen competencias sobre asuntos indígenas como los Ministerios de Educación, Cultura, Agricultura y Ambiente; la Defensoría del Pueblo, el Congreso de la República, el Tribunal Constitucional, entre otros.

Asimismo, es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación⁹⁵.

La buena fe implica que no se presione a los pueblos indígenas otorgándoles plazos cortos para que puedan comprender la medida o cerrar acuerdos, sino que entraña brindarles un plazo razonable teniendo en cuenta: la complejidad de la medida, la lejanía de sus comunidades, las dificultades logísticas, las fechas especiales para los pueblos indígenas y la propia organización, así como la manera colectiva en que adoptan sus decisiones.

b) Flexibilidad

Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar cada proceso al tipo de medida, sea administrativa o legislativa, que se pretende consultar. Es por ello que en el

94 Fundamento 29 de la STC N.º 0022-2009-PI.

95 Fundamento 30 de la STC N.º 0022-2009-PI.

artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias”⁹⁶.

Así que, los diversos pueblos indígenas que habitan nuestro país, tienen derecho a establecer la manera más apropiada en que se debe realizar la consulta previa de la medida propuesta. Con este fin se pueden organizar para consensuar un protocolo de consulta previa, aplicable específicamente al pueblo indígena afectado en concreto, y proponérselo al Estado para efectos de asegurarse el respeto a su libre autodeterminación, identidad étnica y cultural, así como su forma de organización social.

De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados⁹⁷.

El Tribunal Constitucional advierte que la flexibilidad en el desarrollo de una consulta previa depende también de la gravedad de impactos ambientales, sociales y culturales que pueda traer la medida propuesta. Así será más intensa en los casos de otorgamiento de concesiones de aprovechamiento de recursos naturales, aprobación de estudios de impacto ambiental, modificaciones de instrumentos de gestión ambiental, aprobación de planes de cierre de minas, aprobación de planes de remediación ambiental, aprobación de planes de abandono o en la imposición de servidumbres que afectan el medio ambiente y el territorio de los pueblos indígenas; en estos casos se requerirá una consulta previa con la máxima información posible, con enfoque intercultural y valorizaciones socio ambientales que reflejen los acuerdos de la consulta previa desarrollada.

c) Objetivo de alcanzar un acuerdo

Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un **verdadero diálogo intercultural**. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas, como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados⁹⁸.

96 Fundamento 31 de la STC N.º 0022-2009-PI.

97 Fundamento 32 de la STC N.º 0022-2009-PI.

98 Fundamento 33 de la STC N.º 0022-2009-PI.

Uno de los temas más relevados por el Tribunal Constitucional, en su análisis de la consulta previa, es la necesidad de tomar conciencia desde el Estado que los pueblos indígenas deben beneficiarse de las actividades económicas que se desarrollen en sus territorios, esto significa que exista una real coparticipación en el disfrute de la riqueza. No resulta sostenible que solamente se mitigue los impactos socio ambientales y culturales, sin que se establezca alguna clase de compensación ambiental o económica, justa y equitativa, a favor de los pueblos indígenas de cuyos territorios ancestrales, se extraen recursos naturales que generan una alta rentabilidad al concesionario y al Estado. Está claro, que usualmente un verdadero diálogo intercultural gira en torno a los mecanismos para resguardar al medio ambiente, la cultura local y los beneficios que obtendrán los pueblos indígenas como consecuencia de la aprobación de la medida propuesta, por lo que es importante que los acuerdos a los que se arriben, cuenten con mecanismos de control y fiscalización, para garantizar su cumplimiento.

Puesto que el Convenio N.º 169 de la OIT ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso, la obligación de llevar a cabo la consulta. Es por ello que el **Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta**. Ello desde luego no diluye la responsabilidad de los pueblos indígenas de detectar previamente al dictado de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, y por lo tanto, plantear al órgano estatal pertinente que se lleve a cabo la consulta. Ello pone a prueba la transparencia con la que opera el Estado al momento de establecer medidas, en este caso, relativas a los pueblos indígenas⁹⁹.

Efectivamente, si bien, es obligación del Estado realizar la consulta previa, esto también conlleva que tenga la obligación de identificar las medidas administrativas o legislativas que deben ser objeto de consulta previa; lo que no impide que sean los propios pueblos indígenas quienes puedan reclamar la consulta previa de medidas propuestas que les afectan, sea mediante una petición de consulta previa o la interposición de un recurso de amparo cuyo objeto sea que se consulte la medida que el sector no ha identificado como consultable pese a tener un grave impacto negativo en la vida del pueblo indígena.

d) Transparencia

El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuáles van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida¹⁰⁰. Así, la transparencia implica que se brinde toda la información necesaria y suficiente sobre la medida propuesta y sus impactos, especialmente los negativos, así como la manera como serán evitados, prevenidos, mitigados o indemnizados; todo lo cual debe ser explicando con pertinencia cultural, verificando que en los casos de temas complejos, sea comprendido por las poblaciones indígenas, mediante preguntas y repreguntas.

99 Fundamento 34 de la STC N.º 0022-2009-PI.

100 Fundamento 35 de la STC N.º 0022-2009-PI.

El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de la misma pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto¹⁰¹. En ese sentido, la autonomía de los pueblos indígenas debe permitir que ellos se puedan autoorganizar para elaborar un protocolo de consulta previa apropiado para su cultura y de esta manera se asegure una mayor transparencia al considerar las instituciones indígenas y la manera como transmitirán la información sobre la medida propuesta, aplicando el enfoque de interculturalidad.

e) Implementación previa del proceso de consulta

Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo **en forma previa** a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. **La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas.** Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además, generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo revelarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan¹⁰².

En otras palabras, es inconvencional e inconstitucional realizar una consulta previa sobre hechos consumados, cuando la decisión que va impactar en el pueblo indígena ya fue aprobada y ejecutada, por ejemplo, cuando ya se otorgó la concesión minera o se impuso la servidumbre de hidrocarburos, sin haber efectuado la consulta previa a las poblaciones que ancestralmente poseen el lugar donde se van a desarrollar las actividades extractivas en cuestión. Por consiguiente, la consulta previa debe realizarse antes de que se adopte la medida administrativa o legislativa que va impactar a los pueblos indígenas, pues de esta manera, se puede asegurar que los acuerdos a que llegue el Estado con los pueblos indígenas se puedan incorporar en el proyecto de inversión o de desarrollo, y además garantizar el consentimiento libre, previo e informado.

2.8. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta

El Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 0022-2009-PI, estableció el contenido constitucional del derecho de consulta previa y dijo que para este derecho importa; **i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta;** y, **iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta.** No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o

101 Fundamento 35 de la STC N.º 0022-2009-PI.

102 Fundamento 36 de la STC N.º 0022-2009-PI.

la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta¹⁰³. En otros términos, el derecho de consulta previa comprende el derecho a peticionar la consulta previa ante las autoridades competentes por una medida que afecta a los pueblos indígenas, así como la observancia de sus principios de oportunidad, buena fe, flexibilidad, transparencia, plazo razonable, entre otros. Incluso se considera dentro de su contenido la facultad de exigir el cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta previa.

En lo que al acceso a la consulta previa importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado¹⁰⁴. Luego, se afecta el derecho a la consulta previa cuando medidas administrativas o legislativas que impactan negativamente al territorio y ambiente de los pueblos indígenas no son objeto de consulta previa como sería el caso de la aprobación de leyes que promueven carreteras en sus territorios o la imposición inconsulta de servidumbres para proyectos extractivos en posesiones ancestrales indígenas.

En lo que respecta a **las características esenciales del proceso de consulta**, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas, es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas¹⁰⁵. Efectivamente, la inobservancia de los principios de la consulta previa la invalidan y generan la nulidad de medida administrativa o legislativa cuestionada, como sería el caso de no considerar los usos y costumbres del pueblo indígena en el desarrollo de la consulta previa, el idioma que hablan o el no haberles facilitado la contratación de un equipo técnico independiente que los asesore en la consulta previa de una medida técnica y compleja, de difícil comprensión, si es que no cuenta con asesores expertos.

La garantía del cumplimiento de los acuerdos resultantes de la consulta implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que, en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de las medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados, de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta¹⁰⁶.

En otras palabras, el derecho de consulta previa comprende la facultad de exigir que se cumplan los acuerdos a los que arribaron el Estado y los pueblos indígenas sobre la medida consultada. En caso de incumplimiento, el Estado estaría infringiendo el deber de buena fe, afectando los derechos colectivos de estas poblaciones vulnerables, por lo que los pueblos indígenas defraudados podrían acudir a un proceso de amparo para efectos de judicialmente obligar al Estado cumplir su palabra.

103 Fundamento 37 de la STC N.º 0022-2009-PI.

104 Fundamento 38 de la STC N.º 0022-2009-PI.

105 Fundamento 39 de la STC N.º 0022-2009-PI.

106 Fundamento 40 de la STC N.º 0022-2009-PI.

2.9. Etapas del proceso de consulta

Si bien el Convenio N.º 169 de la OIT está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. (...) En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta¹⁰⁷.

- i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida¹⁰⁸.

Ahora bien, esto puede ser un arma de doble filo, porque la autoridad puede decidir no consultar medidas que afectan a los pueblos indígenas, como por ejemplo, normas sobre inversiones que afectan territorios indígenas, tipos penales que obstaculizan la titulación de territorios indígenas o la imposición de servidumbres sobre territorios indígenas. Sin embargo, la facultad de identificar las medidas administrativas o legislativas sujetas a consulta, trae consigo que tiene que hacerse de buena fe, caso contrario incurre en responsabilidad y los pueblos indígenas pueden impugnar esa decisión mediante un recurso de amparo para que se respete su derecho de consulta previa.

- ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación¹⁰⁹.

Hay que tener en cuenta que en el caso de afectaciones territoriales no solo debe tenerse en cuenta a los pueblos indígenas cuyos territorios de manera directa son afectados por la medida propuesta, sino también aquellos que se encuentra en los alrededores y que evidentemente también serán impactados en su ambiente y cultura.

- iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha¹¹⁰.

El plazo razonable implica considerar la complejidad de la medida a consultar, las dificultades geográficas de la ubicación de los pueblos indígenas, la organización social, así como el tiempo necesario para que los pueblos indígenas puedan asesorarse sobre las implicancias de la medida consultada. También el Estado deberá evitar formas de negociación de tómallo o déjalo, procurando recepcionar la propuesta de los pueblos indígenas para poder brindarles una contrapropuesta antes de ingresar a la etapa del diálogo intercultural.

- iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida, entonces concluye la etapa de negociación¹¹¹. Advertimos que el panorama puede ser complejo y eso no debe desmerecer la calidad de la consulta sino todo lo contrario, relieves su utilidad, pudiendo existir acuerdos sobre la medida, no

107 Fundamento 41 de la STC N.º 0022-2009-PI.

108 *Íbid.*

109 *Íbid.*

110 *Íbid.*

111 *Íbid.*

acuerdos sobre la medida, así como acuerdos sobre asuntos no relacionados a la medida.

- v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. El Tribunal Constitucional estima pertinente que en este punto de la etapa, la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena¹¹². De esta manera, el Estado en mérito a los principios de buena fe, flexibilidad y plazo razonable debe procurar dialogar de manera intercultural con las poblaciones indígenas, sin presionarlas, teniendo la mayor comprensión de su situación de exclusión y marginación histórica, apuntando a llegar acuerdos y al consentimiento libre, informado y previo.

112 Fundamento 41 de la STC N.º 0022-2009-PI.

3.

La consulta previa en la planeación e implementación de servicios públicos de infraestructura en el Perú

Las carreteras, líneas férreas, aeropuertos, helipuertos e hidrovías, sin duda son fundamentales para el desarrollo social y económico de un país porque permiten conectar lugares lejanos sin oportunidades para el desarrollo con las grandes urbes y capitales regionales, lo que puede ser clave para la prestación de servicios de salud y educación además de generar mayores oportunidades laborales y sentimiento de pertenencia al Estado.

Sin embargo, estos proyectos de infraestructura y servicios públicos sin consulta o una auténtica participación ciudadana pueden constituir una verdadera amenaza para la existencia de poblaciones indígenas y la supervivencia de bosques y diversidad biológica; tomando como ejemplo el caso de las carreteras que puede facilitar la trata de personas, el tráfico de minerales ilegales, tráfico de diversidad biológica, la aparición de plantaciones ilegales tales como la soya, o plantaciones de palma aceitera, la deforestación de bosques de protección, la pérdida de territorio de pueblos indígenas, así como invasiones de colonos y conflictos socio ambientales con los pueblos indígenas que habitan alrededor de la infraestructura vial.

Y es justamente esta la razón por la que todo proyecto de infraestructura que afecta pueblos indígenas debe ser objeto de consulta previa, en todas las fases de planeación e implementación. En palabras de la Corte Suprema peruana¹¹³:

“6. Debe garantizarse la participación de los pueblos interesados en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio de la comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo; desde las primeras etapas de la elaboración planificación del proyecto o medida propuesta, garantizando que los pueblos puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales.” (...)

“8. La consulta debe ser previa a la adopción de la decisión o implementación de la medida, desde las primeras etapas del plan, inversión o medidas, el aviso temprano permite la evaluación y el debate al interior de las comunidades para adoptar la respuesta que consideren adecuada.”

En ese sentido, si el Gobierno piensa implementar un proyecto ferroviario que puede impactar en derechos colectivos indígenas debe consultarles el proyecto antes que sea concesionado para que pueda el contrato respectivo contener los acuerdos de consulta

113 Considerando 4.5. Estándares internacionales de la consulta previa. Sentencia A.P. N.º 29126-2018-Lima.

previa referidos por ejemplo a las obligaciones sociolaborales, socioambientales así como los aportes formulados al documento por los pueblos indígenas, como ocurrió en el caso de la Hidrovía Amazónica.

3.1. El caso del proyecto Hidrovía Amazónica

En el año 2015 se abrió la posibilidad de consultar el contrato de concesión del diseño, financiamiento, construcción, operación, mantenimiento del proyecto Hidrovía Amazónica: ríos Marañón y Amazonas, tramo Saramiriza – Iquitos – Santa Rosa; río Huallaga, tramo Yurimaguas – Confluencia con el río Marañón; río Ucayali, tramo Pucallpa – confluencia con el río Marañón (en adelante, “Hidrovía Amazónica”). Esto implicaba “limpiar el río” de empalizadas, árboles caídos, arena acumulada en el caudal y efectuar dragados en estas zonas para permitir que se pueda crear un canal por donde puedan transitar sin dificultades las embarcaciones mayores. El problema principal radicaba en que el dragado del río implicaba remover arena y sedimentos de su lecho generando un impacto en el ambiente y la vida de los pueblos indígenas, cuyas costumbres y alimentación dependen de los peces y recursos del río. No olvidemos que dragar en época de mijano (migración de peces, donde se recolecta la mayor cantidad de pescados para la población local), significa afectar la dieta proteica de los pueblos indígenas amazónicos.

El proceso de consulta previa de la Hidrovía Amazónica, ha significado la notable mejora de los Términos de Referencia del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), que es la pauta para neutralizar los impactos negativos del proyecto en las poblaciones indígenas y el ambiente, lo que ha permitido una revisión minuciosa del contrato de concesión y su modificación, y ha establecido reglas de juego para los próximos veinte (20) años tanto al concedente (MTC), al regulador (OSITRAN) y al Concesionario frente a la relación con catorce (14) pueblos indígenas factados de Loreto y Ucayali.

El legado de este proceso sienta un precedente favorable en las experiencias de consulta previa de infraestructura, dentro de las que destacan:

- a) Establecer la posibilidad de realizar una consulta previa al EIA, si se detectan nuevas afectaciones en este documento, que es justamente el que permite tener certeza de las afectaciones reales del proyecto, y se hace imperativa la consulta a las poblaciones indígenas como en el 2014 sostuvo el propio MTC y PROINVERSIÓN.
- b) También resulta un logro el reconocimiento de los diferentes programas de vigilancia y monitoreo indígena independiente por parte del MINCUL, y los entes estatales competentes, además de la capacitación del caso.

No menos importante es permitir que puedan participar en la elaboración del EIA, tres (03) sabios de los pueblos indígenas, y se incorporen como veedores en el Comité de Aceptación de la Obra a los monitores indígenas, y que se articule esfuerzos con el regulador para que ellos los acompañen en sus supervisiones. Destaca también la compensación e indemnización por servidumbres en territorios indígenas, teniendo en cuenta el valor ecosistémico y la obligación de respetar la propiedad indígena y posesión ancestral, priorizándose los alquileres frente a servidumbres. También se logró que se reconociera como una falta grave del concesionario merecedora de una multa, el dragar en época de mijano y desove, considerado dentro del supuesto de incumplimiento del EIA.

La atención de peticiones no vinculadas directamente a la medida a consultar como el agua potable y saneamiento, educación, salud, y condiciones de desarrollo mínimas se derivaron a la constitución de un Grupo de Trabajo Multisectorial liderado por el MTC, que si en 90 días no tenía resultados se convertiría en Comisión Multisectorial, donde también se abordaría la construcción de una Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) que mida los impactos acumulados por las diversas actividades económicas en los ríos amazónicos; ciertamente, se quedaron en el camino los beneficios económicos directos para las comunidades y el establecimiento de un fideicomiso social, pese a que se demostró que el concesionario tendría ganancias económicas significativas, que irían por año de dos a diecisiete millones de dólares.

| Acuerdos de la Consulta Previa de la Hidrovía Amazónica | Comentarios |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> - De ser el caso que en el presente proyecto de provisión de servicio público Hidrovía Amazónica se identifiquen nuevas afectaciones a los pueblos indígenas que no hayan sido objeto de la presente consulta, y las mismas se identifiquen en el desarrollo del EIA, éstas se evaluarán de acuerdo a la legislación sobre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa. | <p>Este es el primer acuerdo de consulta previa que apunta a que se consulten los EIA sin embargo, está condicionado a la discrecionalidad del sector estatal competente en certificación ambiental y su efectivización en el 2018 es todo un dolor de cabeza para las organizaciones indígenas que encuentran resistencia en el Estado puesto que se vienen negando en base al argumento que “aún no se han identificado nuevas afectaciones y que las mismas ya se habrían conocido en su integridad en la consulta previa de los términos de referencia del EIA”. Ello revela la falta de buena fe del sector transporte y ambiente que quieren desconocer que el EIA es una medida que afecta directamente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas y por tanto, debe ser objeto de consulta previa.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - El Ministerio de Transportes y Comunicaciones se compromete a desarrollar capacidades ambientales para monitores indígenas. Para ello coordinará con el Ministerio de Cultura y con las organizaciones indígenas. El MTC tendrá el listado de los monitores indígenas capacitados. | <p>Este acuerdo consolida el reconocimiento de los monitores y vigilantes indígenas sobre su territorio ancestral como consecuencia del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.</p> |

| Acuerdos de la Consulta Previa de la Hidrovía Amazónica | Comentarios |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> - Es un acuerdo del acta de consulta que el MTC se compromete a desarrollar capacidades ambientales para monitores indígenas, a la suscripción del contrato de concesión de la Hidrovía Amazónica, recogiendo las recomendaciones planteadas por los pueblos indígenas en el proceso de consulta previa de la Hidrovía Amazónica. Para ello coordinará con el Ministerio de Cultura y con las organizaciones indígenas. El MTC tendrá el listado de los monitores indígenas capacitados. | <p>Sin duda fue un logro histórico que la facultad de los pueblos indígenas de conservar sus recursos naturales sea reconocida de manera expresa a través del Programa de Monitoreo y Vigilancia Indígena, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - El Ministerio de Cultura coordinará con la entidad estatal correspondiente para el reconocimiento declarativo del Programa de Monitoreo y Vigilancia Indígena y sus miembros acreditados por el pueblo indígena. Así como su articulación con las autoridades competentes. | |
| <ul style="list-style-type: none"> - Es un acuerdo del acta de consulta que el MTC se compromete a coordinar con la autoridad competente un Programa de Certificación de Competencias Laborales para los Monitores y Vigilantes Indígenas Ambientales. Para ello coordinará con el Ministerio de Cultura para el seguimiento respectivo. | |
| <ul style="list-style-type: none"> - El Concesionario respetará los acuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas como resultado del proceso de consulta previa del proyecto Hidrovía Amazónica. | <p>De esta forma el concesionario se verá obligado a respetar los acuerdos de consulta previa siguiendo las lecciones aprendidas en el sector hidrocarburos.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - El EIA incluirá conforme a los TdR, el acuerdo de suspensión de actividades de dragado en tránsito del mijano y desove. | <p>Se tomó en cuenta una de las principales preocupaciones de los 14 pueblos indígenas afectados por la hidrovía amazónica.</p> |

| Acuerdos de la Consulta Previa de la Hidrovía Amazónica | Comentarios |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - El Concedente podrá dar por terminado el presente Contrato en forma anticipada en caso que el Concesionario incurra en incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Sin perjuicio de las penalidades y sanciones que procedan, se considerarán como causales de incumplimiento de las obligaciones del Concesionario, aquellas señaladas expresamente en el Contrato, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: <ul style="list-style-type: none"> c) La grave alteración del ambiente, del patrimonio histórico y/o de los recursos naturales, producto del incumplimiento doloso o culposo de las especificaciones y acciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental, declarada así por decisión firme emitida por la Autoridad Gubernamental competente. | <p>Se consagra por primera vez la resolución de un contrato de concesión por infracción ambiental e incumplimiento de obligaciones socio ambientales establecidas en el EIA a propuesta de los pueblos indígenas.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - Se deberá efectuar una valoración económica del impacto ambiental, utilizando metodologías aplicables, dentro del ámbito del proyecto y su área de influencia. Se deberá añadir un ítem en el que se cuantificará los impactos por pérdida económica de la población indígena, ocasionados por las actividades en ejecución del proyecto. Considerar la superposición a las zonas de amortiguamiento de las ANP implicadas, tomando en cuenta la Guía de Valoración Económica Ambiental del MINAM. | <p>Se consolida la valoración económica ambiental como metodología aplicable a los impactos del proyecto.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - Es un acuerdo del acta de consulta que la Dirección General de Transporte Acuático-MTC coordinará con las entidades competentes entre ellas la PCM para elaborar un Plan de Desarrollo Indígena. - Las organizaciones indígenas presentes en el proceso de consulta de la Hidrovía Amazónica solicitan que para el desarrollo del plan se considere el territorio integral por pueblo indígena u originario. | <p>El Estado vía acuerdo de consulta previa se compromete a elaborar e implementar un Plan de Desarrollo Indígena con participación de los pueblos originarios.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - Es un acuerdo del acta de consulta que en 30 días calendarios el MTC promoverá la conformación de un Grupo de Trabajo Multisectorial que abordará la problemática de los pueblos indígenas que ha sido presentada en el proceso de la consulta previa (actas de evaluación interna, sesión de diálogo) del proyecto de Hidrovía Amazónica. Este grupo incorporará a los representantes de los pueblos indígenas. <p>Si en el plazo de 90 días, este grupo no presenta un plan de trabajo se promoverá la constitución de una Comisión de Trabajo Multisectorial que incorporará a los representantes de los pueblos indígenas.</p> | |

| Acuerdos de la Consulta Previa de la Hidrovía Amazónica | Comentarios |
|--|--|
| <p>Desacuerdo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Los pueblos indígenas solicitan que el dragado que se realice en el proyecto Hidrovía Amazónica solo tenga como profundidad máxima 1.80 metros, tal como entendieron de la información brindada por la entidad promotora. Los pueblos indígenas indican que solicitan esta medida a fin de evitar el ingreso de embarcaciones de mayor tamaño. Por lo tanto, no aceptan la propuesta de la entidad promotora y solicitan que se tome en cuenta su posición y se garanticen sus derechos colectivos al tomar la decisión. | <p>El dragado de los ríos que involucra la ejecución de la Hidrovía Amazónica va generar un alto impacto ambiental pudiendo poner en riesgo la vida y cultura de los pueblos indígenas.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - Posible consulta del EIA del proyecto. “De ser el caso que en el presente proyecto de provisión de servicio público hidrovía amazónica se identifiquen nuevas afectaciones a los pueblos indígenas que no hayan sido objeto de la presente consulta, y las mismas se identifiquen en el desarrollo del EIA, estas se evaluarán de acuerdo a la legislación sobre los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa.” | <p>El problema de este acuerdo es que se deja a discreción de la autoridad que otorga la certificación ambiental la consulta previa del mismo con lo cual se condiciona la efectivización del derecho colectivo indígena.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - Reglamento de infracción y sanciones en materia ambiental para el transporte fluvial. Es un acuerdo del acta de consulta que el MTC desarrollará, antes de la ejecución del proyecto, un Reglamento de Infracción y Sanciones en Materia Ambiental para el transporte fluvial, el mismo que debe contemplar la actualización de la tabla de infracciones y sanciones. Este Reglamento abordará entre otros temas: el impacto del dragado en tránsito del mijano, desove, turbidez. Asimismo, de ser pertinente se aplicará el artículo 21 de la Ley 28245. | <p>Es la primera vez que mediante acuerdo de consulta previa se consigue poner en evidencia el incumplimiento de obligaciones legales de un ente estatal y se le obliga a corregir su falta de reglamentación de infracciones y sanciones ambientales del sector transporte.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - Reglamento Nacional de Transporte Fluvial con sanciones y penalidades que contará con la participación de los pueblos indígenas. “Es un acuerdo del acta de consulta que el MTC promulgará un Reglamento Nacional de Transporte Fluvial con sanciones y penalidades”, “la Dirección General de Transporte Acuático desarrollará y aprobará normas para regular el transporte fluvial, en coordinación con todos los actores vinculados al transporte fluvial, incluyendo a los pueblos indígenas”. | <p>Se aseguró la participación de los pueblos indígenas en la elaboración del Reglamento Nacional de Transporte Fluvial.</p> |

| Acuerdos de la Consulta Previa de la Hidrovía Amazónica | Comentarios |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - Línea de base sociocultural debe recoger la relación de subsistencia, económica y espiritual que tienen los pueblos indígenas con el río y su medio ambiente. "Se deberá desarrollar una caracterización antropológica de las costumbres, cosmovisión, simbología, religión y espiritualidad, folclore (...) visión o percepción de la vida en sus diferentes actividades y manifestaciones culturales y actividades económico-productivas de los pueblos indígenas relacionadas con su medio ambiente y/o sus recursos naturales (río, peces, montañas, áreas naturales, flora, fauna, entre otros) con la finalidad de evaluar posteriormente los posibles impactos negativos o positivos a nivel social, cultural, económico y espiritual que se pueden producir a dichas comunidades nativas". | <p>Los pueblos indígenas se aseguraron que la línea de base del estudio de impacto ambiental recoja la relación sociocultural y económica que tienen con el río y el ambiente.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - La consultora que realizará el EIA estará conformado por mínimo 3 sabios indígenas. "Asimismo, la entidad consultora contará con un equipo de apoyo integrado como mínimo por: 03 sabios indígenas acreditados por las organizaciones regionales". | <p>Los pueblos indígenas se aseguraron que por primera vez en el equipo de apoyo de la consultora ambiental se encuentren tres sabios indígenas acreditados por las organizaciones indígenas.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - Plan de compensación e indemnización por servidumbres para áreas auxiliares del proyecto. "En caso sea necesario establecer una servidumbre en territorio indígena, ya sea permanente o temporal, vinculada a instalaciones auxiliares y estaciones limimétricas se deberá contar con un plan de compensación e indemnización por el uso de territorio indígena como servidumbre. En caso pertinente, se aplicará la Guía de valoración económica ambiental MINAM". | <p>Se consiguió por primera vez en la historia de las compensaciones por servidumbres que se aplique la valoración económica ambiental.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> - En la cláusula 13.5 se señala que el Concesionario identificará y evaluará los pasivos ambientales y remitirá esta información al OEFA. El Concesionario llevará a cabo la identificación y evaluación de los pasivos ambientales durante la elaboración del EIA-d. El Concedente remitirá esta información al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, para los fines correspondientes de acuerdo a sus competencias. Asimismo, remitirá esta información a las organizaciones regionales y locales de los pueblos indígenas del área de influencia del proyecto. | <p>Se establece como obligación de la consultora ambiental que identifique pasivos ambientales durante la elaboración del EIA-d, lo cual se consiguió vía la consulta previa.</p> |

Fuente: Acta de Consulta Previa del Proyecto Hidrovía Amazónica.

Sin duda, esta es una consulta previa ejemplar pues ha permitido que los pueblos indígenas participen de manera real y auténtica en la elaboración de un contrato de concesión¹¹⁴ y porque ha dejado la puerta abierta para la consulta previa del EIA. Además, se ha fortalecido los mecanismos de vigilancia y monitoreo independiente de las poblaciones indígenas.

Actualmente, existen en litigio judicial el cumplimiento de varios acuerdos de consulta previa de la Hidrovía Amazónica¹¹⁵ como son la realización del estudio eco-toxicológico necesario para determinar el impacto del dragado, así como el cumplimiento del acuerdo de la consulta previa del estudio de impacto ambiental por haberse detectado nuevas afectaciones derivadas del proyecto. De momento, el proyecto se encuentra suspendido por una controversia existente entre el concedente (Cohidro) y el Estado con relación al incumplimiento del contrato de concesión y retrasos en el desarrollo de la obra.



Foto: Rolando Mondragón / DAR

3.2. El caso de las leyes que promueven carreteras y su impacto en los derechos colectivos indígenas

La Corte Suprema ha establecido, siguiendo el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que “cuando se trate de la adopción de medidas legislativas, los pueblos indígenas deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, tratándose de consultas no de propuestas”¹¹⁶. En ese sentido, corresponde que toda

114 Se puede revisar el contrato de concesión de Hidrovía Amazónica en el siguiente enlace: https://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/HIDROVIAS/Primer_Proyecto__CONTRATO_HA.pdf. Consultado 14/02/2018.

115 Carhuatocto, Delgadillo y Córdova. El litigio estratégico en el sector infraestructura – Lecciones aprendidas en el caso de la Hidrovía Amazónica en el Perú. IDLADS PERÚ. Lima-Perú. 2021. Enlace: <https://idladsperu.org/litigio-estrategico-por-el-caso-de-hidrovia-amazonica/>

116 Considerando 4.5. Estándares internacionales de la consulta previa. Sentencia A.P. N.º 29126-2018-Lima.

propuesta normativa como aquella que promueve carreteras, aeropuertos, ferrocarriles, etc., en territorios indígenas sea objeto de consulta previa a los pueblos indígenas afectados.

La construcción de carreteras en territorios indígenas genera altos impactos sociales, culturales y ambientales en la población originaria como el propio Ministerio de Cultura lo ha reconocido para el caso de la “Ley que declara de prioridad e interés nacional la construcción de carreteras en zonas de frontera y el mantenimiento de trochas carrozables en el departamento de Ucayali, Ley N.º 30723,” donde visibiliza los impactos de una carretera en territorios indígenas, del modo siguiente:¹¹⁷:

- a) Interrupción de prácticas de subsistencia y, por lo tanto, problemas para conseguir sus fuentes de alimento que provienen de la fauna silvestre (la remoción de material vegetal, tráfico de vehículos pesados y maquinaria pesada que ahuyenta la fauna y merma la flora silvestre).
- b) Encuentros directos o contactos forzados con terceros ajenos a las tierras que ocupan.
- c) Procesos de migración masiva y de llegada de foráneos a territorios indígenas, colonización de la zona e incremento de actividades ilícitas.

Todo lo mencionado se encuentra detallado en la página nueve del informe N.º 000178-2017/DGPI/VMI/MC de la Dirección General de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura, del 15 de noviembre del 2017, donde además se recomienda al Congreso de la República evaluar el derecho de consulta previa para los pueblos indígenas afectados por la carretera. Ello implicaría que se realice la consulta previa de la Ley que promueve la construcción de la carretera, el contrato de concesión y el estudio de impacto ambiental que contienen las medidas administrativas de prevención, mitigación, compensación e indemnización que deberían salvaguardar la vida y el ambiente de los pueblos indígenas debe ser consultado.

Otras leyes que proponen carreteras que atraviesan e impactan en territorios indígenas que debieron ser objeto de consulta previa son la ley que declara de necesidad pública e interés nacional la construcción de la carretera Iquitos- Saramiriza para su interconexión con costa norte, Ley N.º 30670 que declara “de necesidad pública e interés nacional la construcción de la carretera que comprende la ruta Iquitos-Santa María de Nanay-12 de Octubre-Andoas-Saramiriza, así como la Ley que declara de necesidad pública y de preferente interés nacional el desarrollo sostenible de la Provincia de Purús, priorizando su conectividad multimodal, Ley N.º 30574 que declara “de necesidad pública y de preferente interés nacional el desarrollo sostenible de la provincia de Purús, en el departamento de Ucayali, a fin de promover su integración en condiciones de igualdad con el resto del territorio nacional, priorizándose la conexión multimodal y el irrestricto respeto de las áreas naturales protegidas y los derechos de los pueblos indígenas, en especial de aquellos en situación de aislamiento y contacto inicial”.

En ambos casos, el estudio de factibilidad y expediente técnico, los contratos de concesión para el mantenimiento y construcción de carreteras, así como el estudio de impacto ambiental correspondiente darían lugar a tres (03) consultas previas, las dos primeras asegurarían los derechos colectivos indígenas en el expediente técnico y el contrato de concesión mientras que la tercera permitiría que los pueblos indígenas puedan construir

117 Informe N.º 000178-2017/DGPI/VMI/MC de la Dirección General de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura, pág. 9.

con el Estado medidas de prevención, mitigación, compensación e indemnizatorias idóneas para proteger su identidad étnica y cultural, y el ambiente.

3.3. *Proyecto de mejoramiento del camino vecinal, Zapotillo - Shambo de Porvenir (2020)*

La Corte Suprema ha establecido que “el procedimiento de consulta debe ser un verdadero instrumento de participación de los pueblos indígenas, y no se agota en un mero trámite formal, está orientado a establecer un diálogo entre las partes, bajo principios de confianza, respeto mutuo y de buena fe, con miras a alcanzar un consenso.”¹¹⁸. En ese sentido, cuando se desarrolla una consulta previa para implementar un proyecto de infraestructura vial en el interior de un territorio indígena debe asegurarse que se respeten sus derechos colectivos, asegurándose que cuenten con asesoría técnica independiente y no solo una mera simulación de una consulta previa, para lo cual debe advertirsele todos las implicancias socio ambientales del proyecto y obtener su consentimiento informado, libre y previo en los casos que involucre reubicación de la población indígena.

En el caso del proyecto de mejoramiento del camino vecinal, Zapotillo - Shambo de Porvenir, la entidad promotora del proceso de consulta previa es la Municipalidad Distrital de Nueva Requena, a través del Comité de Consulta Previa, establecido a través de la Resolución de Gerencia Municipal N.º 112- 2020-GM-MDNR. Según información de la Municipalidad Distrital de Nueva Requena, el Proyecto “Mejoramiento del Camino Vecinal: Zapotillo – Shambo de Porvenir” se encuentra ubicado en el distrito de Nueva Requena, provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali¹¹⁹.

En este proceso de consulta previa, la medida identificada por la entidad promotora es la **Resolución Municipal de Alcaldía que da conformidad al expediente técnico** con el cual se puede dar inicio a la ejecución del proyecto, la misma que sería emitida por la Municipalidad Distrital de Nueva Requena. La entidad promotora definió el alcance de la medida e identificó a la comunidad nativa Shambo Porvenir, ubicada en los distritos de Nueva Requena y Yarinacocha de la provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali, como parte del pueblo indígena Shipibo-Konibo, como sujeto del derecho a la consulta ya que expresan los criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios referidos a la continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación que establece la normativa vigente¹²⁰.

118 Considerando 4.5. Estándares internacionales de la consulta previa. Sentencia A.P. N.º 29126-2018-Lima.

119 Ministerio de Cultura. Enlace: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/proyecto-mejoramiento-del-camino-vecinal-zapotillo-shambo-de-porvenir>

120 Íbid.

| Propuestas de la Comunidad | Comentarios |
|---|--|
| <p>1. La empresa deberá destinar a la comunidad el 0.1% del monto del proyecto.</p> | <p>El concesionario tendrá utilidades por el desarrollo de un proyecto de infraestructura, por lo que se hace esta petición al amparo del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT sobre beneficios económicos compartidos.</p> |
| <p>2. La obligación o derecho que la empresa debe cumplir con los propietarios de predios que ancestralmente han venido ocupando o aprovechándose a través de sus sembríos y en ciertos casos en la actualidad todavía vienen aprovechando de las bondades de estas tierras que están situadas a lo largo del tramo de la carretera. En tal efecto deben ser abonados con cierta cantidad de dinero para compensar por los daños y perjuicios ocasionados por la construcción de la carretera.</p> | <p>El Estado y el concesionario deben pagar por el uso de tierras indígenas, sea en calidad de pago por servidumbres, alquiler o expropiación, debiendo para la determinación del valor del predio indígena utilizado para la implementación de la carretera efectuar una consulta previa que deberá considerar el valor social, cultural y ecosistémico que tiene dicha propiedad comunal al amparo del artículo 14 y 15 del Convenio 169 de la OIT.</p> |
| <p>3. Contratación de personal de parte de la empresa en lo que concierne a la mano de obra que debe requerir la empresa. A través de esta reunión se sugirió que preferentemente debe contratar a personas de la comunidad y de los caseríos aledaños. En muchas oportunidades son traídos por personas foráneas que no conocen nuestra realidad.</p> | <p>Es legítimo que los pueblos indígenas impactados por un proyecto de infraestructura vial exijan que los trabajos que se genere con motivo de su implementación consideren una cuota de personal local e indígena.</p> |
| <p>4. Haciendo un recuento de las obras que se hizo dentro de la comunidad en gestiones anteriores y el comportamiento que tuvieron las personas que llegaron en condición de obrero y otros con resultados desfavorables en el peor de los casos abusaron de las indefensas mujeres tanto de señoras y como también de señoritas aprovechándose de su condición humilde, que trajo como consecuencia familias destruidas y jovencitas con hijos a temprana edad que se han visto perjudicadas en sus estudios.</p> | <p>Es legítimo que los pueblos indígenas exijan que el Estado se haga cargo de los impactos sociales que proyectos similares provocaron en la localidad y que aseguren que no se vuelvan a repetir. En el caso de la violencia sexual que puede generar la aparición de trabajadores foráneos debe garantizarse la presencia de personal del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio del Interior, entre otros, que puedan no solo recepcionar las denuncias y dar asistencia a las víctimas, sino también para realizar las tareas de prevención entre los trabajadores del concesionario.</p> |

| Propuestas de la Comunidad | Comentarios |
|--|---|
| <p>5. Uno de los factores importantes que se tuvo en cuenta ha sido la salud de la población, cabe precisar que con el constante pase de maquinaria de alto tonelaje y de vehículos el resultado será contaminación ambiental donde los más vulnerables son los niños y las personas de tercera edad que al inhalar aire contaminado que contiene partículas de polvo afectará la salubridad de la población en general.</p> | <p>Es fundamental que los pueblos indígenas puedan ser consultados en la etapa de evaluación y aprobación del estudio de impacto ambiental, especialmente, porque allí se definen medidas de protección y mitigación, que les impactan directamente, cuya eficacia depende del consentimiento informado, libre y previo de estas poblaciones.</p> |
| <p>6. Considerar la afectación de los derechos colectivos y de los pueblos indígenas en cuanto a las plantas medicinales, a los árboles maderables, a la fauna y flora, la contaminación de cochas y quebradas naturales, sembrío de plantas con fines comerciales, como es la palma y el camu camu, contaminación al medio ambiente.</p> | <p>La afectación al territorio indígena producto de la implementación de una infraestructura vial se hace patente cuando se evidencia que ellos valoran estos espacios no como predios agrícolas o vivienda sino como proveedores permanentes de servicios ecosistémicos para la subsistencia de la cultura indígena.</p> |

Fuente: Acta de Diálogo Intercultural de Consulta Previa de enero del 2021

El pueblo indígena Shipibo-Konibo formuló propuestas razonables y legítimas que el Estado debió atender de manera adecuada, puesto que ellas se relacionan directamente con los impactos que la medida administrativa consultada generará, dada la experiencia que existe en estos proyectos de infraestructura a nivel nacional.

| Acuerdos del Acta de Consulta | Comentarios |
|--|--|
| <p>La entidad promotora precisa que la naturaleza de intervención del proyecto está orientada a cerrar brechas de los principales servicios básicos y no está configurado en una actividad extractiva o equivalente para acciones de regalías, por lo que la comunidad y la entidad acuerdan que no se destinará un porcentaje del monto de inversión como regalías.</p> | <p>Resulta lamentable que pese a la afectación al territorio indígena y los impactos sociales, culturales y ambientales que genera el proyecto vial, no se establezca que un porcentaje de las utilidades que obtenga el concesionario con la obra sean en beneficio del pueblo indígena afectado, al amparo del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.</p> |

| Acuerdos del Acta de Consulta | Comentarios |
|---|--|
| <p>Se acuerda que en la elaboración del Expediente Técnico del proyecto y para la ejecución de la obra, se considera elaborar acta de donación de terreno de parte de la comunidad. Sin perjuicio de ello la entidad encargada elaborará el plan de compensación y reasentamiento PACRI, el cual se realizará de manera participativa.</p> | <p>La entidad proponente abusa de su posición cuando plantea que el territorio indígena sea donado al Estado sin que los afectados reciban una compensación económica, lo cual en toda regla es una expropiación, violando abiertamente el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.</p> <p>La entidad proponente al comprometerse que elaborará un plan de compensación y reasentamiento, evidencia que habrá un impacto negativo alto en el derecho de propiedad comunal del pueblo indígena afectado, que requiere además de consulta previa, el consentimiento informado, libre y previo y no una mera participación ciudadana como lo plantea, violando esta vez, los artículos 15 y 16 del Convenio 169 de la OIT.</p> |
| <p>Se acuerda que en la elaboración del Expediente Técnico del proyecto y para la ejecución de la obra, se incluirá una recomendación para priorizar la contratación de mano de obra local (comunidad Shambo Porvenir). Asimismo, se recomendará tomar en cuenta la mano de obra de las mujeres de la comunidad nativa Shambo Porvenir.</p> | <p>Se debió acordar que se incluirá como una obligación del concesionario que priorice la contratación de mano de obra local, así como de mujeres indígenas de la comunidad nativa Shambo Porvenir.</p> |
| <p>Se acuerda que en el instrumento ambiental y/o expediente técnico, según corresponda, se considerará para la ejecución de la obra la inclusión de un código de conducta para los trabajadores del proyecto, a fin de evitar posibles afectaciones de impacto social que actúe negativamente en la CC.NN Shambo Porvenir.</p> | <p>No basta que exista un código de conducta para trabajadores del concesionario para evitar agresiones sexuales, sino que debe ser acompañado de capacitaciones y sensibilización, además de asegurar que los programas del sector salud, mujer, inclusión social e interior estén presentes en la zona durante el desarrollo del proyecto, a fin de prevenir y tratar la problemática de las agresiones sexuales.</p> |

| Acuerdos del Acta de Consulta | Comentarios |
|--|--|
| <p>Se acuerda que en el instrumento ambiental y/o expediente técnico, según corresponda, se considerará rigor técnico de manejo ambiental para los impactos relacionados a aire, agua, suelo, que exigir entre otros.</p> | <p>Este no es un acuerdo, pues simplemente consiste en exigir a la autoridad ambiental realizar las actividades que la norma ambiental establece. El acuerdo debió consistir en que se garantice la consulta del instrumento de gestión ambiental para efectos la población indígena pueda incorporar sus aportes en la elaboración de las medidas de prevención, mitigación y compensación que neutralicen los impactos negativos del proyecto de infraestructura.</p> |
| <p>Se acuerda que en el instrumento ambiental y/o expediente técnico, según corresponda, se pondrá énfasis en que el Plan de Manejo Ambiental contemple medidas que garanticen la conservación de la fauna (mono, majaz, motelo, venado, etc) en la flora (especies medicinales y maderables como la caoba, quinilla, lupuna, catahua, etc), y la mitigación de contaminación en cuerpo de aguas (cochas y quebradas).</p> | <p>El plan de manejo ambiental evidentemente tiene que contemplar medidas destinadas al manejo y conservación de la diversidad biológica que es impactada por el proyecto por lo que este no es un acuerdo sino una mera remisión a obligaciones legales ambientales del concesionario.</p> <p>El acuerdo debió ser que se consulte el instrumento ambiental con la población indígena, considerando además el valor social, económico, cultural, social y ambiental que tiene la naturaleza impactada para el pueblo indígena afectado.</p> |

Fuente: Acta de Diálogo Intercultural de Consulta Previa del 22 de enero del 2021.

En el caso de la consulta previa del Proyecto mejoramiento del camino vecinal, Zapotillo - Shambo de Porvenir la entidad promotora (Municipalidad Distrital de Nueva Requena) no ha respetado los estándares internacionales de la consulta previa pues no ha considerado lo dispuesto por los artículos, 14, 15 y 16 del Convenio 169 de la OIT, por lo que la consulta previa solo se ha producido formalmente, sin que materialmente haya sido efectivizada; razón por la cual es posible cuestionar su validez y constitucionalidad.

3.4. Proyecto de creación del servicio de transitabilidad entre los centros poblados de Urakusa – Huampami (2020)

La Corte Suprema ha establecido, siguiendo el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que “la consulta previa debe efectuarse conforme a procedimientos apropiados y adecuados, a través de sus instituciones representativas, garantizando a los miembros de la comunidad, que puedan comprender y hacerse comprender, en los procedimientos legales, facilitándoles intérpretes y medios eficaces¹²¹. En ese orden de ideas, las entidades proponentes de una medida deben garantizar que la consulta previa respete los usos y costumbres de los

121 Considerando 4.5. Estándares internacionales de la consulta previa. Sentencia A.P. N.º 29126-2018-Lima.

pueblos indígenas impactados asegurando que cuenten con la debida asesoría técnico legal independiente y proporcionándole los recursos para que puedan desarrollar las diferentes etapas de la consulta previa.

En el caso de la creación del servicio de transitabilidad entre los centros poblados de Urakusa – Huampami, al estar el proyecto ubicado en los distritos de El Cenepa y Nieva, , la entidad promotora del proceso de consulta es la Municipalidad Provincial de Condorcanqui, Amazonas. En este proceso de consulta previa, la medida a consultar es el proyecto “Creación del servicio de transitabilidad entre los centros poblados Urakusa y Huampami, distrito de Nieva y El Cenepa, provincia de Condorcanqui, región Amazonas”, con una longitud de 57.400 km, según identificó la Municipalidad Provincial de Condorcanqui¹²².

La entidad promotora identificó a ocho (8) comunidades nativas susceptibles a ser afectadas por la medida consultada. Estas localidades pertenecen a los pueblos Awajún, que se encuentran ubicados en los distritos de Nieva y El Cenepa, provincia de Condorcanqui, en el departamento de Amazonas¹²³.

Lamentablemente, no se culminó esta consulta previa pues quedo trunca en la etapa de evaluación interna como consta en las actas respectivas de las comunidades nativas de Cayamas, Huampami, Huaracayo, Mamayaque, Sua - San Antonio, Tutino, Urakusa y Wawaim. Las principales peticiones formuladas por las comunidades fueron compensaciones sociales y económicas por la afectación de la infraestructura vial; sin que hayan sido respondidas en una etapa de diálogo por parte de la entidad proponente. Por tanto, al no haber culminado el procedimiento de consulta previa, la entidad proponente no podría adoptar, ni aprobar la medida administrativa consultada, que de hacerlo sería inválida y nula por atentar contra el orden público y constitucional.

3.5. Proyecto de mejoramiento de la carretera Saramiriza – Borja (2018)

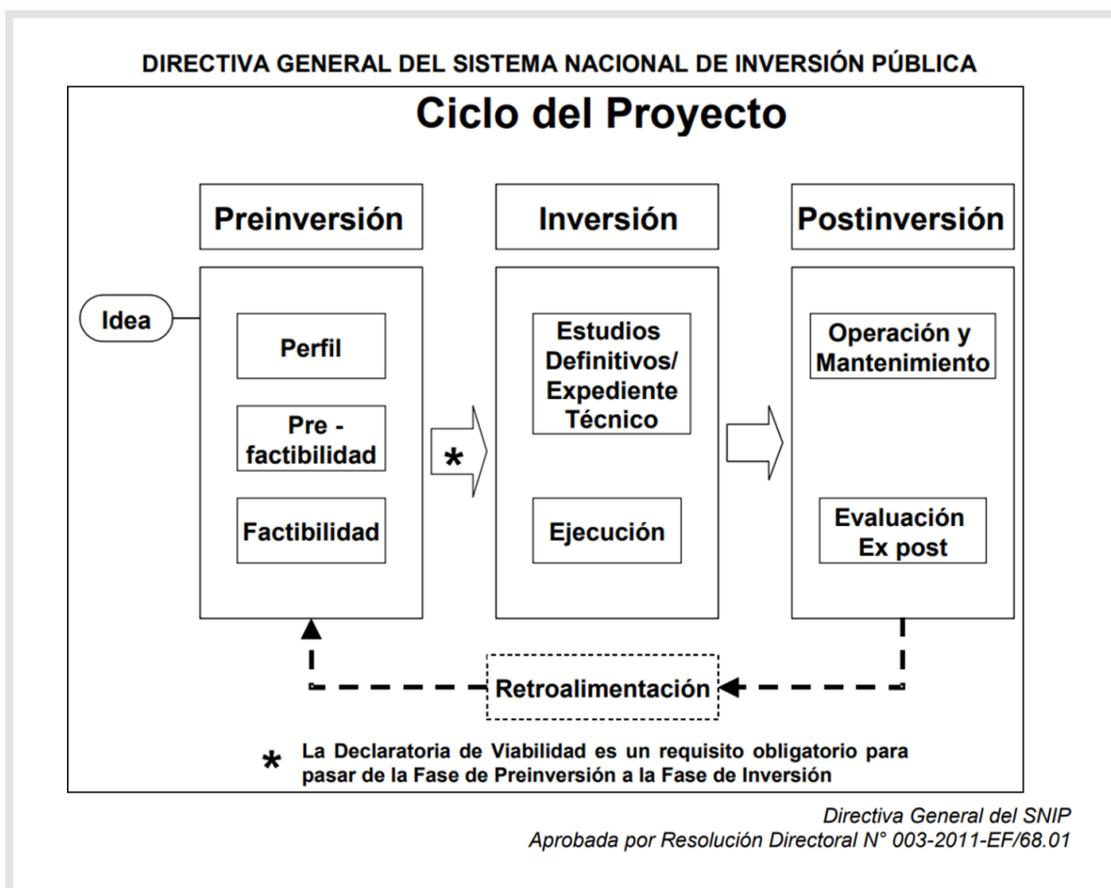
La Corte Suprema ha establecido, siguiendo el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que “la consulta debe ser informada con suficiencia, permitiendo que los pueblos tengan conocimiento de los posibles riesgos de la medida, plan o proyecto, incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad, implicando comunicación constante”¹²⁴. Entonces, se entiende que el proceso de consulta previa se extiende a lo largo de todo el ciclo de vida del proyecto de inversión, como el expediente técnico, el estudio de factibilidad, el otorgamiento de la concesión, así como la aprobación y modificaciones del instrumento de gestión ambiental, donde justamente se encuentra información relevante sobre los riesgos ambientales y a la salud de los pueblos indígenas.

122 MINCUL. Enlace: https://consultaprevia.cultura.gob.pe/sites/default/files/procesos/archivos/Proceso_UrakusaHuampami_0.pdf

123 MINCUL. Enlace: https://consultaprevia.cultura.gob.pe/sites/default/files/procesos/archivos/Proceso_UrakusaHuampami_0.pdf

124 Considerando 4.5. Estándares internacionales de la consulta previa. Sentencia A.P. N.º 29126-2018-Lima.

Gráfico 1. Ciclo de proyectos de inversión pública



El proyecto “Mejoramiento de la Carretera Saramiriza – Borja” se ubica en el distrito de Manseriche, provincia de Datem del Marañón, departamento de Loreto. La entidad promotora de este proceso de consulta es la Municipalidad Distrital de Manseriche a través de su Gerencia de Administración. En este proceso, la medida a consultar es la propuesta de una Resolución de Alcaldía que aprueba el seguimiento de la ejecución del estudio definitivo del proyecto “Mejoramiento de la Carretera Saramiriza – Borja, Distrito de Manseriche, Provincia Datem del Marañón, Región Loreto”¹²⁵.

La Municipalidad Distrital de Manseriche identificó como pueblo indígena que podría verse afectado por la medida a la comunidad nativa de Sinchi Roca y sus anexos: Nueva Alianza, Chorros, Kuji, Suwaentsa, Nuevo Israel, Yanayacu, Nuevo Progreso y Nuevo Jerusalén. Dicha comunidad se ubica en el distrito de Manseriche, provincia Datem del Marañón, departamento de Loreto. La comunidad nativa de Sinchi Roca y sus anexos expresan los criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios que establece la normatividad vigente, como: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autoidentificación¹²⁶.

De manera previa a la reunión preparatoria y como respuesta a la solicitud de informe previo favorable de la Municipalidad Distrital de Manseriche, el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, mediante Oficio N.º02-2018/VMI/MC de fecha 09 de enero de

125 MINCUL. Enlace: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/proyecto-mejoramiento-de-la-carretera-saramiriza-borja>

126 Íbid.

2018 emitió informe previo favorable a la solicitud de realizar proceso de consulta previa sobre el proyecto “Mejoramiento de la Carretera Saramiriza – Borja”¹²⁷.

El 16 de marzo de 2018, la comunidad nativa de Sinchi Roca y sus anexos: Nueva Alianza, Chorros, Kuji, Suwaentza, Nuevo Israel, Yanayacu, Nuevo Progreso y Nuevo Jerusalén, realizaron las reuniones de evaluación interna. Los resultados de dichas evaluaciones fueron alcanzadas a los representantes de la Municipalidad Distrital de Manseriche por ser la entidad promotora del proceso de consulta. Como resultado de dichas reuniones de evaluación interna la comunidad nativa consultada presentó propuestas, entre las que se encuentran la creación de un comité de vigilancia de ejecución del proyecto, la ejecución de un plan de mitigación de impactos ambientales y el abastecimiento de agua para consumo humano durante el desarrollo del proyecto, en caso que los anexos vean afectados sus fuentes de agua.



Foto: Rolando Mondragón/DAR

Como resultado de la reunión de diálogo se lograron catorce (14) acuerdos obligatorios, que fueron consignados en el Acta de Consulta, entre los que tenemos la creación de un Comité de Vigilancia del proyecto carretera Saramiriza - Borja que deberá ser aprobado con Resolución de Alcaldía y que estará conformado por los apus de la comunidad nativa de Sinchi Roca, los apus de los anexos, un representante de la Municipalidad Distrital de Manseriche y un representante de la organización indígena Chapi Shiwag. Adicionalmente, se acordó que la Municipalidad de Manseriche elaborará el Perfil Técnico para que los anexos: Yanayacu, Nuevo Jerusalén, Nuevo Progreso, Nueva Alianza y Chorros, cuenten con agua potable¹²⁸.

Mediante Resolución de Alcaldía N.º 071-2018/MDM/A, de fecha 13 de abril de 2018, la Municipalidad Distrital de Manseriche aprobó el Informe de Seguimiento de la Ejecución del Estudio Definitivo del Proyecto “Mejoramiento y Construcción de la Carretera Saramiriza-Borja, Distrito de Manseriche-Datem del Marañón, Región Loreto”, la Resolución de Alcaldía,

127 MINCUL. Enlace: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/proyecto-mejoramiento-de-la-carretera-saramiriza-borja>

128 Íbid.

que aprueba el informe de seguimiento del proyecto, fue materia de consulta previa, según se ha detallado¹²⁹.

Cuadro 1. Propuestas brindadas por comunidad nativa o anexo durante el proceso de consulta previa

| Comunidad/ Anexo | Propuesta |
|---------------------|--|
| Sinchi Roca | <ul style="list-style-type: none"> • Compensación económica por servidumbre o afectación de predios para la construcción de la carretera. • Intalación de rompemuellas en cada centro urbano por el que pasará la carretera. |
| Anexo Chorros | <ul style="list-style-type: none"> • Compensación económica a la comunidad nativa (central) por los predios que serán afectados producto de la construcción de la carretera. Dichos fondos deberán posteriormente ser distribuidos para los anexos que son directamente afectados (Yanayacu, Nuevo Jerusalén, Nuevo Progreso, Nueva Alianza, Chorros y Kuji). • La compensación económica se realizará por cada predio o parcela afectadas por la construcción de la carretera, campamentos, uso de canteras y otras actividades que comprenda el proyecto. • A fin de mitigar los impactos generados en las quebradas, la empresa constructora, durante la ejecución del proyecto, distribuirá a los anexos y sectores afectados tanques de almacenamiento o depósito de agua para consumo. • El proyecto deberá prever la instalación o construcción de rompemuellas u otros en los centros poblados, que eviten accidentes de tránsito por exceso de velocidad. |
| Anexo Kuji | <ul style="list-style-type: none"> • Están de acuerdo con la construcción de la carretera. |
| Anexo Nueva Alianza | <ul style="list-style-type: none"> • Considerando que la quebrada Saramiriza se verá impactada, el proyecto debe considerar la instalación de infraestructura de agua para consumo humano. • Se prevea acciones de monitoreo ambientales ante posibles situaciones de contaminación de agua por sustancias como: el petróleo, gasolina y aceites; sonidos de maquinarias (ruido). • Compensación a la comunidad por los impactos ambientales. • Compensación por los árboles y flora impactada con motivo de la ejecución del proyecto. • Durante la ejecución del proyecto deberá implementarse un área o unidad a la que los comuneros puedan acudir para expresar su peticiones u observaciones. |

129 MINCU. Enlace: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/proyecto-mejoramiento-de-la-carretera-saramiriza-borja>

| Comunidad/ Anexo | Propuesta |
|---------------------|--|
| Anexo Progreso | <ul style="list-style-type: none"> • El proyecto debe considerar acciones de mitigación de impactos ambientales en el bosque, vegetación, animales y la calidad del agua de consumo humano, durante la ejecución del proyecto y después del mismo. • La empresa ejecutora del proyecto debe contar con un área o unidad que escuche y reciba las comunicaciones y reclamos de los comuneros y comuneras, como un mecanismo de prevención de conflictos. • El proyecto debe prever la dotación de tanques de almacenamiento de agua para consumo humano, siendo el recurso más impactado y afectado durante la ejecución del proyecto y funcionamiento de la carretera. • Para la construcción de la carretera, la empresa ejecutora deberá contratar personal de la comunidad, en especial a los comuneros directamente afectados, en coordinación con los Apus o jefes de la comunidad y los anexos. • Que el proyecto contemple fondos de compensación por los impactos o daños generados por la ejecución del proyecto. • Que la empresa ejecutora del proyecto se abstenga de establecer acuerdos o compromisos con dirigentes o particulares sin conocimiento de la comunidad y los anexos. |
| Anexo Suwaentza | <ul style="list-style-type: none"> • Que la carretera sea considerada pista e incluya canaletas en todos los tramos. • La conformación de un comité de vigilancia y seguimiento de ejecución del proyecto, con participación de representantes de la comunidad, sus anexos y la organización Chapi Shiwang. • La prohibición de disposición residuos sólidos en territorio indígena de la comunidad y sus anexos. • Garantizar el respeto y protección de los territorios del pueblo indígena u originario, que se encuentran debidamente titulados, de personas extrañas (migrantes) de la sierra o de la costa. • Los trabajadores (obreros) contratados deberán contar con seguro de accidentes y de vida. • Los trabajadores u obreros tomados de la comunidad cuenten con contratos. • El proyecto debe considerar una compensación por derecho de servidumbre, que será pagado a la comunidad de Sinchi Roca. |
| Anexo Jerusalén | <ul style="list-style-type: none"> • El proyecto debe considerar actividades que eviten o mitiguen la contaminación ambiental en las fuentes de agua. |

| Comunidad/ Anexo | Propuesta |
|---------------------|--|
| Anexo Yanayacu | <ul style="list-style-type: none"> • El proyecto debe considerar acciones de remediación y compensación ambiental en las fuentes de agua. • Construcción de infraestructura de agua para consumo humano o instalación de tanques de almacenamiento de agua para consumo humano. • El proyecto debe considerar un monto de compensación económica por los predios afectados. |
| Anexo Nuevo Israel | <ul style="list-style-type: none"> • El proyecto debe considerar la compensación económica por la afectación de predios de la comunidad y anexos. |

Fuente: Acta de Diálogo Intercultural de Consulta Previa de 26 y 27 de marzo de 2018

Las propuestas alcanzadas por los pueblos indígenas al Estado básicamente giran en torno a la sostenibilidad socio ambiental de la carretera que se propone construir lo que implica adoptar medidas para proteger el ambiente y además que se compense económicamente a los pueblos indígenas cuyas propiedades comunales se van impactar, considerando el valor social, cultural y ecosistémico del territorio. Existe una evidente preocupación por la afectación de recursos hídricos derivados del desarrollo del proyecto vial, razón por la cual solicitan se considere la instalación de infraestructura provisional que asegure el líquido elemento a la población originaria.

Cuadro 2. Propuestas brindadas por comunidad nativa o anexo durante el proceso de consulta previa

| Acuerdo | Comentarios |
|--|---|
| <p>La comunidad nativa Sinchi Roca y sus anexos se comprometen a otorgar el acta de libre disponibilidad del terreno, así como el acta de autorización para la ejecución de la obra, uso de canteras, fuentes de agua e instalación de campamentos.</p> | <p>Existe una evidente presión del Estado sobre territorios indígenas, lo que se corrobora cuando se verifica cuando uno de los acuerdos es que se ceda territorio indígena y recursos naturales a favor del concesionario sin que exista un compromiso de compensar ambiental, social y económicamente a los pueblos indígenas cedentes.</p> |
| <p>La Municipalidad Distrital de Manseriche con el apoyo de los representantes de las comunidades nativas con sus anexos se comprometen hacer el seguimiento para el cumplimiento de lo establecido en el PACRI en lo referido a las indemnizaciones económicas.</p> | <p>Existe la obligación, en el caso de reubicación de poblaciones indígenas, de requerir el consentimiento informado, libre y previo, así como otorgar la indemnización por los daños que sufran estas poblaciones por la implementación de un proyecto de inversión al amparo de los artículos 15 y 16 del Convenio 169 de la OIT.</p> |

| Acuerdo | Comentarios |
|---|---|
| <p>La Municipalidad Distrital de Manseriche en coordinación con las autoridades de la comunidad nativa de Sinchi Roca y sus anexos, solicitarán a Proviás Descentralizado, los informes de cumplimiento del programa de monitoreo ambiental de aire, ruido, agua superficial, calidad del suelo, calidad de residuos sólidos y efluentes, monitoreo biológico de bosque de terraza alta, monitoreo de capacitación en educación ambiental y seguridad vial, monitoreos de subprogramas de asuntos sociales.</p> | <p>Sin embargo, eso no debe eximir que el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de inversión sea sometido a consulta previa, antes de su aprobación, pues este contendrá información ambiental relevante para la toma de decisión sobre las medidas de manejo ambiental a favor de los pueblos indígenas.</p> |
| <p>La Municipalidad Distrital de Manseriche en coordinación con las autoridades de la comunidad nativa de Sinchi Roca y sus anexos, verificarán el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental y el cumplimiento de los derechos laborales.</p> | <p>Adicionalmente debe considerarse que los acuerdos vinculados a la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental sea objeto de supervisión y fiscalización por parte del ente proponente y las autoridades ambientales competentes.</p> |
| <p>La Municipalidad Distrital de Manseriche, la comunidad nativa Sinchi Rica y sus anexos, conformarán al inicio de la obra el comité de vigilancia.</p> | <p>El Comité de vigilancia puede funcionar como mecanismo de fiscalización y control del cumplimiento de los acuerdos de consulta previa sobre el proyecto de infraestructura.</p> |
| <p>La Municipalidad de Manseriche en coordinación con la CN de Sinchi Roca y sus anexos verificarán la contratación de mano de obra calificada y no calificada de la zona de influencia del proyecto, asimismo solicitará la contratación de personal femenino, y personas con habilidades diferentes durante el periodo de ejecución de la obra, el cual estará a cargo del comité de Vigilancia de ejecución de obra.</p> | <p>La consulta previa es un excelente mecanismo para efectivizar el derecho al trabajo de personas indígenas, mujeres y personas con capacidades diferentes que de otra forma no hubiesen sido consideradas en el proyecto de inversión.</p> |
| <p>La Municipalidad Manseriche con el apoyo y los representantes de la CN de Sinchi Roca y sus anexos, Apus e integrantes del Comité de Vigilancia del Proyecto Carretera Saramiriza-Borja, solicitará a Proviás Descentralizado que la empresa ejecutora del proyecto provea de agua de consumo humano a las comunidades afectadas de acuerdo con el Plan de Manejo Ambiental.</p> | <p>La consulta previa puede ser un mecanismo para asegurar el derecho humano al agua potable como en este caso sea realizado en el marco del proyecto de la carretera Saramiriza- Borja.</p> |

| Acuerdo | Comentarios |
|---|--|
| <p>La Municipalidad de Manseriche elaborará el perfil técnico de agua potable en las comunidades (Yanayacu, Jerusalén, Nuevo Progreso, Nueva Alianza y Chorros)), entre el 2018-2019.</p> | <p>Un acuerdo importante no vinculado a la medida consultada que es vital para los pueblos indígenas afectados es asegurar una planta de tratamiento de agua potable a favor de los pueblos indígenas afectados.</p> |
| <p>La Municipalidad Manseriche con el apoyo y los representantes de la comunidad nativa de Sinchi Roca y anexos, Apus e integrantes del Comité de Vigilancia del proyecto carretera Saramiriza-Borja, coordinarán y acompañarán los pedidos y demandas al área de asuntos sociales de la empresa ejecutora del proyecto, y solicitarán se contrate a una persona de la zona que sirva como interprete entre la empresa y la comunidad de Sinchi Roca y sus anexos.</p> | <p>Es un acierto que el personal de relaciones comunitarias sea una persona que pertenezca a los pueblos indígenas afectados y que domine la lengua originaria para que pueda canalizar las demandas de estas poblaciones a la empresa y la municipalidad.</p> |
| <p>Las personas afectadas, podrán realizar sus pedidos o reclamos, ya sea de manera directa o en coordinación con el Comité de Vigilancia del proyecto.</p> | <p>Una buena medida establecida entre los acuerdos de consulta previa es que el Comité de Vigilancia del Proyecto pueda recibir los reclamos y pedidos de la población indígena afectada.</p> |
| <p>El Comité de Vigilancia de Ejecución de Obra estará conformado por el apu de la comunidad nativa de Sinchi Roca, los Apus de los Anexos, y un representante de la Municipalidad Distrital de Manseriche, los mismos que serán los únicos autorizados para tomar acuerdos y velar por su cumplimiento, entre la población beneficiaria del proyecto y la empresa ejecutora. Asimismo, se incorporará a un integrante de la organización Chapi Shiwag dentro del Comité.</p> | <p>Legítima la labor del Comité de Vigilancia de Ejecución de Obra que se integre un representante de la población indígena afectada como un mecanismo de interculturalidad, así como de control del cumplimiento de los acuerdos de consulta previa.</p> |

| Acuerdo | Comentarios |
|---|--|
| El Comité de Vigilancia del proyecto carretera Saramiriza-Borja, verificará el cumplimiento de las especificaciones y diseño geométrico de la vía, de acuerdo al expediente técnico. | Es importante haber hecho parte del proyecto a la población indígena afectada. |
| El Comité de Vigilancia del proyecto carretera Saramiriza-Borja, verificará el cumplimiento del manejo adecuado de residuos sólidos y otros desperdicios que se generen durante el desarrollo del proyecto. | |
| El Comité de Vigilancia del proyecto carretera Saramiriza-Borja, verificarán el cumplimiento de la instalación de señales de tránsito, rompe muelles y el plan de capacitación vial. | |

Fuente: Acta de Diálogo Intercultural de Consulta Previa de 26 y 27 de marzo de 2018

Como reflexión final de este capítulo podemos recordar que la Corte Suprema ha establecido, siguiendo el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que “es obligación de los Estados no solo de realizar la consulta previa, sino también de obtener obligatoriamente el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos interesados cuando se vayan a llevar a cabo proyectos a gran escala con gran impacto en áreas ocupadas por los pueblos, así como los casos que involucren desplazamientos, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, así en casos de destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias”¹³⁰.

En ese orden de ideas, cuando un proyecto de infraestructura vial pueda impactar en los territorios indígenas afectando sus bosques y recursos naturales, así como la relación social, cultural, económica y ambiental que tienen con la naturaleza; debe contemplarse no solo la consulta previa del proyecto en sus diversas etapas sino también el consentimiento informado, libre y previo de los pueblos indígenas afectados, máxime en aquellos casos que implica la necesidad de una expropiación de sus territorios con la consiguiente reubicación de población originaria.

130 Considerando 4.5. Estándares internacionales de la consulta previa. Sentencia A.P. N.º 29126-2018-Lima.

4.

La consulta previa en la certificación ambiental en el sector de infraestructura

Con este derecho, toda medida administrativa o legislativa que afecte los derechos colectivos de los pueblos indígenas debe ser sometida a consulta previa en búsqueda de un diálogo intercultural con el Estado, buscando arribar de buena fe a un acuerdo y el consentimiento libre, informado y previo, especialmente en proyectos de inversión pública, que les puede afectar por décadas o de manera indefinida como podría ser, una carretera, una hidrovía o un aeropuerto.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de la Acción Popular N.º 29126-2018 Lima ha establecido que toda medida administrativa o legislativa que afecte derechos de pueblos indígenas debe ser consultada, incluso aquellas relacionadas a infraestructura y servicios públicos que los benefician. Sin embargo, el aporte más importante de esta Sentencia es que consagró 14 estándares internacionales sobre consulta previa¹³¹.

- i) Se debe efectuar la consulta previa a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente¹³².
- ii) La consulta previa debe efectuarse a los miembros individuales de los pueblos indígenas y tribales y a los pueblos como un todo, debiendo tener la oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente¹³³.
- iii) No se cumple con la exigencia del punto 2, cuando algunos miembros de los pueblos no tengan un rol efectivo en la selección, autorización o instrucción de supuestos representantes, en ese caso se tiene por incumplido el requisito de participación plena del pueblo interesado¹³⁴.
- iv) No se cumple el requisito de participación plena si la consulta solo se realiza a una determinada banda, clan o segmento del pueblo interesado, sin mandato de las demás bandas, clanes o segmentos, o cuando no se desarrolla la consulta apropiadas entre los miembros de todo el pueblo al momento de adoptar decisiones

131 Considerando 4.5 de la Sentencia de la Acción Popular N.º 29126-2018 Lima.

132 En Derecho Iberoamericano, los estándares internacionales son fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, los Comités del Alto Comisionado de Naciones Unidas, dirigidos a la efectiva protección de los derechos fundamentales en los Estados que han suscrito y ratificado los tratados y pactos de derechos humanos.

133 De acuerdo artículo 6.1 a del Convenio 169 OIT, artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Sentencia Corte IDH, caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs Honduras, 2015, fundamentos 170, 171.

134 Comisión IDH, Derechos de los Pueblos indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Doc.OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56 30 de diciembre de 2009, fundamento 286.

sustanciales sobre tales derechos e intereses, en particular cuando las decisiones conllevan la extinción de los derechos sobre los territorios ancestrales¹³⁵.

- v) La decisión de determinar quiénes son los líderes o jefes representantes de los pueblos a ser consultados, le corresponde al pueblo indígena y no al Estado¹³⁶.
- vi) Debe garantizarse la participación de los pueblos interesados en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio de la comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo; desde las primeras etapas de la elaboración planificación del proyecto o medida propuesta, garantizando que los pueblos puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales¹³⁷.
- vii) Como garantía de no repetición, cuando se pretenda realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio, o a aspectos esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el pueblo deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia¹³⁸.
- viii) La consulta debe ser previa a la adopción de la decisión o implementación de la medida, desde las primeras etapas del plan, inversión o medidas, el aviso temprano permite la evaluación y el debate al interior de las comunidades para adoptar la respuesta que consideren adecuada¹³⁹.
- ix) Cuando se trate de la adopción de medidas legislativas, los pueblos indígenas deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, tratándose de consultas no de propuestas¹⁴⁰.
- x) El procedimiento de consulta debe ser un verdadero instrumento de participación de los pueblos indígenas, y no se agota en un mero trámite formal; está orientado

135 Comisión IDH, Informe N.º 75/02, Caso Mary y Carrie Dann vs Estados Unidos, Caso 11.140. de 27 de diciembre de 2002, fundamento 140.

136 CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Doc. OEA/SerL/V/II Doc 56, 30 de diciembre de 2002, fundamento 140.

137 Sentencia Corte IDH, caso Saramaka vs Surinam, Interpretación de sentencia de EPFRC, 2008.

138 Núñez Donald, Constanza. La tutela judicial de los derechos de pueblos indígenas y personas privadas de libertad: una respuesta estructural, En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35521.pdf>, página 203.

139 Sentencia de la Corte IDH, Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam. 28 de nov. 2007 "Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado". Fundamento 133.

140 Sentencia de la Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. 27 Junio 2012. Al respecto, el Comité de Expertos de la OIT ha establecido, al examinar una reclamación en que se alegaba el incumplimiento por Colombia del Convenio N.º 169 de la OIT, que el requisito de consulta previa implica que esta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso. Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas. Fundamento 18.

a establecer un diálogo entre las partes, bajo principios de confianza, respetos mutuos y de buena fe, con miras a alcanzar un consenso¹⁴¹.

- x) La consulta previa debe efectuarse conforme a procedimientos apropiados y adecuados, a través de sus instituciones representativas, garantizando a los miembros de la comunidad que puedan comprender y hacerse comprender, en los procedimientos legales, facilitándoles intérpretes y medios eficaces¹⁴².
- xii) Procedimientos apropiados de consulta previa, se entienden con referencia a la finalidad de la consulta, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, la naturaleza de las medidas consultadas, se deben incluir criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, la consulta tiene una dimensión temporal, dependiendo de las circunstancias precisas de las medidas propuestas¹⁴³.
- xiii) La consulta debe ser informada con suficiencia, permitiendo que los pueblos tengan conocimiento de los posibles riesgos de la medida, plan o proyecto, incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad, implicando comunicación constante¹⁴⁴.
- xiv) Es obligación de los Estados no solo realizar la consulta previa, sino también de obtener obligatoriamente el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos interesados cuando se vayan a llevar a cabo proyectos a gran escala con gran impacto en áreas ocupadas por los pueblos, así como los casos que

141 Sentencia de la Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. op. citada. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, “debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”. En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de “un clima de confianza mutua” y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad y la jurisprudencia nacional de Estados de la región se han referido a este requisito de buena fe. Fundamento 186.

142 Sentencia de la Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. op. citada. [...] Por su lado, el Convenio N.º 169 de la OIT dispone que “los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”, así como tomar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena. Fundamento 201.

143 Sentencia de la Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. op. citada. Del mismo modo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló que la expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado, el cual debería “tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] la naturaleza de las medidas consultadas”. Así, tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión. Fundamento 202.

144 Sentencia de la Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. op. citada. Según fue señalado, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. Fundamento 208.

involucren desplazamientos, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, así en casos de destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias¹⁴⁵.

En ese sentido, partiendo del estándar XIII de la consulta previa en el Perú, según el cual “la consulta debe ser informada con suficiencia, permitiendo que los pueblos tengan conocimiento de los posibles riesgos de la medida, plan o proyecto, incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad, implicando comunicación constante.” Podemos deducir que los estudios de impacto ambiental, por contener información relevante y suficiente sobre los impactos ambientales y sociales que se derivan de un proyecto de inversión, deberían ser sometidos a consulta previa.

4.1. Sobre la consulta previa y los Estudios de Impacto Ambiental según el MINAM

El Decreto Legislativo N.º 1013, aprobó la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, estableciéndose que el MINAM es el organismo rector del Sector Ambiental del Poder Ejecutivo encargado de desarrollar, dirigir, supervisar y ejecutar la Política Nacional del Ambiente. Asimismo, es competente para realizar las acciones técnico-normativas de alcance nacional en materia de regulación ambiental¹⁴⁶.

De conformidad con el artículo 16 de la Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), y lo señalado en el artículo 6 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM, el MINAM –en calidad de autoridad ambiental nacional– es el organismo rector del SEIA encargado de dirigir y administrar el SEIA y, como tal, se constituye en la autoridad técnico-normativa a nivel nacional, dicta las

145 Sentencia de la Corte IDH. Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam. 28 Nov. 2007: “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis. Fundamento 134. Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que “[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia”. Fundamento 135. ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009 47. Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. [.]. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente).

146 Punto 2.1. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

normas y establece los procedimientos relacionados con el SEIA¹⁴⁷. Sin embargo, poco ha podido hacer para obligar a los sectores de defensa, salud, telecomunicaciones, turismo o comercio exterior que aprueben sus reglamentos de protección ambiental, pese a que el Decreto Supremo 019-2009-MINAM, les dió solo 180 días, sin que hasta la fecha lo hayan efectivizado.



Foto: Ministerio del Ambiente.

En esa línea, el artículo 7 del Reglamento de la Ley del SEIA, señala que el MINAM asegura la transectorialidad y la debida coordinación en la administración, dirección y gestión del proceso de evaluación de impacto ambiental, en el marco del SEIA; en tal sentido, el MINAM –entre otras– es responsable de ¹⁴⁸.

- Normar, dirigir y administrar el SEIA, orientando el proceso de su implementación y su eficaz y eficiente funcionamiento, en los niveles de gobierno nacional, regional y local.
- Desarrollar acciones para promover, orientar, capacitar y sensibilizar a las entidades que conforman el SEIA y a la población en general, en materia del proceso de evaluación de impacto ambiental y sobre la correcta implementación del SEIA.

Ciertamente, la ausencia de mecanismos de supervisión y fiscalización del Ministerio del Ambiente sobre autoridades competentes en la elaboración e implementación de normas de evaluación ambiental hace poca efectiva su rectoría que se limita a la emisión de una opinión técnica de propuestas de normas sectoriales pero que es incompetente por no tener la facultad legal de desarrollar un procedimiento sancionador contra la entidad renuente de cumplir una norma del SEIA.

147 Punto 2.2. del Informe N.° 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

148 Punto 2.3. del Informe N.° 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

El artículo 89 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, aprobado por Resolución Ministerial N.º 167-2021- MINAM, dispone que la Dirección General de Políticas e Instrumentos de Gestión Ambiental (DGPIGA) es responsable de conducir el SEIA, donde **la Dirección de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental (DGEIA)**, unidad orgánica de la referida Dirección General, realiza la evaluación y seguimiento del SEIA conforme lo establece el artículo 97 del citado reglamento.¹⁴⁹. Y es esta la que debió identificar a los estudios de impacto ambiental como una medida administrativa que al afectar a los pueblos indígenas debe ser objeto de consulta previa correspondiente, cuestión que no ha realizado.

Ahora bien, el literal i) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa define como medida administrativa a las “*normas reglamentarias de alcance general, así como al acto administrativo que faculta el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas*”¹⁵⁰. Entonces, es un hecho consumado que se puede consultar actos administrativos como contratos de exploración o explotación de recursos naturales porque pueden afectar a los pueblos indígenas, así como los instrumentos de evaluación de impacto ambiental que son requisitos indispensables para poder iniciar actividades económicas.

Al respecto, de acuerdo con el numeral 12.1 del artículo 12 de la Ley del SEIA la resolución que aprueba el estudio ambiental constituye la Certificación ambiental, que declara la viabilidad ambiental del proyecto propuesto en su integridad, la cual se otorga sin perjuicio de las autorizaciones, permisos, licencias y otros requerimientos que el titular requiera para su ejecución¹⁵¹. Hay que advertir que ni la Ley ni el reglamento de la Ley de Consulta Previa pueden desnaturalizar la obligación internacional del Estado peruano de consultar a los pueblos indígenas, toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos indígenas colectivos. En consecuencia, si la medida administrativa llamada estudio ambiental contiene medidas de prevención, mitigación y compensación que van impactar en el territorio y derechos de pueblos indígenas deben ser objeto de consulta previa.

El MINAM sostiene que “conforme se desprende de nuestro ordenamiento jurídico la Certificación ambiental de proyectos constituye el otorgamiento de la viabilidad ambiental del mismo. Por tanto, el otorgamiento de la Certificación ambiental **no implica –bajo ninguna circunstancia– la autorización para el inicio de actividades o para la ejecución del proyecto**. Por este motivo, la Ley del SEIA prevé expresamente que las entidades que emiten los actos administrativos que autorizan las actividades se encuentran prohibidas de hacerlo en tanto no cuenten con la certificación ambiental, de conformidad con el artículo 3 de la Ley del SEIA”¹⁵².

Sin embargo, se está pasando por alto que la consulta previa no está condicionada a “una autorización para el inicio de actividades o para la ejecución del proyecto” sino que se justifica por el impacto que puede tener la medida administrativa en los derechos de los pueblos indígenas. Por lo que sí convenimos que el plan de manejo ambiental, parte

149 Punto 2.4. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

150 Punto 2.8. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

151 Punto 2.9. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

152 Punto 2.10. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

del estudio ambiental, tiene por función restablecer las medidas de prevención, control, minimización, corrección y recuperación de los potenciales impactos ambientales que los proyectos pudieran originar en el desarrollo del mismo¹⁵³. Entonces resulta lógico que las mencionadas medidas cuando se van aplicar en territorios indígenas para salvaguardar los derechos colectivos indígenas serán medidas administrativas plenamente consultables porque es evidente que les incumben y les afectará, no pudiendo argumentarse que solo se consultan las medidas administrativas que dan inicio a las operaciones pues esto restringiría la aplicación del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 2 de la Ley de Consulta Previa que no condiciona la consulta previa a dicho requisito.

Por su parte corresponde señalar que de acuerdo con el artículo 3 de la Ley de Consulta Previa “la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”¹⁵⁴. Por lo tanto, corresponde que el sector ambiente reconozca en los instrumentos de gestión ambiental, una medida administrativa objeto de consulta previa, cuando afecta territorios o derechos indígenas, por ejemplo en el caso del estudio de impacto ambiental de las “Bambas” o “Conga,” siendo un mecanismo idóneo para prevenir conflictos socioambientales.

El numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley del SEIA establece que el proponente o titular de un proyecto de inversión debe presentar los estudios ambientales ante la autoridad competente correspondiente para su revisión, donde se aborda principalmente la evaluación técnico legal del estudio ambiental, así como la determinación de las medidas de prevención, mitigación, corrección y/o eventual compensación ambiental de los impactos ambientales negativos que pudiera ocasionar la ejecución de un proyecto de inversión¹⁵⁵. Por consiguiente, si las medidas de prevención, mitigación, corrección y/o eventual compensación ambiental están asociados a derechos de pueblos indígenas corresponderá realizar una consulta previa del estudios de impacto ambiental que será dirigida por la autoridad estatal encargada de su evaluación y eventual aprobación.

Asimismo, mientras que el proceso de consulta previa se da entre el Estado y los pueblos indígenas, el proceso de evaluación de impacto ambiental se da entre el titular del proyecto y la autoridad ambiental competente sin perjuicio de la participación de la ciudadanía que contribuyen a una mejor toma de decisiones¹⁵⁶. De modo que, si en el proceso de elaboración del estudio de impacto ambiental, se identifican impactos socio ambientales en pueblos indígenas, la autoridad ambiental deberá no solo evaluar el estudio ambiental, sino también antes de su aprobación deberá someterlo a una consulta previa con los pueblos indígenas.

Adicionalmente, el proceso de evaluación del impacto ambiental se inicia con la solicitud de clasificación de proyectos de inversión y aprobación de términos de referencia para los estudios ambientales. Una vez clasificado el proyecto, el titular elabora y presenta el estudio

153 Senace. Manual de Evaluación del Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-d) – Subsector Minería del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – Senace, que fue aprobado con Resolución Jefatural N.º 112-2015-SENACE/J.

154 Punto 2.11. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

155 Punto 2.12. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

156 Punto 2.13. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

ambiental ante la autoridad competente.¹⁵⁷ Para tal efecto, el numeral 11.3 del artículo 11 de la Ley del SEIA, modificado por el Decreto Legislativo 1394, establece que el plazo máximo de evaluación y aprobación de la Declaración de Impacto Ambiental, el Estudio de Impacto Ambiental semidetallado y el Estudio de Impacto Ambiental detallado es de treinta (30), noventa (90) y ciento veinte (120) días hábiles, respectivamente, contados desde la presentación de la solicitud. Además, en el ámbito del SEIA también se cuenta con instrumentos de gestión ambiental complementarios cuyos plazos máximos son de treinta (30) días hábiles de acuerdo con el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS¹⁵⁸.

Así podríamos tener un escenario de un proceso de evaluación de impacto ambiental, con impacto en pueblos indígenas, que se desarrolle en los plazos establecidos por ley; pero que antes de su aprobación deberá ser sometido a consulta previa con los pueblos indígenas, correspondiendo a la autoridad que propone aprobar la medida administrativa, conducir el procedimiento de consulta previa, siendo oponible los acuerdos de consulta previa al titular del proyecto de inversión. De esta forma, los acuerdos de consulta previa relacionados al estudio ambiental formaran parte de las obligaciones socioambientales que asuma el titular del proyecto de inversión.

El MINAM advierte que debe considerarse lo siguiente.¹⁵⁹

- La evaluación de impacto ambiental es aplicable, entre otros, a proyectos nuevos que puedan causar impactos negativos significativos, así como a las ampliaciones, modificaciones o diversificación de proyectos de acuerdo al artículo 18 del Reglamento de la Ley del SEIA¹⁶⁰. Por consiguiente, todo proyecto de inversión minero, gasífero, hidrocarburífero, eléctrico, pesquero, manufacturero o de infraestructura antes de empezar su ejecución requiere contar con una certificación ambiental para controlar los impactos negativos que pueden generar sobre el ambiente, la población local y los pueblos indígenas.
- De acuerdo con el artículo 4 de la Ley del SEIA, en concordancia con el artículo 11 de su Reglamento, los estudios ambientales son: Declaración de Impacto Ambiental, Estudio de Impacto Ambiental semidetallado y Estudio de Impacto Ambiental detallado; asimismo, de acuerdo con el artículo 13 del Reglamento de la Ley del SEIA, también existen Instrumentos de Gestión Ambiental Complementarios establecidos en los reglamentos de protección ambiental de los sectores o por normas especiales, los cuales son preventivos, correctivos, de adecuación, de cierre, entre otros; siendo que tanto los estudios ambientales como los instrumentos de gestión ambiental complementarios son instrumentos de gestión ambiental. La similitud entre los instrumentos de gestión ambiental es que la evaluación se realiza de manera previa a que se ejecute alguna acción puesto que se evalúan los impactos ambientales y en función a ello se establecen las medidas de manejo ambiental, teniendo en cuenta que el SEIA es un sistema

157 Punto 2.14. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

158 Punto 2.14. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

159 Punto 2.14. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

160 Punto 2.14. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

único y coordinado¹⁶¹. Es decir, los instrumentos de gestión tienen por finalidad evitar, prevenir, mitigar o contener los impactos ambientales negativos de los proyectos de inversión públicos y privados mediante medidas contenidas en el plan de manejo ambiental que forma parte del estudio ambiental correspondiente.

- Los principales instrumentos de gestión ambiental aplicables a los proyectos de inversión, de acuerdo a lo que señale cada reglamento de protección ambiental o norma especial son los siguientes ¹⁶²:

Cuadro 3. Plazos de evaluación de instrumentos de gestión ambiental

| Instrumento de gestión ambiental | Plazos de evaluación |
|---|----------------------|
| Estudio de Impacto Ambiental detallado | 120 |
| Estudio de Impacto Ambiental detallado (Vivienda, Construcción y Saneamiento) | 90 |
| Modificación de Estudio de Impacto Ambiental detallado | 120 |
| Estudio de Impacto Ambiental semidetallado | 90 |
| Estudio de Impacto Ambiental semidetallado (Vivienda, Construcción y Saneamiento) | 60 |
| Modificación de Estudio de Impacto Ambiental semidetallado | 90 |
| Declaración de Impacto Ambiental | 30 |
| Modificación de Declaración de Impacto Ambiental | 30 |
| IGAPRO - Instrumento de Gestión Ambiental para las Intervenciones de construcción del Plan Integral de Reconstrucción con Cambios | 30 |
| Términos de Referencia | 30 |
| Informe Técnico Sustentatorio | 15 |
| Ficha Técnica Socio Ambiental | 30 |
| Ficha Técnica Socio Ambiental | 10 |
| Plan de Abandono Total | 30 |
| Plan de Abandono Parcial | 30 |
| Plan Ambiental Detallado | 30 |
| Plan de Gestión Ambiental de Bifenilos Policlorados | 30 |
| Plan de Rehabilitación | 30 |
| Plan de Cierre Desarrollado | 30 |
| Programa de Manejo y Adecuación Ambiental | 30 |

161 Punto 2.14. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental del 18 de julio de 2022.

162 Punto 2.14. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

| Instrumento de gestión ambiental | Plazos de evaluación |
|--|----------------------|
| Ficha Técnica Ambiental (FTA) | 30 |
| Diagnóstico Preliminar | 30 |
| Plan de Recuperación de Áreas Degradadas por Residuos Sólidos | 30 |
| Programa de Reconversión de Áreas Degradadas por Residuos Sólidos | 30 |
| Declaración de Adecuación Ambiental (DAA) | 30 |
| Plan de cierre Detallado | 30 |
| Informe de Gestión Ambiental | 30 |
| Declaración Ambiental para actividades en curso (DAAC) | 60 |
| Plan de Participación Ciudadana | 30 |
| Evaluación Preliminar (Clasificación) | 30 |
| Plan Dirigido a la Remediación (PDR) | 40 |
| Instrumento de Gestión Ambiental para la Formalización de Actividades de Pequeña Minería y Minería Artesanal | 30 |
| Cualquier instrumento de gestión ambiental que su plazo no esté en norma con rango de Ley | 30 |

Fuente: MINAM

En ese sentido, el MINAM señala que la mayoría de los instrumentos de gestión ambiental tienen un plazo máximo de evaluación de 30 días hábiles. Sin perjuicio de ello, las normas del ámbito del SEIA prevén que en caso que los proyectos o actividades estén superpuestos en reservas indígenas o territoriales, el titular deberá contar con la opinión técnica favorable del Ministerio de Cultura, de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N.º 008- 2007-MIMDES y sus respectivas modificatorias, realizándose además en los instrumentos de gestión ambiental la aplicación de la participación ciudadana¹⁶³. Sin embargo, resulta contraproducente aprobar estudios de impacto ambiental en territorios de pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial, como el caso del Lote 88, puesto que exponen a estas poblaciones altamente vulnerables a potenciales contactos no queridos, donde pueden contagiarse de enfermedades para las cuales su sistema inmunológico no cuenta con defensas, además de incrementarse el riesgo de producirse encuentros violentos al interpretar la presencia de foráneos como una agresión.

El MINAM agrega que es importante tener en cuenta que el proceso de evaluación del impacto ambiental está vinculado a un proceso de participación ciudadana para estudios ambientales e instrumentos de gestión ambiental en marco del cual los actores sociales y grupos de interés pueden presentar sus aportes, comentarios, observaciones y/o cuestionamientos a la información que se presenta en cada una de sus etapas, asegurando de esta manera la efectiva difusión de información e intercambio de opiniones entre los

163 Punto 2.16. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

actores involucrados, de conformidad con la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente, Ley del SEIA, Ley del SNGA y demás normas ambientales complementarias¹⁶⁴. Sin embargo, la participación ciudadana en el marco de la elaboración y evaluación del estudio ambiental no reemplaza ni sustituye el derecho a la consulta previa que se caracteriza por tener la capacidad de poder arribar a acuerdos vinculantes y buscar el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos indígenas.

El MINAM advierte que “en ese marco, la posible realización del proceso de consulta previa en el procedimiento de evaluación del estudio ambiental alteraría los procedimientos y plazos de la evaluación del impacto ambiental previstos en las normas del SEIA, así como en los diferentes reglamentos sectoriales en materia ambiental. Asimismo, en el proceso de evaluación del impacto ambiental se identifican impactos ambientales y se establecen medidas para su mitigación en base a criterios técnicos, teniendo una finalidad distinta al proceso de consulta previa”¹⁶⁵.

Uno de los argumentos más importantes del MINAM para no aceptar la realización de la consulta previa de estudios de impacto ambiental es porque alega que se afectarían los plazos establecidos para su aprobación u obstáculo normativo. Sin embargo, omite mencionar que no se puede alegar derecho interno para incumplir las obligaciones internacionales como el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que consagra el derecho a la consulta previa de toda medida que afecte a los pueblos indígenas, como sería el estudio de impacto ambiental de un proyecto de inversión que va impactar en sus territorios ancestrales y derechos colectivos.

Complementariamente, dice el MINAM, el estudio ambiental es un instrumento elaborado por el titular sobre la base de un proyecto de inversión, a través de una consultora ambiental debidamente registrada en el registro de la autoridad competente. En dicho estudio ambiental se establecen los compromisos de carácter ambiental en el marco de los impactos ambientales identificados que podrían generarse durante el desarrollo del proyecto con la finalidad de resguardar la calidad del ambiente, la salud de las personas y la funcionalidad de los ecosistemas; a diferencia de la consulta previa, en donde como resultado de su aplicación se generan acuerdos en el marco de la posible afectación directa a los derechos colectivos del pueblo indígena, motivo por el cual no es aplicable la consulta previa a los estudios ambientales ni a sus modificaciones¹⁶⁶.

El razonamiento del MINAM parte de la premisa que los pueblos indígenas no tienen derecho a participar en la construcción y elaboración de un estudio de impacto ambiental excluyéndolo de hacer aportes sustantivos a la línea de base, la identificación de impactos socioculturales o en el plan de manejo ambiental que contiene las medidas para evitar y controlar los impactos negativos que el proyecto de inversión pueda generar en la población local, población indígena y el ambiente. Igualmente el MINAM sobre la base de considerar que el estudio ambiental tiene un carácter técnico, excluye la consulta previa, descartándola sin mayor explicación, lo cual resulta un grave error pues al contener este instrumento de gestión ambiental medidas que recaerán sobre derechos colectivos de los pueblos indígenas es necesario que sean sometidas a la consulta previa.

El MINAM sostiene a su vez que los estudios ambientales y sus modificaciones son instrumentos preventivos, siendo que, a partir incluso de las acciones de fiscalización

164 Punto 2.17. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

165 Punto 2.19. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

166 Punto 2.20. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

(durante la ejecución del proyecto), pueden determinarse la necesidad del cambio de medidas ambientales. Esto no se condice con la vocación de permanencia de los acuerdos que se adoptan en el marco de los procesos de la consulta previa, que son obligatorios entre las partes (Estado y pueblos indígenas).¹⁶⁷

Es un error conceptual pensar que la consulta previa solo se realiza por una única vez en un proyecto de inversión, puesto que la consulta previa se desarrolla a lo largo de los momentos más importantes del proyecto de inversión como es la suscripción del contrato de concesión, el estudio de impacto ambiental y sus modificatorias, así como el plan de cierre o abandono cuando se consuman las actividades extractivas o productivas. La apreciación del MINAM no se condice con la naturaleza de la consulta previa que se realiza cada vez que se va aprobar una medida administrativa o legislativa que va afectar a una población indígena. Así las cosas, si se va modificar o actualizar un estudio ambiental, procederá realizar la consulta previa correspondiente, tal y como debió ocurrir al momento de aprobarse el estudio ambiental original.

En ese sentido, dice el MINAM, según lo previsto por el marco legal vigente, en ejercicio de su rol rector del SEIA –como sistema funcional–, el MINAM debe cautelar y asegurar el correcto funcionamiento del SEIA, por lo que es importante señalar que el proceso de consulta previa y el proceso de evaluación del impacto ambiental tienen distinta naturaleza y finalidad; y por tanto los estudios ambientales e instrumentos de gestión ambiental complementarios no son objeto de consulta previa¹⁶⁸.

Si bien es cierto que el proceso de evaluación del impacto ambiental tiene distinta naturaleza y finalidad que el de la consulta previa, ello no quiere decir que no puedan articularse, en los casos en que las medidas que integran un estudio ambiental vayan impactar en los derechos de los pueblos indígenas. En este caso excepcional, a los plazos establecidos para elaborar y evaluar el estudio ambiental, se sumarán los plazos establecidos para la consulta de la resolución que propone aprobar el estudio ambiental. De esta manera, la consulta previa permite dar un enfoque intercultural al estudio ambiental y una auténtica participación indígena en su aprobación, lo que se justifica, si se considera que las medidas de plan de manejo ambiental de un proyecto de inversión en territorios indígenas, van a repercutir en los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

El MINAM insiste que de la revisión efectuada a los 14 estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hace referencia la Corte Suprema en la Sentencia de Acción Popular N.º 29126-2018-LIMA, no se establece que deba realizarse el proceso de consulta previa en los estudios ambientales o instrumentos de gestión ambiental, sino que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos de la medida, plan o proyecto, incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad, implicando comunicación constante, lo cual puede realizarse en otra etapa previa antes de la ejecución del proyecto de inversión, como en los contratos, permisos, autorizaciones, entre otros que determine el Sector correspondiente¹⁶⁹.

El argumento del MINAM carece de sustento técnico pues los documentos que anteceden a la elaboración de un estudio ambiental como son el estudio de prefactibilidad, estudio de factibilidad, contrato de concesión o que son posteriores al mismo como permisos,

167 Punto 2.21. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

168 Punto 2.22. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

169 Punto 2.23. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

licencias u autorizaciones no contienen ni definen la información sobre los riesgos ambientales y de salubridad de manera precisa y detallada como lo están en el componente del estudio ambiental llamado: “identificación de los impactos del proyecto de inversión”, que sucede al componente: línea de base, por lo que se deduce con absoluta claridad, que cuando la Corte Suprema se refiere a que sean objeto de consulta previa, las medidas que consideran riesgos ambientales y de salubridad, está describiendo al estudio ambiental que justamente contiene esta información. Simplemente, es sorprendente como la autoridad ambiental rectora del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental se ciega ante la posibilidad de consultar los estudios ambientales pese a lo natural que debe ser este procedimiento en una de las medidas administrativas que de manera ordinaria afectan a los pueblos indígenas en ámbitos geográficos donde se explotan recursos naturales.

El MINAM reconoce que el artículo 8 de la Ley de Consulta Previa establece que las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las etapas del proceso de consulta¹⁷⁰. En relación a ello, de conformidad con el literal a) del artículo 8 y el artículo 9 de la Ley de Consulta Previa, las entidades promotoras deben cumplir con identificar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta. Asimismo, de acuerdo al literal b) del artículo 8 de la citada Ley, la entidad promotora debe identificar los pueblos indígenas u originarios a ser consultados, lo cual se efectúa en función a la información contenida en la Base de Datos Oficial, en concordancia con el artículo 8 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa¹⁷¹.

De lo que se deduce que el MINAM es consciente que en caso se deba consultar el estudio ambiental, serán las autoridades ambientales que lo evalúan y aprueban quienes deberán llevar adelante, no solo el procedimiento ambiental sino el de consulta previa, así como identificar a los pueblos indígenas afectados por el instrumento de gestión ambiental.

El MINAM explica que el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa señala que de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso¹⁷². Y agrega: “considerando que los pueblos indígenas u originarios son aquellos colectivos que tienen su origen en tiempos anteriores al Estado, que tienen lugar en este país o región, conservan todas o parte de sus instituciones distintivas, y que, además, presentan la conciencia colectiva de poseer una identidad indígena u originaria; el MINAM considera de suma importancia la realización de la consulta previa con la finalidad de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, siendo los pueblos indígenas parte de nuestra diversidad cultural”¹⁷³.

170 Punto 2.24. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

171 Punto 2.25. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

172 Punto 2.27. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

173 Punto 2.28. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

Y remata: “No obstante, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 01717-2014-PC/TC, para “determinar la oportunidad de la consulta previa debe tenerse en consideración que la determinación del momento exacto de la consulta previa debe ser previa y apropiada, observando, entre otras medidas y principios, la organización de la comunidad indígena de cara a su participación real y efectiva en la consulta, contar con plazos razonables que permitan tomar acuerdos en la comunidad indígena, aplicar el principio de flexibilidad y tomar medidas compensatorias para reforzar la posición de estas comunidades”; aspectos que no forman parte de la naturaleza del proceso de evaluación de impacto ambiental donde se somete a evaluación técnica los estudios ambientales”¹⁷⁴.

La conclusión del MINAM es sesgada pues no considera que el estudio ambiental tiene en su estructura aspectos que le incumben a los pueblos indígenas como la identificación de los impactos ambientales: un plan de manejo ambiental, que contiene medidas para evitar y controlar los impactos ambientales; el plan de relaciones comunitarias; el plan de contingencia (para casos de materialización de riesgos ambientales); así como el plan de compensación ambiental. En ese sentido, la naturaleza del proceso de evaluación ambiental que tiene por finalidad prevenir impactos ambientales en las poblaciones locales, indígenas y el ambiente es una medida idónea para ser consultada pues las medidas que contiene el instrumento de gestión ambiental van afectar de manera directa al pueblo indígena impactado por el proyecto de inversión que busca su certificación ambiental.

El MINAM reconoce que el artículo 9 de la Ley de Consulta Previa ha establecido que las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas¹⁷⁵. Entonces, queda claro que la autoridad estatal que propone una medida que puede afectar a los pueblos indígenas debe ser quien conduzca el procedimiento de consulta previa, que no debe ser mera formalidad sino un auténtico diálogo intercultural entre poblaciones originarias afectadas y el Estado.

Asimismo, de acuerdo a los literales a) y b) del artículo 23 de la Ley N.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los Ministerios de los diversos sectores son competentes para formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, aplicable a todos los niveles de gobierno así como para aprobar las disposiciones normativas que les correspondan; siendo los Sectores los competentes para definir el momento en que se realiza la consulta previa en actividades de su Sector.¹⁷⁶ En otras palabras, está en manos de cada entidad, identificar qué medidas serán objeto de consulta previa por afectar a los pueblos indígenas. Sin embargo, esta facultad no es irrestricta ni puede ser ejercida irregular o abusivamente pues podría constituir un obstáculo para la realización de la consulta previa. Por esta razón, la norma sectorial que determina qué medidas deben ser sometidas a consulta previa por afectar a pueblos indígenas, en lo que se llama: “la consulta previa de las normas sobre consulta previa.”

174 Punto 2.29. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

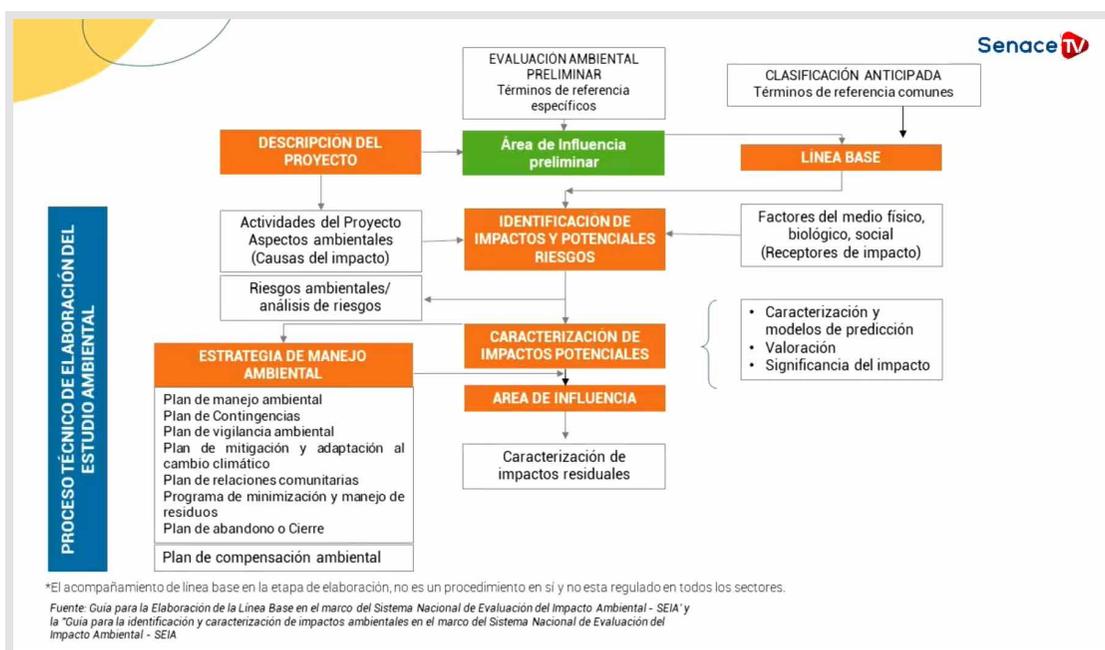
175 Punto 2.30. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

176 Punto 2.31. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

El MINAM se pronuncia sobre la posibilidad de consultar los estudios ambientales del sector de transporte diciendo que “corresponderá al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), en el marco de la Ley de Consulta Previa, identificar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta, de acuerdo a los procesos y actividades que se encuentren a su cargo. No obstante, el MINAM, a través de la DGPIGA, en el marco de la rectoría del SEIA aborda (...) los sustentos técnicos sobre la naturaleza y finalidad de los estudios ambientales, que conlleva a que no sea la oportunidad idónea para desarrollar el proceso de consulta previa, sino en otras etapas que deberá ser evaluado y determinado por el MTC”¹⁷⁷.

Se deriva de las observaciones del MINAM que es el MTC quien debe determinar cuáles son las medidas legislativas o administrativas que pueden ser objeto de consulta previa, sin embargo, se contradice cuando sostiene que consideran que el estudio ambiental no podría ser objeto de consulta previa, por su carácter altamente técnico, sino otras medidas que el sector determinará. Es muy contradictoria esta posición, decir que el sector tiene autonomía y competencia para determinar que se debe consultar, para luego considerar que los instrumentos de gestión ambiental no se deben consultar. Probablemente, el sector llamado a brindar asesoría a las entidades sobre las medidas que deben consultarse es el ente rector en pueblos indígenas, el Viceministerio de Interculturalidad. Sin embargo, el MINAM invadiendo competencia del sector cultura plantea la imposibilidad de consultar los estudios ambientales bajo el argumento de ser asuntos técnicos especializados, ajenos a los pueblos indígenas, y porque afectaría, su aplicación, los plazos de evaluación y aprobación de estos instrumentos.

Gráfico 2. Proceso técnico de elaboración del Estudio de Impacto Ambiental



Fuente: Senace. Ver: <https://www.youtube.com/watch?v=IU4KQ7WCZ1A>

El MINAM advierte que lo dicho es sin perjuicio del ejercicio del derecho de petición de los pueblos indígenas u originarios (...) en el sentido que la identificación de medidas administrativas no puede ser interpretada de manera limitativa, es por dicha razón que la

177 Punto 2.32. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

DGPIGA en el marco de la rectoría del SEIA que orienta la aplicación de la evaluación de impacto ambiental, analiza y aborda la naturaleza de los Estudios de Impacto Ambiental, para que las entidades promotoras identifiquen la oportunidad idónea para realizar la consulta previa a las medidas administrativas relacionadas con los proyectos de inversión o actividades que pudiesen afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas¹⁷⁸.



Foto: Ministerio del Ambiente.

Acepta el MINAM que no puede decidirse unilateralmente la medida que va ser objeto de consulta previa, sino que es necesario considerar las peticiones de consulta de los pueblos indígenas, además de su participación en el proceso de elaboración de las normas que establecen el listado de medidas que han sido identificadas como consultables. Advierte que esta lista nunca estará cerrada y que solo se deberá tomar con carácter referencial, pudiendo incluirse nuevas medidas en función de las peticiones que formulen las poblaciones originarias afectadas por un proyecto de inversión o norma ambiental.

El Ministerio de Ambiente resume su posición señalando que, a través de la Dirección General de Políticas e Instrumentos de Gestión Ambiental, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), para lo cual establece los procedimientos relacionados con el SEIA y su aplicación técnica, donde luego del análisis técnico y legal correspondiente, de acuerdo al marco normativo vigente, los estudios ambientales no son objeto de consulta previa, en razón a que el estudio ambiental es un instrumento elaborado por el titular de un proyecto de inversión, a través de una consultora ambiental, cuya naturaleza es netamente técnica y genera obligaciones de carácter ambiental, que se establecen en función a los impactos ambientales identificados en la evaluación, que podrían generarse durante el desarrollo del proyecto, con la finalidad de resguardar la calidad del ambiente, y la funcionalidad de los ecosistemas, lo cual aplica a los instrumentos de gestión ambiental complementarios por ser concordante con los objetivos, principios y criterios que se señalan en la Ley del SEIA y su Reglamento, bajo un enfoque de integralidad y complementariedad, de tal forma que se adopten medidas eficaces para proteger y mejorar

178 Punto 2.33. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

la salud de las personas, la calidad ambiental, conservar la diversidad biológica y propiciar el desarrollo sostenible; a diferencia de la consulta previa en la que se generan acuerdos en el marco de la posible afectación directa a los derechos colectivos; por tanto el proceso de consulta previa y el proceso de evaluación del impacto ambiental tienen distinta naturaleza y finalidad¹⁷⁹.

La determinación del estudio de impacto ambiental como una medida no consultable, advertimos, el MINAM la adopta sin considerar la opinión del Ministerio de Cultura, rector en materia de pueblos indígenas y sin considerar las peticiones formuladas por los pueblos originarios. El otro problema que se observa es que el MINAM no es competente para identificar las medidas de consulta previa relacionadas a la evaluación ambiental siendo los llamados a hacerlo los ministerios, gobiernos regionales o el SENACE, al ser los competentes en la evaluación y aprobación de los estudios ambientales. En cuanto al tema de fondo, se puede evidenciar que si el estudio ambiental contiene un plan de manejo ambiental y plan de relaciones comunitarias que van afectar directamente a los pueblos indígenas, entonces corresponde que se les consulte el instrumento de gestión ambiental.

4.2. *Sobre la consulta previa de los estudios de impacto ambiental según el MINCUL*

El Ministerio de Cultura, a través del Viceministerio de Interculturalidad, es el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo de conformidad con la Ley N.º 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT y tiene entre sus funciones la responsabilidad de concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la Consulta Previa, así como brindar asistencia técnica a las entidades estatales y los pueblos indígenas, conforme al artículo 19 de la Ley de Consulta Previa y el artículo 28 de su Reglamento¹⁸⁰. Sin embargo, su diseño e implementación se realizó sin consulta previa ni participación de los pueblos indígenas por lo que está pendiente una real y auténtica participación indígena en su estructura especialmente en la elección del cargo de Viceministro/a de Interculturalidad y las direcciones de línea donde debería acceder postulantes propuestos por las organizaciones indígenas con representación nacional.

El artículo 93 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura establece que la Dirección de Consulta Previa es el órgano de línea encargado de realizar las acciones vinculadas a la promoción de la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas del país, brindando asistencia técnica¹⁸¹. En otras palabras, sería la entidad responsable de implementar los 14 estándares internacionales de consulta previa en las diversas entidades del Estado, así como quienes deberían promover la consulta previa de los estudios de impacto ambiental y proyectos de infraestructura que puedan afectar derechos de los pueblos indígenas.

La asistencia técnica implica el desarrollo de normas, pautas y lineamientos para la debida implementación del derecho a la consulta previa, conforme a la normativa vigente. Además,

179 Punto 3.1. del Informe N.º 00614-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA de la Directora (e) de Gestión de Evaluación de Impacto Ambiental, del 18 de julio de 2022.

180 Punto 3.3. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa del 6 de diciembre del 2021.

181 Punto 2.2. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa del 6 de diciembre del 2021.

a través de la asistencia técnica, el Ministerio de Cultura busca contribuir al fortalecimiento de las capacidades del Estado y de los pueblos indígenas para el diálogo intercultural. Para ello, se involucra y acompaña en el desarrollo de las etapas del proceso de consulta para garantizar las condiciones para lograr la finalidad del derecho a la consulta previa: alcanzar acuerdos¹⁸². En otros términos, es la entidad que debe promover el cumplimiento de la consulta previa por los diversos poderes del Estado, capacitar y sensibilizar a los funcionarios públicos, así como apoyar a los pueblos indígenas para que puedan conocer los alcances de este derecho constitucional, además de promover el financiamiento de las diversas etapas de la consulta previa, así como la asesoría técnica independiente que requieran los pueblos indígenas afectados.

Nos recuerda la Dirección de Consulta Previa que es el Estado quien “tendrá la responsabilidad de cumplir con la obligación de llevar a cabo la consulta previa, por lo que las entidades estatales promotoras de procesos de consulta previa deben cumplir las siete (7) etapas mínimas de dicho proceso -una de las cuales es la identificación de pueblos indígenas u originarios, a partir de la cual se determina la procedencia o no de la consulta respecto de una medida específica-. Ello, mediante mecanismos apropiados y acordes a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena u originario, según los principios de interculturalidad y flexibilidad”¹⁸³. Esto implica que debe haber una coordinación estrecha entre el sector cultura y las entidades que pueden aprobar medidas que afecten derechos de los pueblos indígenas como proyectos relacionadas a carreteras, hidrovías, líneas de transmisión eléctrica, exploración y explotación minera, actividades de hidrocarburos, instalación de bases militares, etc. que se desarrollen en o alrededor de territorios indígenas.

4.2.1 *Sobre los estudios de impacto ambiental*

La aprobación de los estudios de impacto ambiental se encuentra bajo la competencia del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE, y de las autoridades ambientales competentes, quienes tienen competencia para emitir certificaciones ambientales. Adicionalmente, según sea la materia de los estudios de impacto ambiental, será el Gobierno nacional, a través de sus ministerios y organismos; o, los gobiernos regionales o gobiernos locales, quienes estarán relacionados con dicha materia¹⁸⁴. Sin duda, un tema pendiente en estas autoridades públicas es la inclusión del enfoque de interculturalidad en sus procedimientos administrativos, que no solo implica una traducción literal de los documentos sino un verdadero compromiso de incorporar a la población indígena en la toma de decisiones que van a afectarlos, por ejemplo permitiendo que en el Consejo Directivo del Senace exista una cuota de participación indígena, así como consultándole los procedimientos de evaluación ambiental que eventualmente les van a afectar.

Por su parte, conforme al artículo 9 de la Ley N.º 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), las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen

182 Punto 2.3. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa del 6 de diciembre del 2021.

183 Punto 2.7. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa del 6 de diciembre del 2021.

184 Punto 3.1. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa del 6 de diciembre del 2021.

una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas. Asimismo, conforme al artículo 3, literal g) del reglamento de la Ley N.º 29785, aprobado por Decreto Supremo N.º 001-2012-MC, la entidad promotora de un proceso de consulta previa es la entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta, siendo que las entidades promotoras son la Presidencia del Consejo de Ministros, los ministerios, a través de sus órganos competentes, los organismos públicos y los gobiernos regionales y locales. (...) Cada entidad estatal que promueve una medida tiene la responsabilidad de identificar si la misma debería ser objeto de consulta¹⁸⁵. En ese orden de ideas, las resoluciones que estén por aprobar instrumentos de gestión ambiental que puedan afectar derechos de poblaciones indígenas deberían ser sometidas a consulta previa por el Gobierno nacional, a través de sus ministerios y organismos; o, el Gobierno regional o Gobierno local que cuenten con competencia para aprobar el estudio ambiental en cuestión.

4.3. Sobre la oportunidad de la consulta previa

El Ministerio de Cultura sostiene que, en el marco de sus funciones y, a partir de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y del Tribunal Constitucional, considera que para cumplir la finalidad de la consulta, las entidades promotoras deben determinar la oportunidad de la consulta de las medidas que puedan afectar directamente derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios, según los siguientes criterios¹⁸⁶.

- a) **Que sea previa.** Que se realice antes de la aprobación de la medida que podría afectar derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios¹⁸⁷. Esto en el caso de los estudios de impacto ambiental, que contiene medidas para mitigar impactos ambientales que afectarían a los pueblos indígenas, debe ser antes de aprobar esta medida administrativa. Lo propio podemos decir de las normas que regulan y reglamentan los instrumentos de gestión ambiental que al afectar a los pueblos indígenas deben ser sometidos a consulta previa.
- b) **Que exista suficiente información¹⁸⁸.** Que la medida se encuentre suficientemente desarrollada por la entidad promotora de modo tal que se cuente con información acerca de las posibles afectaciones directas específicas que generaría a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En ese sentido, el MINCUL está considerando que solo se consulte una medida como un EIA, cuando se tenga certeza de los impactos potenciales o reales de un proyecto de inversión que puede generar en los

185 Punto 3.2. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa del 6 de diciembre del 2021.

186 Punto 3.3. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa. Estos criterios fueron alcanzados por el Ministerio de Cultura al MINEM a través del Oficio N.º D000034-2019-VMI/MC.

187 Artículo 4, literal a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.

188 Según los artículos 12 y 13 de la Ley de Consulta Previa, corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida y, a partir de ello, dichos pueblos en un plazo razonable realizan un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida y la relación directa entre su contenido y la afectación directa de sus derechos colectivos.

pueblos indígenas. como sería con el levantamiento de las observaciones realizadas por la autoridad ambiental o en el caso de la Hidrovía Amazónica, cuando ya se cuenta con el estudio eco toxicológico que va determinar el impacto ambiental, social y cultural del dragado de un río.

El Sector Cultura indica que la consulta tiene entre sus principios rectores la información oportuna, con el objetivo de que los pueblos indígenas cuenten con información suficiente sobre la materia de consulta, así como para evaluar la medida y formular sus propuestas, por lo que el Estado tiene la obligación de comunicar todo aquello que sea previo y necesario para contribuir a ello. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que la “información debe ser suficiente, accesible y oportuna”, incluyendo información sobre “riesgos ambientales y de salubridad”¹⁸⁹.

Efectivamente, si el Estado lo que busca es un diálogo transparente y de buena fe con los pueblos indígenas para efectos de lograr acuerdos y su consentimiento libre e informado, debe brindarles la información de manera oportuna, completa y con pertinencia cultural, además de asegurar el financiamiento y logística para el acompañamiento del equipo técnico independiente que elijan y con el que puedan trabajar sus propuestas y debatirlas con el ente proponente.

- c) Que sea posible incorporar acuerdos.** Que los acuerdos que se logren durante la etapa de diálogo, finalidad de la consulta previa, puedan formar parte de los documentos que conforman y sustentan la medida, como, por ejemplo, en expedientes técnicos, **instrumentos de gestión ambiental**, contratos, resoluciones, dictámenes, entre otros, según corresponda. Ello a fin de incluir a los pueblos indígenas u originarios en los procesos de toma de decisión del Estado, de modo que se adopten medidas respetuosas de sus derechos colectivos¹⁹⁰.

Definitivamente, solo se puede hablar de una consulta previa real y auténtica, la que puede conseguir efectivizar los acuerdos vinculados a la medida consultada permitiendo no solo que se incorporen, sino que sean oponibles a terceros vinculados con su ejecución; como sería el titular de un proyecto de inversión o el administrado relacionado a la evaluación del estudio de impacto ambiental o medidas administrativas, que en ambos casos, al desarrollarse en o alrededor de territorios indígenas, corresponde hacerles la consulta previa de rigor especialmente en una democracia inclusiva e intercultural.

Recordemos que el Ministerio de Cultura ha emitido opiniones sobre la oportunidad en la que debe realizarse la consulta previa. Así, mediante Oficio N.º 000175-2020-VMI/MC, de fecha 8 de setiembre de 2020, el Ministerio de Cultura remitió a la Presidencia del Consejo

189 Punto 3.3. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa del 6 de diciembre del 2021.

190 Artículo 3 de la Ley de Consulta Previa. - La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos. Artículo 5, literal a) del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.- Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta.

de Ministros, sus propuestas respecto al **Informe Final de la Comisión para el Desarrollo Minero Sostenible**¹⁹¹, creada por Resolución Suprema N.º 145-2019-PCM¹⁹².

El Ministerio de Cultura consideró viable lo propuesto por la Comisión Consultiva en la sección **“Entorno social: ciudadanía, diversidad y territorio”** de su Informe Final, en relación a que es necesario realizar los procesos de consulta previa cuando se cuente con la información de la **Evaluación de Impacto Ambiental**, pero antes de que se otorgue, de ser el caso, la certificación ambiental correspondiente. De esta manera, se cumplirán los 3 criterios descritos: la consulta será previa a la autorización de inicio de actividades (medida), se contará con información suficiente sobre posibles afectaciones (contenida en el instrumento de gestión ambiental), y los acuerdos resultantes de la consulta podrán ser incorporados en el instrumento que sustenta la medida¹⁹³.

En otras palabras, el estudio de impacto ambiental simboliza la medida administrativa ambiental ideal para ser consultada con los pueblos indígenas antes de su aprobación al ser el mecanismo mediante el cual se puede identificar los principales impactos ambientales y sociales de un proyecto de inversión para luego poder adoptar de manera anticipada las medidas de mitigación y compensación correspondientes. La negativa de los sectores productivos a consultar la medida administrativa que evite impactos ambientales negativos en la población afectada por el proyecto no tiene sustento constitucional y viene generando conflictos sociales, siendo políticamente incorrecta en una democracia inclusiva e intercultural.

En tal sentido, como una medida específica en relación a la modificación de la oportunidad de la consulta previa en el subsector minería, el Ministerio de Cultura señaló que se debe evaluar la realización de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo del proceso de consulta previa, una vez que el instrumento de gestión ambiental haya sido admitido a trámite por la autoridad ambiental correspondiente, con la finalidad de terminar el proceso de consulta antes de su aprobación, de tal manera que se puedan incorporar acuerdos en dicho instrumento, según corresponda. Asimismo, indicó que el plazo para la realización de la consulta previa **desde la etapa 3 hasta la 6 es de 120 días calendario**, por lo que es viable que estas etapas se implementen durante la evaluación del IGA¹⁹⁴.

El Ministerio de Cultura acierta en determinar que los instrumentos de gestión ambiental relacionados a proyectos de inversión que afecta derechos de pueblos indígenas deben ser consultados antes de su aprobación e incorporar los acuerdos como obligaciones exigibles al titular del proyecto. De opinión similar ha sido la Defensoría del Pueblo¹⁹⁵ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹⁶. En resumen, en el estado actual de las cosas existe un divorcio entre las políticas interculturales y las políticas de promoción de inversiones que viene generando conflictos sociales y una permanente

191 Denominado “Informe Final: Propuestas de Medidas Normativas, de Gestión y de Políticas Públicas para afianzar la sostenibilidad del Sector Minero”.

192 Punto 3.4. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa del 6 de diciembre del 2021.

193 Punto 3.4. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa del 6 de diciembre del 2021.

194 Punto 3.5. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa.

195 Cfr. El Informe de Adjuntía N.º 006-2016-DP/AMASPP. El camino hacia proyectos de inversión sostenibles: Balance de la evaluación de impacto ambiental en el Perú ha sido elaborado por un equipo conformado por los comisionados Tania García López, Patricia Tipian Mori, Edmundo Huerta Barrón y por Lissette Vásquez Noblecilla, Jefa del Área de Medio Ambiente.

196 Cfr. Opinión Consultiva OC-23/17.

violación del derecho de consulta previa, situación que califica como un estado de cosas inconstitucionales, en toda regla.

El Sector Cultura señala que el informe final de la Comisión para el Desarrollo Minero Sostenible concluyó que, con relación a los procesos de consulta previa, el momento de su realización debe ser cuando las autoridades estatales cuenten con información suficiente sobre las posibles afectaciones socioambientales y beneficios del futuro proyecto minero, teniendo a la vez la posibilidad de modificar el diseño del proyecto para garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas, en el marco del artículo 1.5 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Para la Comisión, es necesario realizar los procesos de consulta previa cuando se cuente con la información de la evaluación de impacto ambiental, pero antes de que se otorgue, de ser el caso, la certificación ambiental correspondiente¹⁹⁷. En tal sentido, en la subsección 10. Ciudadanía y pueblos indígenas, la Comisión recomendó variar la oportunidad de la consulta previa para lograr acuerdos sustantivos que cautelen los derechos de estos ciudadanos [pueblos indígenas]^{198, 199}.

Si bien resulta bastante obvio establecer que la consulta previa del estudio ambiental debe ser antes que se apruebe, para permitir que las organizaciones indígenas incorporen sus aportes y los acuerdos arribados con el Estado; es significativamente consecuente que lo haya dicho el Sector Cultura en plena pandemia; cuando existían enormes presiones sobre el Gobierno por parte de los sectores económicos y productivos que necesitaban reactivarse incluso sin considerar una real participación ciudadana y consulta previa. No tiene ningún propósito que se consulte los permisos de operaciones mineras y no los estudios de impacto ambiental, que determinan las formas cómo se protegerá a la población originaria de los impactos de las actividades extractivas.

4.4. Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional recaída bajo el expediente N.º 01717-2014-PC/TC

El Mincul advierte que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída bajo el expediente N.º 01717-2014-PC/TC22, ha señalado que la consulta previa debe efectuarse durante las primeras etapas del proyecto, programa o plan de inversión, a fin de que los pueblos indígenas u originarios puedan participar verdaderamente en el proceso de adopción o autorización de las medidas propuestas (Fundamento Jurídico 42)²⁰⁰. *A contrario sensu*, es imposible realizar una consulta previa cuando ya se aprobó el proyecto de inversión y su estudio de impacto ambiental, así como la forma como se mitigarán sus impactos socio ambientales; no existiendo forma que en la consulta previa del permiso de operaciones mineras pueda tratarse la afectación de derechos colectivos, asunto ya definido en el plan de manejo ambiental del estudio ambiental.

Mincul testifica que mediante Oficio N.º 000108-2021-VMI/MC, de fecha 3 de agosto de 2021, el Ministerio de Cultura brindó recomendaciones al Ministerio de Energía y Minas, sobre la oportunidad de la consulta previa en minería; y, asimismo, luego de citar la sentencia recaída bajo el expediente N.º 01717-2014-PC/TC del Tribunal Constitucional²⁰¹, el Ministerio

197 Subsección 1.4.2 Alternativas elegidas. F) Pueblos Indígenas. Página 37.

198 Sección IX. Recomendaciones. 10. Ciudadanía y pueblos indígenas. Página 90.

199 Punto 3.6. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa.

200 Punto 3.7. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa.

201 Dicha sentencia fue emitida para resolver la demanda de amparo contra la Resolución Ministerial N.º 209-2015- MEM/DM, que aprueba los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso

de Cultura solicitó al Ministerio de Energía y Minas evaluar si la Resolución Ministerial N.º 254-2021-MINEM/DM, que modifica la oportunidad de la consulta en el subsector minería, cumple con los criterios antes señalados por el Ministerio de Cultura, así como con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, y de ser el caso, adopte las acciones correspondientes a fin de que la consulta previa se realice en un momento tal que permita incorporar de manera efectiva a los pueblos indígenas u originarios en las decisiones estatales sobre propuestas de medidas que pudieran afectarles directamente, para cumplir con la finalidad de la consulta²⁰². Llama poderosamente la atención que el ente rector en políticas públicas de los pueblos indígenas no pueda exigir ni hacer cumplir la consulta previa en el sector productivo con mayor cantidad de conflictos sociales indígenas revelándose la necesidad de fortalecer la opinión vinculante del sector cultura en asuntos de su competencia.

En concordancia con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, el Ministerio de Cultura ha emitido opinión sobre los criterios que deben seguir las entidades promotoras para determinar la oportunidad de consultar las medidas, y para cumplir la finalidad de la consulta: i) que sea previa, ii) que exista suficiente información; y, iii) que sea posible incorporar acuerdos²⁰³. En suma, las medidas administrativas o legislativas que afectan los derechos de los pueblos indígenas deben ser consultados antes de ser aprobadas y ejecutadas, como sería el caso de la entrega de concesiones o la aprobación de estudios de impacto ambiental o normas que regulan los estudios de impacto ambiental.

A partir de la sentencia recaída bajo el expediente N.º 01717-2014-PC/TC, se señala que la **consulta previa debe efectuarse durante las primeras etapas del proyecto, programa o plan de inversión**, a fin de que los pueblos indígenas u originarios puedan participar verdaderamente en el proceso de adopción o autorización de las medidas propuestas (Fundamento Jurídico 42), el Ministerio de Cultura brindó recomendaciones al Ministerio de Energía y Minas, sobre la oportunidad de la consulta previa en minería; y, asimismo, le solicitó evaluar si la Resolución Ministerial N.º 254-2021-MINEM/DM cumple con los criterios señalados por el Ministerio de Cultura y con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, para que, de ser el caso, adopte las acciones correspondientes a fin de que se cumpla la finalidad de la consulta previa²⁰⁴.

Existen criterios jurisprudenciales judiciales y administrativos que permiten deducir de manera lógica, obvia y clara que la aprobación de los estudios de impacto ambiental que implican proyectos que afectan a pueblos indígenas deben ser objeto de consulta previa, especialmente considerando el estándar internacional de consulta previa número 13, consagrado por la Sentencia de Acción Popular N.º 29126-2018 Lima que indica: “la consulta debe ser informada con suficiencia, permitiendo que los pueblos tengan conocimiento de los posibles riesgos de la medida, plan o proyecto, incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad, implicando comunicación constante.” Sin duda, la única medida administrativa que contiene información sobre los riesgos ambientales y a la salud que puede generar

de consulta previa en materia de hidrocarburos y electricidad, la cual el Tribunal Constitucional declaró infundada, en virtud de que la referida resolución no determina el momento exacto en el que se realizará la consulta previa de las medidas administrativas identificadas en dicha resolución, sino que únicamente hace referencia a la característica de la oportunidad previa de la consulta y solo expresa, en líneas generales, que la consulta previa de los procedimientos administrativos identificados en la resolución se realizará antes de conceder, otorgar o aprobar dichos procedimientos (Fundamentos Jurídicos 45, 46, 49 y 50).

202 Punto 3.8. del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa.

203 Conclusión 4.2 del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa.

204 Conclusión 4.3 del Informe N.º 000019-2021-DCP-JAA/MC de la Dirección de Consulta Previa.

un proyecto de inversión es el estudio de impacto ambiental, por lo que debe ser objeto de consulta previa, si es que se identifica que existirán impactos negativos en pueblos originarios y por ello su plan de manejo ambiental va impactar en estas poblaciones vulnerables.

4.5. Conclusiones

La Sentencia de la Acción Popular N.º 29126-2018 Lima, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 01717-2014-PC/TC y la opinión del Sector Cultura nos permite establecer que la consulta previa es un mecanismo de la democracia directa con enfoque intercultural que permite a las poblaciones originarias y el Estado dialogar sobre los impactos socioculturales y ambientales que genera una medida administrativa o legislativa con el objetivo de poder arribar acuerdos sobre su tratamiento y al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas sobre el proyecto o medida consultada en concreto.

Si bien el Estado tiene la última palabra sobre la aprobación de las medidas que afectan a los pueblos indígenas, ello no puede hacerse de manera autocrática y/o discrecional. Por el contrario, el Estado tiene la obligación de observar el cumplimiento de los acuerdos arribados, así como suspender la medida si es que no obtuvo el consentimiento libre e informado, o formular un cambio en la medida para que no se afecte los derechos de los pueblos indígenas.

La necesidad de la consulta previa de la aprobación de los estudios de impacto ambiental es un supuesto emblemático, pues permite que antes que se inicien las obras de un proyecto de inversión haya existido un diálogo con las poblaciones originarias directamente afectadas en su ambiente, territorio y cultura; con las cuales debió arribarse acuerdos de buena fe, obteniéndose el consentimiento libre, previo e informado. En perspectiva histórica y ética resulta absolutamente reprochable afectar los derechos de pueblos indígenas que habitaron y habitan el territorio de un Estado que nace para garantizar su libre autodeterminación, identidad étnica y derechos colectivos, y no lo hace. Por ello sería irónico que se les obligue a cantar un himno que dice: *"Somos libres, seámoslo siempre"* si se les sigue negando la consulta previa a los instrumentos de gestión ambiental y ejercer su derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas.

5.

El procedimiento de certificación ambiental en el sector de infraestructura

El proyecto Hidrovia Amazónica tiene como objetivo central mejorar las condiciones de navegabilidad de los ríos amazónicos para embarcaciones fluviales con calado máximo de 6 pies (1,80 metros); además de establecer un sistema de información para mejorar y mantener la navegación en condiciones de seguridad para el transporte fluvial en los ríos Huallaga, Marañón, Ucayali y Amazonas; en una longitud total aproximada de 2687 km, a fin de contribuir al desarrollo del comercio regional, nacional y con los países del Brasil, Ecuador y Colombia. El área de concesión es aquella a la cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, así como las autoridades competentes en el ámbito fluvial deben posibilitar que el Titular pueda desarrollar los trabajos requeridos para el desarrollo del proyecto, ya que el Titular no dispone de un derecho sobre la misma. Los puntos límite hasta los que debe ser mantenido el nivel de servicio en el canal de navegación en los puntos extremos de los ríos Ucayali, Huallaga y Marañón son los siguientes:

- *Ucayali – Pucallpa: hasta los 8.° 24' de latitud Sur.*
- *Huallaga – Yurimaguas: hasta los 5.° 54' de latitud Sur.*
- *Marañón – Saramiriza: hasta los 4.° 34' de latitud Sur.*

El Titular indica que es el área en el cual se realizarán las actividades de “dragado”, “limpieza de troncos” y se implementará un “sistema de información para la navegación”; comprende también, el “canal de acceso y dársena de maniobras del puerto de Iquitos” el cual debe permitir el acceso al recinto portuario en el río Itaya desde el río Amazonas. Dentro del área de desarrollo de la concesión se realizarán las siguientes actividades:

- *Captura y registro de niveles de agua y registro de parámetros meteorológicos en una red de estaciones limnimétricas e hidrometeorológicas automáticas.*
- *Sistema de información digital para la navegación.*
- *Obras de dragado de apertura y mantenimiento.*
- *Limpieza de troncos (quirumas) incrustados en el canal de navegación.”*

Observaciones al EIA de la Hidrovia Amazónica del SENACE contenido en el Informe N.° 00737-2019-SENACE-PE/DEIN, pág. 24, 27 y 28.

“En la cosmovisión de los pueblos indígenas de la región amazónica, el río forma parte integral de su territorio y lleva consigo un firme valor cultural que se expresa en cómo este es utilizado por ellos, y en la relación espiritual, social, económica y ecológica que entre los pueblos y el río se establece. Esto se pone de manifiesto en la cosmovisión indígena que plantea al río como el eje del que se desprende una variedad de mundos, entre los cuales se encuentran espacios acuáticos importantes, que contienen seres poderosos que rigen sobre ellos y dotan el río de un nivel de sacralidad. Entre este panteón de seres

sagrados, existen quienes proporcionan puntos de referencia que ordenan, organizan y guían el uso del espacio y los recursos. Es de acuerdo a cómo se compota uno –si cumple o no las normas de convivencia social-, que se determina la relación que se tiene con ellos, la cual podrá o no ser armoniosa. Esto resulta significativo pues ellos tienen la capacidad de generar cambios, tanto positivos como negativos, en la naturaleza, el clima, los ecosistemas, y la salud de las personas. Es así que la abundancia de recursos, no depende solamente de características geográficas o naturales ni de condiciones climáticas, sino también de estas fuerzas vitales asociadas a ellas, y de voluntad que ellas disponen. De acá se desprende la preocupación por respetarlos y velar por sus intereses y por la protección de su hábitat.”

Ministerio de Cultura. “El río y los pueblos indígenas”. La relación entre el río y los pueblos indígenas en el ámbito del proyecto Hidrovía Amazónica. Ministerio de Cultura, 2015. p.23

5.1. Disposiciones generales

El procedimiento administrativo de evaluación ambiental de transporte se regula por las disposiciones normativas del Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC, y de manera supletoria, por las disposiciones de la Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental; su reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 019-2009-EM; la Ley N.º 28611, Ley General del Ambiente; Ley N.º 30327, Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible; y la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General²⁰⁵.

En ese sentido, el procedimiento de certificación ambiental de transporte podrá seguir el camino del procedimiento de certificación ambiental clásico o tradicional o el procedimiento de certificación ambiental global o integrambiental, siendo el administrado quien deberá elegir cuál de las dos evaluaciones elige para la evaluación del estudio ambiental, dependiendo de los permisos que requiera y las necesidades que lo apremien de acuerdo a los plazos de su presupuesto, concesión o la urgencia de la obra pública.

La autoridad ambiental competente no dejará de pronunciarse ante el vacío o deficiencia del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes respecto de alguna situación o solicitud planteada por los administrados. Para tal efecto, deberá ampararse en la aplicación supletoria de la normatividad ambiental general, así como en los principios del derecho administrativo y los del derecho ambiental²⁰⁶.

Ello es especialmente importante, en un contexto donde se carece de un reglamento de participación ciudadana ambiental aprobado, conforme lo dispuesto por el Decreto Supremo N.º 002-2009-MINAM, por lo que en caso que representantes de la población impactada soliciten, luego de realizadas las audiencias públicas obligatorias, audiencias complementarias para comprender la dimensión de los impactos ambientales que sufrirán, deberá absolverse la solicitud y eventualmente concederla para efectos de garantizar una verdadera participación ciudadana.

205 Artículo 42 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

206 Artículo 42 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

5.2. Finalidad de la certificación ambiental

La finalidad del reglamento de protección ambiental en transporte es asegurar que las actividades, proyectos y servicios del Sector Transportes se ejecuten, salvaguardando el derecho de las personas a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado, conforme lo establece la Constitución Política del Perú y de acuerdo los criterios y principios de la gestión ambiental establecidos en la Ley General del Ambiente y su Reglamento²⁰⁷.

En ese sentido, la pregunta de rigor que debemos hacernos es qué lenguaje de valoración del ambiente estamos utilizando para poder protegerlo: el antropocéntrico monocultural, el multicultural, el ecoeficientista o biocéntrico y conservacionista. Así por ejemplo desde un enfoque intercultural, intergeneracional y de género, la valoración del ambiente va priorizándose la conservación y protección de la cultura local, las mujeres y las niñas/os, así como evitar y prevenir el impacto ambiental derivado del proyecto de inversión por encima de lo económico.

5.3. Responsabilidad ambiental de los titulares

“Es necesario que se actualice la información respecto a los principales componentes del proyecto – Hidrovía Amazónica-, incluida la traza del canal de navegación y las zonas críticas (“malos pasos”) además de los planes de intervención (por ejemplo respecto a las quirumas y el plan de limpieza de troncos), a efectos de que (i) se brinden garantías de una adecuada evaluación ambiental, (ii) la información que se va a presentar en el Estudio de Ingeniería sea coherente con la información del Estudio de Impacto Ambiental (...).

Limpieza de Quirumas, (...) considerando la cosmovisión de los pueblos indígenas, se recomienda reestructurar los procesos de propuesta de extracción, incluyendo un estudio previo, sobre la importancia para las comunidades nativas.”

Opinión Técnica sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica de la Dirección General de Asuntos Ambientales del Viceministerio de Transportes, Informe Técnico N° 057-2019-MTC/16.02.JCCS.JVT.CDMV.FGL pág.4 y 5

Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de Derecho Público o Privado, que desarrollen proyectos, actividades y/o servicios en Transportes, son responsables del cumplimiento de lo dispuesto en el marco legal ambiental vigente, en los instrumentos de gestión ambiental aprobados y en cualquier otra regulación adicional dispuesta por la Autoridad Ambiental Competente²⁰⁸. En otras palabras, las entidades del Estado así como sector privado deben realizar los proyectos de inversión que ejecuten con certificación ambiental así como dando cumplimiento a las obligaciones climáticas.

Asimismo, son responsables por las emisiones atmosféricas, las descargas de efluentes líquidos, el manejo de residuos sólidos, las emisiones de ruido y cualquier otro efecto sobre el ambiente derivado de sus actividades, desarrolladas directamente o a través de terceros, en particular de aquellas que excedan los límites máximos permisibles (LMP) o

207 Artículo 2 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

208 Artículo 10 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

puedan causar la vulneración de los estándares de calidad ambiental (ECA) vigentes²⁰⁹. De esta manera, en caso de generar daños ambientales producto del incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental deberán responder por la obligación de remediación e indemnización correspondiente.

En consecuencia, deben adoptar las medidas para prevenir, minimizar, rehabilitar, remediar y compensar los impactos ambientales negativos; y potenciar los impactos ambientales positivos, asumiendo los costos de las medidas de control de sus actividades para verificar el cumplimiento de las obligaciones y compromisos a su cargo, en aquellas áreas y con la frecuencia definida en el instrumento de gestión ambiental correspondiente²¹⁰, como sería el estudio de impacto ambiental, los informes técnicos ambientales, las fichas técnicas ambientales, la modificación y actualización del estudio de impacto ambiental, el plan de remediación ambiental o el plan de cierre correspondiente, los cuales de afectar a pueblos indígenas deberán ser sometidos a la consulta previa.

5.4. Autoridades competentes en certificación ambiental en el sector transporte

Las autoridades involucradas en el proceso de gestión socio ambiental en el sector Transportes son²¹¹:

- **El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC)** es la autoridad sectorial nacional y como tal es la autoridad ambiental competente, a través de la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales (DGASA), en materia de gestión ambiental en el Sector Transportes y la encargada de promover políticas en materia socio ambiental en dicho sector, además de formular y aprobar normas en el marco de su competencia, con el fin de asegurar la sostenibilidad de las actividades de infraestructura y servicios de transporte, en el marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental y los Sistemas Funcionales que se articulan a éste²¹².
- **Los gobiernos regionales y locales** ejercen las funciones ambientales previstas en el presente Reglamento, conforme resulte del proceso de transferencia de competencias en el marco del proceso de descentralización u otros mecanismos legalmente previstos y sus respectivas leyes orgánicas²¹³.
- **El Ministerio del Ambiente (MINAM)** es el órgano rector del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SNGA) y del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), de conformidad con la normativa en la materia. El MINAM propicia la articulación de los sistemas funcionales del SNGA y su aplicación

209 Artículo 10 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

210 Artículo 10 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

211 Artículo 4 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

212 Artículo 4 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

213 Artículo 4 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

a través del presente reglamento en el ámbito sectorial en los tres niveles de gobierno, en lo que corresponda²¹⁴.

- **El Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - SENACE**, es el organismo técnico especializado encargado de conducir el proceso de evaluación de impacto ambiental a través de la categorización, revisión y aprobación de los estudios ambientales de los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, sujetos al SEIA, de acuerdo a sus respectivas competencias, en el marco de la Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y de conformidad con la transferencia de funciones de acuerdo con la Ley N.º 29968, Ley de Creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles²¹⁵.
- En tanto se haga efectiva la transferencia al **Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)**, la entidad competente para supervisar y fiscalizar el cumplimiento del presente Reglamento, sus normas complementarias, modificatorias y conexas para el Sector Transportes es la DGASA, sin perjuicio de las funciones establecidas en el Decreto Supremo N.º 044-2006-PCM y sus modificaciones respecto a las obligaciones de supervisión y fiscalización respecto a los contratos de concesión²¹⁶. El problema es que actualmente el sector carece de un reglamento para sancionar infracciones ambientales de transporte, así como que no viene priorizando la transferencia de competencias al OEFA por lo que no se viene sancionando de manera eficiente a los administrados por incumplimiento de obligaciones socio ambientales.

5.5. Los lineamientos de política ambiental del Sector Transportes

La Autoridad Ambiental Competente ejerce sus funciones ambientales de conformidad con la Política Nacional del Ambiente, el Sistema Nacional de Gestión Ambiental, sus sistemas funcionales y otros instrumentos relacionados, la normativa ambiental vigente y los siguientes lineamientos de política²¹⁷:

- Fortalecer los mecanismos de protección ambiental y socioambiental en la provisión de infraestructura y servicios de transporte.
- Asegurar la viabilidad ambiental y socioambiental en las diferentes etapas de los proyectos de infraestructura y servicios de transporte.
- Establecer mecanismos de protección ambiental para las infraestructuras de transporte ante escenarios de probables desastres naturales.
- **Garantizar los procesos de participación ciudadana, con especial énfasis en aquellas poblaciones vulnerables, así como la preservación de**

214 Artículo 4 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

215 Artículo 4 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

216 Artículo 4 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

217 Artículo 5 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

valores culturales e históricos en cumplimiento de normas nacionales e internacionales.

- Promover la recuperación y/o remediación de los pasivos ambientales del sector transporte.
- **Prevenir la degradación de los ecosistemas y afectación de servicios ecosistémicos en el ámbito de influencia de los proyectos del sector transporte.**
- Prevenir la contaminación ambiental de fuentes móviles.
- Prevenir y/o minimizar daños ambientales inmediatos y futuros.
- Incorporar criterios de eco eficiencia y control de riesgos ambientales y de la salud en el sector transportes.
- Prevenir y controlar impactos ambientales significativos de los proyectos del sector transporte.
- Impulsar mecanismos apropiados para la gestión del servicio de transporte de residuos sólidos peligrosos.
- Impulsar mecanismos de prevención y control de los riesgos ambientales asociados al transporte de las sustancias químicas y materiales peligrosos utilizados en el sector transporte.
- Asegurar la coordinación con la planificación del transporte a nivel local (tráfico urbano) y nacional (infraestructura).
- Invertir en el diseño y construcción de sistemas de transporte público eficientes y promover el uso de modos de transporte distintos al automóvil. Realizar esfuerzos por mejorar la calidad de los combustibles, con estándares cercanos a los de países de la OCDE. Promover incentivos económicos sobre la base del principio de quien contamina paga, con el fin de reducir las emisiones vehiculares y la contaminación atmosférica.

5.6. Instrumentos de gestión ambiental en el marco del SEIA

Los instrumentos de gestión ambiental que reconoce Transportes, en el marco del SEIA son los siguientes²¹⁸:

a) Para proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto

- Declaración de Impacto Ambiental (DIA) Categoría I
- Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd) Categoría II
- Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d) Categoría III

218 Artículo 7 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

b) Para políticas, planes y programas

- Evaluación Ambiental Estratégica (EAE).

c) Los Instrumentos de Gestión Ambiental Complementarios al SEIA, son los siguientes:

- Ficha Técnica Socio ambiental.
- Programa de Adecuación y Manejo Ambiental.

Ciertamente, el sector de transporte, con la anuencia del MINAM, ha creado convenientemente para sus administrados un nuevo instrumento, la Ficha Técnica Socio Ambiental, además de desempolvar un viejo compañero de los incumplidores ambientales: el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, que permitirá que los administrados que hayan iniciado sus actividades económicas sin contar con certificación ambiental puedan regularizar su situación sin detener sus actividades empresariales. Sin embargo, ningún instrumento de gestión ambiental del sector transporte que afecte a pueblos indígenas puede aprobarse sin antes transitar por la consulta previa y el consentimiento informado, libre y previo.

5.7. De los proyectos de inversión, actividades y servicios del Sector Transporte no sujetos al SEIA

El Ministerio de Transporte y Comunicaciones ha establecido que los titulares de proyectos de inversión, actividades y servicios del Sector Transporte que no están sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental-SEIA, no están obligados a gestionar la certificación ambiental; sin embargo, deben cumplir con las normas generales emitidas para el manejo de residuos sólidos, aguas, efluentes, emisiones, ruidos, suelos, conservación del patrimonio natural y cultural, zonificación, construcción y otros que pudieran corresponder; así como aplicar las medidas de prevención, mitigación, remediación y compensación ambiental, que resulten acordes a su nivel de incidencia sobre el ambiente y en cumplimiento al principio de responsabilidad ambiental. Deben presentar asimismo, una Ficha Técnica Socio Ambiental (FITSA) ²¹⁹.

En realidad, la FITSA es un instrumento de gestión ambiental que por los impactos socioambientales que ocasiona debió ser una Declaración de Impacto Ambiental (Categoría I), sin embargo, ello hubiera entrañado un mayor tiempo en su evaluación por lo que el sector, prefirió excluir estas actividades de transporte, incluso en el caso que se encuentre en áreas naturales protegidas, lo que no la salva de una adecuada participación ciudadana y la consulta previa en caso afecte a pueblos indígenas.

La FITSA es un instrumento de gestión ambiental complementario al SEIA de carácter preventivo que se aplica para proyectos de inversión, actividades y servicios de competencia del Sector Transportes que no están sujetos al SEIA. Los proyectos, actividades y servicios que se encuentren en dicha condición, y se ubiquen dentro de un Área Natural Protegida o Zona de Amortiguamiento deben hacer la consulta ante el MINAM sobre la pertinencia de

219 Artículo 11.1 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

desarrollar una FITSA²²⁰. Sin duda es un error implementar el FITSA en espacios protegidos que albergan biodiversidad endémica y única, sin contar con la opinión obligatoria técnica favorable del SERNANP; pues compromete la sostenibilidad ambiental, por lo que ello debe ser corregido exigiendo a los titulares de estas actividades cuanto menos el DIA correspondiente y la opinión de la autoridad nacional en áreas naturales protegidas.

La Autoridad Ambiental Competente, en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, emite el acto administrativo, mediante el cual se comunica al Titular la conformidad o no conformidad a la FITSA, y está sujeto a silencio negativo²²¹. El problema es que en tan corto plazo no podrá desarrollarse la participación ciudadana, ni se podrá pedir opiniones técnicas a las autoridades correspondientes, por lo que para una evaluación adecuada es aconsejable en todo caso seguir los plazos establecidos para un DIA.



Foto: Ministerio del Ambiente.

5.8. Obligatoriedad de la certificación ambiental

“¿Los sondeos podrían afectar de alguna manera a los peces? ¿Se ha analizado si habría algún impacto considerando que se realizará manejo de agua de lastre? ¿Se requerirán recursos como combustible y aceites para el relevamiento batimétrico? ¿La instalación y mantenimiento (por ejemplo, asociado al reemplazo de baterías) de las trece (13) estaciones limnimétricas podría ser considerada una actividad impactante? (...) En la medida que la evaluación de impacto ambiental debe presentar información técnica actualizada, es necesario evitar generalidades (por ejemplo respecto a la información de los depósitos de material dragado, o respecto a la sustentación de la ubicación y capacidad (en términos de volumen)

220 Artículo 11.2 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

221 Artículo 11.5 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

de las mismas, cuando se menciona que “por un tema de percepción” (dada la degradación de la calidad acuática de algunos tramos de los ríos amazónicos) se debe evitar que las zonas de vertimiento se encuentren cercanas a las localidades ribereñas.”

Opinión Técnica de la Dirección General de Asuntos Ambientales del Viceministerio de Transportes **sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica**, Informe Técnico N° 057-2019-MTC/16.02.JCCS.JVT.CDMV.FGL pág.10

El titular de un proyecto de inversión sujeto al SEIA, antes de iniciar la ejecución de obras, debe obtener una Certificación Ambiental de la Autoridad Competente. Asimismo, los proyectos de inversión que cuenten con Certificación Ambiental y que sean objeto de modificaciones y/o ampliaciones que pudieran generar nuevos y/o mayores impactos ambientales negativos, deberán someterse previamente a un procedimiento de modificación del Estudio Ambiental²²².

La modificación, diversificación, reubicación y/o ampliación de un proyecto de inversión que cuente con Certificación Ambiental, que pudiera generar nuevos y/o mayores impactos ambientales correspondientes a una categoría superior a la inicialmente asignada según el SEIA, configura la obligación del titular del proyecto a presentar un nuevo Estudio Ambiental que integre la información del estudio anterior y la información sobre la modificación, ampliación y/o los nuevos y/o mayores impactos ambientales; sin perjuicio del cumplimiento de los Términos de Referencia Comunes para los componentes y actividades que constituyen la modificación y asignan una nueva categoría al proyecto. El acto administrativo que aprueba el Estudio Ambiental y sus modificatorias, constituye la Certificación Ambiental del proyecto y de las actividades planteadas en dicho instrumento²²³.

Advirtamos que el reglamento de protección ambiental del sector transporte requiere adecuarse a los estándares internacionales de consulta previa promoviendo que todo estudio ambiental, su modificatoria o actualización que vaya impactar sobre pueblos indígenas debe ser sometido a consulta previa y los acuerdos que se deriven de ese procedimiento son oponibles al concesionario de la obra pública de infraestructura.

5.9. De las etapas del procedimiento de evaluación

Los estudios ambientales se elaboran de acuerdo a los Términos de Referencia comunes o los Términos de Referencia específicos que aprueba la Autoridad Ambiental Competente²²⁴. El administrado debe comunicar el inicio de actividades de elaboración del estudio ambiental, y debe presentar un Plan de Trabajo para la elaboración de la Línea Base del EIA-d²²⁵ para efectos que dicha labor sea supervisada por la autoridad que otorga la certificación como sería el caso del SENACE y el Ministerio de Transporte y Comunicaciones según se trate del EIA, EIAsd y el estado de transferencia de competencias ambientales. De esta manera, el

222 Artículo 15 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

223 Artículo 15 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

224 Artículo 43 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

225 Artículo 43 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

Estado se propone garantizar el derecho a un ambiente adecuado y saludable así como la calidad del estudio ambiental asegurándose que el recojo de la información socio ambiental antes del inicio del proyecto de inversión, sea actual y pertinente para poder prevenir, contener y mitigar los impactos ambientales negativos que pueda generar el proyecto en el momento que inicie actividad, dando lugar a la bionomía: estado del patrimonio natural sin proyecto en marcha/ estado del patrimonio natural con proyecto en marcha.

El titular del proyecto podrá solicitar la realización de una reunión con los funcionarios responsables de la evaluación de estudios ambientales, con el fin de exponer los alcances generales del estudio ambiental desarrollado, destacando los aspectos más relevantes identificados en el estudio. La autoridad ambiental competente podrá involucrar la participación de entidades opinantes de otros sectores, que pudiesen estar vinculados con el proyecto²²⁶. Asimismo consideramos necesario que la población afectada, pueblos indígenas, universidades, gobiernos locales y organizaciones medio ambientales de la zona de influencia directa sean convocados, quienes pueden brindar mayor información sobre el estado del patrimonio natural antes que se ponga marcha el proyecto y alertar sobre una posible consulta previa o una mayor participación ciudadana.

La realización de esta reunión podrá ser solicitada por el titular del proyecto o requerida de oficio por la Autoridad Ambiental Competente, antes o luego de presentado el estudio ambiental a evaluación²²⁷. Esta reunión es recomendable por transparencia, imparcialidad, rendición de cuentas y acceso a la información, ella debería ser una audiencia pública de presentación del estudio en la zona de influencia directa donde se exponga los diferentes componentes del estudio frente a las autoridades opinantes, habilitantes y la población afectada.

Presentado el estudio ambiental, la Autoridad Ambiental Competente inicia su revisión, verificando el cumplimiento de los Términos de Referencia comunes o específicos y los requisitos de admisibilidad. De estar conforme o subsanadas las observaciones, se admitirá a trámite el estudio²²⁸. Ello solo es una aprobación de aspectos formales del estudio ambiental y no un pronunciamiento de fondo que solo se realizará cuando se cuente con todas las opiniones de las autoridades competentes y de realizada la participación ciudadana correspondiente.

La evaluación técnica y social del expediente se realiza en paralelo a la ejecución de los mecanismos del proceso de participación ciudadana aplicable. Los aportes del citado proceso deben ser considerados por la autoridad y trasladados al titular del proyecto, quien debe subsanarlas en el plazo determinado y de subsistir observaciones se otorgará un plazo adicional para la presentación de información complementaria²²⁹. El problema es que cuando se realiza la participación ciudadana con un documento de gestión ambiental que está siendo evaluado y que no es el definitivo, no se asegura a la población que tengan conciencia exacta de los impactos concretos del proyecto, ni conocimiento cabal de las observaciones de las autoridades opinantes, así como de la autoridad evaluadora, pues estas no son socializadas en los talleres informativos ni las audiencias públicas, lo que debería corregirse a través de una audiencia pública complementaria donde se aborden estos temas con la población afectada y terceros interesados.

226 Artículo 43 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

227 Artículo 43 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

228 Artículo 43 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

229 Artículo 43 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

5.10. De los requisitos para el inicio del procedimiento de certificación ambiental

“Se deberá cuantificar los posibles daños que generaría la ejecución del proyecto Hidrovía Amazónica, es decir, se deberá identificar los potenciales impactos, luego cuantificarlos y ordenarlos en función al nivel de significancia. Una vez cuantificados dichos impactos, se determinará su impacto en el bienestar social de la población del área de influencia del proyecto, los cuales también deberán cuantificarse a fin de conocer las pérdidas económicas que podría generar la no intervención de los potenciales impactos. (...)”

En las matrices de evaluación de impactos ambientales se precisa el impacto ambiental de salud (alimentación); sin embargo, no se describen las especies de importancia pesquera usadas para la seguridad alimentaria de las poblaciones aledañas al área del dragado y vertimiento, así como las zonas de pesca cercanas a las zonas de dragado.”

Opinión Técnica sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica de la Dirección General de Asuntos Ambientales del Viceministerio de Transportes, Informe Técnico N° 057-2019-MTC/16.02.JCCS.JVT.CDMV.FGL pág.13.

Además de los requisitos formales previstos en el artículo 113 de la Ley N.º 27444, la solicitud de aprobación del EIA-sd o EIA-d, contendrá lo siguiente²³⁰:

- Solicitud de acuerdo a formato aprobado por la Autoridad Ambiental Competente.
- El estudio ambiental elaborado conforme a los Términos de Referencia aplicables.
- Documento que acredite la inscripción en registros públicos del poder del representante legal actual con una antigüedad no mayor a sesenta (60) días calendario de la fecha de expedida.
- Pago por derecho de trámite, de acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA).

Para el caso de los EIA-d, y demás actos y procedimientos a cargo de SENACE, la tramitación de los mismos se realiza a través de la Plataforma Informática de la Ventanilla Única de Certificación Ambiental, y conforme a las disposiciones que apruebe SENACE para tal efecto²³¹.

5.11. Visita de campo al área del proyecto

El titular del proyecto podrá solicitar, con anterioridad a la presentación de su estudio ambiental, la realización de una visita al área del proyecto con los funcionarios responsables de la evaluación de estudios ambientales que para ese efecto designe la Autoridad Ambiental Competente, con el fin de dar a conocer en el sitio, los alcances generales del estudio ambiental desarrollado, destacando los aspectos más relevantes identificados en el

230 Artículo 44 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

231 Artículo 44 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

proceso de elaboración del estudio ambiental. Sin perjuicio de ello, la autoridad competente tiene la potestad de efectuar una visita de campo al área del proyecto²³². En otras palabras, el Estado busca asegurar con su visita a campo la calidad del estudio ambiental, prevenir conflictos socioambientales y comprender la magnitud de los impactos del proyecto de inversión, supervisando la elaboración del estudio antes y durante de su elaboración, lo que facilitará el levantamiento de observaciones y el cumplimiento de los plazos establecidos para el procedimiento administrativo.

El titular del proyecto está obligado a brindar todas las facilidades y permisos que resulten necesarios para el desarrollo de la visita de campo dispuesta por la Autoridad Competente, debiendo permitir el acceso irrestricto a los funcionarios designados por ésta al área bajo su control relacionada con el proyecto materia de evaluación. Los funcionarios deberán cumplir con las medidas de seguridad, salud e higiene aplicables a las instalaciones materia de la visita²³³.

No olvidemos que si esta visita se desarrolla en territorios indígenas se debe considerar que la consulta debe ser previa a la adopción de la decisión o implementación de la medida, desde las primeras etapas del plan, inversión o medidas, el aviso temprano permite la evaluación y el debate al interior de las comunidades para adoptar la respuesta que consideren adecuada. En otras palabras, esta visita de campo deberá ser en coordinación y con el consentimiento de los pueblos indígenas afectados con el proyecto de infraestructura para efectos de evitar malos entendidos y conflictos sociales con la población impactada.

5.12. Del requerimiento de opinión técnica de otras autoridades

“Considerando las condiciones naturales del río, resulta improbable conocer con certeza las ubicaciones fijas en el tiempo de los Mal pasos, así como los desplazamientos de los bancos de arena en el lecho del río, puesto que además de las variables hidrológicas como crecidas extraordinarias o vaciantes severas, estamos expuestas a la variación natural de la morfología del propio río, como por ejemplo cortes de meandros; (...)”

Observaciones al EIA de la Hidrovía Amazónica de la Autoridad Nacional del Agua contenidas en el Informe Técnico N° 559-2019-ANA-DCER/AEIGA.p.7.

La Autoridad Competente requerirá a otras autoridades con competencias específicas la formulación de una opinión técnica, la misma que deberá extenderse dentro de los plazos de la evaluación de los EIA-sd y EIA-d, sobre aquellos aspectos asociados a sus competencias y a la ejecución del proyecto, conforme el siguiente detalle²³⁴:

- **Opinión técnica vinculante**, como requisito para la aprobación del Estudio Ambiental, sobre los aspectos técnicos que se encuentran en el ámbito de competencias de las siguientes instituciones:

232 Artículo 45 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

233 Artículo 45 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

234 Artículo 46 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

- 1) **Autoridad Nacional del Agua (ANA)**, si el proyecto de inversión tuviera incidencia en los recursos hídricos;
- 2) **Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP)**, si el proyecto ha sido previsto en un área natural protegida integrante del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, su zona de amortiguamiento y Áreas de Conservación Regional²³⁵.

En caso que la opinión técnica del ANA o el SERNANP sea desfavorable, el estudio ambiental deberá ser desaprobado, salvo que retire del proyecto de inversión el componente que involucra la opinión de estas autoridades ambientales.

“El ítem 5.5 del EIA-d, el administrado propone el desarrollo del proyecto definitivo sobre el cual fue elaborado, sin mencionar si evaluó otras alternativas de dragado y disposición final del material dragado, es decir, solamente ha considerado una sola alternativa, en donde ha considerado el criterio topográfico (batimetría) (...). El administrado deberá proponer obligatoriamente diferentes alternativas para el dragado de sedimentos y para la disposición final del material desde el punto de vista técnico, ambiental y social, entre las cuales se seleccionará la más conveniente.”

Observaciones al EIA de la Hidrovía Amazónica de la Autoridad Nacional del Agua contenidas en el Informe Técnico N° 559-2019-ANA-DCER/AEIGA.p.33-34.

- Opinión técnica no vinculante, sobre determinados aspectos específicos del proyecto a otras autoridades sectoriales, distintas al ANA y SERNANP, siempre que se justifique esta necesidad, en razón de las características del proyecto o cuando previamente se haya así determinado al aprobarse Términos de Referencia. El sentido o alcance de la opinión técnica de la autoridad consultada o la ausencia de esta opinión, no afecta la competencia de la Autoridad Ambiental Competente para decidir respecto del estudio ambiental en evaluación²³⁶. En otras palabras, puede aprobarse un estudio ambiental del sector transporte con opinión desfavorable del MINCETUR, SERFOR, MINCUL, Organismo Nacional de Sanidad Pesquera (SANIPES) o Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI) lo cual consideramos un grave error pues se supone que se debe controlar los impactos ambientales negativos que genera el proyecto de inversión; cuestión que no se logra, si de desoyen las observaciones efectuadas por otras autoridades ambientales.

“Respecto a los impactos sobre fauna silvestre, si bien se describe como las actividades del proyecto, tanto en la etapa del dragado de apertura, la disposición del material dragado, la limpieza de quirumas en las etapas de construcción y operación del proyecto, estas contienen aspectos generales sobre el impacto en la fauna acuática (aves acuáticas, mamíferos acuáticos y sobre la especie Podocnemis unifilis, indicando de manera general que el impacto ocasionará perturbación de manera puntual y generará que las poblaciones se retiren a otras zonas en busca de alimento. Sin embargo, no se describe como este podría generar un impacto a nivel funcional, así como sobre las otras poblaciones de fauna silvestre, como en las poblaciones de lagartos o caimanes, nutria de río,

235 Artículo 46 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

236 Artículo 46 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

nutria gigante entre otras especies de hábitos acuáticos, susceptibles a los impactos del proyecto”.

Opinión Técnica sobre el EIA del Proyecto de la Hidrovía Amazónica del SERFOR contenida en el Informe Técnico N° 0728-2019-MINAGRI-SERFOR-DGGSPF-DGSPFD. Pag. 11.

En los casos de la opinión no vinculante, si la autoridad requerida no formulase su opinión dentro del plazo señalado, la Autoridad Ambiental Competente considerará que no existe objeción a lo planteado en el estudio ambiental sobre la materia consultada y continuará con la evaluación en el estado en que se encuentre²³⁷. Sin duda, la falta de consideración de otras autoridades ambientales y la flexibilización del derecho ambiental ha llegado a la aberración de aplicar silencio positivo a un asunto medioambiental, ante la ausencia de la opinión técnica sectorial sin evaluar cómo ello puede repercutir en el control y administración de los impactos negativos del proyecto de inversión. Pensamos que en las audiencias públicas complementarias se debe señalar la justificación de no tomar en cuenta estas opiniones y de informar oportunamente sobre esta decisión a la población afectada y terceros interesados.

5.13. Del control posterior de la certificación ambiental

La documentación presentada durante la evaluación y aprobación del estudio ambiental o su modificatoria, conforme al procedimiento establecido en esta norma, está sujeta a control posterior por parte de la Autoridad Ambiental Competente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N.° 27444²³⁸. En ese sentido, la verificación de que el estudio ambiental está sustentado con información falsa no solo debe entrañar responsabilidad administrativa, civil y penal del titular del proyecto y la consultora ambiental, sino debería dar lugar a la nulidad de la certificación ambiental correspondiente cuando dicha información fue esencial para la aprobación de la medida administrativa.

5.14. De las etapas, plazos y término del procedimiento de evaluación del EIA-sd y EIA-d

*“Mediante Resolución Directoral N.° 205-2014-MTC/16, de fecha 16 de abril de 2014, la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales (en adelante, **DGAAM**) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, **MTC**) asignó la Categoría III – Estudio de Impacto Ambiental detallado al Proyecto “Mejoramiento y Mantenimiento de las Condiciones de Navegabilidad en los Ríos Huallaga, Ucayali, Marañón y Amazonas”; asimismo, se aprobaron los Términos de Referencia (en adelante, **TdR**) para el citado proyecto. Cabe indicar que, producto de la Acción de Amparo interpuesta por una federación indígena, el proyecto fue sometido al proceso de Consulta Previa en el marco de la Ley N.° 29785 y su Reglamento; resultando de dicho proceso que el contenido de los TdR sea modificado mediante Resolución Directoral N.° 702-2015- MTC/16, de fecha 28 de setiembre de 2015.”*

237 Artículo 46 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

238 Artículo 47 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

Observaciones al EIA de la Hidrovía Amazónica del SENACE contenido en el Informe N.º 00737-2019-SENACE-PE/DEIN, pág. 2.

La Autoridad Ambiental Competente dispone de cinco (05) días hábiles contados desde la presentación del estudio ambiental, para realizar la revisión formal del documento²³⁹:

1. Revisar si el estudio ambiental coincide con los Términos de Referencia Comunes o aquellos aprobados específicamente al proyecto y si contiene la información técnica básica de acuerdo a lo precisado en dichos Términos de Referencia. Cuando no corresponda el desarrollo de alguno de los capítulos o puntos de los Términos de Referencia, ello deberá ser indicado y justificado en el propio estudio ambiental²⁴⁰.
2. De no cumplirse con los Términos de Referencia, la Autoridad Ambiental Competente declarará la inadmisibilidad del estudio ambiental. Esta declaración no afecta el derecho del titular del proyecto de presentar una nueva solicitud²⁴¹.
3. Remitir copia física y/o digital del estudio ambiental a las autoridades a quienes corresponde requerir la opinión técnica²⁴².
4. Disponer la publicación respectiva de los mecanismos de participación ciudadana aplicables al procedimiento administrativo de evaluación del estudio ambiental.

En esta etapa del procedimiento administrativo ambiental es posible que se pueda incorporar terceros interesados como universidades, institutos, organizaciones no gubernamentales o investigadores que busquen contribuir con sus aportes a una mayor calidad del estudio ambiental y eventualmente petitionar la consulta previa si se identifica pueblos indígenas afectados por el proyecto de infraestructura.

“Mediante DC-1 de fecha 10 de abril de 2019, la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Oriente (en adelante, **ORPIO**) solicitó a la DEIN Senace se la incorpore como tercero administrado en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del EIA-d del Proyecto, sustentando su legítimo interés en que los resultados de la tramitación del dicho procedimiento administrativo podría afectar los derechos o intereses de sus representados; por lo que, solicitó se le tuviera como apersonado, a procedimiento, (...). Mediante Cartas N.º 00085 y 00086 -2019-SENACE-PE/DEIN de fecha 12 de abril de 2019, la DEIN Senace remitió a ORPIO y AIDSESP, respectivamente, el Auto Directoral e Informe (...), en tanto, dichas organizaciones fueron incorporadas al procedimiento administrativo de evaluación.”

Observaciones al EIA de la Hidrovía Amazónica del SENACE contenido en el Informe N.º 00737-2019-SENACE-PE/DEIN pág. 2 y 3.

239 Artículo 48 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

240 Artículo 48 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

241 Artículo 48 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

242 Artículo 48 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

5.15. Evaluación del estudio ambiental y la elaboración del Informe Técnico

La evaluación tendrá como base la verificación del cumplimiento de los Términos de Referencia que correspondan. De encontrarse deficiencias en el estudio ambiental respecto de estos Términos de Referencia, o la necesidad de aclarar, desarrollar o profundizar algunos aspectos del estudio ambiental, se procederá a formular observaciones. En caso el estudio ambiental no esté desarrollado, la autoridad ambiental competente declarará improcedente el estudio ambiental²⁴³.

Sin duda, los términos de referencia son claves para poder elaborar un estudio ambiental de calidad, para que eso sea posible se debe contar cuando menos, con un estudio de factibilidad ambiental y la ingeniería a detalle del proyecto, en caso contrario existe el riesgo que el estudio ambiental no pueda cumplir su finalidad preventiva al no poder identificar todos los impactos potenciales del proyecto.

En ese contexto, resulta un peligro el artículo 4 del Decreto Legislativo 1553, Decreto Legislativo que establece medidas en materia de inversión pública y de contratación pública que coadyuven al impulso de la reactivación económica y que faculta a las entidades del gobierno nacional, hasta el 31 de diciembre de 2024, “para la elaboración de estudios ambientales para proyectos de inversión pública, opten por iniciar la ejecución física de sus proyectos de inversión en el marco del SNPMGI de manera paralela a la elaboración parcial de sus expedientes técnicos o a nivel de ingeniería básica aprobados por tramos, etapas, componentes o sectores de obra, de naturaleza funcionalmente independiente, a lo siguiente²⁴⁴:

- a) El titular del proyecto de inversión debe obtener, según corresponda, la certificación ambiental o la aprobación del instrumento de gestión ambiental o su modificación de manera previa a la ejecución de cada tramo, etapa, componente o sectores de obra, de acuerdo con lo previsto en los principios y disposiciones establecidas en la normativa del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y en la normativa ambiental sectorial vigente, que regulan las consideraciones para la aplicación del **principio de indivisibilidad** en estos casos. Las autoridades ambientales sectoriales están facultadas a aprobar o modificar mediante Decreto Supremo sus normas, para la aplicación de dicho principio.
- b) El titular del proyecto de inversión debe presentar, para la elaboración de los estudios ambientales o instrumento de gestión ambiental o su modificación, información como mínimo a nivel de **ingeniería básica.**”

El primer problema con este cambio normativo es que alienta el desarrollo de proyectos de inversión pública con un estudio de impacto ambiental parcial que no considera los impactos totales de la actividad económica, lo que pone en riesgo el ambiente, la salud individual y colectiva así como propiedad de la población directamente impactada. También complica la participación ciudadana y la consulta previa que se va fraccionando conforme se ejecuta el proyecto de inversión imposibilitándose que se adopten de manera oportuna medidas de prevención, mitigación, compensación e indemnización en el plan de manejo

243 Artículo 49 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

244 Artículo 4 del Decreto Legislativo 1553, Decreto Legislativo que establece medidas en materia de inversión pública y de contratación pública que coadyuven al impulso de la reactivación económica.

ambiental del estudio de impacto ambiental. El segundo asunto problemático es que se autoriza la elaboración de un estudio ambiental tan solo con información de ingeniería básica sin conocer los impactos reales ni totales del proyecto de infraestructura, lo que claramente hará imposible que el instrumento de gestión ambiental sea adecuado y preciso para controlar los daños ambientales que pueda generar.

Todas las opiniones técnicas recibidas de las autoridades consultadas, así como las recibidas del proceso de participación ciudadana, deben ser meritadas, de tal forma que se integren, según resulten pertinentes, en la evaluación y formulación de las observaciones a cargo de la Autoridad Ambiental Competente. En tal sentido, las mismas estarán agrupadas evitándose duplicar o repetir innecesariamente observaciones que persigan la misma finalidad²⁴⁵. En ese sentido, una forma de evitar que el administrado pase por alto las observaciones de las autoridades con opiniones no vinculantes es que las haga suya la autoridad evaluadora y en consecuencia se vea obligado el titular del proyecto a levantarlas para que el estudio sea aprobado. Un tema distinto son las observaciones recibidas en el proceso de participación ciudadana cuya pertinencia dependerá de la calidad y actualidad de la información que se le brinda a la población afectada y la precisión con la que se levanta estos aportes de la población en los talleres informativos y las audiencias públicas.

Las observaciones deberán formularse siguiendo el orden o estructura temática del estudio ambiental, precisando el ítem observado, debiendo estar precedida por una breve, pero clara justificación de su formulación, de tal manera que permita entender el objetivo de la misma y el sentido en el que el titular del proyecto deberá plantear la subsanación. Además, cada observación debe citar las opiniones formuladas por las autoridades consultadas y/o las observaciones derivadas del proceso de participación ciudadana²⁴⁶. Es importante la sistematización y las reseñas de las observaciones para su mejor comprensión y abordaje sin que ello implique prescindir de proporcionar la información completa de las mismas no solo para ayudar al titular del proyecto a levantarlas sino para que la población afectada y terceros interesados puedan conocer el estado del procedimiento administrativo y verificar si se incorporaron los aportes que hicieron a los diferentes componentes del estudio ambiental.

La totalidad de observaciones deberán trasladarse al administrado en un mismo documento y en una única oportunidad, bajo responsabilidad; para tal efecto, la autoridad ambiental competente podrá aprobar un formato de matriz de observaciones²⁴⁷. Metodológicamente resulta acertado que las observaciones se encuentren debidamente ordenadas según cada capítulo del estudio ambiental, sistematizadas en una matriz y además se remitan por única vez, sin embargo, excepcionalmente nada impide que por errores materiales pueda existir una segunda comunicación añadiendo la información faltante sin que exista responsabilidad administrativa especialmente cuando se debió a un caso fortuito o fuerza mayor.

Ello no impide que se remitan como anexos del informe de evaluación, el íntegro de las observaciones u opinión técnica de la ANA, el SERNANP u otras entidades que conforme al marco normativo les correspondería emitir opinión técnica favorable o vinculante, para que el titular del proyecto presente su levantamiento de manera individualizada y éste pueda ser trasladado a dichas autoridades²⁴⁸. Antes de la ventanilla única se levantaban las

245 Artículo 49 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

246 Artículo 49 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

247 Artículo 49 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

248 Artículo 49 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo No008-2019-MTC.

observaciones de manera individual ante cada autoridad opinante; ahora ha sido un acierto que el sector evaluador concentre y sistematice las observaciones y opiniones para ordenar mejor el procedimiento administrativo ambiental.

El informe de observaciones debe ser notificado dentro de los diez (10) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo formal de participación ciudadana²⁴⁹. Este es un grave error para la legitimidad del procedimiento ambiental pues este informe de observaciones o al menos las opiniones que sistematiza debieron ser objeto de explicación y difusión previamente en una audiencia pública complementaria para efectos de enriquecer el conocimiento de la población afectada sobre las deficiencias del estudio ambiental. La carencia de esta información impide que la audiencia pública cumpla su cometido al carecer de la transparencia especialmente cuando corresponde a proyectos de inversión cuya duración supera las dos décadas o son de tiempo indeterminado. Sin embargo, ello se puede subsanar si las autoridades opinantes participan de una audiencia pública complementaria donde expliquen sus observaciones e informes, permitiendo que la población haga sus aportes considerando lo dicho por las autoridades técnicas, además de dar la oportunidad al titular del proyecto de inversión a comprender mejor estas opiniones.

El plazo para la realización de las actuaciones de participación ciudadana relacionadas al procedimiento administrativo de evaluación del EIA-sd y del EIA-d, es de veinticinco (25) y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, respectivamente, contados desde la fecha de publicación de los mecanismos de participación ciudadana aplicables al procedimiento administrativo de evaluación²⁵⁰.

Las autoridades a las que se les haya requerido opinión técnica, deberán emitir dicha opinión, en el plazo máximo de treinta (30) y cuarenta y cinco (45) días hábiles de recibida la solicitud de opinión por la entidad, para los casos de EIA-sd y EIA-d, respectivamente. En ambos casos, las entidades opinantes cuentan con diez (10) días hábiles para evaluar y pronunciarse sobre la subsanación o levantamiento de observaciones que presente del titular²⁵¹.

5.16. Facultad de la autoridad durante la evaluación de los estudios ambientales

“i) Uno de los acuerdos del proceso de consulta es que la descripción del proyecto en el EIA-d deberá hacerse de manera sencilla y de modo tal que puede ser entendido por comunidades ubicadas en el área de influencia del proyecto; ii) la versión reducida del resumen ejecutivo del EIA-d aún contiene términos técnicos de difícil comprensión, por lo que se recomienda elaborar e incluir un glosario con explicaciones en lenguaje sencillo así como comentarios adicionales que correspondan, iii) se recomienda incorporar un índice con la estructura del documento; iv) se recomienda incluir información sobre el rol de COHIDRO y su relación con el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, dejando en claro cuál es la función que cumple cada actor y v) uno de los acuerdos de la consulta previa fue

249 Artículo 49 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

250 Artículo 49 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

251 Artículo 49 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

realizar un proceso de participación que contenga una metodología especial para pueblos indígenas. Por ello, se recomienda que este aspecto sea tomado en cuenta al momento de ejecutar el proceso participativo.”

Opinión Técnica sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica de la Dirección de Consulta Previa del MINCUL contenido en el Informe N° D00008-2019-DCP-WML/MC. p. 4.

Durante el proceso de evaluación del instrumento de gestión ambiental presentado, la autoridad competente podrá examinar la zona en la que se ubicará el proyecto de inversión o en la que se viene desarrollando la actividad, con la finalidad de verificar la información y alternativas de gestión ambiental contenidas en el instrumento respectivo. Para el caso de los EIA-sd y EIA-d el administrado debe presentar a la autoridad competente su respectivo Plan de Trabajo de la elaboración de la línea Base del EIA-sd o EIA-d²⁵².

Una adecuada evaluación ambiental requiere necesariamente que la autoridad evaluadora visite la zona de influencia directa para verificar la información brindada y además identificar los actores sociales que pueden verse afectados por el proyecto de inversión para efectos de incorporarlos al procedimiento de participación ciudadana y eventualmente permitir su ingreso como terceros interesados.

5.17. Levantamiento de las observaciones

“En relación a que es improbable conocer con certeza las ubicaciones fijas en el tiempo los malos pasos, es necesario que explique por qué se está realizando EIA-d en base a trece (13) malos pasos y de qué manera esto permitirá cumplir con el objetivo específico de EIA-d acordado con los pueblos indígenas en la consulta previa del proyecto, así como conocer la ubicación de las zonas críticas o malos pasos. Asimismo, es importante incluir en este punto cuáles serán las medidas a tomar cuando se identifique un nuevo mal paso. Cabe indicar que, esta explicación técnica sobre la indeterminación de los malos pasos y el manejo técnico y ambiental de dicha situación es fundamental para la comprensión del Proyecto y deberá ser informado en las siguientes actividades de participación ciudadana a los pueblos indígenas u originarios, considerando que, conforme al Acta de Consulta, un gran número de propuestas y acuerdos están vinculados a la actividad del dragado.”
“Es un acuerdo del acta de consulta que se socializará el EDI en los Talleres de Participación Ciudadana previstos en los TDRs, donde se considerará la opinión de los participantes”.

Opinión Técnica sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica de la Dirección de Consulta Previa del MINCUL contenido en el Informe N° D00008-2019-DCP-WML/MC. p. 11 y 38.

“Observación 8: El administrado deberá presentar el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) validado por la autoridad del sector competente, el mismo que debe estar consignado dentro de la etapa de descripción del proyecto del Estudio de Impacto Ambiental del referido proyecto, precisando todos los componentes principales, auxiliares y temporales del proyecto; así como los planos respectivos que han sido modificados con el fin de realizar un análisis y valoración de los impactos ambientales que se puedan generar durante la ejecución y operación del

252 Artículo 50 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

proyecto antes mencionado y se establezcan las Estrategias de Manejo Ambiental adecuadas al diseño y zona de ejecución del proyecto.”

Opinión Técnica sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas- Autoridad Marítima Nacional contenido en el Informe Técnico N° 116-2019-DICAPI/DIRMAM/PMA-CPCH WML.

“Ante una eventualidad de modificación o aparición de nuevos malos pasos durante el periodo de concesión, se deberá ajustar o generar una nueva área de influencia tomando como referencia los criterios de determinación de área de influencia ambiental y social. Al respecto deberá corregir lo afirmado toda vez que, si se identificará un mal paso fuera de las áreas de influencia del EIA-d, no podría desarrollarse actividad en el marco del presente EIA-d, debido a que se configura fuera de su alcance, más aún, cuando el área posible a intervenir no cuenta con línea base socioambiental y no se ha considerado una identificación de impactos y medidas ambientales específicas; debido a ello, deberá señalar que se realizaran las coordinaciones respectivas con la autoridad competente para determinar la elaboración de un nuevo instrumento de gestión ambiental el cual deberá cumplir con el procedimiento (...).

Opinión Técnica sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica del SERNANP contenido en la Opinión Técnica N° 626-2019-SERNANP-DGANP. p. 16-17.

El plazo máximo para el levantamiento de las observaciones es de treinta (30) días hábiles para EIA-sd y EIA-d, contados a partir del día siguiente de recibida la notificación del informe respectivo. A pedido del titular del proyecto, la Autoridad Ambiental Competente podrá ampliar dicho plazo hasta en la misma cantidad de días otorgados²⁵³. En otras palabras, el titular del proyecto de inversión podría contar hasta con 60 días hábiles para levantar las observaciones de las autoridades opinantes y las efectuadas por la propia autoridad evaluadora; en caso que no lo haga en dicho plazo traería como consecuencia la desaprobación del estudio después de un último requerimiento, lo que no impide que vuelva a presentar el estudio ambiental, más adelante levantando las observaciones efectuadas.

El titular del proyecto debe presentar a la Autoridad Ambiental Competente, en una única oportunidad y dentro del plazo otorgado, el levantamiento de todas las observaciones formuladas al estudio ambiental, incluyendo la respuesta a las observaciones formuladas por las autoridades, a las que les corresponde dar opinión técnica favorable, obligatoria o facultativa y a las del proceso de participación ciudadana²⁵⁴. El problema con las observaciones a nivel de participación ciudadana es que sí se recogieron en una audiencia pública, en donde no se socializaron las observaciones de las autoridades técnicas opinantes, no podrán recoger el verdadero sentir y aportes de la población afectada con relación al proyecto, por haber carecido de la información completa y suficiente, lo que en el futuro puede engendrar conflictos socioambientales.

El contenido del documento del levantamiento debe estar ordenado siguiendo el orden correlativo de las observaciones formuladas, señalándose el número de la observación que en cada caso se pretende levantar²⁵⁵. El orden en el levantamiento de las observaciones

253 Artículo 51 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

254 Artículo 51 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

255 Artículo 51 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

resulta clave para poder hacerlo comprensible a la autoridad opinante, la autoridad evaluadora y a la población afectada, así como a los terceros interesados. Es importante además tener una versión del levantamiento de observaciones en el idioma de la población afectada (interculturalidad) para efectos que puedan tener acceso real a los cambios que se están realizando al proyecto de inversión.



Foto: Rolando Mondragón/DAR

La respuesta a las observaciones formuladas por las autoridades que deban emitir opinión favorable, obligatoria o facultativa, debe presentarse adjunto en una sección independiente, a fin de ser remitidas a la autoridad que las formuló. La Autoridad Ambiental Competente debe remitírselas en el plazo máximo de tres (03) días hábiles contados desde el día siguiente de su recepción²⁵⁶. No está prohibido que el administrado envíe con copia el levantamiento de observaciones a las autoridades opinantes y terceros interesados como gesto de transparencia y rendición de cuentas, con independencia que la autoridad evaluadora remita esta información a los mismos, siendo la fecha de esta recepción la que se compute para los plazos establecidos en el procedimiento.

Las autoridades a las que se les haya solicitado opinión técnica y que hayan requerido a su vez información complementaria, deberán emitir su opinión definitiva, en el plazo máximo de siete (07) días hábiles siguientes a la fecha de recibida dicha información²⁵⁷. El ciclo de la evaluación para las autoridades opinantes culmina con el análisis del levantamiento de observaciones y la emisión de su opinión definitiva. La legitimidad de la certificación ambiental sería de mayor calidad si se remite a las instituciones y personas que hicieron sus aportes y observaciones en las audiencias públicas, las razones por las que se acoge o rechaza las mismas y se permite el derecho de réplica por escrito u oral de quien formuló la observación, en el ámbito de la participación ciudadana, quedando en última instancia la autoridad evaluadora en posición de decidir la pertinencia del aporte.

256 Artículo 51 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

257 Artículo 51 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo No008-2019-MTC.

5.18. *Requerimiento de información complementaria*

“En relación a lo señalado en el subcapítulo 5.6.7 Campamento y/o disposición final de residuos peligrosos e industriales, es importante señalar, conforme al literal b) de la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, no se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos. En tal sentido, cualquier cambio del Plan de Manejo de Residuos Sólidos, sobre todo considerando la eventual modificación de los trece (13) malos pasos, deberá contemplar dicha obligación.”

Opinión Técnica sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica de la Dirección de Consulta Previa del MINCUL contenido en el Informe N° D00008-2019-DCP-WML/MC. p. 12.

La Autoridad Ambiental Competente debe pronunciarse sobre el levantamiento total o no de las observaciones, dentro del plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes de recibidos los descargos, para el caso del EIA-sd, y de veinte (20) días hábiles para el caso del EIA-d²⁵⁸. Adviértase que la autoridad opinante le remite su opinión definitiva a la autoridad evaluadora quién verificará si se levantaron o no las observaciones, y se entiende que va respetar la posición de la autoridad opinante y no podría pronunciarse en contra de su decisión por razones de competencia, limitándose a remitirle esta opinión al administrado.

Si la totalidad de observaciones no han sido levantadas, se reiterará por única vez el requerimiento de información o se sustentará el pedido de información complementaria relacionada a tales observaciones, a fin de ser absueltas. El plazo máximo a otorgarse para responder el nuevo requerimiento de información efectuado será de diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, para el caso del EIA-sd, y de quince (15) días hábiles para el caso del EIA-d, bajo apercibimiento de desaprobación del estudio ambiental²⁵⁹. Es interesante observar que el administrado que no haya levantado la totalidad de las observaciones en los 60 días hábiles máximos que se le pudo haber otorgado, tiene una última oportunidad, mediante un requerimiento de reiteración de información o un requerimiento de información complementaria a fin de que absuelva las observaciones del caso. En otras palabras, al administrado que no entregó su levantamiento de observaciones se le concede 15 días hábiles adicionales y en caso no hacerlo se desaprobará el estudio ambiental. Lo propio para el que presentó su levantamiento de observaciones de manera deficiente o no satisfactoria.

En el caso que todas las observaciones hayan sido levantadas satisfactoriamente, la Autoridad Ambiental Competente aprobará el estudio ambiental de lo contrario se hará efectivo el apercibimiento, desaprobando el estudio ambiental; en ambos casos se elaborará un Informe Técnico que sustente la resolución aprobatoria o desaprobandoria²⁶⁰. La obligación de motivar el acto administrativo implica que la autoridad ambiental competente

258 Artículo 52 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

259 Artículo 52 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

260 Artículo 52 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

explique las razones por las cuales aprueba o desaprueba el estudio ambiental para efectos que luego en caso lo considere conveniente el administrado pueda interponer el recurso de impugnación correspondiente, si la referida resolución le causa agravio.

Para la emisión de la resolución de aprobación o desaprobación, la Autoridad Ambiental Competente tiene un plazo máximo de cinco (05) días hábiles contados desde el día siguiente de presentada la información por el titular del proyecto, en el caso del EIA-sd; y de diez (10) días hábiles para el caso del EIA-d²⁶¹. Las autoridades a las que se les haya requerido opinión técnica y que hayan requerido a su vez información complementaria, deberán emitir su opinión definitiva, en el plazo máximo de siete (07) días hábiles siguientes a la fecha de recibida dicha información²⁶². Esta información complementaria debe ser objeto de difusión entre los pobladores afectados, así como las organizaciones sociales, terceros interesados, autoridades locales y regionales.

5.19. Del contenido del Informe Técnico Final de Evaluación

“Se recomienda explicar por qué el impacto “descenso en la actividad de pesca ribereña” tiene “una importancia moderada” cuando la descripción del impacto señala que la intensidad del impacto será alta, debido al grado de dependencia de las familias por la actividad, por ser de subsistencia para el consumo y venta o mediana en otras cuencas, debido a que la actividad es de subsistencia y las familias son sensibles por su dependencia a ella.”

Opinión Técnica sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica de la Dirección de Consulta Previa del MINCUL contenido en el Informe N° D00008-2019-DCP-WML/MC, p. 24.

El Informe Técnico Final en el que se sustente la decisión de aprobar o desaprobar el estudio ambiental deberá desarrollar por lo menos el siguiente contenido²⁶³:

- Descripción resumida de los antecedentes, ubicación geográfica y política del proyecto y referencia a su titular y sus derechos.
- Descripción de las principales actuaciones procedimentales desarrolladas.
- Descripción resumida de las actuaciones y mecanismos desarrollados como parte del proceso de participación ciudadana.
- Adjuntar las opiniones técnicas formuladas por otras autoridades y reseñarlas brevemente en el Informe Técnico Final.

261 Artículo 52 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

262 Artículo 52 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

263 Artículo 53 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

- Descripción de las principales características de la Línea Base Ambiental referidas a los componentes físicos, biológicos y sociales.
- Incluir el resultado del Informe de identificación de sitios contaminados conforme a lo establecido en el marco normativo.
- Descripción de las actividades que comprende el proyecto, con una clara determinación del área del proyecto, el ciclo de vida y etapas -construcción, operación y cierre-, instalaciones de manejo de residuos, efluentes y emisiones, otras instalaciones, insumos y reactivos, balance de aguas y de masas, abastecimiento de energía, transporte, almacenamiento, talleres, cronograma, etc.
- Descripción resumida de los pasivos ambientales del sector transportes identificados y evaluados.
- Descripción resumida de los principales impactos identificados sobre los componentes físicos, biológicos y sociales, según etapas -construcción, operación y cierre-, áreas de influencia directa e indirecta y valoración económica.
- Descripción resumida de la estrategia de manejo ambiental y presupuesto estimado de inversión para los planes de manejo ambiental y de gestión social. Deberán precisarse los compromisos sociales, cronograma de cumplimiento e indicadores de seguimiento de los mismos considerados en el EIA-sd o EIA-d.
- Un resumen del plan de cierre.
- Justificación respecto de observaciones técnicas y provenientes de la participación ciudadana, relacionadas al proyecto, que hayan sido desestimadas en el proceso de evaluación.
- Conclusiones del equipo evaluador respecto a la viabilidad del proyecto.
- La recomendación de aprobar o desaprobar el estudio ambiental.
- Las firmas de los profesionales que participaron de la evaluación, con indicación de su profesión o especialidad, número de colegiatura e identificación de la materia evaluada.
- Anexos.

La Autoridad Ambiental Competente podrá aprobar, mediante resolución directoral, formatos de las tablas y matrices que faciliten la identificación o difusión de los impactos ambientales identificados y la Estrategia de Manejo Ambiental correspondiente, cuyo llenado y presentación podrán ser requeridos al titular del proyecto con oportunidad del levantamiento de observaciones o previamente a la emisión de la resolución que apruebe el estudio ambiental²⁶⁴. Esta tabla y matrices de identificación de impactos y de las medidas de estrategia ambiental debe tener un contenido que sea intercultural y comprensible para la población afectada por el proyecto de inversión, caso contrario no cumplirían su finalidad.

La omisión o deficiencia en el contenido del Informe Técnico Final descrito en los numerales precedentes no constituye causal de nulidad o anulabilidad de la resolución aprobatoria o

264 Artículo 53 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

desaprobatoria, sin embargo, deberá ameritar la corrección de oficio correspondiente²⁶⁵. Si la deficiencia del Informe Técnico Final es en realidad un error material, esto no debería acarrear la nulidad o anulabilidad de la certificación ambiental, caso contrario, si esas deficiencias se refieren a una falta real de motivación o implican una inobservancia de opiniones técnicas vinculantes, la nulidad del estudio ambiental será inevitable.

Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la aprobación del estudio ambiental, el titular del proyecto de inversión deberá presentar a la Autoridad Competente y a la Entidad de Fiscalización Ambiental, la versión final del Estudio Ambiental en dos (02) copias, física y digital, incorporando las precisiones, ampliaciones o reformulaciones que se hicieron durante el procedimiento de evaluación. Asimismo, se deberá presentar una matriz de obligaciones y compromisos, a fin de que la Entidad de Fiscalización Ambiental pueda verificar su cumplimiento. La Autoridad Competente aprobará las pautas complementarias que resulten necesarias para el cumplimiento de este requerimiento²⁶⁶.

Sin duda, para dar cumplimiento a la participación ciudadana posterior a la aprobación de la certificación ambiental, la información debe ser remitida a la población afectada, los comités de vigilancia ambiental, los terceros interesados y las autoridades locales y regionales implicadas. También es recomendable promover una audiencia pública con la población afectada, explicando las obligaciones socioambientales que asume el titular del proyecto, así como de qué manera se va controlar los impactos negativos del proyecto de inversión y se respetará los derechos ambientales de la población local.

5.20. De la resolución de aprobación o desaprobación del estudio ambiental

“Se recomienda explicar por qué en ningún caso se ha asignado importancia alta al impacto de disminución en el abastecimiento de agua de río para consumo humano teniendo en cuenta que en el AESD de la Cuenca del Huallaga en la mayoría de casos, el agua proviene directamente de fuentes de agua natural, líquido que no tiene tratamiento adecuado para el consumo humano: las fuentes primordiales son el río (40.6%). Adicionalmente en la descripción del impacto ambiental se señala que varias familias de las localidades del área de influencia social directa, serían afectadas en el abastecimiento de agua procedente del río (por lo que tendrían que buscar otros puntos de toma de agua), conjuntamente con el surgimiento de temores sobre posible daño a la salud, si lo consumen (...).”

Opinión Técnica sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica de la Dirección de Consulta Previa del MINCUL contenido en el Informe N° D00008-2019-DCP-WML/MC. p. 24.

La Resolución que aprueba el estudio ambiental hará referencia al Informe Técnico y al Informe Legal, cuyo contenido constituye la motivación y forma parte integrante de la misma²⁶⁷. Es importante resaltar que el sustento de la certificación ambiental tiene que ser de carácter técnico y legal, lo cual significará contar con un equipo técnico legal equivalente

265 Artículo 53 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

266 Artículo 53 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

267 Artículo 54 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

al de la consultora ambiental que elaboró el estudio ambiental, debiendo los mismos suscribir los informes correspondientes. Advertimos que estos documentos deben ser escritos de manera clara, sin ambigüedades, además considerar el enfoque intercultural para que las poblaciones afectadas con el proyecto de inversión puedan comprender su contenido sin dificultad.

Advertimos que cuando se afecta a pueblos indígenas con el desarrollo del proyecto de inversión, corresponderá identificar entre las medidas objeto de consulta previa, la resolución que va aprobar la certificación ambiental, acompañada del informe técnico y legal, así como el íntegro del estudio ambiental que deberá ser traducido a la lengua originaria de la comunidad nativa o campesina afectada.

La aprobación del estudio ambiental certifica la viabilidad ambiental de todo el proyecto en su integridad, no pudiendo ser otorgada en forma parcial, fraccionada, provisional o condicionada, con excepción de lo contemplado en el artículo 21.º del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, y no autoriza por sí misma el inicio de las actividades referidas en éste, ni crea, reconoce, modifica o extingue los derechos existentes sobre el terreno superficial en el cual se plantean las actividades²⁶⁸.

Hay que leer con atención las tres ideas centrales del texto antes mencionado e identificarlas para conocer sus consecuencias:

- a) La primera, el estudio ambiental certifica la sostenibilidad ambiental del proyecto de inversión de manera integral o completa considerando todos sus componentes e impactos ambientales totales sobre el ambiente y las personas. En ese orden de ideas, se está garantizando que la implementación del proyecto de inversión será acompañado por medidas de prevención, mitigación, compensación e indemnización en beneficio de la población directamente afectada y la conservación del ambiente.
- b) La segunda, no puede expedirse una certificación ambiental sobre una parte del proyecto de forma parcial, fraccionada, provisional o condicionada debido a que ello evitaría identificar los impactos ambientales totales del emprendimiento imposibilitando su mitigación ambiental adecuada y generándose riesgos para el ambiente y las personas.
- c) La tercera, el otorgamiento de la certificación ambiental no autoriza el inicio de operaciones o la puesta en marcha del proyecto ni otorga ningún derecho real sobre el terreno donde se desarrollará el emprendimiento. En ese sentido, el administrado deberá tramitar su permiso de operaciones ante la autoridad competente, así como las servidumbres respectivas que son procedimientos administrativos autónomos de la certificación ambiental.

Para el inicio y desarrollo de las actividades que comprende el proyecto, el titular deberá obtener las licencias, permisos y autorizaciones establecidos en el marco normativo vigente al momento de la ejecución de dichas actividades, así como el derecho a usar el terreno superficial correspondiente. Esta salvaguarda se consignará en la resolución respectiva²⁶⁹.

En otras palabras, el administrado deberá tramitar (luego de aprobada la certificación ambiental) los permisos necesarios para poner en marcha el proyecto, como sería la

268 Artículo 54 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

269 Artículo 54 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

licencia municipal respectiva, certificaciones de seguridad, permiso de operaciones, etc. Ello además de iniciar los procedimientos de servidumbres o reubicación que correspondan; en los casos que se afecta a los pueblos indígenas, debe efectuarse la consulta previa y el consentimiento informado, libre y previo.

No queremos dejar de mencionar, que ante la imposibilidad material y técnica de poder levantar las observaciones formuladas por la autoridad evaluadora y las autoridades opinantes, el administrado se desista del procedimiento de certificación ambiental; puede presentar posteriormente un estudio ambiental que levante todas las observaciones que se les hayan formulado y que no pudo levantar en los plazos establecidos por la complejidad de los temas y el proyecto de inversión.

*“Que, el artículo 200 de la citada Ley N.º 27444 regula la figura jurídica del desistimiento señalando, entre otros, que: **i)** podrá hacerse por cualquier medio que permita su constancia y, señalando su contenido y alcance; **ii)** deberá señalarse expresamente si se trata de un desistimiento de la pretensión o del procedimiento (si no se precisa se considerará que se trata de un desistimiento del procedimiento); **iii)** podrá realizarse en cualquier momento antes de que se notifique la resolución final que agote la vía administrativa; y, **iv)** la autoridad acepta de plano el desistimiento y declara concluido el procedimiento, salvo que, habiéndose apersonado en el mismo terceros interesados, instasen estos su continuación en el plazo de diez (10) días desde que fueron notificados del desistimiento;*

| Nº | Tercero Administrado | Carta N° | Cédula de Notificación N° | Fecha de notificación |
|----|----------------------|-------------------------|---------------------------|-----------------------|
| 01 | AIDSESEP | 313-2019-SENACE-PE/DEIN | 8429-2019 | 23.12.2019 |
| 02 | ORPIO | 314-2019-SENACE-PE/DEIN | 8453-2019 | 27.12.2019 |
| 03 | ORAU | 315-2019-SENACE-PE/DEIN | 8452-2019 | 30.12.2019 |
| 04 | CORPI SL | 316-2019-SENACE-PE/DEIN | 8454-2019 | 27.12.2019 |
| 05 | IDLADS | 317-2019-SENACE-PE/DEIN | 8428-2019 | 20.12.2019 |

Que, como resultado de la evaluación de la solicitud de desistimiento del procedimiento de evaluación del Estudio de Impacto Ambiental detallado del Proyecto “Hidrovia Amazónica: Rios Marañón y Amazonas, Tramo Saramiza – Iquitos – Santa Rosa; Rio Huallaga, Tramo Yurimaguas – Confluencia del Rio Marañón, Rio Ucayali, Tramo Pucallpa – Confluencia Rio Marañón”; presentado por Concesionaria Hidrovia Amazónica S.A., mediante Informe N.º 00022-2020-SENACE-PE/DEIN de fecha 15 de enero de 2020, esta Dirección concluyó en aceptar dicho desistimiento y, en consecuencia declarar su conclusión y archivo correspondiente”.

Resolución Directoral N.º 00006-2020-SENACE-PE/DEIN de la Dirección de Evaluación Ambiental para Proyectos de Infraestructura del SENACE.

5.21. Procedimiento de modificación del EIA-sd y EIA-d

Los procedimientos administrativos de modificación del EIA-sd y EIA-d se sujetan a las etapas y plazos máximos de la evaluación de estudio ambiental nuevo, pudiendo aplicárseles mecanismos de participación ciudadana distintos a los requeridos para un proyecto nuevo de la misma categoría, en función de las características y alcance de la modificación

planteada²⁷⁰. En estos casos consideramos fundamental que exista participación ciudadana durante la elaboración de la modificación del estudio ambiental mediante audiencias públicas correspondientes, ello con independencia de la correspondiente consulta previa si se afectan derechos fundamentales de pueblos indígenas.

Por otra parte, se debe considerar que la participación ciudadana y la consulta previa son derechos dinámicos que se desarrollan durante todo el ciclo del proyecto de inversión. Lo que incluye no solo verlos activarse en la suscripción de contratos de concesión sino durante sus modificaciones, así como en la aprobación de los estudios ambientales y sus modificaciones, puesto que los cambios de condiciones contractuales como de obligaciones socioambientales son medidas que van a impactar en la población local y los pueblos indígenas.

5.22. Inicio de obras previstas en la certificación ambiental

“Se recomienda señalar cuáles serán los mecanismos de comunicación directa para que los vigías puedan confirmar que se acerca un “Mijano” aguas arriba del punto de dragado programado. Se recomienda explicar cómo se podrá emitir la alerta al personal de la draga para que proceda a la paralización de labores, una vez que el personal cercano confirme la migración. Así también, debe incluirse los tiempos y mediante qué vía de comunicación se realizarán estos procedimientos. Es muy importante que este programa sea desarrollado al detalle, pues es un acuerdo del proceso de consulta previa del año 2015(...).”

Opinión Técnica sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica de la Dirección de Consulta Previa del MINCUL contenido en el Informe N° D00008-2019-DCP-WML/MC. p. 30.

Para el inicio de ejecución de las obras comprendidas en la certificación ambiental, el titular del proyecto deberá contar, además de la certificación ambiental, con las licencias, permisos y demás autorizaciones administrativas que corresponda, según las características del proyecto²⁷¹. En otras palabras, la certificación ambiental solo se refiere a las medidas preventivas y precautorias que debe tomar el proyecto de inversión para controlar los impactos ambientales que se derivarán de sus futuras operaciones pero no es una autorización para que inicie actividades económicas, que implica otro procedimiento administrativo independiente.

Asimismo, debe acreditar el derecho que le permite intervenir el área superficial, cumpliendo las formalidades que prevé el marco normativo vigente²⁷². En ese sentido, luego de aprobada su certificación ambiental debe iniciar el trato directo con los poseedores o propietarios de los terrenos que afectará el proyecto o en su defecto iniciar el procedimiento administrativo de servidumbre frente a la autoridad competente.

Dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores al inicio de las obras o actividades que comprende la certificación ambiental, el titular del proyecto deberá comunicar el hecho a la

270 Artículo 55 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

271 Artículo 17 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

272 Artículo 17 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2019-MTC.

Autoridad Competente, así como a la Entidad de Fiscalización Ambiental - EFA respectiva para las acciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental²⁷³.

5.23. Vigencia de la Certificación Ambiental

“Con relación a las acciones para algunas prácticas tradicionales sobre el río, en las cuales se señala que el Titular del proyecto va establecer la necesidad de realizar algún evento cultural o ritual para retirar la quiruma, se recomienda considerar lo siguiente: (i) Es un derecho colectivo de los pueblos indígenas determinar libremente la realización de dichas prácticas (derecho a la identidad cultural y a conservar sus costumbres); (ii) Se recomienda desarrollar qué comprende el protocolo de respeto a las creencias ancestrales para la remoción de troncos incrustados, lo cual no ha sido descrito (...). Este debe ser aplicado también cuando haya retiro de quirumas.”

Opinión Técnica sobre el EIA de la Hidrovía Amazónica de la Dirección de Consulta Previa del MINCUL contenido en el Informe N° D00008-2019-DCP-WML/MC. p. 32.

La Certificación Ambiental pierde vigencia si, dentro del plazo máximo de tres (03) años posteriores a su emisión, el titular del proyecto no inicia las obras para su ejecución. Este plazo podrá ser ampliado por la Autoridad Ambiental Competente por única vez y a pedido del titular, sustentado mediante informe, de acuerdo al formato establecido por la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales, hasta por dos (02) años adicionales. En caso de pérdida de la vigencia de la certificación ambiental, para el otorgamiento de una nueva, el titular deberá presentar el Estudio Ambiental incluyendo las modificaciones correspondientes²⁷⁴.

Estas ampliaciones del plazo de vigencia de la certificación ambiental deben ser comunicadas a los representantes de la población afectada, puesto que pueden haber cambiado las circunstancias iniciales del ámbito geográfico del proyecto debido al cambio climático, caso fortuito o fuerza mayor que sea necesario considerar en eventuales modificaciones del estudio ambiental. No olvidemos que el procedimiento de modificación de la certificación ambiental debe ser objeto de participación ciudadana y en caso se afecte a pueblos indígenas debe aplicar la consulta previa.

5.24. Actualización del Estudio Ambiental

La actualización de los estudios ambientales aprobados debe ser realizada precisando sus contenidos y nuevas obligaciones, así como las eventuales modificaciones de los planes establecidos en la estrategia de manejo ambiental; se realiza de manera obligatoria, en aquellos componentes que lo requieran; para ello el titular verifica la eficacia de las medidas de control ambiental aplicadas; así como identifica otros impactos o riesgos que no fueron

273 Artículo 17 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

274 Artículo 18 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

posibles de ser identificados durante la revisión y aprobación del estudio ambiental por su naturaleza predictiva, permitiendo precisar las medidas de manejo o control ambiental, incluyendo los compromisos ambientales y responsabilidades del titular²⁷⁵.

En otras palabras, una actualización del estudio ambiental se fundará en la aparición de afectaciones no previstas en el estudio ambiental inicial, debido al cambio de la realidad social, ambiental o cultural; o debido a la ineficacia de las medidas del plan de manejo ambiental que no han podido contener los impactos ambientales negativos del proyecto de inversión; así como por la aprobación de normas ambientales que establecen nuevas obligaciones socioambientales al titular del proyecto de inversión.

Para la actualización de los estudios ambientales por parte de los titulares se deben considerar los siguientes supuestos²⁷⁶:

- Cuando haya transcurrido cinco (05) años de iniciada la ejecución del proyecto o luego de cinco (05) años de la última actualización del estudio ambiental aprobado. El titular está en la facultad de presentar la actualización antes del mencionado término, a fin de asegurar el manejo eficiente de los impactos ambientales reales²⁷⁷.
- Si el titular considera que no requiere realizar la actualización del estudio ambiental presenta una comunicación a la autoridad competente, con carácter de declaración jurada, dentro del plazo de sesenta (60) días hábiles previos a la culminación del periodo de cinco (05) años, lo que está sujeto a fiscalización posterior²⁷⁸.
- Esta facultad del administrado es cuestionable, pues por su sola voluntad y sin participación ciudadana se le permite decidir no actualizar su estudio ambiental, pudiendo poner en riesgo el ambiente y la salud de la población del área de influencia directa, sobre todo cuando le basta para evitar dicha actualización la presentación de una simple declaración jurada sin siquiera para ello realizar participación ciudadana. Ciertamente, no es suficiente que la autoridad ambiental señale que esta decisión queda sujeta a fiscalización posterior, pues el titular del proyecto puede por razones de ahorro de costos verse alentado a no actualizar el estudio ambiental. Un tercero interesado o la propia población afectada por el proyecto de inversión puede impugnar esta decisión del titular del proyecto de inversión, fundamentando su recurso de apelación, con las razones por las cuales debe actualizarse el estudio al haber cambiado en cinco años la realidad social, cultural, económica y ambiental.
- Por disposición de la entidad de fiscalización ambiental correspondiente, como un EFA o el OEFA, en concordancia con el artículo 78 del Reglamento de la Ley del SEIA²⁷⁹. Por tanto, en una supervisión ambiental se puede dictar una medida administrativa de actualización del estudio ambiental especialmente cuando se evidencia que las

275 Artículo 19 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

276 Artículo 19 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

277 Artículo 19 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

278 Artículo 19 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

279 Artículo 19 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

medidas contenidas en el plan de manejo ambiental no son suficientes para controlar los impactos ambientales negativos del proyecto de inversión.

- Por mandato expreso de la normativa vigente y cuando la implementación de esta implique cambios en las obligaciones y responsabilidades ambientales del titular, asumidas en el estudio ambiental aprobado²⁸⁰. Es evidente que ninguna certificación ambiental otorgada genera “derechos adquiridos” mediante los cuales se pueda desconocer un nuevo marco legal ambiental al que se deba sujetar el proyecto de inversión, por lo que el administrado deberá actualizar su estudio ambiental cuando se aprueben nuevas obligaciones ambientales.

La actualización comprende el análisis de los impactos ambientales reales generados como resultado de la operación del proyecto en los recursos agua, aire, suelo, fauna y flora y en otros aspectos ambientales y sociales, en comparación a los impactos ambientales potenciales contenidos en el estudio ambiental aprobado, sobre la base de los reportes de monitoreo, informes de supervisión entre otros, a fin de proponer mejoras en la respectiva estrategia de manejo ambiental²⁸¹.

En ese sentido, los informes de supervisión de las EFAs, OEFA y el monitoreo ambiental independiente de las organizaciones sociales e indígenas serán gravitantes para evidenciar los componentes del estudio de impacto ambiental que deben ser objeto de actualización.

El titular debe presentar la actualización del estudio ambiental sobre la base de los contenidos con la cual la Autoridad Competente aprobó el estudio ambiental, sin perjuicio de información adicional, y de acuerdo a los lineamientos que apruebe el MINAM.²⁸² La actualización del estudio ambiental se presenta ante la autoridad competente bajo la misma estructura de contenido establecida en los Términos de Referencia con el que fuera aprobado, precisando como mínimo los siguientes aspectos²⁸³:

- La integración de las modificaciones del estudio ambiental aprobado, incluyendo los ITS y demás instrumentos complementarios, resaltando lo que corresponda a la Estrategia de Manejo Ambiental.
- La implementación de medidas resultantes del proceso de fiscalización ambiental, en concordancia con los artículos 29 y 78 del Reglamento de la Ley del SEIA.
- Las nuevas obligaciones generadas por normas que no estuvieron vigentes al momento de la aprobación del estudio ambiental.
- Un cuadro resumen conteniendo los compromisos ambientales actualizados.

La actualización del estudio ambiental requerirá para su aprobación, de talleres informativos y audiencias públicas interculturales e intergeneracionales con enfoque de género a fin de poder incluir a la mayor parte de población afectada por el proyecto de inversión y eventualmente, si existe población indígena afectada, deberá realizarse la consulta previa correspondiente.

280 Artículo 19 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

281 Artículo 19 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

282 Artículo 19 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

283 Artículo 19 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

5.25. Informe Técnico Sustentatorio

Las modificaciones y/o ampliaciones a los proyectos de inversión y/o a las actividades en curso del Sector Transportes, que cuenten con Certificación Ambiental, y/o mejoras tecnológicas en los procesos de operación que pudieran generar impactos ambientales negativos no significativos; no requerirán de un procedimiento de modificación del Estudio Ambiental. En estos casos, el titular del proyecto deberá presentar antes de la ejecución de las modificaciones o ampliaciones, un Informe Técnico Sustentatorio - ITS y obtener la conformidad de la Autoridad Ambiental Competente, la cual deberá pronunciarse en un plazo máximo de quince (15) días hábiles²⁸⁴.

El problema de este procedimiento administrativo sumárisimo es que la participación ciudadana es inexistente y que ha servido para encubrir cambios en el proyecto que van a generar impactos ambientales significativos. En el sector minero, en el que nació, ha recibido duras críticas y ha sido motivo de conflictos socio ambientales, por lo que no resulta aconsejable su uso, salvo que verdaderamente sea un cambio tecnológico que no generará impactos negativos sino que mejorará el desempeño ambiental del proyecto y siempre que pase por una participación ciudadana real e intercultural y una eventual consulta previa si afecta poblaciones indígenas.

En dichos supuestos, el titular del proyecto deberá presentar, antes de iniciar las obras de modificación y/o ampliación, un Informe Técnico Sustentatorio - ITS ante la Autoridad Competente la misma que deberá pronunciarse en un plazo máximo de quince (15) días hábiles; el referido plazo queda suspendido, en tanto no se emitan las opiniones técnicas vinculantes requeridas²⁸⁵, lo cual resulta razonable para poder permitir que las autoridades opinantes puedan emitir su opinión en el plazo legal regular y no ajustarse a un procedimiento administrativo que por su excesiva celeridad pasa por alto las dinámicas propias de la protección del ambiente, la participación ciudadana y la consulta previa de los pueblos indígenas.

El titular del proyecto de inversión y/o actividades del Sector Transportes solicita la conformidad del Informe Técnico Sustentatorio (ITS), en cualquiera de los siguientes supuestos²⁸⁶:

- a) Construcción, reemplazo o reubicación de áreas auxiliares dentro del área de influencia: Depósito de material excedente, canteras, plantas de asfalto, campamentos, patio de máquinas, planta de chancado y polvorines;
- b) Mejoras tecnológicas que no impliquen reemplazo de equipos por obsolescencia o eficiencia que hayan sido consideradas en el estudio ambiental aprobado;
- c) Ampliaciones de los Depósitos de material excedente y canteras;
- d) Nuevo carril o ensanchamiento de vía, que no conlleve la modificación del área de influencia, ni implique actividades de desbosque o voladuras y cuyos

284 Artículo 20 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

285 Artículo 20 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

286 Artículo 2 de la R.M. N.º 0036-2020 MTC/01.02: "Disponen que el titular del proyecto de inversión y/o actividades en curso del Sector Transportes es el responsable de fundamentar mediante el Informe Técnico Sustentatorio – ITS que las modificaciones, ampliaciones y/o mejoras tecnológicas a los proyectos de inversión que cuenten con Certificación Ambiental vigente, generarían impactos ambientales negativos no significativos en todos los supuestos".

impactos caracterizados sean iguales o menores a los determinados en el estudio ambiental aprobado.

Son supuestos para la no aplicación del Informe Técnico Sustentatorio (ITS) cuando la modificación, ampliación o mejora tecnológica que motiva el ITS presenta alguno de los siguientes supuestos²⁸⁷:

- a) Superposición total o parcial en Áreas Naturales Protegidas, zonas de amortiguamiento o Áreas de conservación regional no contempladas en el Instrumento de Gestión Ambiental aprobado y vigente, y sin contar con la opinión de compatibilidad del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP;
- b) Superposición total o parcial en reservas indígenas y/o reservas territoriales;
- c) Superposición en cuerpos naturales de agua (ríos, bofedales, humedales, lagos, lagunas, entre otros);
- d) Superposición en fajas marginales con excepción de la instalación temporal de plantas chancadoras, áreas para colocar las bombas de succión y captar agua para el proyecto, previa autorización de la Autoridad Local del Agua de la jurisdicción que corresponda;
- e) Reasentamientos, desplazamiento o reubicación poblacional.

Sin duda, llama poderosamente la atención, porque no se incluyó, en la lista de los casos donde no aplica informes técnicos sustentatorio, el supuesto en el cual se afecte territorios de pueblos indígenas, especialmente cuando por ejemplo se hace mantenimiento de una carretera que cruza una comunidad nativa generando deforestación e impactos socioculturales.

5.26. Certificación ambiental fraccionada de proyectos viales

Una de las taras y principales deficiencias del sistema de evaluación ambiental es la excepción prevista en el segundo párrafo del artículo 16 del Reglamento de la Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N.º 019-2009-MINAM, según el cual se puede tramitar una Certificación Ambiental Fraccionada de los proyectos de inversión con las siguientes características²⁸⁸:

- **Que sean de naturaleza vial, aprobados o viabilizados, según corresponda, por tramos;** o, que durante el proceso de consistencia entre el Estudio de Preinversión o Ficha Técnica Estándar y el Expediente Técnico, se ejecute por tramos.
- **Infraestructura ferroviaria y/o sistemas de transporte masivo** que se desarrollen en zonas urbanas o interurbanas, por tramos.

287 Artículo 3 de la R.M. N.º 0036-2020 MTC/01.02.

288 Artículo 21 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

En el caso de los proyectos de inversión referidos en el párrafo precedente, se considera lo siguiente²⁸⁹:

- **La categoría de los proyectos que se ejecuten por tramos corresponde a la clasificación del proyecto en su integridad**, otorgada mediante la valoración de la Evaluación Preliminar, o la Clasificación Anticipada.
- **Los titulares tramitan la Certificación Ambiental Fraccionada** por cada uno de los tramos.
- **A partir de la segunda Certificación Ambiental Fraccionada y de manera consecutiva**, la Estrategia de Manejo Ambiental debe integrar las medidas de manejo ambiental de la etapa de operación señaladas en los instrumentos de gestión ambiental de cada tramo aprobado, según corresponda, a fin de establecer medidas integrales para el proyecto en dicha etapa.
- **La última Certificación Ambiental Fraccionada integra las anteriores, esta es la que rige para todo el proyecto** y se sujeta al proceso de actualización del estudio ambiental y demás obligaciones establecidas en el presente Reglamento y el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.

El problema del fraccionamiento de la certificación ambiental es que impide la visibilización de los impactos ambientales negativos totales, por lo que no se puedan adoptar medidas adecuadas para controlar los daños ambientales que puede generar el proyecto de inversión; además de ello, deshace la integridad de la participación ciudadana intercultural, así como la consulta previa correspondiente. El fraccionamiento del estudio ambiental a la postre va a evitar también conocer el costo beneficio del proyecto de inversión, así como la sostenibilidad económica de las medidas de prevención y precautorias necesarias para proteger el ambiente, la salud y la propiedad de la población local. Esta es la razón por la que debería mantenerse la indivisibilidad de la certificación ambiental, considerando que ello no impedirá la ejecución parcial y progresiva del proyecto de inversión.

5.27. Integración de instrumentos de gestión ambiental

En caso que respecto del mismo proyecto de inversión se cuente con dos o más estudios ambientales vigentes de cualquiera de las categorías de estudio ambiental en el marco del SEIA, PAMA u otro similar o complementario, correspondiendo en la práctica una única gestión ambiental a cargo de un único titular, se deberá integrar tales estudios ambientales en un único instrumento de gestión ambiental, bajo la denominación de la categoría correspondiente al nivel de significancia resultante de la integración²⁹⁰. Dicha integración tiene como finalidad optimizar la gestión ambiental del titular y facilitar las actividades de supervisión y fiscalización ambiental²⁹¹.

289 Artículo 21 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

290 Artículo 22 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

291 Artículo 22 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

La integración de instrumentos de gestión ambiental es fundamental para ordenar la gestión ambiental de titulares de proyectos de inversión que cuentan con distintos instrumentos, producto del caos reinante en los últimos veinte años y la falta de institucionalidad ambiental. Ciertamente, la integración de instrumentos de gestión ambiental, debe implicar también una actualización de componentes socioambientales y una unificación de la línea de base, además de una participación ciudadana intercultural, así como la consulta previa correspondiente, si este acto administrativo afecta a pueblos indígenas. La autoridad sectorial nacional aprueba los términos de referencia para la integración de los instrumentos de gestión ambiental, los cuales deben contar con la opinión previa favorable del MINAM²⁹².

La solicitud de integración de los instrumentos de gestión ambiental deberá ser presentada a la autoridad competente, de acuerdo a los referidos Términos de Referencia. La integración está sujeta a evaluación por parte de la Autoridad Competente en un plazo máximo de sesenta (60) días luego de su presentación, pudiendo dentro de este plazo solicitar opiniones o información complementaria. El plazo máximo para que los titulares puedan solicitar la integración de los instrumentos de gestión ambiental será hasta de un (01) año contado desde la aprobación de los citados Términos de Referencia²⁹³.

Sin duda, la integración de instrumentos de gestión ambiental debe contar con una adecuada participación ciudadana, especialmente cuando se trata de proyectos de altos y medianos impactos ambientales, supuesto en el cual se deben realizar audiencias públicas y permitir el ingreso de terceros interesados al procedimiento. En caso que esta medida administrativa pueda impactar en derechos de pueblos indígenas debe ser sometida a consulta previa, específicamente, la resolución que propone aprobarla.

5.28. Línea base y modificación y/o ampliación de proyectos

La información con la que se diseña la línea base ambiental y social de los estudios ambientales no debe superar los cinco (05) años de antigüedad desde que fue registrada en campo; información registrada por más de cinco (05) años puede ser utilizada como data histórica precisando su respectiva referencia²⁹⁴. En un contexto de calentamiento global y crisis económica planetaria no es posible, ni adecuado, basarnos en información de casi 5 años de antigüedad y prepandémica, puesto que los elementos de la naturaleza pueden haber variado, así como la problemática socioeconómica, por lo que el proyecto de inversión podría estar partiendo de una línea de base que no refleja la realidad social. Pensemos en el caso de la región de Puno, que en el 2019, no tenía un escenario de conflictividad como el que vivió entre 2022-2023. Esta es la razón por la que resulta aconsejable actualizar las líneas de base existentes de otros proyectos, en el lugar donde se desarrolla un proyecto de infraestructura, para poder tener información confiable para la elaboración del estudio ambiental.

Las modificaciones, mejoramientos o ampliaciones de un proyecto que cuenta con Certificación Ambiental, y que se hayan previsto en la misma área donde se aprobó el proyecto original, no requerirán de nueva información para el diseño de su línea base,

292 Artículo 22 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

293 Artículo 22 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

294 Artículo 23 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

siempre que no hayan transcurrido más de cinco (05) años desde la aprobación del estudio ambiental que contiene la línea base que se pretende utilizar o salvo la autoridad lo determine²⁹⁵. Hay que tener cuidado con la aplicación de esta disposición, pues si la línea de base ha sido elaborada recientemente o ha sido actualizada partiendo de un estudio ambiental preexistente, es razonable que se dé la oportunidad al administrado de realizar modificaciones del estudio ambiental con esta información. Sin embargo, si la data se obtuvo de un estudio ambiental cuya línea de base ya tenía una antigüedad cercana a cinco años, es absolutamente necesario actualizar dicha información con la modificación del estudio ambiental, para asegurar una mayor eficacia de las medidas contenidas en el plan de manejo ambiental.

Si la modificación, mejoramiento o ampliación de un proyecto que cuenta con Certificación Ambiental, se desarrollara luego de cinco (05) años aprobado el Estudio Ambiental, se requerirá que dicha información sea actualizada con la información que proporcionen los monitoreos implementados por el titular del proyecto conforme a su estudio ambiental o con información de estudios complementarios, sin perjuicio que la autoridad requiera monitoreos complementarios o que el titular los proporcione voluntariamente²⁹⁶. Y es que resulta absolutamente necesario que después de un quinquenio la línea de base socioambiental se actualice para que las medidas del plan de manejo ambiental se calibren con lo que está ocurriendo en el presente y no esté anclada a un pasado, asegurándose así que cumpla su finalidad, que es el control de impactos ambientales del proyecto de inversión.

295 Artículo 23 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

296 Artículo 23 del Reglamento de Protección Ambiental para el Sector Transportes, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2017-MTC, modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MTC.

6.

La coparticipación de la riqueza: La indemnización como beneficio compartido

La serie de televisión “Yellowstone” creada por Taylor Sheridan y John Linson se estrenó el 20 de junio de 2018, en el canal Paramount Network. Ella narra la historia de una reservación indígena en EE.UU cuyos habitantes, despojados de sus tierras ancestrales por los rancheros del lugar, buscan instalar en lo que le queda de sus territorios ancestrales, algún tipo de negocio que les permita tener recursos económicos suficientes para mantener su forma tradicional de vida y defenderse de los grandes proyectos de inversión que pueden cambiar la fisonomía del paisaje donde habitan (cercano al Parque Nacional de Yellowstone).

Imagen 4. Fotograma de serie “Yellowstone” (2018)



Fuente: Paramount New York

Advirtamos que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio, se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías

legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre²⁹⁷.

El esquema de apertura para inversión no es contrario a los principios de la justicia distributiva. Ambos esquemas deberán interactuar a fin de lograr la explotación razonable de recursos y el bienestar común. Evidentemente alcanzar tal equilibrio no es consecuencia de un solo acto o de la labor de una sola entidad pública, sino del Estado en su conjunto, esto es, a partir de una política de Estado que progresivamente comience a brindar prestaciones y servicios adecuados para el bien común²⁹⁸. En otras palabras, existe la obligación del Estado, garantizar que la implementación de proyectos de inversión beneficie especialmente a la población local y originaria que es impactada por los riesgos socioambientales de la actividad económica, no siendo sostenible ni equitativo que no reciban algún tipo de compensación por las afectaciones y limitaciones a sus derechos colectivos ancestrales.

Los pueblos indígenas, reconozcámoslo, tienen derecho a beneficiarse con la actividad extractiva que se realiza en el marco de un Fideicomiso Social o un Plan de Desarrollo Social de Mitigación de Impactos Indirectos en el marco del numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, que “en caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

En el fondo, el derecho a beneficios económicos de la actividad extractiva deriva del derecho de propiedad de la comunidad sobre el territorio del que se extraen los recursos naturales, para lo cual no es necesario ser formalmente propietario porque en su caso la posesión ancestral es equivalente al título de propiedad. Así, es de suma “relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica, puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuáles son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las “reglas de juego” las que, en el fondo, no son más que la normativa dirigida a procurar el bien común, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso”²⁹⁹.

Es indudable que cuando un pueblo indígena se ve impactado por la imposición de una servidumbre o una expropiación de su territorio, ello no solo afecta su derecho de propiedad comunal, sino su propia subsistencia física y cultural que está estrechamente vinculada a

297 Fundamento 52 de la STC N.º 0022-2009-PI.

298 Fundamento 53 de la STC N.º 0022-2009-PI.

299 Fundamento 44 de la STC N.º 0022-2009-PI.

los recursos naturales y ecosistemas que ancestralmente viene usufructuando. Es por ello, que la obligación del Estado no debe circunscribirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido y un plan de manejo socioambiental.

No basta pues con que se les reubique y se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en los territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia física y cultural sino el mejoramiento de su calidad de vida.

Solo así, dice el Tribunal Constitucional, puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas³⁰⁰, tales como la servidumbre o expropiaciones para proyectos de infraestructura vial, mineros o petroleros.

En ese sentido, recordemos el Caso de la Comunidad de Ollachea y la empresa Kuri Kullu, (Provincia de Carabaya, Región Puno) quienes en noviembre del 2007 firmaron un contrato de Uso de Superficie, el mismo que ha sido ratificado en el año 2011, en el cual se incorpora a dicha comunidad como socio del proyecto con una participación del 5% de utilidades. En otras palabras, se está reconociendo el derecho de utilidades del pueblo indígena por dar su consentimiento para el uso de sus territorios ancestrales y soportar parte de las incomodidades y molestias que genera una actividad económica. Otros casos conocidos son³⁰¹:

- **Caso Antamina:** Fondo Extraordinario para el Desarrollo Sostenible de Áncash que fomenta el desarrollo sostenible, promover iniciativas de turismo, revaloración de la cultura, manejo de los recursos naturales y aprovechamiento de las ventajas competitivas de la región.
- **Caso Xtrata – Tintaya:** Convenio Marco para el Desarrollo de Espinar destinado a proyectos de desarrollo sostenible, modelo destinado a solucionar problemas ambientales y derechos humanos.
- **Caso Buenaventura:** Programa de Reducción y Alivio a la Pobreza en Huancavelica que se propuso crear actividades productivas para incrementar el empleo y los ingresos de las familias huancavelinas.
- **Caso Minera Yanacocha:** Programa de Inversión de la Asociación Los Andes de Cajamarca: promueve procesos participativos y de desarrollo del capital social y humano en Cajamarca.
- **Caso Compañía Minera Poderosa:** Comités de Desarrollo Comunal de Pataz que tiene como objetivo alcanzar el desarrollo de la comunidad a través del empoderamiento y la concertación e integración de todas sus autoridades y representantes de bases existentes en los caseríos, así como la articulación de los procesos de salud, educación, económicos y políticos del distrito.

Sin duda, el más célebre caso de beneficios económicos y el único nacido de un procedimiento de consulta previa fue el que consiguieron las comunidades indígenas de las “Cuatro Cuenclas” de Loreto en el ámbito del contrato de concesión por el Lote 192, donde se crea un

300 Fundamento 52 de la STC N.º 0022-2009-PI.

301 Aporte de Carla Rodríguez Lázaro.

fondo social para la remediación ambiental y la vigilancia indígena que sería administrado por las comunidades indígenas afectadas por la actividad petrolera y se alimentaría de un porcentaje de las utilidades del titular del proyecto petrolero.

Imagen 5. Fondo social a favor de poblaciones indígenas

CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCERA.- FONDO SOCIAL

23.1 El Contratista abonará dentro de los primeros cinco (05) Días Útiles de cada Mes calendario un aporte voluntario equivalente al 0.75% del valor de la producción fiscalizada según la cláusula octava, a un fondo social que será administrado a través de la constitución de un fideicomiso privado destinado única y exclusivamente a la ejecución de proyectos de desarrollo y vigilancia ambiental en la zona de influencia del Área del Contrato.

Los lineamientos para la constitución, funcionamiento y administración del fondo social serán los que se establezcan en las normas pertinentes, de conformidad con los resultados del proceso de consulta previa a que se hace referencia en el acápite 13.9 del Contrato.

23.2 Los abonos se realizarán en la cuenta bancaria del fideicomiso, la cual será informada oportunamente por PERUPETRO, una vez se constituya formalmente. Durante el período que se constituya el fideicomiso, el Contratista abonará el aporte voluntario, dentro del plazo antes mencionado, en una cuenta bancaria que deberá abrir a su nombre en una entidad del sistema financiero. El Contratista no podrá disponer de los fondos depositados. Una vez constituido el fideicomiso, en un plazo de cinco (05) Días Útiles a partir de que se les notifique de dicha información, el Contratista deberá trasladar el total de los montos depositados más los intereses generados a la cuenta bancaria del fideicomiso. Copia de todos los depósitos realizados deberán ser entregados a PERUPETRO.

23.3 El abono parcial o fuera del plazo establecido el Contrato del aporte voluntario, estará sujeto a los intereses establecidos en el acápite 19.6 del Contrato.

23.4 El fondo social no constituye un ingreso de PERUPETRO. Los aportes voluntarios son recursos enteramente privados.

Fuente: Contrato de Servicios Temporal para la Explotación de Hidrocarburos en el Lote 192 aprobado por Acuerdo de Directorio de Perúpetro No 083-2015.

Finalmente, puede quedar dudas sobre la posibilidad de aplicar el beneficio compartido en proyectos de infraestructura vial o aeroportuaria, ellas deben despejarse recordando que el proyecto de inversión pública debe internalizar los costos de las operaciones, permitiendo que en los casos de las carreteras donde se cobre un peaje, un porcentaje se destine a las poblaciones originarias, que vieron afectados sus territorios ancestrales, y en el caso de aeropuertos o helipuertos incluirlo en las tasas que se cobran por el uso de la infraestructura aérea a los usuarios y aerolíneas. Es incorrecto argumentar que como también les puede beneficiar el proyecto de inversión, no se les deba reconocer una utilidad por la afectación a sus territorios, cedidos o gravados por la obra pública. Recordemos que toda medida que puede afectar a los pueblos indígenas deben ser objeto de consulta previa, donde se puede arribar a un acuerdo sobre su derecho a los beneficios compartidos.

Conclusiones

1. El derecho a un ambiente adecuado, saludable y equilibrado implica que el Estado y los particulares adopten las medidas necesarias para mitigar los impactos que generan las actividades productivas y extractivas, permitiendo que se mantengan las condiciones requeridas para el desarrollo de las personas y colectividades en sus dinámicas ambientales, sociales, culturales y sanitarias, así como otras formas de vida. Ello implica que se cuente con una regulación ambiental clara que establezca obligaciones socioambientales, una participación ciudadana, acceso a la información y consulta previa correspondiente, así como autoridades ambientales que no tengan conflicto de intereses al momento de evaluar un estudio de impacto ambiental, ni en la fiscalización ambiental.

Cuadro 4. Diferencias entre la participación ciudadana, acceso a la información pública y consulta previa

| Aspecto | Participación Ciudadana Ambiental | Acceso a la Información Pública Ambiental | Consulta Previa |
|-------------|--|--|---|
| Definición | Derecho de participar en forma responsable, de buena fe y con transparencia y veracidad, en la definición y aplicación de las políticas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno, y en el proceso de toma de decisiones públicas sobre materias ambientales, así como en su ejecución y fiscalización. | Derecho de acceder a la información que poseen el Minam o las entidades que forman parte del SNGA o desempeñan funciones ambientales en los niveles nacional, regional y local, sin necesidad de invocar justificación de ninguna clase. | Derecho de los pueblos indígenas ⁹² a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas ⁹³ o administrativas ⁹⁴ que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. |
| Objeto | Contribuir al diseño, desarrollo responsable y sostenible de los proyectos de inversión. | Facilitar el acceso ciudadano a la información pública con contenido ambiental. | Alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas. |
| Sujeto | Toda persona, colectivos, y comunidades campesinas y nativas. | Toda persona, sin distinción de ninguna índole. | Pueblos indígenas, cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa. |
| Aplicación | En todas las etapas del proceso de evaluación de impacto ambiental y comprende a todos los estudios ambientales. | A solicitud de cualquier persona natural o jurídica. | Antes de la aprobación de la medida legislativa o administrativa y tratándose de actividades de exploración o explotación de recursos naturales, antes de aprobar la medida administrativa que faculte el inicio de dichas actividades. |
| Vinculación | La participación ciudadana no implica el derecho de veto. | La información pública ambiental publicada por la entidad debe estar sustentada en información oficial pertinente. | La consulta previa no implica derecho a veto. Sin embargo, si como producto del proceso, el Estado y los pueblos indígenas suscribieran un acuerdo, su contenido es de carácter obligatorio para ambas partes y exigible en sede administrativa y judicial. |

Fuente: D.S. N° 002-2009-MINAM; DS. N° 019-2009-MINAM; D.S. N° 001-2012-MC; Ley N° 29785. Elaboración: Defensoría del Pueblo.

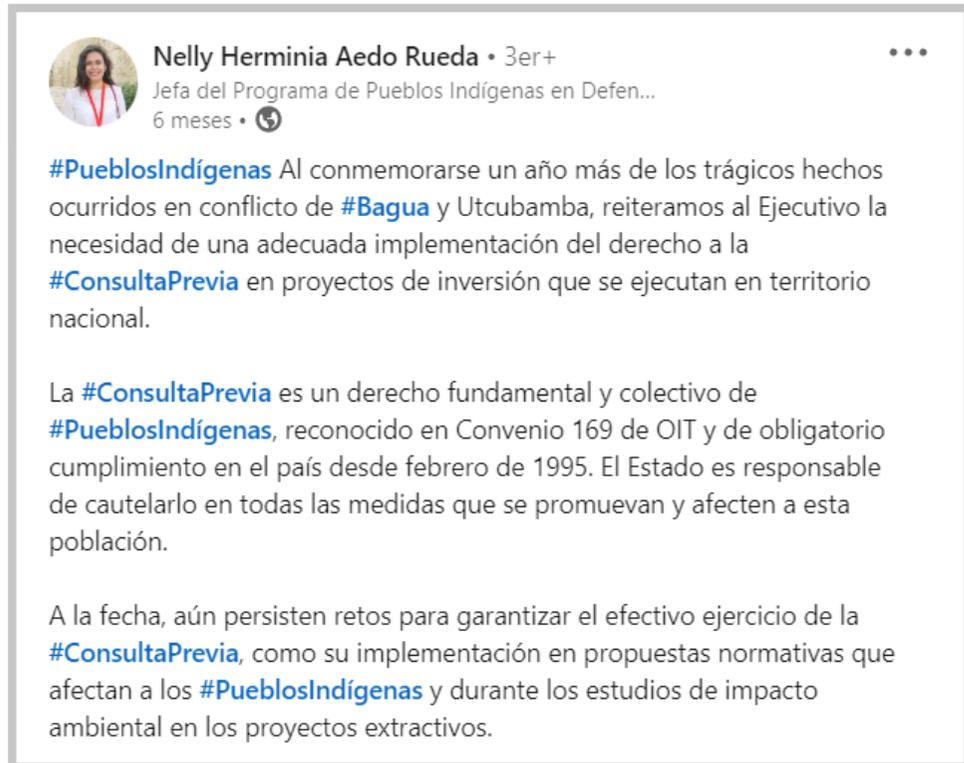
2. El problema del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental es que su diseño ha sido elaborado sin considerar que la cuarta parte de la población del Perú es indígena, ni que la mayoría de las actividades productivas, extractivas y de infraestructura impactan en territorios habitados por ellos, afectando su cultura y ambiente. En consecuencia, es necesario ajustar dicho sistema para que permita una mayor participación indígena en la implementación de proyectos de inversión, así como en la certificación ambiental en los casos que se desarrollen en o alrededor de dichos territorios. En ese sentido, permitir la participación indígena en el Consejo Directivo del SERNANP, SENACE u OEFA sería un primer gran paso, teniendo como referente los casos de SERFOR y ANA.
3. La consulta previa de la resolución que aprueba el estudio de impacto ambiental y sus modificatorias de un proyecto de inversión que se desarrolla en o alrededor de territorios indígenas es una obligación que se deriva del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, ella ha sido objeto de controversias.

Un ejemplo muy claro de ello lo constituye el caso de la consulta previa del Contrato de Concesión y proyecto de inversión de la Hidrovía Amazónica, en el que se arribó al acuerdo de consultar el estudio de impacto ambiental. Lamentablemente, cuando se quiso implementar el acuerdo alcanzado, el SENACE y el Ministerio del Ambiente se opusieron mediante Oficio N° 404-2018-MINAM/SG, adjuntando el Informe Final para la identificación de las medidas administrativas que pueden ser objeto de consulta previa en el Sector Ambiente, donde no se encontraban los estudios de impacto ambiental.

4. Posteriormente, las organizaciones indígenas apelaron la decisión del SENACE de no consultar el estudio ambiental, siendo resuelta por el Viceministerio de Interculturalidad mediante Resolución Viceministerial No 010-2018-VMI-MC, que establece que es competencia del SENACE implementar la consulta previa del EIA del Proyecto de Hidrovía Amazónica. SENACE pide precisión y aclaración, razón por la cual el referido Viceministerio reitera que el SENACE puede y debe evaluar el EIA para realizar la nueva consulta previa.
5. La Defensoría del Pueblo ha exhortado de manera reiterativa al MINAM y SENACE a que realice la consulta previa del estudio de impacto ambiental y sus modificatorias cuando el proyecto de inversión afecta derechos colectivos de los pueblos indígenas, conforme se corrobora en distintos documentos, como son su Pronunciamento del 19 de mayo del 2014 “Defensoría del Pueblo recomienda al Poder Ejecutivo fortalecer la implementación del derecho a la consulta previa”; el Informe de Adjuntía N° 003-2016-DP/AMASPPI-PPI, sobre el proceso de consulta previa en el proyecto de exploración minera, La Merced, elaborado el 2016; Informe de Adjuntía N° 006-2016-DP/AMASPPI/AMASPPI.MA, “El camino hacia proyecto de inversión sostenibles. Balance de evaluación de impacto ambiental en el Perú” elaborado el 2016; Informe de Adjuntía N° 008-2016-DP/AMASPPI.MA, “Análisis sobre las modificaciones efectuadas al proyecto minero “Las Bambas” elaborado el 2016; Estándares regionales de actuación Defensorial en procesos de Consulta Previa de Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú elaborado el 2017; Buenas Prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa incluye experiencias de instituciones invitadas de Argentina, Brasil y Guatemala elaborado el 2017; Oficio N° 011-2018-DP/AMASPPI del 26 de enero 2018; Nota de Prensa N° 164/OCII/DP/2019, “SENACE puede llevar a cabo procesos de Consulta Previa durante la evaluación de impacto ambiental de proyectos

extractivos del 29 de agosto del 2019. Recientemente, el 5 de junio del 2023, Nelly Herminia Aedo Rueda, Jefa del Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo reiteró la necesidad de implementar la consulta previa en los estudios de impacto ambiental de proyectos extractivos.

Imagen 6. Publicación en redes sociales de la Jefa del Programa de Pueblos Indígenas en Defensoría del Pueblo



Fuente: LinkedIn de Nelly Herminia Aedo Rueda.

6. El acto administrativo de aprobar un estudio de impacto ambiental afecta derechos colectivos de pueblos indígenas por las siguientes razones:
 - a. Porque establece su línea de base social considerando la población afectada, entre ellos, la población indígena que será evidentemente impactada en su ámbito social, cultural y ambiental por el desarrollo de la actividad de infraestructura o extractiva.
 - b. Porque en el estudio de impacto ambiental, se identifican y consensúan los impactos ambientales negativos, que van a sufrir las poblaciones indígenas por el desarrollo del proyecto de inversión.
 - c. Porque el estudio ambiental contiene un Plan de Manejo Ambiental que tendrá por misión controlar y mitigar los daños socioambientales que pueden sufrir las poblaciones originarias del área de influencia directa del proyecto.
 - d. Esto se puede evidenciar con mayor intensidad en los casos en los que se afecta territorio indígena sagrado o ancestral de pueblos indígenas, así como en el supuesto de la reubicación de la población indígena, cuyos términos se establecerán en el estudio de impacto ambiental. Y no olvidemos los supuestos de construcción de carreteras o hidrovías, al

afectarse el bosque o los ríos y ponerse en riesgo la subsistencia física y cultural de las poblaciones indígenas.

- e. Porque el plan de contingencia para eventuales accidentes que se puedan producir durante el desarrollo de la actividades de infraestructura o extractiva pueden impactar en su ambiente, salud y cultura.
 - f. En consecuencia, si se está decidiendo el futuro de estas poblaciones indígenas al adoptarse medidas para prevenir y mitigar el impacto ambiental de la actividad productiva propuesta, resulta absolutamente lógico que se le consulte sobre las mismas, puesto que serán ellos los beneficiarios o perjudicados.
7. Lamentablemente, la postura del sector ambiental ha sido negar la consulta previa del estudio de impacto ambiental por considerar que el otorgamiento de la certificación ambiental es un asunto altamente técnico que no merece ser consultado, sobre todo porque no autoriza el inicio de operaciones de la actividad productiva propuesta. Sin embargo, es indiscutible que, una vez autorizada la actividad económica, serán las medidas de prevención, mitigación, compensación e indemnización contenidas en el estudio de impacto ambiental, las que deberán resguardar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y que, al no haber sido consultadas, no solo carecerán de pertinencia cultural, sino que vulnerarán el derecho a la consulta previa previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.
8. La otra falencia en la evaluación de los estudios de impacto ambiental es la deficiente participación ciudadana que se realiza en las audiencias públicas, sin considerar las opiniones técnicas y las observaciones efectuadas por los diversos sectores del Estado, mostrándose únicamente el contenido de la primera versión del estudio ambiental que está siendo objeto de evaluación, sin que la población posteriormente pueda tomar conocimiento, en otras audiencias públicas, de cuáles fueron las observaciones y cómo el titular del proyecto las levantó de manera oportuna.

En otras palabras, nos encontramos ante una participación ciudadana simbólica del estudio ambiental, puesto que la ciudadanía carece de toda la información necesaria para poder formular sus aportes debido a que, en la audiencia pública, no se exponen las observaciones de las entidades opinantes, ni de la autoridad evaluadora (SENACE), tampoco cómo la empresa pretendió subsanar y levantar las observaciones.

9. Probablemente, una parte de los conflictos socioambientales tengan su origen en que no se conciba la etapa de participación ciudadana y audiencias públicas de los estudios de impacto ambiental, en la cual el titular del proyecto y la población afectada puedan arribar a acuerdos sobre el contenido de las medidas de mitigación y compensación que se adoptarán en salvaguarda del ambiente, la salud y la identidad étnica y cultural (en una mesa de diálogo), transformándose dicha etapa simplemente en una exposición del contenido del documento y una absolución de preguntas que no involucra asumir compromisos socioambientales; en nuestros términos, una participación ciudadana ambiental simbólica o simulada.
10. Podemos resumir el procedimiento de certificación ambiental del sector transporte como aquel que se divide en tres momentos:

- a)** El previo a la elaboración del estudio ambiental, etapa en la cual se debe coordinar con la autoridad competente para poder iniciar la elaboración del mismo, contando para ello previamente con un estudio de factibilidad y términos de referencia del estudio de impacto ambiental aprobados por la autoridad sectorial correspondiente;
- b)** La elaboración del estudio de impacto ambiental, etapa en la cual se levanta la línea de base, así como el plan de participación ciudadana y se realizan los talleres informativos sobre los avances de los diferentes componentes del estudio ambiental;
- c)** Durante la evaluación del estudio ambiental, etapa que se inicia con la resolución de admisibilidad del estudio, debe realizarse la remisión del estudio a las diferentes autoridades opinantes competentes, la realización de audiencias públicas, la recepción de los aportes de la sociedad civil en el procesos de participación ciudadana, la remisión al administrado de las observaciones realizadas por la autoridades opinantes, la población afectada y las formuladas por la propia autoridad evaluadora, las que deberían ser socializadas con la población afectada en audiencias públicas complementarias, si se levantan satisfactoriamente las observaciones formuladas, se proyecta el informe técnico legal sustentatorio y la resolución de certificación ambiental que en caso tenga impacto en derechos colectivos de pueblos indígenas debe ser sometida antes de su aprobación a consulta previa.

Posteriormente, luego de incorporados los acuerdos de consulta previa en el instrumento de gestión ambiental en los casos que corresponda, se aprueba la certificación ambiental correspondiente, que tendrá una vigencia máxima de cinco años, lo que no impide que por razones debidamente sustentadas la autoridad fiscalizadora pueda ordenar la actualización del estudio ambiental o modificaciones que también deberán ser sometidas a consulta previa cuando el proyecto de inversión afecta a pueblos indígenas.

Bibliografía

Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. Guía de Derecho Ambiental. Jurista Editores. Lima-Perú. 2009.

Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. Principios del Derecho Ambiental en un Estado Constitucional Democrático. Jurista Editores. Lima-Perú. 2018.

Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. Certificación Ambiental en los Proyectos Extractivos. Jurista Editores. Lima-Perú. 2018.

Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. La Consulta Previa en la Certificación Ambiental y los Proyectos Extractivos. Jurista Editores. Lima-Perú. 2019.

Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. La Consulta Previa y el Consentimiento Libre e Informado en las Concesiones Mineras, Petroleras y Eléctricas. IDLADS PERÚ. Lima-Perú. 2021

Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. La Consulta Previa y el Consentimiento Libre e Informado en los proyectos de infraestructura. IDLADS PERÚ. Lima-Perú. 2021

Carhuatocto Sandoval, Henry Oleff. La Consulta Previa: Convencional, Constitucional y Necesaria. IDLADS PERÚ. Lima-Perú. 2022

Ministerio de Cultura. Derecho a la Consulta Previa. Módulos de Capacitación. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2014.

Ministerio de Cultura. La Implementación del Derecho a la Consulta Previa en el sector Hidrocarburos. La Experiencia de los Lotes 169 y 195. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2014.

Ministerio de Cultura. Consulta Previa. Orientaciones para la participación de los Pueblos Indígenas u Originarios. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2015.

Ministerio de Cultura. La Implementación del Derecho a la Consulta Previa en el sector Hidrocarburos. La Experiencia de los Lotes 164, 189 y 175. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2015.

Ministerio de Cultura. Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2016.

Ministerio de Cultura. Estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ministerio de Cultura. Lima-Perú. 2016.



El Instituto de Defensa Legal del Ambiente y Desarrollo Sostenible (IDLADS) es una asociación civil sin fines de lucro creada el 20 de enero de 2006. Desde su creación, se encuentra comprometida en brindar soporte técnico-legal en distintos ámbitos relacionados con la protección del medio ambiente, promoción de la representación indígena, la defensa de los derechos colectivos del territorio, consulta y consentimiento, principalmente en contextos de industrias extractivas, derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, derechos del consumidor y salud pública, la salvaguarda de áreas naturales protegidas y de los derechos de sus trabajadores.



ISBN: 978-9972-2760-9-5



9 789972 276095

Con el apoyo de:

