

Informe de inventario y análisis de las medidas administrativas del Ministerio de Energía y Minas - MEM, Subsector Minería, y del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico - INGEMMET, que deben ser consultadas en el marco de la Ley N° 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT

Consultoría elaborada por Rasul Camborda Vejarano

Febrero 2013

CONTENIDO

Presentación	4
I. Resumen Ejecutivo	5
II. Metodología	8
II.1. Identificación de las fuentes jurídicas que determinan el alcance del derecho a la Consulta Previa	8
II.2. Identificación de las condiciones que debe reunir una medida administrativa para ser objeto de consulta previa	9
II.3. Identificación del universo de medidas administrativas del MEM – Subsector minero e INGEMMET	14
II.4. Identificación de las medidas administrativas que debieran ser objeto de Consulta Previa	14
III. Informe de inventario y análisis	16
III.1 Competencias del Ministerio de Energía y Minas (MEM) y del Instituto Nacional Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET)	16
III.2 Medidas administrativas que son emitidas por el MEM y el INGEMMET	18
III.3 Selección y fundamentación de las medidas administrativas que deberían ser sometidas a consulta previa y de las que no	32
III.4 Propuesta sobre las acciones normativas que deberá adoptar el MEM en el Subsector Minería e INGEMMET, a efectos de garantizar la implementación de los procedimientos de consulta previa	69
III.5 Propuesta de procedimiento administrativo (requisitos, tasa y plazos) para que los pueblos indígenas y originarios presenten su petición de consulta previa	75
III.6 Flujograma que describe la implementación de la Ley 29785 en un procedimiento administrativo del MEM, Subsector Minería e INGEMMET	78

IV. Conclusiones y recomendaciones	80
V. Anexos	83
Anexo I: Cuadro resumen de identificación y sustento de medidas administrativas sujetas a consulta previa – Ministerio de Energía y Minas e INGEMMET	83
Anexo II: Flujograma del desarrollo de la consulta previa para la certificación ambiental	83
VI. Normas	84
VII. Abreviaturas	86
VIII. Bibliografía	87

Presentación

La Cooperación Alemana, implementada por la GIZ, está ejecutando el proyecto “Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa” cuya contraparte es la Defensoría del Pueblo del Perú. Un eje de este proyecto está orientado a que la Defensoría del Pueblo cuente con toda la información relevante y actualizada que requiere para la ejecución de sus tareas con respecto a la supervisión de la implementación del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas.

La actividad principal de este componente es que la Defensoría del Pueblo pueda contar con una serie de informes que muestren el mapeo, inventario, sistematización y análisis de información relativos a las medidas administrativas y legislativas de los diferentes sectores del Ejecutivo, Congreso de la República y Gobiernos Regionales, a fin de supervisar y garantizar el respeto del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Para ello se determinó la realización de 11 estudios de inventario y análisis de medidas administrativas y legislativas que deben ser consultadas en el marco de la Ley N°29785. Para el logro de este objetivo, la Cooperación Alemana, implementada por la GIZ, solicitó la colaboración del Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES), para que realice una convocatoria pública para seleccionar equipos de consultores para la elaboración de diez informes sobre la identificación de medidas administrativas que deben ser consultadas en el marco de la Ley antes referida, en los siguientes sectores:

- Ministerio de Energía y Minas, subsector energía, y la empresa PerúPetro S.A.
- Ministerio de Energía y Minas, subsector minería, y el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones
- Ministerio de Agricultura, subsectores agrario, forestal y fauna silvestre
- Ministerio del Ambiente y el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas

- Autoridad Nacional del Agua
- Ministerio de Salud
- Ministerio de Educación
- Ministerio de Cultura
- Gobiernos Regionales de Cusco, Loreto y San Martín

Y un informe para la identificación de medidas legislativas formuladas por el Congreso de la República que deben ser consultadas en el marco de la Ley N° 29785.

Se debe precisar que los estudios no son ni recogen ninguna postura defensorial, no son documentos defensoriales, sino solo un insumo que la Defensoría del Pueblo podrá considerar para su trabajo de supervisión para la implementación del proceso de derecho a la consulta previa.

Asimismo, debido a que los resultados de los estudios aportan al debate una metodología para identificar las medidas administrativas y legislativas susceptibles de ser consultadas y brindar criterios para identificar lo que es una afectación directa, creemos que son insumos importantes, asimismo, para otros actores como son las autoridades de los diferentes ministerios y oficinas descentralizadas, gobiernos regionales, organizaciones indígenas, cooperación técnica internacional y sociedad civil en general.

El CIES agradece a la GIZ por su confianza y apoyo al equipo de profesionales por su dedicación y esfuerzo para el desarrollo de estos estudios. Se complace en compartir estos resultados que servirán para promover consensos, aportar al diseño de programas y a un debate más profundo sobre los aspectos técnicos para una adecuada implementación de la consulta previa en el Perú.

Lima, octubre de 2013

Javier Portocarrero Maisch
Director Ejecutivo CIES

Xavier Gordillo Carrillo
Director Adjunto CIES

I. Resumen Ejecutivo

El presente informe de inventario y análisis de las medidas administrativas en el sector minero que deben ser sujetas de Consulta Previa se ha desarrollado en base al estudio del marco normativo que regula la actividad minera en todas sus etapas, a partir del cual se deriva un conjunto de medidas administrativas, y la comparación de estas medidas administrativas con las definiciones y criterios que determinan el contenido del derecho a la consulta previa según sus principales fuentes jurídicas vinculantes, como son el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, principalmente. De esta manera, en un primer momento el propósito consistió en definir las condiciones que deberían reunir las medidas administrativas del subsector minero para ser consideradas sujetas de consulta, para luego, considerando el ciclo de vida de un proyecto minero, determinar los momentos en los que dicha consulta debería desarrollarse.

En el desarrollo del tema, se ha tomado especial consideración a la jurisprudencia internacional como a la nacional. Así, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son relevantes porque establecen lineamientos de consideración obligatoria para la determinación del alcance y aplicación de la Consulta Previa del Convenio 169, atendiendo a su naturaleza de derecho humano, en el marco de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos e instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Por su parte, las sentencias del Tribunal Constitucional que tratan sobre la Consulta Previa complementan el marco de referencia para dotar de contenido e interpretar la legislación de rango de ley o menor rango, asegurando una correcta aplicación de este derecho.

El Ministerio de Energía y Minas es el organismo central y rector del sector minería, el cual tiene como

objetivo promover el desarrollo integral de las actividades minero – energéticas de manera sostenible, de acuerdo con la política general y los planes del Gobierno. A su vez, el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico, el cual se encuentra adscrito al primero, tiene como parte de sus funciones conducir el Procedimiento Ordinario Minero. Ambos organismos conjuntamente serían los principales encargados de llevar a cabo los procesos de consulta previa a los pueblos indígenas en el desarrollo de la actividad minera, porque son los principales responsables de la emisión de medidas administrativas cuya consecuencia de afectación a los pueblos indígenas se analiza en el presente informe.

Considerando ello, el informe se inicia con la identificación de las competencias y funciones asignadas a estos organismos. Identificadas las funciones que potencialmente constituyen fuente de emisión de medidas administrativas, se analiza el universo de estas medidas y se las compara con las condiciones previamente establecidas como determinantes para ser objeto de consulta previa. Finalmente, el análisis de las competencias y funciones y del conjunto del marco normativo, con una visión de ciclo de vida del proyecto minero permite identificar la necesidad de intervenciones normativas y el sentido que éstas debieran tener para una adecuada implementación y ejercicio del derecho a la consulta previa.

Concluido el análisis individualizado de cada medida administrativa del subsector minería se determinaron las siguientes medidas administrativas que en razón a su propio alcance o por conveniencia (en el caso de la certificación ambiental) debieran ser objeto de Consulta Previa, según se relacione con la potencial afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas:

- Otorgamiento de la concesión minera
- Aprobación de la certificación ambiental
- Concesión de beneficio y autorización de funcionamiento

- Autorización de inicio de actividades de explotación.
- Autorización de inicio de actividades de explotación.
- Otorgamiento de título de Concesión de Transporte Minero.
- Autorización de funcionamiento de nuevo depósito de desmontes o su recrecimiento.
- Aprobación de Plan de Cierre de Minas
- Aprobación de modificación de Estudios Ambientales: Estudio de Impacto Ambiental, Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental para Explotación Minera (Categoría I), Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (Categoría II), Modificación del Plan de Manejo Ambiental de Residuos Sólidos.
- Aprobación de Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros.

No obstante, introduciendo la visión del ciclo de vida de un proyecto minero, la observancia del principio de oportunidad, buena fe y otros relacionados a la consulta previa, así como atendiendo a la naturaleza de la actividad minera, y a que si bien la actuación de los organismos públicos se ejerce de una manera autónoma e independiente, ello no significa que no guarden relación con el actuar de otros organismos públicos, se identificó un menor número de medidas administrativas en cuya oportunidad resultaría idónea y suficiente la realización de la consulta previa. Estas medidas administrativas son las siguientes:

- Otorgamiento de la concesión minera.
- Aprobación de la certificación ambiental.
- Aprobación de modificación de estudios ambientales (según supuestos de relevancia).
- Aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros.

En el informe se discute ampliamente y se presentan las conclusiones respecto a de si el otorgamiento de concesión minera constituye o no una medida administrativa que deba ser objeto de Consulta Previa. Nos parece relevante haber profundizado el análisis de las características de esta medida administrativa y su relación con la obligación del Estado

de consultar y el derecho de los pueblos indígenas de ser consultado, dado que a la fecha se registran posiciones distintas y porque la reglamentación de la Ley de Consulta Previa da poca claridad al respecto.

Para el Estado, específicamente para el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico y el Ministerio de Energía y Minas, el otorgamiento de la concesión minera no representa por sí misma una afectación o posibilidad de afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en la medida que la ejecución de las actividades mineras se encuentra condicionada a la obtención de otros requisitos y dación de otras medidas administrativas. Bajo este razonamiento ha colocado la oportunidad de realización de la consulta previa en el procedimiento de autorización de inicio de actividades mineras y de concesión de beneficio (que implica la autorización de funcionamiento de la planta), antes de la autorización de construcción que forma parte de estos procedimientos.

Para las organizaciones indígenas el otorgamiento de concesiones mineras debe ser consultado porque afecta su derecho al territorio, aunque también se alega que esto debiera ocurrir por una simple regla básica de respeto.

Basados en el análisis de los derechos que confiere el título de concesión minera y su naturaleza; los alcances del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; los criterios de interpretación y alcance que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos le da a la Consulta Previa; los condiciones predefinidas para considerar que una medida administrativa afecta los derechos colectivos de los pueblos indígenas y el análisis del contenido de estos derechos; este informe concluye que la medida administrativa por la cual se otorga una concesión minera debe ser objeto de Consulta Previa, al ser susceptible de afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas al territorio, el desarrollo y la determinación de sus prioridades de desarrollo y el derecho a la participación.

Concluido el análisis respecto del otorgamiento de concesión minera, en el informe también se analiza

cuál debiera ser la oportunidad para realizar la Consulta Previa en relación al desarrollo de actividades mineras, considerando el ciclo de vida de un proyecto minero, y cuál sería la medida administrativa respecto de la cual se lleve a cabo el proceso de consulta previa, de tal manera que se satisfaga de manera óptima los objetivos de tutela de los derechos de los pueblos indígenas que tiene la Consulta Previa. Realizado el análisis concluimos que esta oportunidad es previamente a la aprobación de la certificación ambiental.

Finalmente, en el informe sustentamos el tipo y alcance de la intervención normativa que debería desarrollarse para asegurar una aplicación idónea de la consulta previa.

Esperamos que el presente informe contribuya al proceso de definiciones en el que se encuentra el Estado luego de la aprobación de la Ley de Consulta Previa, de tal manera que en base a un nuevo diseño normativo se garantice el ejercicio pleno del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas.

II. Metodología

La determinación de las medidas administrativas del Ministerio de Energía y Minas (MEM), subsector minería, y del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico-INGEMMET, que debieran ser objeto de consulta previa, en el marco de la Ley N° 29785, implicó el análisis del conjunto de medidas administrativas que emiten ambas instituciones, bajo una metodología de la investigación de carácter descriptivo - correlacional, esto es, identificando, describiendo el alcance de cada una de ellas y analizando si cada cual satisface las condiciones establecidas por el derecho, para ser objeto de Consulta Previa.

Los pasos seguidos fueron los siguientes:

II.1 Identificación de las fuentes jurídicas que determinan el alcance del derecho a la Consulta Previa

Como primer paso consideramos relevante identificar aquellas fuentes de derecho que de manera indiscutible definen o establecen el contenido y alcance de la Consulta Previa y conforme a las cuales se debería determinar cuándo una “medida administrativa” requiere ser objeto de ella.

La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas establecida en el Convenio 169 de la Organización Internacional

del Trabajo (OIT) - en adelante, “Convenio 169” - fue incorporada formalmente a nuestro marco jurídico nacional desde su ratificación, entrando en vigencia en febrero de 1995. Dicho convenio tiene carácter de tratado de derechos humanos y, como tal, se le ha reconocido rango constitucional.¹ En tal sentido, el Convenio 169 constituye fuente primigenia y prioritaria del derecho a la Consulta Previa. En razón de conformar el bloque de constitucionalidad, su efecto práctico debe ser el de prevalecer sobre disposiciones de carácter legal o reglamentario con las que pudiera entrar en conflicto.

Asimismo, todavía en el marco del Derecho Constitucional y las reglas del Derecho Público Internacional, debe reconocérsele el carácter vinculante en la determinación del contenido del derecho a la Consulta Previa, a la jurisprudencia emanada de tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los cuales el Perú es parte.² En este sentido, tiene especial relevancia lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre la Consulta Previa.

La Corte IDH, además de fundamentar sus decisiones en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana”), reconoce como un instrumento de especial valoración a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, la

1 Los “tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional.” [STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33].

2 El Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, establece lo siguiente: “Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

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 de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.” (Subrayado agregado).

Declaración de NUDPI), al resolver sobre materias que afectan los derechos de los pueblos indígenas. Este mismo valor ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional peruano, al señalar que las declaraciones: *“representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas.”*³

En tal sentido, si bien existen otros estándares internacionales de diversa fuente que se refieren al derecho a la Consulta Previa, consideramos que el marco irreductible para entender el contenido y alcance de este derecho es el que configura el propio Convenio 169, las sentencias de la Corte IDH, la Declaración de NUDPI y los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional peruano. Es en este marco que debe contextualizarse la aplicación de la Ley N° 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) – en adelante “Ley de Consulta Previa”- y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC (en adelante, “Reglamento de la Ley de Consulta Previa”).

II.2 Identificación de las condiciones que debe reunir una medida administrativa para ser objeto de consulta previa

II.2.1 Referencias normativas a “medida administrativa” objeto de consulta

En el Convenio 169 la Consulta Previa es referida de manera específica como una obligación de los gobiernos, para los siguientes casos:

- Al prever medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas (Artículo 6.1.a);
- Antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos del subsuelo (Artículo 15.2);
- Al considerar la enajenación de las tierras de pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad. (Artículo 17);
- Con anterioridad a la reubicación de los pueblos indígenas, que en principio, solo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (Artículo 16);
- En la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (Artículo 22);
- En las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma indígena (Artículo 28).

En lo concerniente al objeto del presente informe, cuyo objetivo es identificar las medidas administrativas a ser consultadas principalmente en el contexto del desarrollo de actividades de aprovechamiento de recursos mineros, interesa poner en relieve lo dispuesto respecto de la Consulta Previa en los artículos 6.1. a) y 6.2; y 15.2:

“Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

(...)

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias,

3 Sentencia 022-2009-PI, Gonzalo Tuanama y otros contra el Decreto Legislativo 1089 que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.

con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” (Subrayado agregado).

“Artículo 15

(...)

2. En caso de que pertenezca 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.” (Subrayado agregado).

Por su parte, la Ley de Consulta Previa ha establecido lo siguiente en relación a la medida administrativa a ser objeto de consulta:

“Artículo 2. Derecho a la consulta

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.”

“Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta

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 medidas.

Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.

En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.”

Finalmente, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa ha establecido:

“Artículo 3.- Definiciones

El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la Ley y el Convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

b) Afectación Directa.- Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.

(...)

f) Derechos Colectivos.- Derechos que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales

ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural.

(...)

i) Medidas Administrativas.- Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte 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.

En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo.”

“Artículo 6.- Consulta previa y recursos naturales 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, deter-

minando 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 caso.”

Si nos restringimos a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, se debería entender como medida administrativa a aquellas “normas reglamentarias de alcance general” o al “acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto” o aquél “que autorice a la Administración la suscripción de contratos” para el inicio de la actividad o proyecto.

Si consideramos que en minería normalmente no se suscribe un contrato, con lo cual no tenemos un acto administrativo que “autorice a la Administración la suscripción de contratos” (como sí ocurre en hidrocarburos), y dejamos de lado las “normas reglamentarias de alcance general”, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa únicamente está considerando como medida administrativa sujeta a Consulta Previa a aquel acto administrativo que faculte el inicio de las actividades de exploración o explotación del proyecto minero, pudiendo afectar los derechos colectivos del pueblo indígena.

Esta interpretación restringida de medida administrativa sujeta a Consulta Previa ha sido asumida tal cual por el MEM, sector que para el caso de la minería ha determinado que la Consulta Previa debe ocurrir solamente antes de la resolución que autoriza el inicio de actividades de exploración y de explotación. En este último caso, antes de la aprobación del Plan de Minado (momento en el cual se permite la construcción de determinados componentes y facilidades).⁴

4 Mediante Decreto Supremo N° 020-2012-EM, el MEM modificó su TUPA e incluyó una nota de referencia señalando que para el trámite de autorización de inicio de actividades de explotación y beneficio **el Estado realizaría la consulta previa a los pueblos indígenas que puedan verse afectados directamente**. Luego, mediante Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM-DM, modificó nuevamente el TUPA precisando que en el caso de las actividades de explotación y beneficio esta **consulta previa deberá hacerse antes de ejecutar las actividades de construcción (antes del plan de minado y antes de la autorización de construcción, respectivamente)**. Esa intervención a nivel del TUPA del MEM es toda la regulación normativa existente sobre la aplicación del derecho a la consulta previa.

Entonces, si nos sujetásemos al alcance de “medida administrativa” que establece el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, tal cual lo ha seguido además el MEM, el presente informe concluiría aquí, pues para identificar las medidas administrativas objeto de Consulta Previa bastaría señalar lo indicado en el TUPA del MEM.

Sin embargo, en tanto que la reglamentación nacional del derecho a la consulta previa no puede contravenir su propia ley originaria ni, menos aún, al Convenio 169, se tendrá en consideración el alcance sobre “medida administrativa” que puede desprenderse principalmente del citado convenio.

II.2.2 Del alcance que debe darse al concepto “medida administrativa”

El Convenio 169 no restringe la obligación de consultar previamente solo las medidas administrativas que permiten emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en territorio indígena; así como, tampoco restringe la consulta previa a otros supuestos específicamente referidos en el convenio (enajenación o la transmisión de sus derechos sobre sus tierras – Art. N° 17-; reubicación – Art. N° 6; para la reorganización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional – Art. N° 22-; etc.). La regla general que establece el Convenio 169 es la dispuesta en su artículo N° 6, conforme a la cual debe efectuarse la consulta previa “cada vez que se prevean medidas administrativas” (y no solo las que autoricen el aprovechamiento de los recursos naturales) susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. El objeto de esta consulta -se precisa en relación a los recursos naturales del subsuelo-, es determinar “si los intereses de esos pueblos serán perjudicados”.

Cuando el Convenio 169 señala como característica de la medida administrativa objeto de Consulta Previa, que ésta sea susceptible de afectar directamente a estos pueblos, es porque a través del ejercicio de este derecho se persigue la acción del Estado de asegurar la tutela de los otros derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el citado convenio.

Entonces, la Consulta Previa debiera efectuarse respecto de cualquier medida administrativa susceptible de afectar directamente los derechos (“colectivos”, precisa la Ley de Consulta Previa) del pueblo indígena. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos (agrega también la Ley de Consulta Previa).

Es sobre este alcance general de “medida administrativa”, no restringido solamente al emprendimiento o autorización para el aprovechamiento de los recursos naturales, que hemos desarrollado el presente informe, realizándose el ejercicio de identificar todas aquellas medidas administrativas del subsector minero “que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos” deba procederse a la consulta previa, tal cual lo plantea el artículo N° 9 de la Ley de Consulta Previa.

Precisando aún más el alcance de “medida administrativa”, debemos señalar que, cuando el Convenio 169 se refiere a la *medida administrativa susceptible de afectar directamente los derechos del pueblo indígena* se está refiriendo a aquella medida administrativa que sea apta de producir efectos jurídicos no mediatizados por otro comportamiento administrativo o actuación adicional de la administración. Podríamos delimitarlo entonces a los “actos administrativos”.

Al respecto, debemos considerar que todo acto (o no) de la administración que no tenga por finalidad producir efectos jurídicos, no es todavía un acto administrativo. Estos efectos jurídicos deben surgir directamente del acto y no indirectamente. El nexo entre su emisión y determinados efectos jurídicos no mediatizados debe ser claro. Cabe distinguirlos de los llamados actos de la administración o actos preparatorios (como informes, dictámenes, proyectos, etc.) y “en general cualquier acto que por sí mismo no sea suficiente para dar lugar a un efecto jurídico inmediato en relación a un sujeto de derecho; esos actos no son impugnables administrativa ni judicialmente.”

Sí se entiende comprendidas “aquellas actividades que producen por sí mismas un efecto jurídico, aun-

que él no sea inmediato en el tiempo: actos que se dictan para producir efectos a partir de una fecha futura determinada, sujetos a término o condición, etc.”⁵

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 025-2009-PI (Etnia Aguajún contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos), en su fundamento 25 señaló:

“[...] 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 indígenas.”

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa ensaya una definición de afectación directa, sin pretender “reducir a una fórmula clara y precisa” el entendimiento de este concepto:

“b) Afectación Directa.- Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.” (Subrayado agregado).

II.2.3 Condiciones que deben verificarse para que una medida administrativa sea objeto de consulta previa

Sintetizando los enunciados desarrollados, para efectos de identificar y determinar si una medida administrativa debe ser objeto de consulta previa, corroboraremos que en la medida administrativa se reúnan las siguientes condiciones:

- i. Que la medida administrativa al dictarse constituya un acto administrativo.
- ii. Que los efectos jurídicos que emanen del acto administrativo no estén mediatizados por la necesidad de una medida o actuación adicional de la administración.
- iii. Que como consecuencia de estos efectos jurídicos se pueda afectar cualquiera de los derechos del pueblo indígena. Se comprenden inclusive los efectos que no sean inmediatos en el tiempo o los actos jurídicos que se dictan para producir efectos a partir de una fecha futura.
- iv. Esta posibilidad de afectación puede darse: produciendo cambios en la situación jurídica de estos pueblos; produciendo cambios o incidiendo en el ejercicio de sus derechos; con independencia de su efecto (“positivo” o cuyo efecto sea “menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente” en los derechos del pueblo indígena); o, provocando una alteración directa en los intereses colectivos de los pueblos indígenas.
- v. Reconociendo que los derechos de los pueblos indígenas que puedan afectarse son aquellos reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169, en los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente;-; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural.

⁵ La literatura jurídica es sumamente abundante en tratar la naturaleza del acto administrativo. Nosotros hemos escogido estas citas que resume los conceptos más aceptados y relevantes en relación al acto jurídico como productor de efectos jurídicos. Ver: Gordillo, Agustín; “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas”, Tomo 3, Capítulo 2.

II.3 Identificación del universo de medidas administrativas del MEM – Subsector minero e INGEMMET

A efectos de identificar el universo de medidas administrativas del subsector minero (MEM e INGEMMET) y corroborar si reúnen las condiciones que las harían objeto de Consulta Previa, se procedió a analizar la estructura, organización, competencias y funciones⁶ vigentes de las instancias en el MEM e INGEMMET con posibilidad de emitir medidas administrativas.

Como herramientas de trabajo, se elaboraron matrices de “funciones y procedimientos” donde se registró de manera ordenada y sistematizada, el conjunto de funciones sustantivas que tienen los órganos técnicos normativos seleccionados y los procedimientos administrativos directamente relacionados a esas funciones. Las fuentes para esta etapa del trabajo ha sido el conjunto del marco normativo vigente (listado como Anexo 4 del presente informe), pero de manera particular los Reglamentos de Organización y Funciones (ROF) y los Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del MEM y el INGEMMET.

Trabajar con tales matrices permitió identificar a las instancias u órganos técnicos normativos del MEM e INGEMMET que en razón de sus funciones serían potenciales fuentes de emisión de medidas administrativas, considerando el hecho que aun cuando el marco normativo le da a las entidades diversas funciones, normalmente listada en sus ROF, no todas estas funciones van a derivar en medidas administrativas. Por otro lado, los TUPA describen - se espera -, todos los procedimientos administrativos que se pueden tramitar ante una autoridad y que, en su gran mayoría, concluyen con la expedición de una medida administrativa. No obstante, los TUPA podrían obviar alguna medida administrativa o no estar debidamente actualizada. Por ello, al relacionar las funciones establecidas en la legislación para cada uno de los órganos de las entidades, con los procedimientos administrativos que se les consignan en los TUPA, se pudo identificar,

de manera clara y práctica, aquellos procedimientos que realmente concluirán con una medida administrativa.

Una vez completadas las matrices de funciones y procedimientos, se pudo identificar y seleccionar el universo de medidas administrativas a cargo del MEM y del INGEMMET.

II.4 Identificación de las medidas administrativas que debieran ser objeto de Consulta Previa

Respecto de cada una de las medidas administrativas que conformaron el universo de medidas administrativas identificadas, se procedió a analizar si reunían las condiciones para ser calificadas como objeto de Consulta Previa, de conformidad a lo señalado en el numeral III.2.

En el numeral III.2 del presente informe, titulado “Medidas administrativas que son emitidas por el MEM y el INGEMMET”, se expone un resumen del objeto o finalidad de cada una de las medidas administrativas conformantes del universo de medidas administrativas emitidas por el MEM y el INGEMMET.

Luego, en el numeral III.3, titulado “Selección y fundamentación de las medidas administrativas que deberían ser sometidas a Consulta Previa y de las que no”, se exponen los fundamentos de la conclusión arribada, en los siguientes sub numerales:

“III.3.1 De las medidas administrativas sujetas a Consulta Previa”, y

“III.3.2 De las medidas administrativas no sujetas a Consulta Previa”.

Cabe señalar que, dentro de los citados numerales, las medidas administrativas se agrupan según la entidad que las dicta. Asimismo, que dentro del numeral III.3.1 se desarrolla de manera particular lo referido a

6 Se puso énfasis en las funciones sustantivas de cada entidad sobre aquellas que son de administración interna.

las siguientes medidas administrativas, a fin de agotar los aspectos de importancia en torno a ellas:

“III.3.1.1 Del Otorgamiento de la Concesión Minera”

“III.3.1.2 De la aprobación de la Certificación Ambiental”

“III.3.1.3 De la Concesión de Beneficio y Autorización de Funcionamiento”

“III.3.1.4 De la Autorización de Inicio de Actividades de Exploración”

“III.3.1.5 De la Autorización de Inicio de Actividades de Explotación”

Como resultado del análisis de cada medida administrativa del subsector minero, se evidenció las limitaciones de llevar a cabo una determinación individualizada de aquellas que debieran ser objeto de Consulta Previa, pues, como era previsible, existen varias medidas administrativas que, consideradas de manera independiente, reunirían las condiciones para ser objeto de consulta, aun cuando estuviesen

relacionadas a un mismo proyecto minero. Ciertamente, en otros sectores también se identificarían medidas administrativas directamente relacionadas al desarrollo de un proyecto minero y que por sí mismas debieran ser objeto de consulta (por ejemplo, el otorgamiento de un derecho de uso de aguas). En tal sentido, es indispensable integrar la visión del ciclo de vida del proyecto minero a la acción de determinar la medida o medidas administrativas de naturaleza idónea para llevar a cabo la Consulta Previa, de tal manera que identificándose una o algunas de éstas, al desarrollarse el proceso de Consulta Previa para la emisión de dicha medida, se haya tratado y atendido las cuestiones más importantes objeto de las otras medidas, relacionadas a los derechos de los pueblos indígenas.

Los aspectos referidos a la integración de la visión del ciclo de vida del proyecto minero en la determinación de la medida o las medidas administrativas sujetas a consulta previa, forman parte del análisis y sustento de las propuestas de acciones normativas que debieran adoptar el MEM e INGEMMET, a efectos de garantizar la implementación de los procedimientos de consulta previa (numeral III.4 del presente informe).

III. Informe de inventario y análisis

III.1 Competencias del Ministerio de Energía y Minas (MEM) y del Instituto Nacional Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET)

A. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

El MEM es el organismo central y rector del Sector Energía y Minas. Comprende dos subsectores: energía y minería. Respecto de éstos le compete diseñar, establecer, ejecutar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría de ellas.

El MEM tiene como objetivo promover el desarrollo integral de las actividades minero - energéticas, normando, fiscalizando y/o supervisando (en los aspectos que aún conserva competencia) su cumplimiento. Debe cautelar el uso racional de los recursos naturales en armonía con el medio ambiente.

El MEM tiene como finalidad formular y evaluar, en armonía con la política general y los planes del Gobierno, las políticas de alcance nacional en materia del desarrollo sostenible de las actividades minero - energéticas. Así mismo, es la autoridad competente en algunos aspectos de contenido ambiental referidos a las actividades minero - energéticas, tales como la de elaboración y proposición de normas de protección ambiental de carácter sectorial, aun cuando para la aprobación de éstas se requiera la opinión del Ministerio del Ambiente. Otras funciones de carácter ambiental todavía a su cargo, son las de evaluar y aprobar los estudios ambientales y sociales para las diversas etapas de un proyecto minero, estudios ambientales para el cierre de minas, remediación ambiental y cierre de pasivos, administración de los reportes de monitoreo, etc.

El ámbito de competencia y estructura básica del MEM se establece en su Reglamento de Organización

y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 031-2007-EM.

A continuación resumimos las principales funciones a cargo de cada uno de los órganos del MEM que podrían emitir medidas administrativas que conformarán luego el universo de medidas normativas a analizar y, de manera referencial, las que corresponden a sus órganos de asesoramiento.

Despacho Ministerial

Es el Titular del Pliego Presupuestal y representante legal del Ministerio. Establece los objetivos, orienta, aprueba, dirige y supervisa la política del Sector.

Consejo de Minería

Tiene por responsabilidad conocer y resolver, en última instancia, todos los asuntos mineros y ejercer las demás funciones que le asigna la Ley General de Minería y normas legales reglamentarias y complementarias vigentes.

Órganos de Asesoramiento:

Oficina General de Planeamiento y Presupuesto

Encargado de conducir, coordinar, supervisar y evaluar los procesos de planeamiento, presupuesto, programación de inversiones, racionalización, coordinación regional y cooperación internacional de la institución.

Oficina General de Asesoría Jurídica

Responsable del asesoramiento del MEM: Alta Dirección y a los demás órganos, cuando corresponda. Asimismo, de emitir opinión sobre aspectos legales del Sector, analizando y sistematizado la legislación, así como proponiendo las normas legales pertinentes.

Oficina General de Gestión Social

Responsable de promover las relaciones armoniosas entre las empresas mineros energéticos y la sociedad

civil, incluidos los gobiernos locales y regionales; de propiciar el manejo de mecanismos de diálogo y concertación en el Sector; y de colaborar en el diseño de programas de desarrollo sostenible.

Despacho Viceministerial de Minas

Responsable de dirigir, supervisar, proponer e informar al Ministro la política de desarrollo sostenible sectorial de minería.

Orienta y evalúa las actividades del subsector minería a nivel nacional, de acuerdo con las directivas impartidas por el Ministro.

Órganos de Línea

Dirección General de Minería

Es el órgano técnico normativo. Propone y evalúa la política del subsector minería; propone y/o expide, según sea el caso, la normatividad necesaria de este subsector; promueve el desarrollo sostenible de las actividades de exploración y explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero; y ejerce el rol concedente a nombre del Estado para el desarrollo de las actividades mineras, según le corresponda.

- **Dirección Normativa de Minería**
Asesora a la Dirección General de Minería sobre política nacional del subsector minería; y propone y mantiene actualizada la normatividad minera de alcance nacional.
- **Dirección Técnica Minera**
Propone, evalúa y opina sobre aspectos técnicos de la industria minera, de acuerdo a las disposiciones legales vigentes. Está a cargo de implementar la consulta previa a los pueblos indígenas para las autorizaciones de inicio de actividades de exploración, desarrollo, preparación y explotación minera; además para la autorización de construcción en las concesiones de beneficio.
- **Dirección de Promoción Minera**
Promueve las actividades mineras cautelando el uso racional de los recursos mineros en armonía con el medio ambiente.

Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros

Propone y evalúa la política ambiental del Sector Minería; promueve, propone y/o expide la normatividad necesaria para la ejecución de actividades orientadas a la conservación y protección de los medios ambientes referidos al desarrollo de las actividades mineras.

- **Dirección Normativa de Asuntos Ambientales Mineros**
Propone y evalúa los proyectos de normas que se requiera para garantizar el desarrollo sostenible del sector minero.
- **Dirección de Gestión Ambiental Minera**
Propone y evalúa la política y los planes para garantizar el desarrollo sostenible de las actividades mineras; evalúa y recomienda la aprobación o desaprobación de los estudios ambientales y sociales presentados al Ministerio de Energía y Minas.

B. INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y METALÚRGICO

Consejo Directivo

Aprueba las políticas de desarrollo de la Institución en concordancia con las políticas y planes del Sector.

Presidente del Consejo Directivo

Propone, dicta y supervisa el cumplimiento de las políticas de desarrollo de la Institución en concordancia con las políticas y planes nacionales y sectoriales.

Órganos de Asesoramiento

Oficina de Asesoría Jurídica

Asesora a la Alta Dirección en los asuntos de carácter jurídico legal.

Órganos de Línea:

Dirección de Geología Regional

Ejecuta el cartografiado geológico nacional y regional; realiza investigaciones geológicas científicas especializadas, además de las investigaciones y análisis en temas referentes a Geofísica, Paleontología, Sensores Remotos y disciplinas asociadas.

Dirección de Geología Ambiental y Riesgo Geológico

Realiza investigaciones, programas y proyectos Geoambientales, Geotécnicos y de Evaluación y Monitoreo de Peligros Geológicos del territorio nacional a fin de contribuir con los organismos competentes en materia de ordenamiento territorial, planificación y desarrollo nacional así como la seguridad física dentro del país y la conservación del patrimonio natural y cultural; encargada de realizar estudios sobre hidrogeología en el país.

Dirección de Recursos Minerales y Energéticos

Encargada de la investigación básica sobre la ocurrencia, génesis y localización de depósitos minerales metálicos, no metálicos y geoenergéticos del país; tiene a su cargo las labores de prospección destinadas a poner en evidencia el potencial minero, así como el de recursos geoenergéticos de interés nacional; efectúa investigaciones metalogénicas tendientes a orientar la prospección y exploración minera en el país.

Dirección de Laboratorios

Encargada de efectuar los análisis físico-químicos, ópticos e instrumentales para la determinación de la composición, estructura y edad de materiales geológicos como rocas, minerales, sedimentos, suelos y aguas, en apoyo de los órganos del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico que lo requieran, así como para la prestación de servicios externos.

Dirección de Concesiones Mineras

Tramita y resuelve los petitorios mineros conducentes a la obtención del Título de concesión minera; y otros procedimientos especiales.

- **Unidad Técnico Normativa**
Emite informes técnico legales requeridos en el Procedimiento Ordinario Minero.
- **Unidad Técnico Operativa**
Emite los informes técnicos requeridos en los procedimientos administrativos mineros a su cargo.

Dirección de Catastro Minero

Administra el Precatastro Minero Nacional, el Catastro Minero Nacional y el Catastro de Áreas Restringidas a la actividad minera.

- **Unidad de Catastro Minero y Pre catastro**
Administra la información para graficación e incorporación de los Derechos Mineros al Catastro Minero Nacional.
- **Unidad de Catastro de Áreas Restringidas**
Administra la información para la graficación e incorporación de áreas restringidas a la actividad minera en el Catastro correspondiente.

Dirección de Derecho de Vigencia

Administrar el derecho de vigencia y penalidad.

III.2 Medidas administrativas que son emitidas por el MEM y el INGEMMET

A. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (Subsector Minería)

III.2.1 Despacho Ministerial

a) Expedir resoluciones ministeriales relativas al Sector

En ejercicio de su rol normativo, le corresponde elaborar proyectos de normas para proponer al Gobierno Central y al Poder Legislativo, así como aprobar directamente dispositivos normativos vía Resolución Ministerial. Al regular las actividades mineras, debe hacerlo en estrecha correlación con el concepto de desarrollo sostenible donde se asegure la explotación racional de los recursos mineros existentes, de forma tal que se satisfagan las necesidades de las actuales generaciones, generando desarrollo económico y social, además de proteger adecuadamente el medio ambiente, sin comprometer la viabilidad de las futuras generaciones para satisfacer también sus propias necesidades.

III.2.2 Despacho Viceministerial de Minas

a) Expedir, cuando corresponda, normas técnico – legales para el desarrollo sostenible del Sector Minería

En ejercicio de su rol normativo, le corresponde elaborar proyectos de normas para proponer

al Despacho Ministerial, Gobierno Central y al Poder Legislativo, así como aprobar directamente dispositivos normativos vía Resolución Viceministerial. Al regular las actividades mineras, debe hacerlo en estrecha correlación con el concepto de desarrollo sostenible donde se asegure la explotación racional de los recursos mineros existentes, de forma tal que se satisfagan las necesidades de las actuales generaciones, generando desarrollo económico y social, además de proteger adecuadamente el medio ambiente, sin comprometer la viabilidad de las futuras generaciones para satisfacer también sus propias necesidades.

III.2.3 Dirección General de Minería (DGM)

a) Formular normas técnicas y legales relacionadas con el Sector Minería, promoviendo el desarrollo sostenible y la tecnificación

En ejercicio de su rol técnico normativo, le corresponde elaborar proyectos de normas para proponer a la Alta Dirección del MEM, así como aprobar directamente dispositivos normativos vía Resolución Directoral. Al regular las actividades mineras, debe hacerlo en estrecha correlación con el concepto de desarrollo sostenible. Otorgar título de Concesiones de Beneficio y sus modificaciones.

b) Otorgar título de Concesión de Beneficio y sus modificaciones

La Concesión de Beneficio otorga a su titular el derecho a extraer o concentrar la parte valiosa de un agregado de minerales desarraigados y/o a fundir, purificar o refinar metales, ya sea mediante un conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos.

Una medida intermedia, previa al otorgamiento de la concesión de beneficio, es la autorización de construcción, que le permite al titular minero iniciar la construcción de la planta de beneficio y componentes auxiliares.

Se debe contar con estudio de impacto ambiental y acuerdo previo o titularidad sobre el terreno

superficial. En el caso de afectarse pueblo indígena deberá efectuarse la consulta previa, antes de autorizarse la construcción, de acuerdo a lo regulado en el TUPA del MEM.

c) Otorgar título de Concesión de Labor General
Labor general es toda actividad minera que presta servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción a dos o más concesiones de distintos concesionarios.

La concesión de labor general otorga a su titular el derecho a prestar servicios auxiliares a dos o más concesiones mineras.

d) Otorgar título de Concesión de Transporte Minero y sus modificaciones

La concesión de Transporte minero autoriza a su titular a la instalación y uso de todo sistema para el transporte masivo y continuo de productos minerales, por métodos no convencionales (fajas transportadoras, tuberías o cable carriles), entre uno o varios centros mineros y un puerto, planta de beneficio, refinería o en uno o más tramos de estos trayectos.

Se debe contar con estudio de impacto ambiental y acuerdo previo o titularidad sobre el terreno superficial.

e) Autorizar la construcción de labores de acceso, ventilación y desagüe en concesiones mineras vecinas

Las construcciones en las concesiones vecinas que resulten necesarias para el acceso, ventilación y desagüe de sus propias concesiones, transporte de los minerales y seguridad de los trabajadores, implica el pago de una indemnización previa si causan daños, además el mineral resultante quedará sin gravamen y libre de costos para estas concesiones sirvientes.

Los titulares de las concesiones sirvientes, podrán utilizar estas labores pagando la respectiva compensación, cuyo monto será fijado por convenio entre las partes o, caso contrario, por la autoridad minera.

Se debe contar con estudio de impacto ambiental.

f) Autorizar el inicio de las actividades de Exploración en Concesiones Mineras metálicas/no metálicas y sus modificaciones

Solo a partir de esta autorización el titular minero podría desarrollar las actividades de exploración, que normalmente implica la remoción de terrenos para caminos de acceso y plataformas para la instalación de maquinaria portátil y la realización de perforaciones para extraer muestras del subsuelo. No implica actividades para desarrollar un futuro proyecto minero de explotación y no da derecho a comercializar las muestras extraídas.

Se debe contar con estudio de impacto ambiental y acuerdo previo o titularidad sobre el terreno superficial.

g) Otorgar Certificados de Operación Minera.

El Certificado de Operación Minera (COM) se otorga a los titulares mineros, a fin de ejecutar la actividad minera en las etapas de exploración, desarrollo, preparación, y explotación, en sus respectivos derechos mineros y Unidad Económica Administrativa (UEA), permitiéndoles adquirir y usar explosivos de uso civil previo permiso de DICSCAMEC.

Se debe contar con estudio de impacto ambiental, plan de minado, autorización de construcción o autorización de inicio de actividades previamente otorgadas (lo cual supone también acuerdo previo o titularidad sobre el terreno superficial).

h) Autorizar el uso de ANFO y similares, bajo su competencia.

Para el empleo de explosivos, accesorios y agentes de voladura en la actividad minera, los titulares deberán contar con el Certificado de Operación Minera vigente y estar inscritos en la Dirección de Control de Servicios de Seguridad, Control de Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (DICSCAMEC).

i) Aprobación del Plan de Minado y autorización de actividades de desarrollo y preparación)

Esta aprobación se da en el marco del procedimiento para obtener la autorización de explo-

tación, pero constituye en razón de sus efectos, una medida administrativa por sí misma.

El Plan de Minado es el documento que contiene todas las actividades o acciones a realizar para la extracción del mineral desde su yacimiento, considerando los riesgos potenciales y posibles impactos en el entorno para cada uno de los procesos operativos (perforación, voladura, carguío, transporte, chancado, transporte por fajas, mantenimiento de vías, etc.), asimismo, contiene las medidas a tomar frente a posibles eventos adversos.

Para el inicio de las operaciones mineras, el titular deberá notificar previamente a la autoridad minera adjuntando este documento, el cual deberá ser actualizado anualmente y contar con la aprobación del Comité de Seguridad y Salud Ocupacional mediante acta, el cual será puesto a disposición de la autoridad minera y su respectivo fiscalizador cada vez que lo soliciten para verificar su cumplimiento.

Se debe contar con estudio de impacto ambiental y acuerdo previo o titularidad sobre el terreno superficial. Además, el MEM ha establecido que previamente a la aprobación del plan de minado debe desarrollarse la consulta previa a los pueblos indígenas, de corresponder.

j) Autorizar Inicio de Actividad de Explotación

Con esta autorización, el titular minero ya puede iniciar la explotación del mineral de la concesión minera, debiendo presentar un cronograma de ejecución de actividades. Adicionalmente, el titular minero tiene por obligación cumplir con las medidas seguridad e higiene minera establecidas por ley.

Se debe contar con estudio de impacto ambiental y acuerdo previo o titularidad sobre el terreno superficial.

k) Autorizar funcionamiento de nuevo depósito de desmontes o su recrecimiento

Esta autorización permite construir y operar una nueva área para la disposición de los materiales extraídos del interior de la mina o del área

de explotación a cielo abierto que no contiene valores extraíbles o que su extracción carece de importancia económica, por lo que se han dispuesto en un lugar donde no se realizarán actividades de explotación.

Para su construcción, se deberá contar previamente con un informe técnico favorable de la DGM; asimismo, el titular minero deberá comunicar a la autoridad competente, culminada cada etapa de la construcción, a fin de que se autorice su funcionamiento.

Se debe contar con estudio de impacto ambiental y acuerdo previo o titularidad sobre el terreno superficial.

l) Autorizar operación de minerales de Productor Minero Artesanal (Lima Metropolitana)

Con esta autorización, el titular minero ya puede iniciar la explotación del mineral de la concesión minera. Se debe contar con estudio de impacto ambiental y acuerdo previo o titularidad sobre el terreno superficial.

m) Autorizar beneficio de minerales de Productor Minero Artesanal (Lima Metropolitana)

A través de la Concesión de Beneficio, el titular del derecho puede extraer o concentrar la parte valiosa de un agregado de minerales desarraigados y/o a fundir, purificar o refinar metales, mediante un conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos.

En el caso de los Productores Mineros Artesanales, solo deberán presentar una solicitud acompañada de información técnica y la respectiva Declaración de Impacto Ambiental (DIA) suscrita por un profesional competente en la materia, además de contar con el acuerdo previo o titularidad sobre el terreno superficial.

n) Autorizar inscripciones de Contratistas Mineros en el Registro de Empresas Especializadas y modificatorias

Los titulares de concesiones pueden contratar a empresas especializadas para la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación

y beneficio. Así, la Empresa Contratista Minera es aquella que, contando con autonomía funcional y patrimonio propio, actúa en dichas actividades mineras y que tiene la obligación de estar inscrita en la DGM del Ministerio de Energía y Minas de manera previa al inicio de sus actividades.

o) Autorizar Uso Minero o Servidumbre sobre terrenos superficiales de otras concesiones

Los titulares de concesiones pueden solicitar se les autorice establecer un uso minero o servidumbres sobre los terrenos superficiales de otras concesiones, siempre y cuando, ésta no impida o dificulte la actividad minera del titular de dicha concesión.

Aprobar Programas de Inversión del Contrato de Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión (contrato a 10 años), así como sus modificaciones

Los contratos de garantía y medidas de Promoción a la Inversión Minera suscritos por el Estado otorgan garantías de estabilidad tributaria que incluyen únicamente los impuestos vigentes, no siendo de aplicación aquellos que se creen con posterioridad a la suscripción de dicho contrato. Así, se estabiliza el Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas, Impuesto Selectivo al Consumo, Impuesto de Promoción Municipal, etc. Se incluyen, también, los regímenes especiales referentes a la devolución de impuesto, admisiones temporales y similares, así como el régimen aplicable a las exportaciones.

En cuanto a las exoneraciones, incentivos y demás beneficios tributarios referentes al impuesto y regímenes estabilizados, estará sujeta al plazo y condiciones que establezca el dispositivo legal vigente a la fecha de suscripción del convenio.

p) Aprobar Estudio de Factibilidad Técnico Económico del Contrato de Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión (contrato a 15 años), así como sus modificaciones

Aplicable para proyectos mineros con capacidad inicial o ampliaciones no menor de 5,000 TM/día referentes a una o más Unidades Económicas

Administrativas y con programas de inversión no menores al equivalente en moneda nacional a US\$ 20'000,000.00, para el inicio de cualquiera de las actividades de la industria minera o de US\$ 50'000,000.00 para inversiones en empresas mineras existentes.

Los titulares de la actividad minera, para gozar de los beneficios garantizados, deberán presentar un estudio de factibilidad técnico-económico, que tendrá carácter de declaración jurada refrendada por auditor externo.

q) Aprobar cumplimiento de la ejecución del Programa de Inversión (Estabilidad tributaria) y Estudio de Factibilidad Técnico Económico (Estabilidad tributaria)

El cumplimiento y acreditación del monto del Programa de Inversión y del Estudio de Factibilidad se acreditarán con declaración jurada refrendada por auditor externo, en la que se detallará las obras y adquisiciones realizadas, así como el monto financiado con capital propio o créditos de terceros. Adicionalmente, se deberá presentar estados financieros a la fecha de conclusión del proyecto, con anexos o notas demostrativas de las inversiones y adquisiciones realizadas y de su financiación.

Una vez aprobada dicha Declaración Jurada, se otorgará una escritura pública declarativa de la ejecución, la cual deberá inscribirse en el Registro Público de Minería en la partida correspondiente al titular de la actividad minera.

r) Aprobar Programas de Inversión en Exploración, sus modificaciones y ejecuciones

El Programa de Inversión deberá incluir una memoria descriptiva, presupuesto y cronograma de ejecución de la inversión que se proponga realizar (monto no menor de US\$ 500,000.00), el cual podrá modificarse en el transcurso de su ejecución, previa autorización de la autoridad minera, siendo de aplicación todas las normas que regulan la presentación y aprobación de nuevos programas. De ser el caso, se procederá a adecuar el Contrato respectivo mediante addendum.

El sustento del cumplimiento de la ejecución de dicho programa se realizará a través de la presentación de una declaración jurada refrendada por una Sociedad de Auditoría en la cual se detalle las inversiones y/o adquisiciones realizadas, además de estar acompañada de un informe técnico sustentatorio.

s) Suscribir Contratos de Inversión en exploración para la devolución del IGV e IPM (aprobación o modificación)

Por intermedio de este contrato se otorga a los titulares de Concesiones Mineras que estén en la fase de exploración el derecho a la devolución definitiva del IGV e Impuesto de Promoción Municipal que hayan pagado o les haya sido trasladado en las importaciones o adquisiciones de bienes, prestación o utilización de servicios y contratos de construcción que se utilicen directamente en la ejecución de actividades de exploración de recursos minerales en el país durante la fase de exploración y que se efectúen a partir de la fecha de suscripción del Contrato de Inversión en Exploración correspondiente.

Es un régimen estable, no resultando de aplicación los cambios que se produzcan a dicho régimen durante la vigencia del contrato, teniendo una duración máxima correspondiente a la vigencia de la ley al momento de la suscripción de dicho contrato.

t) Aprobar cumplimiento de la ejecución de Programas de Reinversión

La inversión de las utilidades no distribuidas obtenidas durante el plazo del Programa de Inversión deberá ser aplicada a la ejecución de nuevos programas de inversión, a efecto de gozar de los beneficios tributarios, los cuales garantizarán el incremento de los niveles de producción de la concesión donde se ubica la operación minera o la Concesión de beneficio.

El programa de inversión con beneficio tributario se aprobarán por un plazo máximo de cuatro años, pudiendo ampliarse hasta tres ejercicios fiscales inmediatos siguientes al del vencimiento del programa de inversión, para lo cual se deberá acreditar que durante el plazo del programa de inversión

se ha utilizado por lo menos el 80% de las utilidades efectivamente obtenidas en cada ejercicio.

La sustentación de la ejecución de los programas de inversión realizados con las utilidades no distribuidas se realizará mediante la presentación de una declaración jurada refrendada por una Sociedad de Auditoría en la cual se detalle las inversiones y/o adquisiciones realizadas y deberá estar acompañada de un informe técnico sustentatorio.

u) Aprobar nómina de Peritos Mineros

Los Peritos Mineros son aquellos profesionales en las especialidades de ingeniería de minas, ingeniería geológica e ingeniería civil.

La evaluación para la nominación o renovación de los Peritos Mineros será realizada por una Comisión integrada por un representante de la DGM quien la presidirá, dos representantes del Consejo de Minería y dos representantes del Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero. Ésta tendrá vigencia de dos (2) años calendario, teniendo como ámbito de actuación todo el territorio nacional y no serán considerados como servidores ni tendrán vínculo laboral con el Ministerio de Energía y Minas o Registro Público de Minería.

v) Imponer sanciones a los Peritos Mineros en caso de incumplimiento a las normas que los rigen

Como parte de las atribuciones de la DGM, podrá imponer sanciones a los Peritos que incumplan con lo dispuesto por la Ley General de Minería, sus Reglamentos y normas complementarias. Las sanciones serán: amonestación escrita, suspensión temporal de sus funciones, revocación de la nominación e inhabilitación definitiva.

w) Otorgar los certificados de cumplimiento progresivo y final del plan de cierre de minas

El Certificado de Cumplimiento Progresivo se otorga con la ejecución completa de las medidas de cierre progresivo comprometidas en el Plan de Cierre de Minas respecto a áreas, labores o instalaciones específicas, permitiendo al titular de actividad minera, solicitar la modificación del tipo o

reducción del monto de la garantía que se hubiera establecido y la eventual devolución de excedentes.

El Certificado de Cierre Final se otorga cuando se hayan ejecutado todas las medidas comprometidas en el Plan de Cierre de Minas y se haya realizado el pago por el mantenimiento de las medidas de postcierre. Su emisión determina el fin de la obligación de mantener una garantía, el derecho a requerir la devolución del saldo de la misma, sin perjuicio de la asignación correspondiente que deba efectuarse para el mantenimiento de las medidas de postcierre y, legalmente, se presume el cumplimiento total y adecuado de los deberes y obligaciones que hubiere tenido lugar por parte del titular de la actividad minera.

x) Otorgar los certificados de cumplimiento progresivo y final de pasivos ambientales mineros

En las instalaciones de la unidad minera, el titular de actividad minera o la entidad responsable de la remediación de áreas que contengan pasivos ambientales mineros, tienen la obligación de ejecutar las medidas establecidas en el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros aprobado, así como, mantener y monitorear la eficacia de las medidas implementadas durante su ejecución e, inclusive, en la etapa de post cierre.

El programa de monitoreo deberá ser ejecutado hasta que se demuestre la estabilidad física y química de los componentes mineros, así como el cumplimiento de los límites máximos permisibles y la no afectación de los estándares de calidad ambiental correspondientes.

Los informes que dan cuenta del avance de las labores de remediación y que contienen información detallada respecto de la ejecución de las medidas comprometidas para el semestre inmediato siguiente, serán presentadas semestralmente, aún después del cese de operaciones, hasta la obtención del Certificado de Cierre Final, previa auditoría realizada, la que se otorgará cuando se hayan ejecutado todas las medidas comprometidas en el Plan de Cierre y se haya efectuado, de ser el caso, el abono por el

mantenimiento de las medidas de post cierre que deban continuar implementándose.

y) Actualizar el inventario de Pasivos Ambientales mineros

Los Pasivos Ambientales son aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras y que se encuentran abandonadas o inactivas, constituyendo un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

La DGM, en coordinación con la DGAAM y el INGEMMET, identificará y elaborará el inventario de los pasivos ambientales mineros, clasificándose de acuerdo a sus características propias y riesgos inherentes a dichos pasivos, debiendo ser actualizado permanentemente.

Aquellos pasivos ambientales que formen parte del inventario y que pudieran contener valor económico, podrán ser susceptibles de reaprovechamiento.

z) Identificar los responsables de los pasivos ambientales

La DGM identificará a los responsables de las operaciones mineras que abandonaron depósitos de residuos, labores o instalaciones mineras, generando pasivos ambientales en sus diversas modalidades. Asimismo, se identificará a los titulares de aquellas concesiones mineras inactivas que mantengan vigente su derecho y que arrastran pasivos ambientales, quienes deberán presentar el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales.

El Estado solo asume la tarea de remediación por aquellos pasivos cuyos responsables no pueden ser identificados.

aa) Aprobar lista de impedidos de efectuar petitorios mineros, teniendo como referencia la aprobación de la ejecución del cierre de pasivos ambientales

Los responsables de remediar los pasivos ambientales que no cuenten con la resolución de aprobación de la ejecución del Plan

de Cierre de Pasivos Ambientales, luego de que haya transcurrido seis años desde su aprobación, quedarán impedidos de solicitar nuevos petitorios mineros y de explotar alguna unidad minera como concesionario o adquirente, siendo incluidos en la relación de impedidos de hacer petitorios mineros, bajo responsabilidad de la DGM, quien comunicará al INGEMMET para su cumplimiento.

Las autorizaciones de operación de actividades mineras serán suspendidas hasta por tres años, pudiéndose ampliar por el doble del período anterior y así sucesivamente hasta su cumplimiento.

ab) Imponer sanciones en los temas de su competencia

Es atribución de la DGM imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones normativas de la materia. Asimismo, puede imponer sanciones a los Peritos que incumplan con sus funciones establecidas por ley.

III.2.4 Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM)

a) Aprobar, cuando corresponda, las normas técnicas y legales relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente

En ejercicio de su rol técnico normativo, le corresponde elaborar proyectos de normas para proponer a la Alta Dirección del MEM, así como aprobar directamente dispositivos normativos vía Resolución Directoral. Al regular las actividades mineras, debe hacerlo en estrecha correlación con el concepto de desarrollo sostenible.

b) Aprobar del EIA para Explotación, Beneficio Minero, Almacenamiento, Labor General, Transporte, y otras relacionadas (gran y mediana minería)

El Estudio de Impacto Ambiental que debe efectuarse en proyectos mineros evalúa y toma en

consideración aspectos físico-naturales, biológicos, socio económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, pues tiene la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analiza la naturaleza, magnitud y prevé los efectos y consecuencias de la realización del proyecto, además indica las medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones mineras y el medio ambiente.

La desaprobación, improcedencia o inadmisibilidad del estudio implicará la no obtención o pérdida de la Certificación Ambiental imposibilitando, así, el inicio o ejecución de obras.

c) Aprobar de Estudios Ambientales para Exploración Minera (gran y mediana minería)

El Estudio de Impacto Ambiental que debe efectuarse en proyectos para exploración minera evalúa y toma en consideración aspectos físico-naturales, biológicos, socio económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, pues tiene la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analiza la naturaleza, magnitud y prevé los efectos y consecuencias de la realización del proyecto, además indica las medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones mineras y el medio ambiente.

La desaprobación, improcedencia o inadmisibilidad del estudio implicará la no obtención o pérdida de la Certificación Ambiental imposibilitando, así, el inicio o ejecución de obras.

d) Aprobar la Solicitud o Modificación de Clasificación de Estudio Ambiental para Pequeño Productor Minero o Minero Artesanal (MML y Callao, vigente hasta que se concluya el proceso de transferencia de funciones)

La Minería Artesanal es una actividad de subsistencia y la Pequeña Minería, la actividad minera ejercida a pequeña escala; ambas comprenden labores de extracción y recuperación de sustancias metálicas, no metálicas así como de materiales de construcción, del suelo y subsuelo.

Para el inicio o reinicio de sus actividades, deberán presentar una solicitud de Certificación Ambiental, indicando en ella su propuesta de clasificación, ya sea como Categoría I o II del proyecto y, así, presentar la Declaración de Impacto Ambiental o Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado correspondiente, la cual deberá estar suscrita por los profesionales competentes en la materia.

e) Aprobar Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASsd) para Pequeño Productor Minero o Minero Artesanal (MML y Callao) y sus modificaciones.

La presentación del Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd) es exigible para los proyectos correspondientes a la Categoría II, los cuales prevén la generación de impactos ambientales negativos moderados, debiendo incluir un Plan de Participación Ciudadana; así como un Plan de Manejo Ambiental, Plan de Vigilancia Ambiental, Plan de Contingencias, Plan de Relaciones Comunitarias, Plan de Cierre o Abandono y otros que solicite la autoridad competente.

La actualización del mismo se realizará cada vez que se realicen cambios o modificaciones que varíen de manera significativa el alcance o posibles impactos del proyecto o en caso que se aprueben nuevas normas que así lo determinen. Además, la modificación del estudio ambiental o la aprobación de instrumentos de gestión ambiental complementarios, implica la actualización de los planes originalmente aprobados al emitirse la Certificación Ambiental.

f) Aprobar Plan de Cierre de Minas y de Pasivos Ambientales Mineros.

Constituye obligación de todo titular minero realizar el cierre de las áreas, labores e instalaciones de una unidad minera, a través de un Plan de Cierre de Minas aprobado; el cual constituye, también, uno de los requisitos para iniciar el desarrollo de operaciones mineras comprendidas en el EIA.

El Plan de Cierre de Minas es un Instrumento de Gestión Ambiental conformado por acciones

técnicas y legales, que deben ser efectuadas por el titular de actividad minera, a fin de rehabilitar las áreas utilizadas o perturbadas por la actividad minera, para que éstas alcancen características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la conservación del paisaje.

De otro lado, el titular minero también se encuentra obligado a cumplir de manera eficaz y oportuna con las medidas de cierre progresivo tal cual ha sido aprobado en el Plan de Cierre aprobado, durante la vida útil de su operación minera, debiendo ejecutarlas en forma inmediata cuando cesen las operaciones mineras en las áreas o instalaciones que correspondan, ello conforme al cronograma aprobado.

Finalmente, el Plan de Cierre de Minas debe ser actualizado a los tres años de su aprobación, y luego cada cinco años, hasta el cierre de la unidad minera.

g) Aprobar modificación de Estudios Ambientales : Estudio de Impacto Ambiental, Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental para Exploración Minera (Categoría I), Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (Categoría II), Modificación del Plan de Manejo Ambiental de Residuos Sólidos

El Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM) es la autoridad sectorial competente en los asuntos ambientales del sector minería facultada para evaluar y aprobar los Instrumentos de Gestión Ambiental, ante la cual se presentarán los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), Estudios de Impacto Ambiental Preliminar (EIAP) Evaluaciones Ambientales (EA) y sus modificaciones; asimismo las modificaciones de los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA). Además, será el encargado de aprobar las modificaciones del Plan de Manejo Ambiental de Residuos Sólidos.

h) Aprobar de Plan de Cese de Proceso/ Instalación Minera y sus modificaciones

El Plan de Cese de Proceso/Instalación Minera, constituye una modificación del PAMA para todos sus efectos legales y contractuales, pues contiene las medidas que adoptará el titular para eliminar, paralizar o cerrar definitivamente uno o varios procesos y/o instalaciones para eliminar o neutralizar los efectos sobre el medio ambiente; además, busca evitar efectos adversos al medio ambiente por los residuos sólidos, líquidos o gaseosos que puedan existir o puedan aflorar en el corto, mediano o largo plazo.

Este Plan de Cese debe contener las acciones a desarrollarse en los trabajos de revalorización o remediación de las áreas alteradas, las cuales se incluirán en un cronograma cuyo plazo total será fijado por la DGAAM y no deberá exceder los doce meses, pudiéndose prorrogar de manera excepcional. Con su aprobación, el incumplimiento o la no culminación del PAMA o de alguno de los proyectos que lo componen no constituirán infracción ambiental, ello sin perjuicio de las sanciones administrativas previas y no exonera aquellas sanciones por incumplimiento del presente plan.

i) Aprobar Plan de Remediación Ambiental

Por el principio de responsabilidad ambiental, el causante de la degradación del ambiente y de sus componentes está obligado a adoptar las medidas para su restauración, rehabilitación, reparación o compensar los daños generados. En ese sentido, de acuerdo al principio de internalización de costos toda persona debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente sus actividades. Así, el titular minero que haya realizado actividades y/o ejecutado proyectos de actividades mineras sin contar con la Certificación Ambiental aprobada por autoridad competente, deberá elaborar y ejecutar un Plan de Remediación Ambiental, a fin de corregir la perturbación de las áreas utilizadas o afectadas por la ejecución de dichas actividades, de tal forma que alcancen las características de un eco-

sistema compatible con un ambiente saludable y equilibrado para el desarrollo de la vida.

La presentación o aprobación del referido plan no faculta al titular para continuar con el desarrollo de las actividades mineras que no hayan sido amparadas en la correspondiente Certificación Ambiental, por lo que la ejecución de las obligaciones y compromisos contenidos en el referido Plan de Remediación Ambiental se realizarán previa paralización de las actividades y sin perjuicio de las medidas correctivas, cautelares, mandatos y sanciones impuestas o que correspondan imponerle al titular minero.

El incumplimiento de este plan conllevará la no aprobación de nuevas Certificaciones Ambientales o modificaciones de alguna preexistente del titular de la actividad y de aquellas personas naturales o jurídicas vinculadas económica o societariamente, o de aquél de reciba en transferencia la Unidad Minera.

j) Calificar, inscribir y autorizar a instituciones públicas y privadas para que elaboren estudios ambientales sobre las actividades mineras

Es función de la DGAAM calificar y autorizar a instituciones, públicas y privadas, para que elaboren estudios ambientales sobre las actividades mineras. Estas entidades autorizadas son las únicas que podrán elaborar estudios ambientales comprendidos en el SEIA, pudiendo ser nacionales o extranjeras, domiciliadas en el país y constituidas bajo cualquier régimen legal, las cuales deben acreditar que cuentan con solvencia técnica suficiente para elaborar los referidos estudios.

La elección de la entidad es de exclusiva responsabilidad del titular de la actividad minera. La vigencia de la inscripción será de 2 años.

k) Renovar Inscripción de entidades autorizadas para elaborar Estudios de Impacto Ambiental

Una vez vencido la vigencia de la inscripción en el Registro de entidades autorizadas para elaborar Estudios de Impacto Ambiental, la empresa tendrá un período de tres (03) meses para poder

solicitar la renovación de su vigencia, caso contrario será retirada del referido registro. Para ello, deberá adjuntar toda la documentación que haya variado en su empresa (profesionales, equipos, etc.) y la ficha de Declaración Jurada. Durante el periodo del trámite de renovación, la empresa no podrá presentar Estudios de Impacto Ambiental.

l) Modificar Registro de entidades autorizadas para elaborar Estudios de Impacto Ambiental (incluye actualización de datos)

Las modificaciones en los estatutos sociales o la incorporación de profesionales como miembros del equipo de la empresa durante el período de vigencia de la inscripción, conllevará la obligación de solicitar la inscripción de la misma ante la DGAAM. Además, también se podrá solicitar la ampliación de los alcances de la calificación otorgada anteriormente.

El incumplimiento de la actualización de dichas modificaciones es considerado como causal de inhabilitación temporal en el registro.

m) Inscribir Registro de entidades autorizadas para elaborar planes de Cierre de Minas

Las entidades autorizadas para elaborar Planes de Cierre de Minas son personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, constituidas bajo cualquier régimen societario.

La solicitud de inscripción en el registro podrá ser presentada también ante la DREM correspondiente, para remitirla posteriormente a la DGAAM, quien es la encargada de realizar la calificación legal y técnica de la entidad solicitante, a fin de determinar su solvencia técnica e institucional, considerando los trabajos realizados, conocimiento, interdisciplinariedad, especialización y experiencia de los profesionales calificados que presenta dicha entidad, a efectos de que queden autorizados para suscribir los Planes de Cierre de Minas. Además, dicha entidad no deberá estar vinculada a algún titular minero. La vigencia de la inscripción es de tres (03) años.

n) Renovar inscripción en el Registro de entidades autorizadas para elaborar Planes de Cierre de Minas

La solicitud de renovación de la inscripción en el registro podrá ser presentada, también, ante la DREM correspondiente, para remitirla posteriormente a la DGAAM, quien finalmente evaluará la solicitud en base al desempeño de la empresa durante el período de vigencia de su inscripción, las actualizaciones de los datos de la entidad y la nómina de sus profesionales.

La presentación de la solicitud se realizará hasta tres (03) meses luego del vencimiento del plazo indicado al momento de la inscripción, caso contrario será retirada de referido registro; además durante este periodo no podrá suscribir, ni presentar Planes de Cierre de Minas, levantamiento de observaciones, ni ninguna otra documentación relacionada.

o) Modificación Registro de entidades autorizadas para elaborar Planes de Cierre de Minas (incluye actualización de datos)

Las modificaciones en las entidades, con referencia a sus estatutos sociales, domicilio, nómina de profesionales o en cualquier otro dato que hayan sido inscritos en el Registro, deberán ser actualizadas en el mismo; caso contrario, será causal de suspensión temporal.

p) Aprobar guías técnicas ambientales y sociales

En ejercicio de su rol técnico normativo, le corresponde elaborar Guías ambientales y/o sociales para orientar el desarrollo de las actividades mineras. No tienen carácter de vinculante, salvo disposición normativa reglamentaria expresa.

B. INSTITUTO NACIONAL GEOLÓGICO MINERO Y METALÚRGICO - INGEMMET

Los Organismos Públicos Especializados están adscritos a un ministerio, tienen independencia para ejercer sus funciones y pueden ser Organismos Reguladores u Organismos Técnicos Especializados. Así, el INGEMMET es un Organismo Público Técnico Especializado del Sector Energía y Minas, con personería jurídica de

derecho público, además de gozar de autonomía técnica, económica y administrativa, pero sujetándose a los lineamientos técnicos de su Sector con quien coordina sus objetivos y estrategias.

Tiene como objetivo la obtención, almacenamiento, registro, procesamiento, administración y difusión, de una manera eficiente, de la información geocientífica y de toda aquella información relacionada a la geología básica, los recursos del subsuelo, los riesgos geológicos y el geoambiente. Además, tiene como objetivo conducir el Procedimiento Ordinario Minero, incluyendo la recepción de petitorios, el otorgamiento de concesiones mineras y su extinción según las causales fijadas por ley; ordenando y sistematizando la información georeferenciada mediante el Catastro Minero Nacional, así como la administración y distribución del Derecho de Vigencia y Penalidad.

El ámbito de competencia y estructura básica se establece en su Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Decreto Supremo N° 035-2007-EM.

A continuación resumimos las principales funciones a cargo de cada uno de los órganos del INGEMMET que podrían emitir medidas administrativas y que conformarán luego el universo de medidas normativas a analizar.

III.2.5 Consejo Directivo - Presidencia

a) Expedir resoluciones de título de concesión minera

La concesión minera es el conjunto de derechos y obligaciones otorgados por el Estado y que se materializa en un título, por el cual se faculta a su titular a desarrollar actividades de exploración y explotación de minerales en un área determinada de manera exclusiva, siendo ésta irrevocable mientras se cumplan con las obligaciones que la ley exige para el mantenimiento de su vigencia.

b) Expedir resoluciones de título de caducidad

La caducidad de denuncios, petitorios y concesiones mineras se produce por el no pago oportuno del derecho de vigencia durante dos (02)

años consecutivos, pues, de omitirse el pago de un año, se podrá regularizar con el pago y acreditación del año corriente. Además, el incumplimiento de las obligaciones de producción constituye, también, causal de caducidad de las concesiones mineras. Esta declaración de caducidad se dará por Resolución Colectiva, debiendo ser publicada en el Diario Oficial El Peruano.

c) Expedir resoluciones de título de abandono

El abandono es causal de extinción de los pedimentos de concesión (petitorios), no pudiéndose aplicar a las concesiones. Se da por el incumplimiento del interesado a las normas del procedimiento minero aplicables al título en formación.

d) Expedir resoluciones de título de cancelación

La cancelación de petitorios y denuncios mineros se da cuando han sido formulados sobre áreas ocupadas por otros denuncios, petitorios o concesiones mineras prioritarias; también cuando se trate de áreas protegidas o declaradas intangibles.

e) Expedir resoluciones de título de renuncia de área

La Renuncia consiste en la suelta, voluntaria y expresa, de algún derecho minero en la etapa de petitorio o de concesión, pudiéndose realizar de manera parcial si es que el área a retener no es menor a una cuadrícula de cien (100) hectáreas. Sobre esta área renunciada tendrán derecho preferente los cesionarios y acreedores hipotecarios, una vez declarada su libre disponibilidad.

f) Expedir resoluciones de título de acumulaciones

Se podrán acumular aquellas concesiones mineras vigentes que sean colindantes, vecinas y de un mismo titular, constituyéndose un nuevo y único título cuya antigüedad será la misma del título más antiguo y no deberá exceder de mil (1,000) hectáreas o de diez (10) cuadrículas.

g) Expedir resoluciones de título de constitución de Sociedad Legal

La Sociedad Legal o Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada se constituirá de oficio por el

Jefe del Registro Público de Minería cuando aparecen superpuestas, total o parcialmente, dos o más concesiones mineras que ya cuentan con un título inscrito, constituyéndose una nueva concesión minera cuyo nombre será aquél de la concesión minera superpuesta más antigua, precedida de la palabra "reducción". Esta opción será válida, siempre y cuando las partes no decidan constituir una sociedad contractual. Los socios originales participarán en proporciones iguales, reduciéndose sus derechos a las áreas no superpuestas.

El plazo de duración de estas sociedades es indefinido, pero se disuelve por extinción o transferencia de todas las concesiones incorporadas a su patrimonio.

h) Expedir resoluciones sobre Cambio de Sustancia de Derecho Minero

La utilización de los recursos minerales se realiza a través del otorgamiento de concesiones mineras. Las sustancias mineras se clasifican en metálicas, las cuales pueden ser metales preciosos (oro, plata y platino), no preciosos o sustancias radioactivas, y no metálicas, las cuales pueden tratarse de materiales de construcción o sustancias salinas, debiéndose determinar la clase de concesión en el petitorio.

El cambio de sustancia aprobada inicialmente en la concesión minera puede solicitarse por el titular a través de una declaración.

i) Expedir resoluciones de Fraccionamiento y División de Derecho Minero

El fraccionamiento de los petitorios procederá cuando comprendan un conjunto de cuadrículas que se superponen o cuando se renunciara a una (01) o más cuadrículas, produciendo un quiebre de la colindancia de las cuadrículas peticionadas. Asimismo, el fraccionamiento de los denuncios procederá cuando exista superposición de un derecho minero prioritario que quiebre la continuidad del área del denuncia, pero el área fraccionada no deberá ser menor de una (01) hectárea.

En el caso de concesiones con título inscrito, la división de dos o más concesiones se dará para adecuarlas al sistema de cuadrículas, sin limitación de área mínima.

La aprobación de ambos procedimientos, se otorgará previo informe técnico, procediendo a modificar el título de la concesión original y a otorgar título sobre cada una de las áreas fraccionadas, considerándose la antigüedad del título de la concesión original.

j) Expedir resoluciones de título de Unidades Económicas Administrativas

El Titular de dos (02) o más concesiones mineras de la misma clase y naturaleza, incluidas aquellas que hayan sido sesionadas, puede agruparlas sin perder la individualidad e intangibilidad, siempre y cuando se encuentren ubicadas dentro de un área de 5 km de radio, cuando se trate de minerales metálicos no ferrosos o metálicos auríferos primarios; de 20 km de radio cuando se trate de hierro, carbón o mineral no metálico; y 10 km en los yacimientos metálicos auríferos detríticos o de minerales pesados detríticos.

La UEA tiene por finalidad el cumplimiento de las obligaciones de trabajo exigidas por ley. Cuando se amparen dos o más concesiones mineras bajo el sistema de la UEA, el cómputo para determinar la penalidad se basará en el petitorio de la concesión más antigua.

k) Expedir resoluciones sobre Inclusión y/o Exclusión de Derechos Mineros de U.E.A. y sus modificaciones

Luego de la resolución de constitución de UEA, se podrá incluir nuevas concesiones mineras sesionadas y/o adquiridas, así como excluir aquellas concesiones mineras que la hayan integrado, sea a solicitud de parte o por transferencia, cesión o extinción de las mismas.

l) Resolver Recursos de Oposición

La Oposición es aquel procedimiento administrativo cuya finalidad es impugnar la validez del petitorio de una concesión minera. Así, el titular de una concesión minera con título definitivo

podrá oponer su mejor derecho a cualquier concesión o petitorio minero que hubiese sido formulado sobre todo o parte de un área y que no cuente, además, con título definitivo.

El plazo para presentarlo finalizará antes de la expedición del título del nuevo pedimento, luego del cual solo podrá contradecirse por medio del recurso impugnatorio.

m) Resolver las denuncias de internamiento

El internamiento se produce cuando durante la ejecución de obras en una concesión, el titular de ésta se introduce en el área correspondiente de otra concesión, vecina y colindante, sin autorización.

La denuncia de internamiento será realizada por el presunto agraviado, quedando el titular infractor obligado a paralizar los trabajos y devolver el valor de los minerales extraídos, sin deducción de costo alguno. Además deberá pagar una indemnización, la cual se duplicará en caso de daño o si la introducción es mayor de 10m.

Una vez realizada la denuncia, la autoridad nombrará un perito y ordenará la diligencia de inspección ocular, la cual comprenderá el relacionamiento topográfico, verificación de títulos, valorización de las sustancias extraídas y determinación de los daños ocasionados.

n) Acreditar el pago del Derecho de Vigencia o Penalidad

El Derecho de Vigencia es el monto que debe pagarse anualmente para mantener la vigencia de los derechos mineros y, la Penalidad, el monto que debe pagarse anualmente para mantener la vigencia de las concesiones mineras al no haberse cumplido con acreditar la producción o inversión mínima dentro de los plazos establecidos. Ambos pagos deben realizarse entre el 1 de enero al 30 de junio de cada año.

La acreditación del pago de Derecho de Vigencia y/o Penalidad se da de manera automática, salvo si fue efectuado sin utilizar el Código Único del

derecho minero, extinción del derecho minero, era objeto de una medida cautelar vigente o acción contenciosa administrativa ante el Poder Judicial o no figure en el Padrón Minero. En estos casos, se debe realizar un trámite ante la Dirección de Derecho de Vigencia del INGEMMET para acreditar los pagos dentro del mes siguiente de efectuado.

o) Acreditar el pago del Derecho de Vigencia o Penalidad extemporáneo

La acreditación extemporánea del pago de Derecho de Vigencia y/o Penalidad se da cuando la acreditación no automática del pago por los referidos derechos mineros no hayan sido realizados dentro del mes siguiente correspondiente. Procederá solo si el derecho minero no se encuentra con resolución de extinción consentida.”

p) Emitir el Certificado de Devolución del pago del Derecho de vigencia

El Certificado de Devolución es el documento emitido a solicitud de parte para el cumplimiento de las obligaciones de pago por Derecho de Vigencia y Penalidad, implicando la generación de compensaciones o ajustes a las entidades, a quienes se les distribuyó originalmente los montos objeto de certificado, para su posterior distribución cuando el certificado sea utilizado.

Tiene vigencia de un año, siendo posible la expedición de un nuevo Certificado una vez caducado el referido documento. Procede cuando el pago de Derecho de Vigencia se haya realizado sobre petitorios y/o concesiones ubicados en áreas donde, por razón de emergencia, se haya prohibido la realización de actividades mineras durante un período mínimo de seis meses; o cuando el pago se haya dado sobre petitorios y/o concesiones mineras ubicadas en áreas en las que se hayan producido eventos calificados como caso fortuito o fuerza mayor.

q) Emitir el Certificado de devolución del pago por Penalidad

El caso de devoluciones por el pago de penalidades, éstas proceden cuando exista duplici-

dad en el pago. También procede cuando éste se haya realizado sobre petitorios y/o concesiones ubicados en áreas donde, por razón de emergencia, se haya prohibido la realización de actividades mineras durante un período mínimo de seis meses; o cuando el pago se haya dado sobre petitorios y/o concesiones mineras ubicadas en áreas en las que se hayan producido eventos calificados como caso fortuito o fuerza mayor.

Para ambos casos, la DGM deberá excluir a dicha concesión del listado de concesiones mineras cuyos titulares no han cumplido con acreditar la producción o la inversión mínima. Además, procede cuando la concesión minera haya sido excluida del listado de derechos aprobados por la DGM.

r) Reembolsar los abonos acreditados por Derecho de Vigencia y Penalidad con boletas de depósito

La devolución o reembolso de los montos pagados por concepto de Derecho de Vigencia o Penalidad procederán cuando el pago o acreditación se hubiera realizado fuera de los plazos establecidos; si se hubiere pagado el monto indicado por error en el Padrón minero o por la información errada que fuera entregada por la Dirección de Derecho de Vigencia a los Gobiernos Regionales; pagos realizados a derechos mineros extinguidos o respecto de concesiones mineras que no se encuentren incluidas en el listado de concesiones mineras cuyos titulares no han cumplido con acreditar la producción o la inversión mínima, aprobado por la Dirección General de Minería; o cuando dichos abonos no correspondan a ningún derecho minero.

III.2.6 Dirección de Recursos Minerales y Energéticos

a) Realizar la prospección y evaluación geológica minera de las áreas asignadas al INGEMMET (Áreas de No Admisión de Denuncios – ANADS)

Las ANADS solo podrán ser autorizadas al INGEMMET por el Ministerio de Energía y

Minas, con la finalidad de realizar trabajos de prospección minera regional, respetando derechos adquiridos y áreas colindantes a las zonas arqueológicas del país. Estas áreas no podrán comprender más de cien mil (100,000) hectáreas y el plazo máximo de dicha autorización será de dos (02) años. Un (01) mes antes del vencimiento del plazo concedido, INGEMMET podrá, a título oneroso, poner a disposición del público estos estudios, al término del cual, éstas serán de libre disponibilidad.

Para la solicitud de estas áreas, se presentará una solicitud al Ministerio de Energía y Minas, la cual deberá estar acompañada de los datos para la identificación precisa de la cuadrícula o conjunto de cuadrículas sobre las que se formula el pedido, así como los montos de las partidas presupuestales debidamente financiadas y que garanticen la realización de dichos trabajos en el área solicitada. Asimismo, el INGEMMET identificará el área solicitada en el Catastro Minero, para su suspensión preventiva de admisiones de petitorios mineros en dicha área hasta el pronunciamiento definitivo.

III.2.7 Dirección de Concesiones Mineras

a) **Declarar, por excepción, la cancelación de los petitorios que se formulen sobre áreas ocupadas por denuncios, petitorios y concesiones mineras prioritarias**

La cancelación de petitorios procederá cuando estos hayan sido formulados superponiéndose a derechos prioritarios o cuando el derecho resulte inubicable, siendo el responsable de su declaración el Presidente del Consejo Directivo del INGEMMET, solo por excepción podrá ser declarada por el Jefe de la Oficina de Concesiones Mineras.

Estas áreas declaradas caducas no podrán peticionarse mientras no se publiquen como denunciabiles.

III.3 Selección y fundamentación de las medidas administrativas que deberían ser sometidas a consulta previa y de las que no

III.3.1 De las medidas administrativas sujetas a consulta previa

Para identificar y determinar si una medida administrativa debe ser objeto de consulta previa corroboraremos si ésta reúne las condiciones que se derivan de las fuentes de derecho que previamente identificadas, condiciones que fueron a su vez precisadas en la sección "Metodología" del presente informe. Estas condiciones, que deben ser concurrentes, son las siguientes:

- i. Que la medida administrativa a dictarse constituya un acto administrativo.
- ii. Que los efectos jurídicos que emanen del acto administrativo deriven directamente de éste y no que estén supeditados a la necesidad de medidas o actuaciones adicionales de la administración.
- iii. Que como consecuencia de estos efectos jurídicos se pueda afectar cualquiera de los derechos del pueblo indígena. Se comprenden inclusive los efectos que no sean inmediatos en el tiempo o los actos jurídicos que se dictan para producir efectos a partir de una fecha futura.
- iv. Esta posibilidad de afectación puede darse: produciendo cambios en la situación jurídica de estos pueblos; produciendo cambios o incidiendo en el ejercicio de sus derechos; con independencia de su efecto ("positivo" o cuyo efecto sea "menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente" en los derechos del pueblo indígena); o, provocando una alteración directa en los intereses colectivos de los pueblos indígenas.
- v. Reconociendo que los derechos de los pueblos indígenas que puedan afectarse son aquellos reconocidos en la Constitución, en el Convenio

169, en los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural.

Estas condiciones son suficientes para determinar si una medida administrativa debe ser consultada o no, sin embargo, respecto de algunas de ellas la jurisprudencia internacional vinculante en materia de derechos humanos ha desarrollado ciertos fundamentos adicionales o *ad hoc*, los cuales consideraremos según sea el caso. El resultado de comparar a las medidas administrativas del subsector minería con las condiciones descritas, nos dio como resultado que las siguientes medidas administrativas, analizadas de manera independiente, debieran ser objeto de consulta previa:

- Otorgamiento de la concesión minera
- Concesión de beneficio y autorización de funcionamiento
- Autorización de inicio de actividades de exploración
- Autorización de inicio de actividades de explotación
- Otorgamiento de título de Concesión de Transporte Minero
- Autorización de funcionamiento de nuevo depósito de desmontes o su recrecimiento
- Aprobación de Plan de Cierre de Minas
- Aprobación de Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros

Para el desarrollo de la fundamentación de las medidas administrativas hemos considerado necesario tratar de manera especial a aquellas por las cuales: se da el otorgamiento de la concesión minera, se aprueba

la certificación ambiental (medida administrativa de especial relevancia, aun cuando por sí no reuniese las condiciones para ser objeto de consulta, pero que constituye oportunidad idónea para ello); se otorga la concesión de beneficio minero (autorizándose previamente la construcción) y se autoriza el inicio de actividades de exploración y explotación (autorizándose previamente actividades de desarrollo y preparación).

III.3.1.1 Del otorgamiento de la concesión minera

Entre los distintos actores consultados para la elaboración del presente informe existen diversos pareceres sobre si: se debe, es necesario, es idóneo, o es conveniente o no calificar a la concesión minera como medida administrativa sujeta a consulta previa.

Los fundamentos expuestos por estos actores tienen sin duda un fuerte componente político, en tanto conlleva consecuencias en distintas áreas del interés público. Pero, también, se exhiben argumentos de interpretación normativa; de practicidad funcional de la administración; de mejor oportunidad para establecer definiciones para el desarrollo de los proyectos de inversión; de mejor oportunidad para garantizar la participación de las organizaciones sociales; de mejor escenario para consolidar agendas e intereses gremiales; y también alegaciones basadas en percepciones y desconocimiento de los conceptos asociados a la consulta previa o de los aspectos técnicos relacionados a la actividad minera y los requisitos formales para su ejercicio.

Consideramos que todos estos fundamentos resultan legítimos, sobre todo para quien los esgrime. Sin embargo, al tener la Consulta Previa como fuente de origen un instrumento jurídico del derecho internacional y, específicamente, de derechos humanos, como es el propio Convenio 169, corresponde agotar el análisis del alcance jurídico de dicho instrumento, bajo las consideraciones que hemos expuesto en la metodología de trabajo.

En tal sentido, a continuación damos cuenta del análisis y resultado de la comparación de la concesión minera con las condiciones para que una medida administrativa sea objeto de consulta previa.

Condición i. Que la medida administrativa constituya un acto administrativo.

La concesión minera constituye un acto administrativo derivado de la realización del procedimiento minero que se inicia con el petitorio minero ante el INGEMMET, concluyendo con la Resolución del Presidente de su Consejo Directivo.

Condición ii. Que los efectos jurídicos que emanen del acto administrativo deriven directamente de éste y no que estén supeditados a la necesidad de medidas o actuaciones adicionales de la administración.

De acuerdo a lo señalado en el Código Civil y en el Decreto Supremo N° 014-92-EM que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante TUO de la LGM) la Concesión Minera es un bien inmueble. Atendiendo a esta naturaleza de bien inmueble, podemos reconocer en ella a las características comunes a todos los “bienes raíces”, como son el estar íntimamente ligada al suelo, unida de modo inseparable, física o jurídicamente, al terreno (al igual que las parcelas, viviendas, etc.). Un bien raíz es un bien imposible de trasladar o separar del suelo. Sus principales consecuencias jurídicas son la posibilidad de ser inscritos en los registros públicos o ser objeto de una garantía.

Como bien inmueble, no obstante, es un “inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada”, como precisa el artículo N° 9 del TUO de la LGM. En consecuencia, no otorga un derecho sobre la propiedad superficial donde se ubica la concesión minera.

El TUO de la LGM también señala que la concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que establece dicha ley. Esta naturaleza de “derecho real” es reconocida a la concesión en la propia Constitución:

“Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares.

La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.” (Subrayado agregado).

Es relevante atender a esta naturaleza de derecho real de la concesión minera. De inicio, baste señalar que tanto el derecho interno como la doctrina definen al derecho real como un derecho subjetivo que atribuye a su titular algún tipo de poder directo sobre una cosa. Este derecho está protegido frente al colectivo o sociedad (*erga omnes*, frente a todos) y, en consecuencia, oponible a terceros (también se señala su naturaleza excluyente, pues nadie más puede disfrutar de este derecho). Es decir, en principio el resto de la sociedad, incluyendo el propio Estado que lo ha otorgado, debe de abstenerse de realizar cualquier acto contrario al uso y goce del derecho real concedido.

De esta manera, los efectos jurídicos de la concesión minera, en tanto acto administrativo con la naturaleza descrita, emanan directamente del mismo, concediendo a su titular una serie de “atributos” o derechos.

Además de los señalados, derivados de su propia naturaleza de “derecho real” y “bien inmueble”, el principal atributo que concede una concesión minera es el derecho de explorar y explotar los recursos minerales concedidos (los que se ubiquen en un sólido de profundidad indefinida delimitado en función de coordenadas UTM), de forma tal que el titular minero puede apropiarse de los productos una vez extraídos. Esta extracción debe darse conforme a los requerimientos legales.

Al respecto, la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales (en adelante, LOARN) establece lo siguiente:

“Artículo 23.- La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y,

en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.

Las concesiones son bienes incorporeales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación, conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo.”

Por su parte, el TUO de la LGM establece:

“Artículo 9.- La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM).

(...)” (Subrayado agregado)

El artículo N° 37 del TUO de la LGM lista otros atributos:

- Imponer servidumbres legales o forzosas (inciso 4), lo que constituye una limitación que se impone sobre un predio sirviente en beneficio de una concesión minera, al resultar necesaria para la racional utilización de la concesión. Esta servidumbre solo procede si no se enerva en el derecho de propiedad (no se perjudica el resto del predio sirviente inutilizándolo o afectándolo de manera significativa).
- Construir labores en concesiones vecinas o terreno franco (“subsuelo” no concedido) para fines relacionados con la actividad minera (incisos 5 y 6).

- Aprovechar sustancias minerales que contengan las aguas que alumbren sus labores (inciso 9).
- Inspeccionar las labores de concesiones mineras vecinas o colindantes (inciso 10), con participación de la autoridad minera.
- Ejecutar sus actividades principales a través de empresas registradas en la Dirección General de Minería (tercerización u *outsourcing*), cuyo sustento es justamente la necesaria especialidad que deben tener estos trabajadores (inciso 11).

Otros atributos previstos en el TUO de la LGM son la posibilidad de dividir o fraccionar las concesiones mineras (art. 11°), agruparlas en Unidades Económico Administrativas para efectos de cumplir la obligación de trabajo (art. 44°), “disponer” de la concesión minera mediante transferencia (art. 164°), cesión (art. 166°), u otorgarla en hipoteca (art. 172°), entre otros.

Consideramos que todos estos derechos del titular minero se desprenden como efectos jurídicos directos de la concesión minera, de tal manera que no podría desconocerse que el titular minero los tiene inmediatamente obtenida la concesión. Un ejemplo evidente de esto es la posibilidad de inscribirla en los Registros Públicos y gestionar un crédito afectando a este bien inmueble como garantía. Tampoco se podría afirmar que el titular minero no tiene derecho a explorar y explotar, pues el derecho lo tiene y ha emanado de manera directa de concesión minera. Sin embargo, la ejecución material de tales actividades sí va a requerir de la obtención de otras medidas administrativas y de una autorización específica, pero ello no implica que mientras tanto el titular perdió los derechos que le otorga la concesión.

De acuerdo a lo expresado, la concesión satisface la segunda condición identificada para que la medida administrativa sea objeto de consulta previa.

Condiciones iii. Que como consecuencia de estos efectos jurídicos se pueda afectar cualquiera de los derechos del pueblo indígena. Se comprenden inclusive los efectos que no sean inmediatos en el tiempo o los actos jurídicos que se dictan para producir efectos a partir de una fecha futura. / iv.

Esta posibilidad de afectación puede darse: produciendo cambios en la situación jurídica de estos pueblos; produciendo cambios o incidiendo en el ejercicio de sus derechos; con independencia de su efecto (“positivo” o cuyo efecto sea “menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente” en los derechos del pueblo indígena); o, provocando una alteración directa en los intereses colectivos de los pueblos indígenas. / y v. Reconociendo que los derechos de los pueblos indígenas que puedan afectarse son aquellos reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169, en los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente-; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural.

Estas tres condiciones cabe verificarlas en simultáneo, pues están referidas a la relación entre la medida administrativa o sus efectos jurídicos, y la posibilidad de afectación a los derechos de los Pueblos Indígenas.

a) De la posición del subsector minero

A la fecha, el MEM y el INGEMMET han expresado, a través de sus funcionarios de mayor nivel y con decisiones regulatorias ya adoptadas, que la Concesión Minera no representa ningún tipo de afectación o posibilidad de afectación a los derechos del pueblo indígena. A continuación transcribimos los fundamentos de esta decisión, los mismos que son incluidos en cada una de las resoluciones de la Presidencia del Consejo Directivo del INGEMMET con las que se vienen otorgando concesiones mineras.

“Que, siendo la Presidencia del Consejo Directivo del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico-

INGEMMET, la autoridad administrativa minera con competencia para otorgar el título de concesión minera, conforme el inciso 6º del artículo 7º del Reglamento de Organización y Funciones del INGEMMET, aprobado por Decreto Supremo N° 035-2007-EM, corresponde determinar si la concesión minera afecta algún derecho colectivo de pueblos indígenas y por tanto, si debe ser o no consultada, a fin de tomar decisión al respecto para el otorgamiento del título de concesión minera;

Que, en el marco de las disposiciones señaladas, el otorgamiento de la concesión minera no afecta los derechos colectivos de los pueblos indígenas ni los de la población en general, porque:

- *No concede territorios (predios, terrenos, tierras o cualquier denominación que se refiera a dicho bien), pues de conformidad con el artículo 9º del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada, correspondiendo al Estado garantizar el derecho de propiedad sobre la tierra, conforme lo establecen los artículos 70º y 88º de la Constitución Política del Perú;*
- *La concesión minera únicamente reconoce “derechos” exclusivos a un particular sobre el yacimiento mineral, el cual es de todos los peruanos mientras no sea extraído, conforme así lo establece el artículo 66º de la Constitución Política del Perú, al señalar que los recursos naturales pertenecen a la Nación, esto es a todos los peruanos; lo que concuerda con el artículo 4º de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, que señala que los recursos naturales mantenidos en su fuente son patrimonio de todos los peruanos, tratamiento que también resulta concordante con el artículo 954º del Código Civil, el cual dispone que la propiedad del predio comprende al subsuelo y al sobresuelo, pero no los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales;*

- *La concesión minera no autoriza la utilización del predio o terreno para la realización de actividades mineras, conforme expresamente lo regula el artículo 7º de la Ley N° 26505, Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, que establece que la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre;*
- *La concesión minera no autoriza la búsqueda ni la extracción de los minerales en predios o terrenos, ya que el inicio de dichas actividades deben ser autorizadas mediante otras medidas administrativas sustentadas en estudios de impacto ambiental y permisos que se gestionan con posterioridad al otorgamiento de la concesión; conforme así lo señala entre otras, la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, y el inciso 12.2 del artículo 12º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, Ley N° 27446;*
- *La concesión minera no contiene información sobre proyectos mineros, ni aprueba proyectos de exploración ni de explotación, ya que dichos proyectos son elaborados con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera y son autorizados por el Ministerio de Energía y Minas y por los Gobiernos Regionales para el caso de pequeña minería y minería artesanal, en base a los estudios ambientales que aprueba, los cuales contienen información sobre los impactos ambientales (físicos, biológicos, sociales, económicos y culturales) como sobre el plan de manejo ambiental (medidas para prevenir, controlar y/o mitigar los impactos ambientales), los cuales determinan la viabilidad ambiental del proyecto, conforme lo señala el Decreto Supremo N° 020-2008-EM, Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, y el Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto*

Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente;

- *La concesión minera conforme al Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, únicamente contiene datos de la cuadrícula en el Catastro Minero Nacional (coordenadas UTM, extensión, distrito, provincia y departamento) y datos de identificación del titular minero, sea persona natural (nombre, documento de identidad, estado civil y domicilio) o persona jurídica (denominación, datos de inscripción en los registros públicos así como los de su representante legal y domicilio), así como la mención a la serie de obligaciones legales que el titular minero debe cumplir, como: gestionar permisos y autorizaciones sectoriales y privadas previos a la realización de actividades mineras; respetar zonas arqueológicas, red vial nacional, áreas destinadas para la defensa nacional, entre otros; sujetarse a la normatividad sobre las tierras, el cuidado ambiental, etc., y las advertencias sobre la responsabilidad administrativa, civil o penal en caso transgrede dichas normas;*

Que, en tal sentido la medida administrativa de otorgamiento de una concesión minera no tiene relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, no origina ningún tipo de afectación directa a sus derechos colectivos, no faculta el inicio de actividad de exploración o explotación de recursos minerales y no produce ninguna variación en la situación jurídica de dichos derechos colectivos, por lo que no procede realizar consulta previa respecto de tal medida, en razón al tratamiento constitucional que tienen los recursos minerales en el Perú y por los alcances y efectos explicitados que tiene la medida de otorgamiento de concesión minera en el marco de la legislación peruana, lo que también ha sido expresado en el fundamento 41 de la Sentencia N° 05427-2009-PC/TC del Tribunal Constitucional al señalar: "... Ello resulta aún más claro desde que el propio Convenio ha especificado como un ámbito especial donde debe llevarse a cabo la consulta aquel donde los pueblos

indígenas puedan verse afectados como consecuencia de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus tierras (...)", los cuales son elaborados después de otorgada la concesión minera;"

Podemos resumir los argumentos transcritos de la manera siguiente:

No corresponde efectuar consulta previa para el otorgamiento de una Concesión Minera en tanto esta medida administrativa no origina ninguna tipo de afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas ni produce una variación a la situación jurídica de estos derechos, en razón de lo siguiente:

- No concede territorio, siendo un inmueble distinto al predio o terreno superficial, para cuya intervención se requerirá necesariamente de un acuerdo previo.
- Solo otorga derechos exclusivos sobre el recurso mineral, recurso que, conforme a nuestra Constitución y demás leyes, es de todos los peruanos.
- No implica ni autoriza el desarrollo de actividades mineras, para lo cual se requeriría de otras medidas administrativas.
- No proporciona información sobre los proyectos que se ejecutarían, pues éstos recién se definen en etapas posteriores. Solo presenta datos de coordenadas y listado de obligaciones a cumplir.

A efectos de continuar con el análisis, ceñidos a la metodología inicialmente definida, consideramos necesario evaluar cuál es el tratamiento y los fundamentos que respecto de la concesión (y en lo posible respecto de la concesión para aprovechar recursos minerales) se tiene a la luz del propio Convenio 169, las sentencias de la Corte IDH, la Declaración de NUDPI y los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional peruano, y en ese contexto también lo dispuesto por la Ley de Consulta Previa.

b) De la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha expresado su entendimiento respecto del otorgamiento de un derecho de concesión para el aprovechamiento de recursos naturales en territorio indígena en más de una sentencia. Para la Corte IDH el otorgar o emitir una concesión con este fin, establece una restricción a los derechos del pueblo indígena.

En la sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam la corte estableció que para **"garantizar que las restricciones impuestas [...] por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo"**, los Estados deben cumplir con tres condiciones: *"primero, asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo [...], de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, explotación o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio [...]. Segundo, [...] garantizar que los miembros del pueblo [...] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, [...] garantizar que no se emitirá ninguna concesión [...] hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental"*.⁷ (Subrayado agregado)

Sobre estas tres condiciones regresaremos luego.

Por otra parte, la Corte IDH, en la sentencia del caso de Awas Tingni vs. Nicaragua concluyó que el Estado violó el artículo N° 21 de la Convención Americana (el derecho al uso y el goce de los bienes de la Comunidad Mayagna Awas Tingni), *"toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos*

7 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.” (Parágrafo N° 153 - Subrayado agregado).

Tanto el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam como el caso Awas Tingni vs. Nicaragua tienen una particularidad que creemos necesario comentar para entender mejor el alcance de esta decisión de la Corte IDH: se trataba de pueblos indígenas con áreas no delimitadas, consideradas como tierras de propiedad del Estado y por lo tanto el otorgamiento del derecho de concesión implicaba en la práctica una autorización para intervenir en el territorio sin mediación alguna de permiso o requerimiento adicional de un tercero (sin acuerdo previo, en tanto que no se reconocía un titular) y se trataba de una concesión para explotar el bosque (recursos maderables), esto es, implicaba una intervención a los recursos y el espacio que claramente constituyen objeto uso y goce tradicional de los pueblos indígenas. Señalando esta particularidad, podría ponerse en cuestión que los alcances de estas sentencias deban ser aplicables cuando se trata del aprovechamiento de los recursos minerales del subsuelo, recursos que no son normalmente de aprovechamiento tradicional o ancestral por parte de los pueblos indígenas.

No obstante, en la sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam también existió un pronunciamiento para el caso de derechos de aprovechamiento de recursos del subsuelo, como el oro. Al respecto la sentencia señaló:

“156. La Corte también debe analizar si las concesiones otorgadas a empresas mineras auríferas dentro del territorio tradicional Saramaka afectaron los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente y que son necesarios para su subsistencia cultural. De acuerdo con la prueba presentada ante la Corte, los integrantes del pueblo Saramaka no han utilizado el oro tradicionalmente como parte de su identidad cultural o sistema económico. Salvo algunas posibles excepciones individuales, los Saramaka no se identifican con el oro ni han demostrado una relación particular con este recurso natural en especial, más que reclamar el derecho general de “ser titular de todo, desde lo

más alto de los árboles hasta el lugar más profundo bajo la superficie”¹⁶⁸. Sin embargo, como se mencionó anteriormente (supra párrs. 126-129), dado que toda actividad minera especializada en el oro dentro del territorio Saramaka afectará, inevitablemente, a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo, como los canales navegables, por ejemplo, el Estado tiene el deber de consultar al pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, respecto de toda concesión minera propuesta dentro del territorio Saramaka, permitir la participación de los miembros del pueblo en los beneficios que se deriven de dicha posible concesión y realizar o supervisar un estudio previo de impacto ambiental y social. El mismo análisis se aplica respecto de otras concesiones dentro del territorio Saramaka que involucren recursos naturales que los miembros del pueblo no han utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría, inevitablemente, otros recursos que son vitales para su modo de vida.

157. La Corte reconoce que, a la fecha, no se han realizado operaciones mineras a gran escala dentro del territorio tradicional Saramaka. Sin embargo, el Estado no cumplió con las tres garantías mencionadas anteriormente cuando emitió concesiones mineras de oro de pequeña escala dentro del territorio Saramaka¹⁶⁹. Es decir, esas concesiones se emitieron sin realizar o supervisar evaluaciones previas de impacto ambiental y social, sin consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones, y sin garantizarle a sus miembros una participación razonable de los beneficios. De este modo, el Estado violó el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.” (Subrayado agregado)

Para la Corte IDH no parece existir mayor controversia en la necesidad de efectuar la consulta previa a los pueblos indígenas antes de otorgar derechos de concesión, no solo cuando ésta verse sobre recursos naturales renovables de aprovechamiento y uso ancestral por parte del pueblo indígena, sino también cuando esta concesión verse sobre recursos del subsuelo,

como el oro. Esto fue reiterado por la Corte IDH en la Sentencia de Interpretación Caso Pueblo Saramaka vs Surinam,⁸ al establecer lo siguiente:

“52. La Corte específicamente señaló en la Sentencia dos tipos de concesiones, esto es, las madereras y mineras. Con relación a esos tipos de concesiones, la Corte sostuvo que las concesiones de madera y oro previamente otorgadas por el Estado generaron una violación del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka. Respecto de la madera, la Corte específicamente señaló en el párrafo 146 de su Sentencia:

[...] de conformidad con el análisis mencionado respecto de la extracción de los recursos naturales que son necesarios para la subsistencia del pueblo Saramaka[28], y por ende de sus integrantes, el Estado no debería haber otorgado concesiones madereras dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que hubiese cumplido con las tres garantías de participación efectiva, beneficios compartidos y evaluaciones previas de impacto ambiental y social.

53. Respecto a las concesiones mineras de oro, la Corte señaló en el párrafo 156 que [...] el Estado no cumplió con las tres garantías mencionadas anteriormente cuando emitió concesiones mineras de oro de pequeña escala dentro del territorio Saramaka. Es decir, esas concesiones se emitieron sin realizar o supervisar evaluaciones previas de impacto ambiental y social, sin consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones, y sin garantizarle a sus miembros una participación razonable de los beneficios. De este modo, el Estado violó el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.

54. El Tribunal no se ha pronunciado específicamente sobre otro tipo de actividades de desarrollo o inversión que estén dentro o que afecten el terri-

torio Saramaka. No obstante, el Tribunal reitera que, en el proceso de otorgamiento de concesiones que estén dentro o que afecten el territorio Saramaka, o cualquier otro territorio indígena o tribal, el Estado tiene el deber de cumplir con sus obligaciones bajo la Convención Americana y conforme a lo interpretado por la Corte en su jurisprudencia, particularmente a la luz del Caso del Pueblo Saramaka y de otros casos que involucran los derechos sobre la tierra de pueblos indígenas y tribales.”

(Subrayado agregado)

En la sentencia del caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador⁹ la Corte IDH también recoge un criterio similar, esta vez en relación a los recursos hidrocarburíferos.

c) De las condiciones establecidas por la Corte IDH antes de otorgar concesiones para el aprovechamiento de recursos naturales

De acuerdo a lo señalado por la Corte IDH, la Convención Americana establece garantías y limitaciones respecto del derecho que tiene el Estado de emitir concesiones extractivas o aprobar planes o proyectos de desarrollo o inversión que restrinjan el uso y goce de los recursos naturales de los indígenas o afecten su territorio.

Para efectos de otorgar concesiones extractivas o de realizar planes y proyectos de inversión y desarrollo que afecten los recursos naturales en territorios indígenas o tribales, la Corte Interamericana ha identificado tres condiciones obligatorias que se derivarían del artículo 21 de la Convención Americana y que deben aplicarse cuando los Estados contemplen aprobar tales planes o proyectos: a) realizando o supervisando evaluaciones previas de impacto ambiental y social; b) consultando con el pueblo indígena de conformidad con sus tradiciones; y, c) garantizando a sus miembros una participación razonable de los beneficios.

8 Sentencia del 12.08.2008 – Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

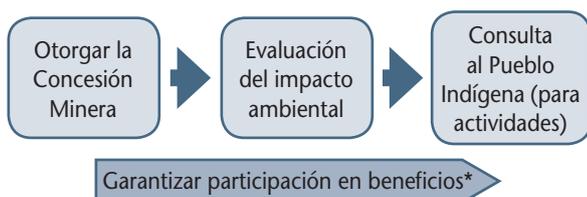
9 Sentencia de la Corte IDH del 27 de junio de 2012.

d) **De la inconsistencia entre las condiciones establecidas por la Corte IDH con el marco normativo del Estado Peruano**

Si se sigue lo establecido por la Corte IDH para la aplicación de la consulta previa al otorgar derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales en el territorio indígena, la concesión minera solo podría otorgarse observando la secuencia siguiente:



Sin embargo, en el Perú la secuencia actual es la siguiente:



(*) Se puede discutir si las iniciativas de responsabilidad social empresarial equivalen a esta obligación derivada del Convenio 169, que establece el derecho de los pueblos indígenas a participar de los beneficios, no obstante, lógicas distributivas como la distribución del canon minero, si son bien administradas, hacen de alguna manera efectiva la participación de los beneficios.

De acuerdo al TUO de la LGM, sus normas reglamentarias, las normas de protección ambiental sectorial, de participación ciudadana y otras conexas, no podría seguirse la secuencia descrita por la Corte IDH, pues implicaría varios cambios a nuestro sistema normativo de aprovechamiento de recursos minerales.

Tal constatación lleva a las interrogantes siguientes; ¿poner en práctica el Convenio 169 debió implicar rediseñar el marco legal del otorgamiento de concesiones?, ¿existen otras alternativas para demostrar que se cumple con el convenio cuestionando la exi-

gencia de alguna o todas las condiciones que refiere la jurisprudencia de la Corte IDH?

Según refiere la literatura sobre el tema, no solo basta con adecuar el Reglamento de Consulta al Convenio 169 de la OIT, sino que es necesario adecuar todo el ordenamiento jurídico susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas a este cuerpo de derechos, considerando los criterios para su aplicación pauteados por la jurisprudencia de la Corte IDH. En otras palabras, estaría pendiente “convencionalizar” el ordenamiento jurídico nacional.

Este pedido de adecuación del marco jurídico ya había sido formulado de alguna manera por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en su Informe del año 2010, en el cual se instó al Gobierno peruano “a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2º, 6º, 7º y 15º del Convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional” (cabe señalar, que esto fue antes de la Ley de Consulta Previa y su Reglamentación).

Al respecto, el artículo N° 2 de la Convención Americana impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a los estándares de la Convención, para asegurar el goce efectivo de los derechos que ésta consagra.

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” (Subrayado agregado)

La obligación de adaptar la legislación interna a la Convención Americana bajo el artículo N° 2 es, por su propia naturaleza, una obligación de resultado.¹⁰ Los Estados deben, por ende, revisar sus leyes, procedimientos y prácticas para asegurar que los derechos territoriales de los pueblos y personas indígenas y tribales sean definidos y determinados de conformidad con los derechos establecidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos. Como corolario, los Estados están obligados a abstenerse de adoptar medidas legislativas o administrativas de carácter regresivo que puedan afectar el disfrute de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

No obstante lo indicado, consideramos que el Estado peruano podría cuestionar de manera fundamentada la pretensión de entender necesaria una adecuación de su marco normativo de otorgamiento de concesiones mineras, en el extremo de tener que invertir la secuencia actual y por lo tanto exigir una evaluación del impacto ambiental previamente al otorgamiento de la concesión minera. Este cuestionamiento podría ampararse en la naturaleza del negocio y de la actividad minera, aspecto que parece no haber sido debidamente ponderado por la Corte IDH.

En efecto, debe tenerse presente que para implementar un proyecto de explotación minera deben agotarse varias etapas previas. De inicio, no se tiene información o se tiene pero de relevancia despreciable, respecto de la distribución del mineral en el subsuelo. Es más, no se tiene certeza alguna que en las cien o más hectáreas concesionadas exista el mineral que haría rentable un negocio. Sin esa información no se puede plantear seriamente el desarrollo de actividades extractivas y en consecuencia, sería imposible determinar los impactos ambientales y sociales que

se darían como consecuencia del proyecto minero. ¿Sobre qué proyecto versaría la consulta previa y qué información se brindaría? Es un cuestionamiento que válidamente se ha hecho el INGEMMET.

Para tener un diseño de proyecto extractivo se requerirá necesariamente de actividades de exploración minera, las cuales demandan una fuerte inversión de los agentes privados. ¿Cuál sería el título de derecho que respaldaría el desarrollo de las actividades de exploración?, ¿las características de este título permitirían ejecutar esta inversión de riesgo?, ¿cuál sería su nivel de seguridad jurídica?, ¿serviría ese título para canalizar los capitales necesarios en la etapa de exploración?, ¿debería este título también ser objeto de consulta previa? Todas estas cuestiones y otras relacionadas a las características inherentes al negocio minero y al desarrollo técnico de un proyecto minero, podrían oponerse válidamente a fin de justificar, como Estado peruano, la permanencia del orden vigente, en lo que respecta a no considerar una evaluación del impacto ambiental de manera previa a cada otorgamiento de concesión minera, en la medida que en ese momento es imposible definir un proyecto respecto del cual evaluar impactos y por otro lado, porque siempre se requeriría de un título de las características que actualmente reúne la concesión minera para llevar a cabo las actividades de exploración.

No obstante, si bien podrían existir argumentos para no seguir el criterio de la Corte IDH sobre la necesidad de la evaluación del impacto ambiental previamente al otorgamiento de la concesión minera¹¹, en nuestra opinión estos argumentos no alcanzan para desconocer el criterio de la Corte IDH según el cual debe realizarse la consulta previa antes de otorgar el derecho de concesión minera.

10 Respecto del valor de los instrumentos del derecho internacional como el Convenio 169, Bartolomé Clavero señala lo siguiente: “¿Cuál es entonces el valor de dichos instrumentos? A estas alturas la respuesta de entrada es inequívoca: la que ellos mismos determinen. Desde la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que se adoptara en 1969 y entrara en vigor en 1980, el propio derecho internacional determina que los Estados no pueden eximirse de su cumplimiento porque contradigan el derecho interno, sino que, muy al contrario, los mismos quedan obligados a reformar su ordenamiento, incluso el constitucional si fuere necesario para la satisfacción de lo establecido en los tratados.

Para los tratados de derechos humanos, esto se ha fortalecido mediante la labor supervisora de los comités dichos y, en mayor medida, por la práctica más reciente del Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos.” CLAVERO, Bartolomé. “Informe sobre el Perú tras la Ley de Consulta: Estándares Internacionales, Empresas Extractivas, Consentimiento Indígena.” <http://clavero.derechosindigenas.org>. Enero, 2012.

11 En cualquier caso, la evaluación del impacto ambiental ser realizaría antes de la ejecución de actividades.

Recordemos que la Corte IDH basa su conclusión por la cual señala como necesario efectuar la consulta previa a los pueblos indígenas antes de otorgar derechos de concesión para aprovechar los recursos naturales que se encuentran en su territorio, en la protección del derecho humano a la propiedad reconocida en la Convención Americana. Ello no significa de modo alguno equiparar el concepto de territorio con el concepto propiedad superficial o predio. Por el contrario, la Corte IDH resalta las características particulares en torno al concepto de territorio y su importancia en la tutela de los derechos de los pueblos indígenas. Además, la Corte IDH incluye en su análisis al Convenio 169, particularmente a las disposiciones de los artículos N° 6 y N° 15, que refieren la obligación del Estado de consultar las medidas administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.

Al respecto, como hemos reseñado, la posición actual del Estado peruano es afirmar que no es necesario someter a consulta previa el otorgamiento de concesiones mineras, puesto que para concretar una eventual afectación al territorio indígena previamente se requeriría de otra medida administrativa -como la autorización de inicio de actividades o la que faculte a construir- la cual sí sería objeto de consulta previa. ¿Este argumento es atendible desde el punto de vista del Convenio 169, la jurisprudencia de la Corte IDH y otros instrumentos?

Sin perjuicio de lo dispuesto expresamente por la Corte IDH al señalar que debe realizarse un proceso de consulta previa antes de la emisión de una concesión minera, corresponde analizar de qué manera deriva directamente de esta medida administrativa una afectación o posibilidad de afectación alguna a los derechos de los pueblos indígenas.

e) **Derecho al territorio; derecho a establecer sus prioridades de desarrollo y derecho a la participación**

La Corte IDH en su sentencia de interpretación del Caso Pueblo Saramaka vs Surinam es categórica en la

necesidad de consultar el otorgamiento de concesiones para aprovechar recursos naturales en territorio indígena, incluso tratándose de recursos minerales. Señala que al no efectuarse la consulta previa se viola el derecho a la propiedad conforme al artículo N° 21 inciso 1.1 de la Convención Americana.

*“50. Según lo anteriormente señalado, **el otorgamiento de concesiones** para proyectos de desarrollo o inversión que estén dentro o que afecten el territorio Saramaka **constituye un tipo de restricción al uso y goce de la propiedad**. En la medida en que ésta corresponde al pueblo Saramaka, **dicha comunidad tiene el derecho a “administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal”²⁷, así como de conformidad con la legislación interna, en tanto ésta sea compatible con la Convención Americana y la jurisprudencia de este Tribunal.**” (Subrayado agregado)*

*“53. **Respecto a las concesiones mineras de oro**, la Corte señaló en el párrafo 156 que [...] el Estado no cumplió con las tres garantías mencionadas anteriormente cuando emitió concesiones mineras de oro de pequeña escala dentro del territorio Saramaka. Es decir, esas concesiones se emitieron sin realizar o supervisar evaluaciones previas de impacto ambiental y social, **sin consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones**, y sin garantizarle a sus miembros una participación razonable de los beneficios. De este modo, el Estado violó el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento. (Subrayado agregado)*

Para la Corte IDH, el término “territorio” se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente.¹² Integralmente, las tierras y los recur-

12 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, nota al pie No. 63.

tos naturales que en ellas se contienen conforman la noción jurídica de “territorio”. Este alcance es consistente con lo establecido en el artículo N° 13 inciso 2 del Convenio 169, el cual establece que “la utilización del término ‘tierras’ (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”

La relación del pueblo indígena con su territorio va más allá del concepto occidental de propiedad y la relación que se establece entre un propietario con su predio. El goce efectivo del derecho al territorio implica la protección de los derechos humanos del colectivo indígena.

La Corte IDH señala que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con “el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, 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”¹³. Agrega que “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”¹⁴; que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad

cultural”¹⁵; y que “la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”.¹⁶

De lo transcrito podríamos diferenciar y señalar que el otorgamiento de concesiones para aprovechar los recursos naturales en territorio indígena puede afectar el derecho al territorio del pueblo indígena, en dos dimensiones: material e inmaterial (o espiritual).

En la dimensión material, atendiendo al hecho que el concepto de territorio comprende la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente, cuándo se asigna una concesión para el aprovechamiento sobre este tipo de recursos resulta evidente la ocurrencia de no solo una “posibilidad” futura de afectación efectiva del derecho del pueblo indígena a su territorio (pues se afectará la fuente de provisión de recursos y condiciones materiales importantes para su subsistencia), sino que la propia acción de disponer de tales derechos a favor de un tercero ya constituye en sí misma una afectación a los derechos del pueblo indígena. Por ello, antes de la asignación de una concesión sobre los recursos naturales tradicionalmente

13 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr.

14 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131. Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.

15 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118.

16 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

aprovechados por el pueblo indígena en su territorio, debe llevarse a cabo el proceso de consulta previa.

Respecto de las concesiones para aprovechar los recursos naturales del subsuelo que no han sido utilizados tradicionalmente por el pueblo indígena, como los hidrocarburos y los minerales, si bien el hecho de concesionar no implica inmediatamente una afectación al derecho que tienen sobre sus recursos tradicionales, esta asignación de derechos sí conlleva la *posibilidad* de afectar la los recursos naturales y condiciones materiales de subsistencia del pueblo indígena como consecuencia del aprovechamiento de tales recursos. Afirmar que esa posibilidad no es real, implicaría obviar las particularidades y riesgos ambientales asociados al desarrollo de las actividades mineras (la propia Corte IDH lo da por sentado y señala que “inevitablemente” se afectarán otros recursos naturales) y no estaría tomando la debida atención respecto del registro histórico de la afectación al entorno ambiental y social como consecuencia de su realización. La Corte IDH considera que para ambos supuestos de otorgamiento de concesiones (sobre recursos de uso tradicional y los de no), debe efectuarse una evaluación del impacto ambiental y social, consultarse a la población y garantizarle participación de los beneficios.

No obstante lo establecido por la Corte IDH, varios señalan, sobre todo desde la posición del Estado, que aún puede ser por lo menos debatible si realmente los efectos jurídicos de la concesión minera (en el contexto del marco normativo peruano) determinan por sí mismos una afectación directa a los derechos colectivos del pueblo indígena, pues la posibilidad de afectar la dimensión material del territorio, es solo eso, una posibilidad, pues la afectación al territorio mismo y sus recursos solo podría derivar directamente del ejercicio de la actividad minera, para lo cual debe mediar la medida administrativa “autorización de inicio de actividades” u otra que autorice las obras. Es decir, se argumenta que estas últimas medidas administrativas serían las susceptibles de afectar directamente a los derechos del pueblo indígena y debieran ser objeto de consulta previa, pero no alguna otra anterior.

No obstante, ya hemos señalado que precisamente el Convenio 169 se refiere a la posibilidad (suscepti-

bilidad) de afectación y no exclusivamente a la corroboración de una afectación material que derive de la medida administrativa.

Asimismo, podemos señalar que la concesión minera tiene la posibilidad o sí es susceptible, de afectar directamente y por propia cuenta, la dimensión inmaterial del territorio indígena.

Esta dimensión inmaterial del territorio indígena, expresada en varias sentencias de la Corte IDH como una relación especial del pueblo indígena con el espacio donde se desenvuelven, determina que cualquier decisión que conlleve una potencial afectación a su territorio pueda implicar una potencial afectación al derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado; al 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.

Esta dimensión inmaterial del territorio indígena va más allá de entender la relación con la tierra como una cuestión meramente de posesión y producción o aprovisionamiento de recursos materiales. Implica reconocer la relación espiritual de la que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras; reconocer que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales.

Así, el derecho al territorio, concebido éste como un elemento integrante de la cosmovisión del pueblo indígena, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural, costumbres, tradiciones, etc.; se ve afectado cuando el Estado, en relación al mismo espacio, concede a un tercero un derecho de naturaleza real e inmueble (oponible a terceros e íntimamente ligado al suelo) para explorar y explotar un recurso natural que potencialmente afectará al territorio y sus recursos. Implica una afectación a esta dimensión inmaterial que tiene el derecho al territorio para los pueblos indígenas.

Siendo ello así, resulta evidente que no basta contra argumentar con una distinción legal entre

los derechos que otorga una concesión minera y el derecho sobre el predio o terreno superficial¹⁷, para descartar cualquier afectación sobre los derechos colectivos del pueblo indígena. Al contrario, la Corte IDH ha establecido que *“los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, 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.”*¹⁸

Consideramos que existen otros dos derechos colectivos del pueblo indígena que se verían afectados con el otorgamiento de una concesión minera: el derecho a elegir sus prioridades de desarrollo y el derecho a la participación.

El Convenio 169 establece en su artículo 7 que los pueblos indígenas *“deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el 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”*. Se agrega: *“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.”*

Por su parte, la Declaración de NUDPI enuncia lo siguiente:

“Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a **determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo**. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a **determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios** y otros recursos.
2. **Los Estados celebrarán consultas** y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado **antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.**
3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.”

17 Distinción legal que en términos prácticos resulta sumamente difícil de comprender por parte de la gran mayoría del pueblo indígena. Incluso los dirigentes entrevistados evidenciaron dificultad para conciliar esta distinción jurídica occidental entre los derechos del subsuelo o componente del mismo y la superficie, con su propia comprensión de territorio. Insistir en tomar decisiones sobre la base de tal distinción, aún sobre el entendimiento generalizado de la población indígena que concibe la dación de una concesión minera como una disposición de su territorio, ¿no colisiona contra el enfoque intercultural que ahora se demanda de la actuación del Estado y que es definido en el propio reglamento de consulta previa como *“Reconocimiento de la diversidad cultural y la existencia de diferentes perspectivas culturales, expresadas en distintas formas de organización, sistemas de relación y visiones del mundo. Implica reconocimiento y valoración del otro.”*

18 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146.

Estos instrumentos internacionales no han determinado el contenido del concepto de “desarrollo” en función del cual enmarcar el derecho del pueblo indígena. Esto es comprensible puesto que no existe un concepto único o pétreo del mismo. Existen diversas conceptos de desarrollo¹⁹ y naturalmente los pueblos indígenas en ejercicio de su también derecho a la libre determinación²⁰, pueden establecer su contenido. La posibilidad de definir su desarrollo, determinando y elaborando sus prioridades y estrategias para alcanzarlo y tener el control sobre el mismo, constituye el contenido irreductible de su derecho al desarrollo. Luego, el Estado tiene el deber de celebrar consultas y los pueblos indígenas el derecho a participar activamente en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo que el Estado quiera implementar.

Este alcance del derecho al desarrollo también es reconocido por la Corte IDH en sus sentencias. La Corte IDH al interpretar la aplicación del artículo 21 de la Convención Americana, referido al derecho a la propiedad, para reconocerle el derecho al territorio de los pueblos indígenas, concluye que tal derecho incluye el derecho de los miembros de las comuni-

dades indígena y tribales a determinar libremente y disfrutar su propio desarrollo social, cultural y económico, lo cual a su turno contiene el derecho a disfrutar de la relación espiritual particular con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente.

Además, la Corte IDH también ha establecido que el término “plan de desarrollo o inversión” se refiere a “cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio [ancestral], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”.²¹

Ya sea en calidad de título individualizado por el cual se otorgan derechos específicos para aprovechar los recursos mineros, o por representar actos que materializan o implementan un determinado plan de desarrollo, las concesiones mineras, en tanto afectan el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas, deben ser objeto de consulta previa.

La necesidad de consultar los planes de desarrollo (concepto que de acuerdo a la Corte IDH incluye a las concesiones mineras) es reconocida en la Ley de Consulta Previa:

19 Entre los conceptos más reconocidos de desarrollo tenemos: DESARROLLO SOSTENIBLE: “El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.” (Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Brundtland), conforme al cual: “Es importante destacar que el desarrollo sostenible no se refiere a un estado inmutable de la naturaleza y de los recursos naturales, pero sí incorpora una perspectiva de largo plazo en el manejo de los mismos, por lo que ya no se apunta a una “explotación” de los recursos naturales sino a un “manejo” de éstos; asimismo enfatiza en la necesidad de la solidaridad hacia las actuales y futuras generaciones y defiende la equidad intergeneracional.” (Food and Agriculture Organization of the United Nations – FAO / Depósito de Documentos: “La radio y procesos participativos de desarrollo sostenible en la región amazónica”; DESARROLLO HUMANO: “El desarrollo humano consiste en la ampliación de las capacidades entendidas como las libertades de las personas para elegir lo que efectivamente puedan disfrutar. Estas libertades incluyen tanto las oportunidades que tienen de vivir de las maneras que consideran valiosas, como de su papel como agentes capaces de escoger libremente entre tales oportunidades y de influir en su sociedad para hacerla más plenamente humana, igualitaria y sostenible.” (Informe sobre Desarrollo Humano Perú 2009. Por una densidad del Estado al servicio de la gente. PNUD, 2010.). Al respecto, considerar que “El enfoque basado en el desarrollo humano ha hecho dos contribuciones fundamentales a la discusión sobre la economía del desarrollo y las políticas públicas: la multidimensionalidad como componente indispensable del bienestar, y la relevancia de la “libertad de proceso” para conseguir los objetivos individuales y colectivos.” (Informe regional sobre desarrollo humano para América Latina y el Caribe 2010 – PNUD).

20 El derecho a la libre determinación de los pueblos ha sido reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que son citados expresamente en el Preámbulo del Convenio 169 y conforme a los cuales la Corte IDH ha determinado el real contenido y alcance del derecho al territorio de los pueblos indígenas.

21 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129, nota al pie No. 124.

“Artículo 2. Derecho a la consulta

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.”

Por lo tanto, ya sea que se trate de planes, programas o proyectos de desarrollo, o medidas administrativas, cuando el Convenio 169 fue concebido, discutido y aprobado, era indiscutible que la finalidad que se buscaba al introducir la obligación de llevar a cabo la consulta previa antes de emitir medidas administrativas susceptibles de afectar los derechos de los pueblos indígenas o concediendo derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales en su territorio, era conferir a estos pueblos **el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.**

Por ello, el derecho a la participación, al igual que la consulta previa, se constituye desde su origen en elementos fundamentales para concretar esta finalidad. Este sentido original se expresa en los motivos explícitos al proponerse la redacción de los artículos 6 y 15 del Convenio 169, de acuerdo a lo referido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones²²:

“La Comisión toma nota de que los artículos 6 y 15 fueron objeto de amplios debates y modificaciones durante los dos años de las discusiones

preparatorias que condujeron a la adopción del Convenio núm. 169.

En relación con el artículo 6, los amplios trabajos preparatorios sobre esta disposición sugieren que los mandantes tripartitos quisieron reconocer:

- a) que las poblaciones indígenas y tribales tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones en los países donde viven y en lo que atañe a todas las cuestiones cubiertas por el Convenio revisado y que les afecten directamente;*
- b) que este derecho de participación debería ser efectivo y brindarles la oportunidad de hacerse escuchar y de influir en las decisiones adoptadas;*
- c) que, para que tal derecho sea efectivo, debe ser respaldado por mecanismos adecuados de procedimiento instaurados a nivel nacional de acuerdo con las condiciones del país;*
- d) que la aplicación de este derecho debería adaptarse a la situación de las poblaciones indígenas y tribales interesadas, a fin de conferirles en cada caso el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural”. (Subrayado agregado)*

¿Cómo podrían alcanzarse estos fines obviando la celebración de procesos de consulta previa y garantizando la participación de la población indígena en las decisiones por las que el Estado otorga a terceros derechos reales e inmuebles para el aprovechamiento de recursos naturales en territorio indígena, como lo son las concesiones mineras?

Cuando el Estado otorga una concesión minera tal decisión lleva implícita una decisión respecto de la opción de desarrollo que se busca implementar en el territorio, la misma que debiera ser consultada. La concesión otorga el derecho para explorar y extraer un recurso, y tal derecho no se pierde ni su existencia

22 OIT- CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169); Publicada en: Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones Referencia: ILC.100/III/1A; Fecha de publicación: 16 de febrero de 2011.

está condicionada. Por sí mismo y en razón a su fortaleza jurídica ese derecho es altamente transable en el mercado; puede servir de garantía real para obtener financiamiento; le permite a su titular oponerse a cualquier intervención con fines extractivos que ocurra en ellos (pues tiene un derecho exclusivo); y no puede ser revocado si el titular cumple las obligaciones de carácter administrativas previamente establecidas por la legislación minera. Adicionalmente, ese derecho se inserta en un sistema de garantías a la inversión que otorga el Estado. Todos estos son efectos jurídicos que derivan directamente del título de concesión minera, independientemente que se desarrolle o no la actividad minera.

El conjunto de estas atribuciones y características que derivan directamente de la concesión minera, afectan las posibilidades de concreción de la visión de desarrollo que puedan tener los pueblos indígenas respecto de su territorio y limitan la eficacia de su derecho a priorizar su desarrollo o concreción de sus planes de vida.

La concesión minera, cuya naturaleza jurídica la hace indesligable del suelo y oponible a terceros, incluyendo como tales al pueblo indígena y al propio Estado, debe ser además protegida por su concedente, el Estado. Ello genera una situación que sin la adecuada institucionalidad y decisión política podría generar una relación inversamente proporcional entre la tutela y garantías que el Estado debe otorgar al titular de la concesión minera y su deber de proporcionar los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas, proporcionando los recursos necesarios para este fin. El Estado no podría alentar acciones que limiten o perjudiquen los derechos que el mismo ha concedido, caso contrario, surgiría la obligación de indemnizar por los perjuicios generados. Por ejemplo, si el pueblo indígena quisiera llevar a cabo un proyecto de desarrollo local con actividades de uso o conservación de su territorio, que no admita posibilidad alguna de

una intervención extractiva en el mismo, y requiriera de decisiones legales y/o financieras de parte del Estado para que el proyecto marche, el Estado tendría limitaciones en involucrarse en la consolidación de esa alternativa, pues estaría actuando en perjuicio de las posibilidades de concretar el derecho que previamente otorgó y por el cual su titular, además de haber pagado el derecho de vigencia, podría haber asumido deudas y obligaciones con terceros.

A manera de ejemplo podemos resumir tres casos que evidencian como la concesión y sus efectos jurídicos directamente emanados de ella afectan el derecho de los pueblos indígenas a determinar, elaborar y priorizar su estrategia de desarrollo, e incluso cómo estos efectos jurídicos pueden extender esa limitación en las decisiones o iniciativas de desarrollo del propio Estado.

e.1. Concesiones mineras en territorio Awajún²³

Respecto de un área que la etnia Awajún reclamaba durante años le sea reconocida formalmente como territorio, dicho pueblo indígena priorizó y definió como estrategia destinarla a la conservación, incluso aceptando la posibilidad de restricciones de uso que podrían surgir del establecimiento de un área natural protegida. En ese proceso participó de reuniones con los sectores encargados de la conservación en el Estado, acordándose la creación de la Zona Reservada Santiago-Comaina, área natural protegida de carácter temporal hasta que se definiese su categorización. No obstante, la preexistencia de concesiones mineras en el área fue determinante en la dilación del proceso y luego en la definición de la situación jurídica de la zona reservada, la cual terminó excluyendo las áreas donde se ubicaban estas concesiones mineras. En consecuencia, el Estado no otorgó el estatus legal necesario a esa área para garantizar su protección. Inmediatamente luego se otorgaron varias concesiones más, a pesar de la voluntad expresamente manifestada por los Awajún de destinar esas áreas a la conservación.

23 Información en detalle sobre este caso puede ser consultada en: IWGIA. "Informe 5 - Perú: Crónica de un engaño. Los intentos de enajenación del territorio fronterizo Awajún en la Cordillera del Cóndor a favor de la Minería". 2009.

No se realizaron procesos de consulta para otorgar las concesiones, quedando postergada la oportunidad de llegar a consensos y acuerdos mínimos.

Miembros de la etnia Awajún fueron elementos activos en el contexto de conflicto que derivó en el tristemente recordado “Baguazo”. A la fecha, las iniciativas de llevar adelante actividades mineras en las concesiones de la Cordillera del Cóndor han fracasado y el área está permanentemente identificada en el mapa de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo.²⁴

e.2. Régimen legal de las Áreas Naturales Protegidas y las concesiones mineras.-

De acuerdo al marco normativo que regula a las Áreas Naturales Protegidas (ANP) en el Perú, la categorización asignada a un ANP y la zonificación que determine su Plan Maestro determinarán la procedencia del otorgamiento de una concesión minera, pues en base a estas herramientas el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas decidirá la compatibilidad, privilegiando los objetivos de creación y gestión del ANP.

Sin embargo, si existiese una concesión minera en territorio del Estado peruano, y éste decidiera implementar sus políticas de conservación a través de la creación de un ANP en ese territorio, tal decisión tendría una eficacia limitada, pues no afectaría o no podría afectar los derechos ya concedidos. Esto implica, que el supuesto que señala a la concesión minera como un derecho que no incide en lo absoluto en los destinos de la superficie, no es acorde a lo que se verifica en la práctica.

Así, inclusive la elaboración del Plan Maestro - principal instrumento de planificación y gestión del ANP - responde a un proceso que debe procurar la concertación, a cargo del Comité de Gestión del ANP, con la colaboración de los gobiernos regionales y locales, los pobladores locales debidamente organizados, y las instituciones públicas y privadas vinculadas al Área

Natural Protegida. Entre estas instituciones privadas vinculadas al ANP se encuentran los titulares de derechos preexistentes a la creación del ANP, quienes procurarán evitar que la zonificación que se proponga corresponda a una que limite sus derechos.

El marco regulatorio de las ANP ha venido desarrollándose cada vez más inclinado en esa línea. Así, el Decreto Supremo N° 008-2009-MINAM contiene disposiciones que “son de cumplimiento obligatorio para el desarrollo de todos los procesos de elaboración de Planes Maestros de las Áreas Naturales Protegidas cualquiera sea su modalidad de administración”. Respecto de los derechos adquiridos, establece con claridad lo siguiente:

“Artículo 1.- Disposiciones para la elaboración de los Planes Maestros de las Áreas Naturales Protegidas

(...)

1.5 El proceso de elaboración de los Planes Maestros y en particular su zonificación, debe obligatoriamente considerar que el establecimiento de las Áreas Naturales Protegidas no tiene efectos retroactivos ni afecta los derechos adquiridos con anterioridad a la creación de las mismas.

(...)” (Subrayado agregado)

Incluso si la concesión minera se hubiera otorgado luego de la creación del ANP, pero antes de la aprobación del Plan Maestro, éste no podría afectarla.

Lo señalado respecto a los derechos adquiridos ha sido precisado normativamente por el SERNANP, mediante Resolución Presidencial N° 218-2010-SERNANP, del 16 de noviembre de 2010:

“Artículo 2º.- Precisar que se respetarán los derechos de aquellos titulares de derechos que puedan acreditar prelación a la culminación del proceso de elaboración o aprobación del Plan Maestro del Área Natural Protegida, quienes

24 <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2012/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-106-Diciembre-2012.pdf>.

deberán ejercer su derecho en armonía con los objetivos y fines para los cuales el Área Natural Protegida ha sido creada, la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, su Reglamento, aprobado con Decreto Supremo N° 038-2001-AG, el Decreto Legislativo N° 1079 y demás normas complementarias.” (Subrayado agregado).

Además de lo expresamente precisado en la regulación respecto de la irretroactividad de un Plan Maestro y especialmente respecto de su zonificación, el Decreto Supremo N° 008-2009-MINAM establece una garantía adicional para los titulares de derechos adquiridos, de tal forma que no pueden establecerse Zonas de Protección Estricta ni Zonas Silvestres, sin que medie consentimiento escrito de éste:

“Artículo 4.- De la zonificación en los Planes Maestros
(...)

4.2 No podrán establecerse Zonas de Protección Estricta (ZPE) y Zonas Silvestres (ZS), sobre predios de propiedad privada y/o que contengan derechos adquiridos o preexistentes conforme a la norma aplicable, salvo consentimiento escrito del titular del derecho.
(...)” (Subrayado agregado)

A estas alturas del análisis, se podría señalar la siguiente paradoja: mientras por un lado el Estado ha desarrollado un marco normativo por el cual se obliga a obtener un *consentimiento escrito* del titular de un derecho incluso como del tipo de una concesión minera (con derechos respecto del mineral en el subsuelo), previamente a la asignación de una calificación para la conservación ambiental de su territorio; por otro lado, se pretenda sostener que el otorgamiento de un derecho de concesión minera no requiera ni por lo menos el desarrollo de un proceso de consulta previa

al pueblo indígena que detenta un derecho ancestral y una relación fundamental sobre el territorio.

De esta manera, aún si se hubiera aprobado un Plan Maestro “*la incompatibilidad de la actividad minera con las actividades consideradas en el Plan Maestro aplicable a la ANP, no determina la imposibilidad de realizar actividades mineras cuando se trata de derechos adquiridos previamente a la constitución del ANP y que permanecen vigentes dentro de su territorio (...)* Si el Plan Maestro del ANP tratara a la actividad minera como no compatible con los objetivos planteados, esto no implica, por sí mismo, una prohibición para el desarrollo de actividades mineras dentro de dicha área por el respeto a los derechos existentes que pudieran haberse otorgado antes de la creación del ANP”.²⁵

Para agotar este punto, debemos registrar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 19 de febrero del 2010²⁶, en un caso con aspectos controvertidos relacionados a la existencia de una ANP y la posibilidad de realizar actividades de aprovechamiento de recursos naturales, reconoce la importancia del respeto a los derechos adquiridos previamente, pues señala si “[...] *la concesión para la exploración y explotación hidrocarburífera fue anterior a la existencia de la ACR Cordillera Escalera, por consiguiente, los derechos para la exploración y explotación no deberían superarse a la nueva condición del área [...]*”.

En síntesis, la relación ANP – concesiones mineras previamente otorgadas, nos demuestra que la concesión minera, por sí misma, emana efectos jurídicos que han determinado limitaciones al propio Estado para hacer efectivas sus políticas de conservación en su territorio (¿y acaso, en alguna circunstancia, sus políticas de desarrollo?), al punto que debería obtenerse el consentimiento escrito del titular minero previamente a la calificación de algún status de conservación del ANP creada o por crear.

25 Salazar, Ana. “Actividades mineras en zonas de amortiguamiento de áreas naturales protegidas”. <http://www.cathedralex.com/pdf/BoletinN1.pdf>

26 EXP. N.° 03343-2007-PA/TC. Análisis del caso.

e.3. Episodio respecto del desarrollo de la industria petroquímica

El 22 de enero de 2009 el gobierno emitió la Resolución Ministerial N° 042-2009-MEM-DM declarando a San Juan de Marcona, en el distrito de Marcona de la provincia de Nazca del departamento de Ica, como zona geográfica determinada para la instalación de un Complejo Petroquímico de desarrollo descentralizado. Luego, mediante Resolución Ministerial N° 456-2009-MEM-DM se declararon de interés nacional los proyectos petroquímicos que se instalen en la zona geográfica de San Juan de Marcona. El objetivo del gobierno era desarrollar una industria petroquímica.

La elección de San Juan de Marcona resultó luego de la conformidad del MEM sobre un estudio técnico que concluyó que la circunscripción geográfica delimitada posee características idóneas para la instalación de plantas que usan como insumo principal al gas natural. El área presenta entre otras ventajas contar con excelentes instalaciones portuarias, la interconexión proyectada con la Carretera Transoceánica y la disponibilidad de los terrenos apropiados en la cercanía del puerto que reúnen condiciones para construcciones industriales, teniendo en cuenta que desde un punto de vista geopolítico de concretarse proyectos tales como la construcción del Mega - Puerto de la Costa Sur del Pacífico, integraría con el comercio brasileño, constituyendo un factor adicional para el desarrollo de la región, con la probable creación de áreas urbanas, dependiendo críticamente del plazo de construcción del gasoducto del sur y del precio en los mercados internacionales del producto final.

Los días y semanas siguientes Shougang Hierro Perú S.A.A. cuestionó las decisiones adoptadas por el MEM, señalando que ello afectaba sus derechos conferidos derivados de su condición de titular de las concesiones mineras en el área de San Juan de Marcona.

El MEM llegó a culpar a la empresa minera *“de detener el desarrollo de la industria petroquímica al no permitir a las empresas CF Industries y Órica construir plantas en su área de concesión de Marcona, en Ica”*²⁷

Luego de negociaciones entre las partes, con intervención activa del MEM, se suscribió un acta de entendimiento de éste con la minera Shougang Hierro Perú, que cedió una parte de su concesión para el desarrollo del polo de industria petroquímica en San Juan de Marcona (Ica). Las notas periodísticas señalaban que *“con la firma del acta de entendimiento concluye un problema iniciado el año pasado por la definición de áreas para la instalación de la planta de CF Industries en San Juan de Marcona, donde Shougang Hierro Perú tiene sus concesiones mineras.”*²⁸

Finalmente el proyecto de industria petroquímica que impulsaba CF Industries no se concretó, aunque por razones distintas al finalmente resuelto incidente con las concesiones mineras (incierto disponibilidad del gas, nuevas fuentes energéticas y tecnologías para su extracción en países de consumo, precios, etc.). No obstante, consideramos que el caso permite señalar cómo los efectos jurídicos de la concesión minera podrían afectar la concreción hasta los planes de desarrollo del propio Estado. Entonces, ¿podría tener el mismo efecto sobre las prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas? Consideramos que sí.

Finalmente, otros aspectos a tener en cuenta como elementos referenciales que refuerzan la conclusión por la cual el otorgamiento de una concesión minera debiera ser objeto de Consulta Previa, son los antecedentes de decisiones adoptadas por el MEM y la congruencia que debiera existir entre tales decisiones. Nos referimos en primer lugar al derogado Decreto Supremo N° 023-2011-EM, “Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas”. Esta norma señaló como una de las medidas administrativas objeto de Consulta Previa al otorgamiento de concesión minera.

27 http://elcomercio.pe/impres/impres/notas/gobierno-culpa-shougang-detener-industria-petroquimica_1/20100114/397294.

28 <http://biznews.pe/noticias-empresariales-nacionales/culmina-disputa-por-terrenos-para-polo-petroquimico-en-marcona>.

En segundo lugar debemos señalar la decisión sobre la oportunidad de la consulta para el desarrollo de las actividades de hidrocarburos. Para el desarrollo de estas actividades, se ha decidido que la consulta se realizará antes de la suscripción del contrato por el cual se otorga el lote para la exploración y explotación de hidrocarburos. Incluso se discute si la Consulta Previa deba desarrollarse antes del proceso de licitación. En cualquier caso, la Consulta Previa se va a realizar **antes del otorgamiento del derecho para explorar y explotar**, o lo que vendría a ser, para la actividad minera, **antes del otorgamiento de la concesión**. Al igual de lo que ocurre en minería y para cualquier actividad, para realizar las actividades de exploración y extracción se requerirá previamente obtener la certificación ambiental y las otras licencias y permisos sectoriales, con lo cual, no existe mayor justificación para dar un trato diferenciado al acto administrativo que otorga el derecho para explorar y explotar en hidrocarburos respecto del acto administrativo que otorga el derecho a explorar y explotar en minería.

Conforme a lo analizado en este numeral respecto de medida administrativa otorgamiento de la concesión minera y el derecho a la Consulta Previa, concluimos que sí corresponde que el Estado asegure su realización. No obstante, la dinámica y volumen actual en el otorgamiento de estas concesiones, así como el estado material de recursos y capacidades para llevar a cabo estos procesos para cada procedimiento administrativo de tramitación de los petitorios mineros, exige buscar alternativas a través de las cuales se materialice el derecho a la Consulta Previa sin necesariamente asociarla a cada trámite administrativo de concesión minera. Sobre este aspecto se formulan alternativas en la sección III.4 del presente informe.

III.3.1.2 De la aprobación de la certificación ambiental

La certificación ambiental es el acto administrativo por el cual el Estado se pronuncia sobre la viabilidad ambiental del desarrollo de actividades mineras de exploración, explotación y conexas. No constituye una medida administrativa que autorice el desarrollo de actividades ni concede el derecho a explorar o explotar.

De acuerdo a la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y las normas sobre medio ambiente del subsector minero, la certificación ambiental se constituye en el requisito base para poder obtener otras decisiones administrativas que permitan realizar las actividades, aprovechar recursos, etc. Por ejemplo, de acuerdo a la regulación de los recursos hídricos la Autoridad Nacional del Agua no otorga la licencia de uso de aguas (que permite el aprovechamiento inmediato del recurso) si el titular del proyecto no acredita tener previamente aprobada la certificación ambiental. Asimismo, la Dirección General de Minería no autoriza las actividades de construcción del proyecto si no se acredita contar con la certificación ambiental aprobada. Esta condición está expresamente prevista en el Reglamento de la Ley del SEIA:

Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM:

“Artículo 22.- Otorgamiento de licencias, derechos y autorizaciones para proyectos de inversión

No podrán otorgarse licencias, derechos, autorizaciones, ni cualquier otro título habilitante para el inicio de la ejecución de proyectos de inversión sujetos al SEIA, sin contar con la Certificación Ambiental expedida por la Autoridad Competente.

(...)”

“Artículo 55.- Resolución aprobatoria

La Resolución que aprueba el EIA constituye la Certificación Ambiental, por lo que faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos u otros requerimientos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.

(...)”

Para obtener la certificación ambiental se lleva a cabo un proceso de evaluación del impacto ambiental. El titular minero contrata a una empresa distinta de él inscrita en un registro que administra la DGAAM, para la elaboración del estudio ambiental (en el caso del EIA, pues para los estudios de exploración – DIA, EIAAsd- no es necesario contratar a un tercero).

El proceso de evaluación del impacto ambiental conlleva varias etapas. Las principales son: elaboración de la línea de base ambiental; determinación de los componentes y actividades del proyecto a nivel de factibilidad; identificación de impactos ambientales; identificación de medidas de manejo ambiental (plan de manejo) y plan de relaciones comunitarias.

En el subsector minero la participación ciudadana está regulada por el Reglamento de Participación Ciudadana, aprobado por Decreto Supremo N° 028-2008-EM, y las normas que regulan el proceso de participación ciudadana, aprobadas mediante Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM. Bajo el enfoque de esta normativa, la participación ciudadana en un proceso con continuidad en el tiempo que se inicia desde que la persona natural o jurídica adquiere la concesión minera, hasta que el proyecto minero se agota y debe irse al cierre final. Siendo ello así, sucede que en las oportunidades que correspondía sustentar los estudios ambientales de exploración o explotación y beneficio minero ante la autoridad, corresponde llevar a cabo algunos mecanismos específicos.

Para el desarrollo de la etapa de exploración minera, mínimamente se necesita realizar talleres participativos mientras se elabora el estudio ambiental o antes de su presentación a la autoridad. Además se reparte información, se asegura el acceso a la información entre otros. Si la exploración minera comprende mucho más actividades y tiempo, se dan anuncios radiales.

Para el desarrollo de la etapa de explotación, beneficio minero y conexas, los mecanismos de participación mínimos exigibles que requiere la regulación son la realización de talleres participativos antes de iniciar la elaboración del EIA y durante su elaboración, acompañado de cualquier otro y otros mecanismos de participación adicionales. Luego, cuando el EIA es presentado al MEM para su evaluación y aprobación, en el procedimiento administrativo se requiere el desarrollo de otros mecanismos de participación, como distribución de material informativo, acceso al estudio, talleres y audiencias públicas. Finalmente, quedarán establecidos espacios permanentes de acceso a la información y participación ciudadana, como son los comités de monitoreo participativo y

la instalación de oficinas de información permanente.

Si bien puede opinarse de diversa manera respecto de la satisfacción de los objetivos de la participación ciudadana en la ejecución de los proyectos mineros, consideramos que al respecto hay varios años de experiencia acumulados en llevar a cabo estos procesos. Por tal motivo postulamos que el proceso de Consulta Previa a los pueblos indígenas deba desplegar la mayoría de sus etapas en el contexto de la participación ciudadana, fortaleciendo sus mecanismos para lograr mayor eficacia de lo que sería la participación indígena. En el mismo orden de ideas, proponemos que para efectos de la Consulta Previa, se considere que la medida administrativa a consultar sea la resolución administrativa que aprobará el estudio ambiental, conforme lo sustentamos a continuación.

El otorgamiento de la certificación ambiental por sí mismo no constituye una medida administrativa de la cual emanen efectos jurídicos que puedan afectar directamente los derechos colectivos del pueblo indígena, puesto que ni concede derechos para explorar y explotar ni constituye una autorización para el desarrollo de actividades mineras. Incluso podría ser el caso que otorgada la certificación ambiental, la actividad minera nunca se desarrolle o se desarrolle de manera distinta, para lo cual se deberá contar con una nueva certificación. No obstante estas características, conforme a las cuales el otorgamiento de la certificación ambiental no sería una medida administrativa sujeta a Consulta Previa, proponemos que sí lo sea en razón de: a) el proceso que se lleva a cabo para elaborar el contenido de la medida administrativa y evaluar su aprobación brinda diversas oportunidades, en un periodo de tiempo extenso, para construir mecanismos de diálogo y asegurar la eficacia de los principios de buena fe, diálogo intercultural y otros; b) las obligaciones que se generan con la medida administrativa, al aprobar la certificación ambiental, son las obligaciones que al ejecutarse incidirán sobre la tutela de los derechos de los pueblos indígenas; y c) su naturaleza de requisito previo y contenido sustancial para la adopción de otras medidas administrativas, que permite anticipar los asuntos de interés relacionados a los derechos colectivos del pueblo indígena contenidos en esas otras medidas administrativas posteriores.

a. El proceso para elaborar el contenido de la certificación ambiental y evaluar su aprobación

El proceso de evaluación del impacto ambiental y la consecuente elaboración del estudio ambiental brinda la oportunidad para el Estado y los pueblos indígenas, de establecer una relación fluida, en continua construcción de confianza entre las partes, de diálogo permanente y lejos del escenario tenso que surge ante la eminencia de la necesidad de decidir en un periodo estrecho de tiempo. Desde tempranas etapas del diseño del proyecto minero, como puede ser la elaboración de la línea de base ambiental, el pueblo indígena puede involucrarse y tener certeza que los aspectos de su especial interés o preocupación sean adecuadamente considerados. Le correspondería al Estado dar garantías de ello con su conducción del proceso de consulta. Así, el largo proceso de elaboración del contenido del estudio ambiental - que constituirá el contenido de la certificación ambiental-, que dura no menos de un año, permite el ejercicio pleno del derecho a la participación del pueblo indígena. De esta manera, los pueblos indígenas pueden participar activamente en la determinación de los impactos sociales, las propuestas para el manejo de impactos socioambientales, de actividades de desarrollo sostenible, las compensaciones de carácter social, etc.

El proceso de elaboración del estudio ambiental hasta antes de su presentación para evaluación y aprobación de la autoridad, permitiría desarrollar las etapas de “identificación de los pueblos indígenas”, “publicidad de la medida”, “información sobre la medida” y “evaluación interna por los pueblos indígenas” establecida en la Ley de Consulta Previa. En el mejor de los casos, podría hasta lograrse el consentimiento e ir con la propuesta de acuerdo al momento de la evaluación técnica y aprobación de la certificación ambiental.

Así, se estaría cumpliendo con lo establecido en el artículo 7 del Convenio 169 y en general con garantizar el derecho a la participación del pueblo indígena:

“Artículo 7

(...)

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en

cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”

Y habría una mejor oportunidad de asegurar el desarrollo de estudios de impacto social adecuados y los objetivos exigibles a los estudios ambientales:

“248. Los estudios de impacto social y ambiental no son únicamente instrumentos de planificación de proyectos que deben ser tenidos en cuenta para minimizar los impactos negativos de los proyectos de inversión o desarrollo en territorios indígenas –y, en su caso, para la búsqueda de alternativas— sino que también sirven para identificar qué derechos de propiedad comunal serán afectados, y de qué manera, por el proyecto propuesto. En efecto, el objetivo último del proceso de estudio de impacto no es otro que el de identificar cuáles son los potenciales impactos negativos del plan o proyecto en cuestión sobre la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar de las tierras y otros recursos existentes en sus territorios que tradicionalmente han usado con fines económicos, sociales, culturales o espirituales; en otros términos: el posible impacto sobre su derecho de propiedad comunal. Desde esta perspectiva, un objetivo adicional de los estudios de impacto es precisamente la identificación de los derechos que corresponden, o que puedan corresponder, a los pueblos indígenas sobre las tierras y recursos naturales que serán directa o indirectamente afectados por los proyectos de inversión o desarrollo en cuestión.

(...)

261. La evaluación del impacto cultural comprende la evaluación de “los probables impactos de un proyecto o desarrollo propuestos acerca del modo de vida de un grupo particular o comunidad, con la plena intervención de ese grupo o comunidad y posiblemente

emprendido por ese grupo o comunidad". En el curso de dicha evaluación, debe prestarse atención a "los impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo propuesto, que pudiera afectar, por ejemplo, a los valores, creencias, leyes consuetudinarias, idiomas, costumbres, economía, relaciones con el entorno local y especies particulares, organización social y tradiciones de la comunidad afectada", así como los impactos sobre el "patrimonio cultural de la comunidad, incluidos los lugares, edificios, y restos de valor o importancia arqueológicos, arquitectónicos, históricos, religiosos, espirituales, culturales, ecológicos o estéticos".²⁹

También habría una mejor oportunidad de asegurar el objetivo que debe tener el estudio de impacto ambiental (y social) en el criterio enunciado por la Corte IDH:

"b) Estudio previo de impacto social y ambiental (EISA)

40. Para responder con mayor precisión a la preocupación del Estado relativa al estudio previo de impacto social y ambiental ordenado en la Sentencia, la Corte desarrollará con mayor detalle dicha garantía. Los EISAs sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de los EISAs no es solo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también, como se señaló en el párrafo 133 de la Sentencia, "asegura[r] que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria".³⁰

b. Obligaciones que se generan con la certificación ambiental

Otro aspecto que hace conveniente que la medida administrativa a consultar sea la certificación ambiental, es el hecho que con la aprobación del estudio ambiental se generan el conjunto de obligaciones que deben cumplirse a fin de garantizar: la no afectación negativa al medio ambiente y al entorno social, al derecho de los pueblos indígenas (en tanto esta temática deberá formar parte del estudio), el cumplimiento de las medidas de compensación ambiental y social, etc. Estas obligaciones están condicionadas al desarrollo de la actividad, pero la oportunidad en la que se constituyen en detalle es con la aprobación de la certificación ambiental, haciéndose luego legalmente exigibles.

Esta exigibilidad de las obligaciones que se generan con la certificación ambiental está explicitada con claridad en el Reglamento de la Ley del SEIA:

"Artículo 55.- Resolución aprobatoria (...)

La Certificación Ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental. Su incumplimiento está sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelación de la Certificación Ambiental.

El otorgamiento de la Certificación Ambiental no exime al titular de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran derivarse de la ejecución de su proyecto, conforme a ley."

"Artículo 29.- Medidas, compromisos y obligaciones del titular del proyecto.

29 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS - Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. "Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos." 2009.

30 Sentencia del 12.08.2008 – Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Todas las medidas, compromisos y obligaciones exigibles al titular deben ser incluidos en el plan correspondiente del estudio ambiental sujeto a la Certificación Ambiental. Sin perjuicio de ello, son exigibles durante la fiscalización todas las demás obligaciones que se pudiesen derivar de otras partes de dicho estudio, las cuales deberán ser incorporadas en los planes indicados en la siguiente actualización del estudio ambiental.”

La exigibilidad de las obligaciones derivadas del estudio ambiental también está señalada en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325:

“Artículo 13.- Inspección de actividades y/o instalaciones

El OEFA, dentro del ámbito de sus funciones, establecerá el Régimen de Inspección, a través del cual los supervisados deberán presentar la documentación que acredite que sus actividades y/o instalaciones cumplen con la normatividad ambiental, y con los compromisos asumidos en sus instrumentos de gestión ambiental.”

En tal sentido, si lo que se busca con la Consulta Previa es garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y el conjunto de obligaciones para quien ejecuta la actividad que potencialmente puede afectar esos derechos se determinan con la aprobación de la certificación ambiental, resulta idóneo entonces que ésta sea la medida administrativa consultada.

c. La certificación ambiental constituye requisito previo y contenido sustancial para la adopción de otras medidas administrativas

Como hemos indicado al inicio de este numeral, el marco normativo de protección ambiental ha configurado un escenario en el cual la certificación ambiental se constituye en el requisito base para poder obtener otras decisiones administrativas que permitan realizar las actividades o aprovechar recursos. Pero esta condición no es meramente una forma-

lidad, es decir, no constituye solo un requisito formal, sino que durante la evaluación del impacto ambiental se analiza los aspectos que serán los contenidos de interés de las subsiguientes medidas administrativas que condicionan su dación a la preexistencia de la certificación ambiental. De esta manera, consultándose la aprobación de la certificación ambiental podría justificadamente prescindirse de consultar las medidas administrativas subsiguientes, las cuales, si las analizásemos de manera individual, deberían ser objeto de consulta.

Por ejemplo, la medida administrativa por la cual se concede el derecho a usar el agua puede ser el permiso, la autorización o la licencia de uso de aguas que otorga la Autoridad Nacional del Agua. En un supuesto de otorgamiento de licencia de uso de aguas, la consecuencia inmediata de su otorgamiento a un particular será que éste puede tomar el agua en el volumen concedido y hacer uso de ella. Esta acción podría significar una afectación directa al pueblo indígena, que podría verse privado del recurso. Siendo ello así, resulta evidente que el otorgamiento de una licencia de uso de aguas debiera ser objeto de Consulta Previa. Sin embargo, la evaluación de cómo podría afectar al medio ambiente y su entorno social el uso de las aguas, previamente evaluadas en su disponibilidad y calidad, como consecuencia de la implementación del proyecto minero, es materia central de análisis durante la evaluación del impacto ambiental. Al momento de aprobar la certificación ambiental la autoridad habrá evaluado todos los impactos relacionados y dimensionado la afectación a los derechos del pueblo indígena, determinando las obligaciones a cumplir para prevenirlo o las obligaciones de compensación, etc. De esa manera, al aprobarse, previa consulta, la certificación ambiental, no tendría mayor objeto efectuar la Consulta Previa para otorgar la licencia de uso de aguas. Esta misma lógica es aplicable a las autorizaciones de vertimiento, autorizaciones de desbosque, los permisos relacionados al manejo de residuos, el transporte de materiales peligrosos, etc.

El escenario y la justificación que permite haber consultado la certificación ambiental para ya no consultar otras medidas administrativas relacionadas al proyecto minero, no es aplicable, por ejemplo, a la

autorización de construcción o la autorización de inicio de actividades que otorga la DGM, puesto que no es objeto de esas autorizaciones evaluar los impactos ambientales y sociales asociados a toda esas medidas administrativas subsiguientes.

III.3.1.3 De la concesión de beneficio y autorización de funcionamiento

En el mismo acto con el cual se otorga la concesión de beneficio se autoriza el funcionamiento de la planta de beneficio en la cual se realizan los procesos mecánicos, físicos, químicos y otros para la obtención del mineral en un estado más puro o concentrado.

Está fuera de discusión que este acto administrativo reúne las condiciones para ser objeto de Consulta Previa, pues sus efectos jurídicos inmediatos, como es la puesta en marcha de la planta de beneficio (y la potencial generación de impactos ambientales y sociales negativos asociados) podrían afectar los derechos colectivos del pueblo indígena.

No obstante, lo que puede cuestionarse a la realización de la Consulta Previa en esta medida administrativa es la oportunidad de la consulta. Esta oportunidad ha sido cuestionada por el propio MEM.

En efecto, mediante Decreto Supremo N° 020-2012-EM, el MEM modificó su TUPA e incluyó como requisito “la consulta previa a los pueblos indígenas” para otorgar la concesión de beneficio y la autorización de funcionamiento.

Sin embargo, el procedimiento administrativo que concluye con el otorgamiento de la concesión de beneficio implica una etapa en la cual se autoriza la construcción de la planta de beneficio. Luego de la construcción la autoridad supervisa la infraestructura y recién otorga la concesión de beneficio y autoriza el funcionamiento.

En la medida que las actividades constructivas previamente autorizadas también implican la posibilidad de afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la autorización de construcción debía ser objeto de consulta.

Esta situación ha sido corregida con la Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM/DM, que volvió a modificar el TUPA del MEM y retiró el requisito de Consulta Previa en la etapa final de otorgamiento de la concesión de beneficio y la colocó como requisito previo a la autorización de construcción. Cabe señalar, que a nivel sectorial no se ha regulado el procedimiento específico que debería seguirse para efectuar la Consulta Previa.

Esta consultoría encuentra inconveniente efectuar la Consulta Previa para el otorgamiento de la autorización de construcción por las siguientes razones:

- a) Si previamente - a lo mucho con meses de diferencia -, se concluyó el procedimiento para la aprobación de la certificación ambiental, y en ese procedimiento se han realizado durante meses o tal vez años (si se cuenta el periodo de elaboración del estudio ambiental) mecanismos de participación, posiblemente con participación de los pueblos indígenas involucrados, no se encuentra mayor necesidad de reabrir la discusión sobre aspectos que interesan al objeto de la Consulta Previa: determinar en qué medida puede afectar el proyecto minero a los derechos del pueblo indígena y cuáles son las obligaciones que derivan de ello. Es decir, abrir la discusión nuevamente sobre temas que han sido materia del estudio ambiental. (Salvo que se pretenda que la Consulta Previa verse sobre los diseños y parámetros constructivos, lo cual está fuera de lugar).
- b) Al consultar para la autorización de construcción y no para la certificación ambiental se pierden las oportunidades que brinda el hacer la Consulta Previa respecto de la certificación ambiental, conforme a lo desarrollado en el numeral III.3.1.2
- c) Para el momento en que el titular del proyecto minero solicita la concesión de beneficio, previa autorización de construcción, presenta un expediente técnico a nivel de ingeniería de detalle, el cual debe haber sido desarrollado sobre la base del proyecto sustentado en la certificación ambiental a nivel de ingeniería de factibilidad. Para llegar al nivel de ingeniería de detalle para

la construcción, el titular minero habrá hecho inversiones considerables, sobre la base de la certeza de los alcances generales del proyecto descritos en la certificación ambiental aprobada. En este contexto, ¿cuál es el objeto de realizar la Consulta Previa para la autorización de construcción?, ¿es posible que los resultados de este proceso de consulta, realizado además dentro de los estrechos periodos de un procedimiento administrativo en curso, pueda realmente incidir en el diseño del proyecto?, ¿cómo procederá la DGM si el pueblo indígena tiene cuestionamientos en la ubicación de determinados componentes, por ejemplo en la ubicación de la relavera, sustentado sus razones? ¿estará dispuesta la DGM a aceptar el rediseño del proyecto? Estas interrogantes permiten señalar el riesgo que la Consulta Previa, celebrada en esta etapa, o se convierta en una mera formalidad a satisfacer con otra formalidad (un taller, una reunión, etc.) para luego recurrir a señalar que la misma no implica un “derecho de veto” (se vulneraría, entre otros, el principio de oportunidad y de buena fe); o, se constituya en un nuevo espacio de controversias respecto de la viabilidad de un proyecto minero, cuando tal discusión debió agotarse en la evaluación del impacto ambiental.

- d) Si como resultado de la Consulta Previa, efectuada en esta etapa, se tuviera que replantear actividades, modificar componentes o ciertos alcances del proyecto, probablemente estos cambios ameriten una nueva evaluación del impacto ambiental, por lo que habría de retrotraer el proyecto a una modificación de su certificación ambiental, según exige la normativa aplicable.
- e) Hacer la Consulta Previa con oportunidad de la autorización de construcción, conlleva el riesgo de confundir los objetivos y alcance de este derecho, pues al ser requerido como requisito la acreditación de la titularidad de terreno superficial o el acuerdo previo, para evitar mayores complicaciones la administración podría verse tentada a limitar el alcance de la consulta a los titulares del predio, cuando los impactos ambientales y sociales (el ámbito de afectación) pueda ser mayor a la ocupación física del predio.

III.3.1.4 De la autorización de inicio de actividades de exploración

La autorización de inicio de actividades de exploración reúne las condiciones para ser considerada una medida administrativa sujeta a Consulta Previa. No obstante, consideramos que consultar la certificación ambiental del proyecto de exploración brinda mayores oportunidades de satisfacer los objetivos de la consulta previa. Además, son aplicables los cuestionamientos a la oportunidad de la consulta, que hemos expuesto en el numeral anterior, específicamente a), b), d) y e).

III.3.1.5 De la autorización de inicio de actividades de explotación

Si bien este acto administrativo reúne las condiciones para ser objeto de Consulta Previa, pues sus efectos jurídicos inmediatos, como es la puesta en marcha de las actividades de extracción de los recursos minerales (y la potencial generación de impactos ambientales y sociales negativos asociados) podrían afectar los derechos colectivos del pueblo indígena, lo que puede cuestionarse a la realización de la Consulta Previa en esta medida administrativa es la oportunidad de la consulta. Esta oportunidad ha sido cuestionada por el propio MEM. En efecto, mediante Decreto Supremo N° 020-2012-EM, el MEM modificó su TUPA e incluyó como requisito “la consulta previa a los pueblos indígenas” para otorgar la autorización de inicio de actividades de explotación.

Sin embargo, el procedimiento administrativo que concluye con el otorgamiento de la autorización de inicio de actividades implica una etapa en la cual se aprueba el plan de minado y se autorizan las actividades de desarrollo y preparación. Luego de estas actividades se supervisa la infraestructura y recién se otorga la autorización de inicio.

En la medida que las actividades constructivas previamente autorizadas también implican la posibilidad de afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la aprobación del plan de minado con autorización de actividades de desarrollo y preparación debía ser objeto de consulta.

Esta situación ha sido corregida con la Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM/DM, que volvió a modificar el TUPA del MEM y retiró el requisito de Consulta Previa de la autorización de inicio de actividades y la colocó como requisito previo a la aprobación del plan de minado con autorización de actividades de desarrollo y preparación. Cabe señalar, que a nivel sectorial no se ha regulado el procedimiento que debería seguirse para efectuar la consulta previa.

Respecto de esta medida, son aplicables los cuestionamientos a la oportunidad de la consulta, que hemos expuesto respecto de la concesión de beneficio.

III.3.1.6 Otras medidas administrativas sujetas a Consulta Previa

La propuesta que se sustenta en el presente informe respecto de las medidas administrativas que debieran ser sujetas de consulta previa, plantea que la consulta previa se dé básicamente en dos momentos: antes del otorgamiento de la concesión minera y antes de la certificación ambiental para las actividades de explotación, beneficio minero y actividades conexas, con una variable en razón de la necesidad de hacer consulta previa antes de la certificación ambiental para actividades de exploración minera (con lo cual se tendrían hasta tres momentos). En el numeral III.6 "Flujograma que describe la implementación de la Ley 29785 en un procedimiento administrativo del MEM, Subsector Minería e INGEMMET" del presente informe nos extendemos en esta propuesta.

Sin perjuicio de ello, a continuación sustentamos las otras medidas administrativas adicionales a las señaladas en los numerales III.3.1.1 al III.2.1.5, que analizadas de manera independiente, reunirían las condiciones para ser sujetas de Consulta Previa. Sin contar a las medidas de carácter normativo (resoluciones ministeriales relativas al Sector; y, normas técnico – legales para el desarrollo sostenible del Sector Minería) las medidas administrativas que también debieran ser objeto de consulta son: otorgar título de Concesión de Transporte Minero y sus modificaciones; autorizar funcionamiento de nuevo depósito de desmontes o su recrecimiento; aprobar plan de

cierre de minas; y, algunos supuestos de aprobación de la modificación de Estudios Ambientales: Estudio de Impacto Ambiental, Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental para Exploración Minera (Categoría I), Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (Categoría II), Modificación del Plan de Manejo Ambiental de Residuos Sólidos. No obstante, de adoptarse el criterio propuesto en el presente informe por el cual la Consulta Previa se realice durante la certificación ambiental, ya no serían sujetas de Consulta Previa al haberse tratado sus aspectos relevantes en el proceso de evaluación de dicha certificación.

Un tratamiento especial podría dársele al Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros, puesto que las definiciones de remediación que se adopten podrían resultar en la afectación a los derechos colectivos del pueblo indígena. Si bien el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros no constituye una autorización de inicio de actividades, en la medida que no está regulado un permiso de este tipo, al igual que la certificación ambiental constituye la oportunidad para determinar las obligaciones, por lo que debería ser objeto de Consulta Previa.

A continuación tratamos de las otras medidas administrativas a las cuales les correspondería ser objeto de Consulta Previa.

A. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

a) Expedir resoluciones ministeriales relativas al Sector

Sustento.- El contenido de algunas disposiciones normativas podría afectar el estatus del pueblo indígena o el de sus miembros (ya sea que le establezca gravámenes o restricciones, o le confiera beneficios), incidiendo sobre alguno de sus derechos colectivos.

Por ejemplo, mediante resolución ministerial se podría modificar la norma que regula los mecanismos de participación ciudadana en el subsector minero (Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM), estableciendo restricciones o regulándose el ejercicio del derecho de los

pueblos indígenas en el marco de un proceso de evaluación del impacto ambiental.

Potenciales derechos afectados (dependiendo del contenido de la medida):

- Derecho a la no discriminación.
- Derecho a la participación.
- Derecho a ser consultados.
- Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo.
- Derecho a la tierra y el territorio.
- Derecho a uso de los recursos naturales que se encuentren en su territorio.
- Derecho a no ser trasladados sin su consentimiento.

b) Expedir, cuando corresponda, normas técnico-legales para el desarrollo sostenible del Sector Minería

Sustento.- El contenido de algunas disposiciones normativas podría afectar el estatus del pueblo indígena o el de sus miembros (ya sea que le establezca gravámenes o restricciones, o le confiera beneficios), incidiendo sobre alguno de sus derechos colectivos.

Potenciales derechos afectados (dependiendo del contenido de la medida):

- Derecho a la no discriminación.
- Derecho a la participación.
- Derecho a ser consultados.
- Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo.
- Derecho a la tierra y el territorio.
- Derecho a uso de los recursos naturales que se encuentren en su territorio.
- Derecho a no ser trasladados sin su consentimiento.

c) Otorgar título de Concesión de Transporte Minero y sus modificaciones

Sustento.- El otorgamiento de la concesión de transporte minero constituye una medida administrativa que por sí misma determina la posibilidad de una acción sobre el territorio, pues una vez aprobada pueden realizarse las actividades.

Potenciales derechos afectados:

- Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo.
- Derecho a la tierra y el territorio.
- Derecho a uso de los recursos naturales que se encuentren en su territorio.
- Derecho a no ser trasladados sin su consentimiento.

d) Autorizar funcionamiento de nuevo depósito de desmontes o su recrecimiento

Sustento.- Constituye una medida administrativa que por sí misma determina la posibilidad de una acción sobre el territorio, construyéndose una nueva infraestructura en áreas superficiales adicionales que serán destinadas para depositar nuevo material de desmonte, los cuales quedarán en ese territorio para siempre. Ello probablemente afectará el uso actual y futuro de esos territorios, además de los riesgos de ese componente relacionados a su estabilidad física, impactos ambientales (calidad de aire, aguas superficiales y subterráneas, etc.) los cuales deberán gestionarse. En el recrecimiento normalmente se trabaja sobre la misma área ya intervenida por un depósito, colocándose volúmenes adicionales.

Potenciales derechos afectados:

- Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo.
- Derecho a la tierra y el territorio.
- Derecho a uso de los recursos naturales que se encuentren en su territorio.
- Derecho a no ser trasladados sin su consentimiento.

e) Aprobar Plan de Cierre de Minas (PCM)

Sustento.- Constituye el instrumento técnico en el cual se determinará cómo quedará el territorio intervenido una vez concluidas las actividades mineras. De esta forma, en el PCM se establecerán los objetivos de restauración del sitio, las condiciones de uso futuro, así como las condiciones del "cierre social". Todo ello incide en los intereses de la población indígena del área de influencia del proyecto minero.

El PCM se aprueba como instrumento de gestión dentro del año siguiente de aprobado el EIA. Éste último también contiene una propuesta de cierre de minas, aunque no al detalle que se demanda en el PCM. Además, el PCM se actualiza de manera obligatoria cada cinco años.

Cabe señalar que el PCM no autoriza la construcción de nuevos componentes mineros ni constituye el instrumento de gestión para incorporar los al proyecto, lo cual solo puede darse a través de la certificación ambiental o su modificación (además el EIA también contiene una propuesta de medidas de cierre). En este sentido, la oportunidad de consultar el PCM podría coincidir con la aprobación del EIA (de considerarse esta la oportunidad para la consulta).

Potenciales derechos afectados:

- Derecho a la participación.
- Derecho a ser consultados.
- Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo.
- Derecho a la tierra y el territorio.
- Derecho a uso de los recursos naturales que se encuentren en su territorio.

f) **Aprobar modificación de Estudios Ambientales: Estudio de Impacto Ambiental, Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental para Exploración Minera (Categoría I), Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (Categoría II), Modificación del Plan de Manejo Ambiental de Residuos Sólidos**

De ser procedente la propuesta de realizar la consulta previa en la etapa de aprobación de la certificación ambiental, entonces sería consistente que se efectuase la consulta previa ante variaciones significativas del proyecto minero.

Dependerá de la magnitud de los cambios y de la potencial afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas que se derivan de las modificaciones o ampliaciones al proyecto minero. Si bien, la sola aprobación de la modificación del estudio ambiental (EIA, PAMA,

etc.) no constituye una medida administrativa que otorgue un derecho para realizar actividades mineras o autorice su ejecución, sí constituye la medida administrativa que determina las obligaciones de manejo ambiental y social exigibles al titular minero. De la naturaleza, cumplimiento o incumplimiento de estas obligaciones es que podría derivarse la afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Finalmente, es necesario que, en base a la práctica y casuística asociada a la realización de actividades mineras se puedan determinar objetivamente las condiciones o supuestos en base a los cuales ciertas modificaciones o ampliaciones a los proyectos mineros resulten necesarios de ser sometidos a consulta previa, puesto que de por sí un proyecto minero se considera dinámico en el tiempo y no necesariamente ello implicará nuevos escenarios de afectación o posible afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Potenciales derechos afectados:

- Derecho a la participación.
- Derecho a ser consultados.
- Derecho a la tierra y el territorio.
- Derecho a uso de los recursos naturales que se encuentren en su territorio.
- Derecho a no ser trasladados sin su consentimiento.

g) **Aprobar del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros (PC-PAM)**

La Ley que regula a los Pasivos Ambientales Mineros establece que la obligación de remediar los pasivos ambientales del territorio nacional recae en el generador de éstos. No obstante, del total de pasivos ambientales mineros un mínimo porcentaje de ellos será en la práctica sujeto de remediación por algún privado identificado como responsable. En la gran mayoría de los casos tendrá que ser el propio Estado el responsable de efectuar la remediación (porque generó el pasivo cuando realizaba minería a través de sus empresas públicas; o, porque deba asumir esa responsabilidad al no encon-

trarse al responsable privado o éste no pueda responder).

Si bien la aprobación del plan de cierre de pasivos ambientales mineros no implica una autorización para hacer tal actividad (tiene naturaleza similar a la de un EIA, es decir, se trata de un estudio de lo que debe hacerse, no de una autorización de hacer), en la medida que nuestra normatividad no ha regulado un permiso posterior a la aprobación del plan de cierre de pasivos ambientales mineros, en la práctica bastará con tener este instrumento aprobado para ejecutar las actividades de remediación.

Por otro lado, al igual de lo que sucede con el EIA o el PCM, es con la aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros que se determinan y generan las obligaciones de hacer y objetivos a cumplir (ambientales y sociales), pudiendo estas definiciones incidir sobre los derechos e intereses del pueblo indígena afectado.

Potenciales derechos afectados:

- Derecho a la participación.
- Derecho a ser consultados.
- Derecho a la tierra y el territorio.
- Derecho a uso de los recursos naturales que se encuentren en su territorio.

B. INGEMMET

En lo que respecta a las medidas administrativas que dicta esta entidad, no se han encontrado otras medidas administrativas que reúnan las condiciones para ser objeto de consulta previa, salvo la que se desarrolla en el numeral III.3.1. del presente informe.

III.3.2 De las medidas administrativas no sujetas a consulta previa

A continuación se sustenta la determinación como medida no sujeta a consulta previa del universo de medidas administrativas emitidas tanto por el MEM como por el INGEMMET.

A. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

a) Formular normas técnicas y legales relacionadas con el Sector Minería, promoviendo el desarrollo sostenible y la tecnificación (como función a cargo de la DGM)

Sustento.- Vía Resolución Directoral la Dirección General de Minería solo podría aprobar formatos o directivas técnicas de carácter normativo, enmarcándose siempre en los alcances ya dispuestos por las leyes y normas reglamentarias. Estas disposiciones son de alcance limitado y sin posibilidad de afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, resoluciones que aprueben formatos para ordenar el contenido técnico para formular una solicitud.

b) Otorga concesión de Labor General

Sustento.- El derecho que se le otorga a un privado con la concesión de labor general solo le permite desarrollar ciertas actividades de servicios de un alcance limitado a desarrollarse normalmente en el subsuelo, esto en el marco de una relación entre privados a los cuales el Estado ya les asignó previamente derechos y siempre en el contexto de una certificación ambiental ya otorgada para aquellas actividades y componentes sobre los que recaerá lo autorizado por la labor general.

c) Autorizar la construcción de labores de acceso, ventilación y desagüe en concesiones mineras vecinas

Sustento.- Esta autorización solo permite al privado desarrollar ciertas actividades de servicios de un alcance limitado a desarrollarse normalmente en el subsuelo, esto en el marco de una relación con otro privado al cual el Estado ya le asignó previamente derechos y siempre en el contexto de una certificación ambiental ya otorgada para aquellas actividades y componentes sobre los que recaerá la autorización.

d) Autorizar operación de minerales de Productor Minero Artesanal (Lima Metropolitana)

Sustento.- Esta es una medida administrativa solo válida para Lima Metropolitana, donde no

se tiene mayor información sobre existencia de pueblos indígenas a quienes efectuar la consulta previa. En el supuesto remoto que existiera población indígena involucrada, esta autorización si debería ser objeto de consulta previa.

e) **Autorizar beneficio de minerales de Productor Minero Artesanal (Lima Metropolitana)**

Sustento.- Esta es una medida administrativa solo válida para Lima Metropolitana, donde no se tiene mayor información sobre existencia de pueblos indígenas a quienes efectuar la consulta previa. En el supuesto remoto que existiera población indígena involucrada, esta autorización si debería ser objeto de consulta previa.

f) **Aprobar la Solicitud o Modificación de Clasificación de Estudio Ambiental para Pequeño Productor Minero o Minero Artesanal (MML y Callao, vigente hasta que se concluya el proceso de transferencia de funciones)**

Sustento.- Esta es una medida administrativa solo válida para Lima Metropolitana, donde no se tiene mayor información sobre existencia de pueblos indígenas a quienes efectuar la consulta previa. En el supuesto remoto que existiera población indígena involucrada, para el caso de la aprobación de la DIA esta autorización podría ser objeto de consulta previa, bajo los mismos presupuestos ya expuestos respecto de posibilidad de la consulta previa en la certificación ambiental.

En el caso que corresponda solo la aprobación de Términos de Referencia, no se considera necesario, pues la aprobación de tales términos no determina por sí misma la posibilidad de afectar derechos colectivos del pueblo indígena.

g) **Otorgar los certificados de cumplimiento progresivo y final del plan de cierre de minas**

Sustento.- este acto administrativo solo certifica una situación preexistente o determinada de manera previa, como es el cumplimiento de las medidas de cierre progresivo o cierre final exigibles a una unidad minera. Esto es a su vez consecuencia de las actividades de fiscalización

ambiental a cargo del OEFA. Por tanto no reúne las condiciones para ser objeto de consulta previa, sin perjuicio del nivel de participación indígena que se puede incorporar en las acciones de supervisión del OEFA cuando se tenga a una población indígena potencialmente involucrada por el proyecto.

h) **Otorgar los certificados de cumplimiento progresivo y final de pasivos ambientales mineros**

Sustento.- De manera similar a lo señalado en el literal anterior: este acto administrativo solo certifica una situación preexistente o determinada de manera previa, como es el cumplimiento de las medidas de cierre progresivo o cierre final exigibles al responsable de remediar un pasivo ambiental minero. Esto es a su vez consecuencia de las actividades de fiscalización ambiental a cargo del OEFA. Por tanto no reúne las condiciones para ser objeto de consulta previa, sin perjuicio del nivel de participación indígena que se puede incorporar en las acciones de supervisión del OEFA cuando se tenga a una población indígena potencialmente involucrada por el pasivo ambiental minero.

i) **Aprobar Plan de Remediación Ambiental**

Sustento.- La obligación de presentar y ejecutar el Plan de Remediación Ambiental surge cuando ha ocurrido la realización de actividades mineras sin certificación ambiental y, por lo tanto, además de la infracción formal al marco normativo, se presume la existencia de una afectación al medio ambiente al no tenerse constancia de un plan de manejo ambiental. En ese contexto, importa una reacción inmediata del Estado cuyo objetivo será la de restaurar lo más pronto posible las condiciones iniciales del sitio, a través de la definición y exigencia de medidas técnicas de rehabilitación.

Entonces, siendo que el objetivo es recuperar las condiciones iniciales del lugar intervenido, restituyendo el estado anterior ante una actividad no autorizada (a diferencia del cierre de minas), no se considera necesario someter esta herramienta a un proceso de consulta previa, sin perjuicio del

desarrollo de los mecanismos de participación que ya determina la norma y que, de ser necesario, podrían adecuarse a un contexto de presencia de pueblo indígena.

j) Aprobar de Plan de Cese de Proceso/ Instalación Minera y sus modificaciones

Sustento.- Constituye el instrumento técnico exigible a aquellas unidades mineras que operando bajo un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, no han cumplido con implementar uno o más proyectos. En consecuencia de ello, la autoridad deberá disponer el cierre de operación o del proyecto específico.

A la fecha solo existiría una unidad minera con posibilidad de que le sea aplicada esta figura. Aun así, el cierre de la unidad minera o alguno de sus componentes debería sujetarse al régimen de cierre de minas. En ese escenario, rige lo señalado respecto del PCM, por lo que esta medida no estaría sujeta a ser consultada.

k) Otorgar Certificados de Operación Minera.

Sustento.- Constituye una medida administrativa cuya finalidad es precisar los volúmenes de explosivos a utilizarse en una actividad minera ya evaluada en sus impactos y ya autorizada (con las autorizaciones de inicio y de construcción o actividades de preparación y desarrollo ya analizadas).

l) Autorizar el uso de ANFO y similares, bajo su competencia.

Sustento.- Constituye una administrativa cuya finalidad es precisar la cantidad de insumos a utilizarse en una actividad minera ya evaluada y autorizada.

m) Autorizar inscripciones de Contratistas Mineros en el Registro de Empresas Especializadas y modificatorias

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la empresa que quiere brindar servicios a las operaciones mineras, no constituyendo una autorización de acción o el otorgamiento de un derecho que afecte los de algún pueblo indígena (además

este registro es general, no asociado al desarrollo de actividades en una determinada área, región, etc.)

n) Autorizar Uso Minero o Servidumbre sobre terrenos superficiales de otras concesiones

Sustento.- Las actividades autorizadas tienen un alcance limitado y respecto del terreno superficial bajo propiedad de otro titular minero. Normalmente se daría en el marco de una relación entre privados a los cuales el Estado ya les asignó derechos y sobre actividades evaluadas en sus impactos ambientales y sociales.

o) Aprobar Programas de Inversión del Contrato de Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión (contrato a 10 años), así como sus modificaciones

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica que se acoge en esta medida promocional. No constituye una autorización de acción sobre el territorio o el otorgamiento de un derecho que afecte los de algún pueblo indígena.

p) Aprobar Estudio de Factibilidad Técnico Económico del Contrato de Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión (contrato a 15 años), así como sus modificaciones

Sustento.- Constituye una medida administrativa que aprueba un requisito exigible a la persona natural o jurídica que se acoge en esta medida promocional. No constituye una autorización de acción sobre el territorio o el otorgamiento de un derecho que afecte los de algún pueblo indígena.

q) Aprobar cumplimiento de la ejecución del Programa de Inversión (Estabilidad tributaria) y Estudio de Factibilidad Técnico Económico (Estabilidad tributaria)

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica acogida a un determinado régimen regulatorio para el desarrollo de la inversión. No constituye una autorización de

acción sobre el territorio o el otorgamiento de un derecho que afecte los de algún pueblo indígena.

- r) **Aprobar Programas de Inversión en Exploración, sus modificaciones y ejecuciones**
Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica acogida a un determinado régimen regulatorio promocional para el desarrollo de la inversión. No constituye una autorización de acción sobre el territorio o el otorgamiento de un derecho que afecte los de algún pueblo indígena.
- s) **Suscribir Contratos de Inversión en exploración para la devolución del IGV e IPM (aprobación o modificación)**
Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica acogida a un determinado régimen regulatorio para el desarrollo de la inversión. No constituye una autorización de acción sobre el territorio o el otorgamiento de un derecho que afecte los de algún pueblo indígena.
- t) **Aprobar cumplimiento de la ejecución de Programas de Reinversión**
Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica acogida a un determinado régimen regulatorio para el desarrollo de la inversión. No constituye una autorización de acción sobre el territorio o el otorgamiento de un derecho que afecte los de algún pueblo indígena.
- u) **Aprobar nómina de Peritos Mineros**
Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de los profesionales que quieren brindar servicios como peritos mineros.
- v) **Imponer sanciones a los Peritos Mineros en caso de incumplimiento a las normas que los rigen**
Sustento.- Constituye una medida administra-

tiva que solo incide sobre la situación jurídica de los profesionales que brindan servicios como peritos mineros

- w) **Actualizar el inventario de Pasivos Ambientales mineros**
Sustento.- Constituye la administración de un registro administrativo de carácter informativo, actualizable permanentemente a iniciativa del propio Estado o de terceros. No determina una afectación a la situación del pueblo indígena o de sus derechos colectivos.
- x) **Identificar los responsables de los pasivos ambientales**
Sustento.- Constituye una actuación por la cual se podría establecer una carga a una persona natural o jurídica que realizó actividad minera dejando pasivos ambientales.
- y) **Aprobar lista de impedidos de efectuar petitorios mineros, teniendo como referencia la aprobación de la ejecución del cierre de pasivos ambientales**
Sustento.- Constituye una restricción aplicable a aquella persona natural o jurídica que realizó actividad minera dejando pasivos ambientales sin remediar.
- z) **Imponer sanciones en los temas de su competencia.**
Sustento.- Constituye una restricción o carga aplicable a aquella persona natural o jurídica que infringe el marco normativo, aplicada por el Estado en ejercicio de su potestad sancionatoria.
- aa) *Aprobar, cuando corresponda, las normas técnicas y legales relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente (como función de la DGAAM)*
Sustento.- Vía resolución Resolución Directoral la DGAAM solo podría aprobar formatos o directivas técnicas de carácter normativo, enmarcándose siempre en los alcances ya dispuestos por las leyes y normas reglamentarias. Estas disposiciones son de alcance limitado y sin posibilidad de afectar derechos colectivos de los pueblos indíge-

nas. Por ejemplo, resoluciones que aprueben formatos para ordenar el contenido técnico para formular una solicitud.

bb) *Calificar, inscribir y autorizar a instituciones públicas y privadas para que elaboren estudios ambientales sobre las actividades mineras*

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la empresa que quiere brindar servicios de realización de Estudios de Impacto Ambiental.

cc) *Renovar Inscripción de entidades autorizadas para elaborar Estudios de Impacto Ambiental*

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la empresa que quiere brindar servicios de realización de Estudios de Impacto Ambiental.

dd) *Modificar Registro de entidades autorizadas para elaborar Estudios de Impacto Ambiental (incluye actualización de datos)*

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la empresa que quiere brindar servicios de realización de Estudios de Impacto Ambiental.

ee) *Inscribir Registro de entidades autorizadas para elaborar planes de Cierre de Minas*

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la empresa que quiere brindar servicios de realización de Planes de Cierre de Minas.

ff) *Renovar inscripción en el Registro de entidades autorizadas para elaborar Planes de Cierre de Minas*

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la empresa que quiere brindar servicios de realización de Planes de Cierre de Minas.

gg) *Modificación Registro de entidades autorizadas para elaborar Planes de Cierre de Minas (incluye actualización de datos)*

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la empresa que quiere brindar servicios de realización de Planes de Cierre de Minas.

hh) *Aprobar guías técnicas ambientales y sociales*

Sustento.- Vía Resolución Directoral la DGAAM solo podría aprobar Guías de carácter referencial, enmarcándose siempre en los alcances ya dispuestos por las leyes y normas reglamentarias. Estas disposiciones son de alcance limitado y sin posibilidad de afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, Guía para la elaboración de Pilares Corona.

B. INGEMMET

a) Expedir resoluciones de título de caducidad
Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica que pierde, de manera previsible, el derecho de concesión y con ello la posibilidad de explorar y/o explotar.

b) Expedir resoluciones de título de abandono
Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica que lleva a cabo un trámite administrativo para obtener la concesión minera.

c) Expedir resoluciones de título de cancelación
Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica que lleva a cabo un trámite administrativo para obtener la concesión minera.

d) Expedir resoluciones de título de renuncia de área
Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de

la persona natural o jurídica que lleva a cabo un trámite administrativo para obtener la concesión minera.

e) Expedir resoluciones de título de acumulaciones

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica que lleva a cabo un trámite administrativo para obtener la concesión minera.

f) Expedir resoluciones de título de constitución de Sociedad Legal

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica que lleva a cabo un trámite administrativo para obtener la concesión minera.

g) Expedir resoluciones sobre Cambio de Sustancia de Derecho Minero

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre el tipo de recurso que podría ser objeto de exploración y/o explotación. Solo varía la situación jurídica de la persona natural o jurídica titular del derecho.

h) Expedir resoluciones de Fraccionamiento y División de Derecho Minero

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica que lleva a cabo un trámite administrativo para obtener la concesión minera.

i) Expedir resoluciones de título de Unidades Económicas Administrativas

Sustento.- Constituye una medida administrativa que recae sobre derechos ya constituidos del mismo titular minero, permitiéndole simplificar el cumplimiento de sus obligaciones ante el Estado.

j) Expedir resoluciones sobre Inclusión y/o Exclusión de Derechos Mineros de U.E.A. y sus modificaciones

Sustento.- Constituye una medida administrativa que recae sobre derechos ya constituidos

del mismo titular minero, permitiéndole simplificar el cumplimiento de sus obligaciones ante el Estado.

k) Resolver Recursos de Oposición

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica que lleva a cabo un trámite administrativo para obtener la concesión minera o de aquella que ya contaba con un derecho de concesión.

l) Resolver las denuncias de internamiento

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica a quien se le establece una obligación de devolver minerales extraídos o pagar una multa por el internamiento.

m) Acreditar el pago del Derecho de Vigencia o Penalidad

Sustento.- Constituye una medida administrativa que recae sobre derechos ya constituidos del mismo titular minero, permitiéndole que se le reconozca el cumplimiento de su obligación de pago de derecho de vigencia.

n) Acreditar el pago del Derecho de Vigencia o Penalidad extemporáneo

Sustento.- Constituye una medida administrativa que recae sobre derechos ya constituidos del mismo titular minero, permitiéndole que se le reconozca el cumplimiento de su obligación de pago de derecho de vigencia.

o) Emitir el Certificado de Devolución del pago del Derecho de vigencia

Sustento.- Constituye una medida administrativa que recae sobre derechos ya constituidos del mismo titular minero, permitiéndole que se le reconozca los pagos realizados y se le devuelva el exceso.

p) Emitir el Certificado de devolución del pago por Penalidad

Sustento.- Constituye una medida administrativa que recae sobre derechos ya constituidos del mismo titular minero, permitiéndole que se le

reconozca los pagos realizados y se le devuelva el exceso.

q) **Reembolsar los abonos acreditados por Derecho de Vigencia y Penalidad con boletas de depósito**

Sustento.- Constituye una medida administrativa que recae sobre derechos ya constituidos del mismo titular minero, permitiéndole que se le reconozca los pagos realizados y se le devuelva el exceso.

r) **Realizar la prospección y evaluación geológica minera de las áreas asignadas al INGEMMET (Áreas de No Admisión de Denuncias – ANADS)**

Sustento.- Constituye una medida administrativa consistente en la investigación del tipo de recurso que podría ser objeto de exploración y/o explotación, cuyo desarrollo, dado las características propias de esta actividad, no implica algún tipo de afectación física importante en el territorio a intervenir ni confiere un derecho para explorar y/o explotar.

s) **Declarar, por excepción, la cancelación de los petitorios que se formulen sobre áreas ocupadas por denuncias, petitorios y concesiones mineras prioritarias**

Sustento.- Constituye una medida administrativa que solo incide sobre la situación jurídica de la persona natural o jurídica que lleva a cabo un trámite administrativo para obtener la concesión minera.

diente y contrastada con las condiciones determinadas para ser calificadas como tales.

Además de las medidas normativas como “expedir resoluciones ministeriales relativas al sector” y “expedir, cuando corresponda, normas técnico – legales para el desarrollo sostenible del sector minería”, a cargo del Ministro y Viceministro de Minas, se determinaron las siguientes medidas administrativas que debieran ser objeto de Consulta Previa, según se acrediten las condiciones para ello:

1. Otorgamiento de la concesión minera
2. Aprobación de la certificación ambiental
3. Concesión de beneficio y autorización de funcionamiento
4. Autorización de inicio de actividades de exploración
5. Autorización de inicio de actividades de explotación
6. Otorgamiento de título de Concesión de Transporte Minero
7. Autorización de funcionamiento de nuevo depósito de desmontes o su recrecimiento
8. Aprobación de Plan de Cierre de Minas
9. Aprobación de modificación de Estudios Ambientales: Estudio de Impacto Ambiental, Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental para Exploración Minera (Categoría I), Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (Categoría II), Modificación del Plan de Manejo Ambiental de Residuos Sólidos
10. Aprobación de Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros

III.4 Propuesta sobre las acciones normativas que deberá adoptar el MEM, en el Subsector Minería e INGEMMET, a efectos de garantizar la implementación de los procedimientos de consulta previa

En el numeral III.3 del presente informe se da cuenta de todas las medidas administrativas que debieran ser sujetas de consulta previa, vistas de manera indepen-

En función al análisis desarrollado en el presente informe, que incorpora la visión del ciclo de vida de un proyecto minero y la manera más óptima de satisfacer los objetivos que persigue la consulta previa, hemos concluido que la consulta previa debe darse antes del otorgamiento de la concesión minera y antes de la certificación ambiental, según las opciones que se plantean. Además, algunas modificaciones o ampliaciones de carácter significativo (con criterios objetivos pre establecidos) y la aprobación de los planes de cierre de pasivos ambientales mineros, también deberían ser medidas sujetas a consulta previa.

Las oportunidades en las que debiera realizarse la consulta previa son las siguientes:

Medida administrativa	Oportunidad del proceso	Derechos tutelados
1. Otorgamiento de concesión minera	1. Individualizada: Como parte de cada procedimiento minero, antes de la resolución de otorgamiento 2. General: En el marco de una Evaluación Ambiental Estratégica; o como parte de un proceso regional o local de "ordenamiento minero"; o en el marco de procesos de Ordenamiento Territorial, cuando se haya regulado este instrumento. En cualquier caso, previamente a declarar áreas peticionables de concesiones mineras	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho al desarrollo y determinar sus prioridades de desarrollo. • Derecho a la participación. • Derecho al territorio.
2. Certificación ambiental	1. Exploración: solo si como parte del proceso de consulta para el otorgamiento de la concesión minera no se ha incluido la realización de actividades de exploración. El proceso se da antes del procedimiento administrativo, durante la elaboración del estudio ambiental. 2. Explotación, beneficio, etc.: El proceso se da antes del procedimiento administrativo de aprobación del EIA, durante la elaboración del estudio ambiental. La etapa de diálogo puede realizarse antes y luego de iniciado el procedimiento administrativo.	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo. • Derecho a la tierra y el territorio. • Derecho a uso de los recursos naturales que se encuentren en su territorio. • Derecho a no ser trasladados sin su consentimiento. • Derecho a la participación
3. Modificación de la certificación ambiental	Explotación, beneficio, etc.: Solo para modificaciones y ampliaciones de carácter especial o excepcional. El proceso se da antes del procedimiento administrativo de aprobación de la modificación del EIA. La etapa de diálogo puede realizarse antes y luego de iniciado el procedimiento administrativo	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo. • Derecho a la tierra y el territorio. • Derecho a uso de los recursos naturales que se encuentren en su territorio. • Derecho a no ser trasladados sin su consentimiento. • Derecho a la participación.
4. Aprobación de Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros	El proceso se da antes del procedimiento administrativo de evaluación del PC-PAM. La etapa de diálogo puede realizarse antes y luego de iniciado el procedimiento administrativo	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo. • Derecho a la tierra y el territorio. • Derecho a uso de los recursos naturales que se encuentren en su territorio. • Derecho a la participación.

Acciones normativas

A continuación señalamos las acciones normativas que deberían considerarse para garantizar la implementación de los procesos de consulta previa en las oportunidades propuestas.

1. Aprobar mediante Decreto Supremo refrendado por el MEM y con opinión del Ministerio de Cultura, un Reglamento de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en el Subsector Minero (en adelante, "Reglamento de Consulta del Subsector Minero"), cuyo contenido debería comprender, entre otros, los siguientes aspectos:

1.1. Aprobar el listado de las medidas administrativas que serán objeto de consulta previa.

Tanto el MEM como el INGEMMET dictan varias medidas administrativas. Para el caso de las medidas administrativas emitidas por el MEM, la presente consultoría ha identificado que nueve de ellas, vistas de manera independiente y sin considerar el ciclo de vida del proyecto minero, deberían ser objeto de consulta (se incluye dentro de estas diez a la certificación ambiental, con la salvedad que su inclusión resulta más de su idoneidad para ser objeto de Consulta Previa, que por sí misma deba serlo). En el caso de las emitidas por el INGEMMET, solo se identificó una medida administrativa. No obstante, la determinación de qué medida administrativa deba ser objeto de consulta previa debería estar alejada lo más posible de la libre discrecionalidad del funcionario público o de su propio criterio, por lo que es conveniente que éstas deban estar definidas en una norma reglamentaria. Así, al incorporarse el enfoque de ciclo de vida del proyecto, este decreto supremo deberá listar las cuatro medidas administrativas que en el subsector minería serían objeto de consulta. De esta manera, también se otorga seguridad jurídica para todos los actores interesados y potencialmente involucrados en las decisiones sujetas a Consulta Previa.

El decreto supremo señalaría que las medidas administrativas objeto de consulta previa son: el otorgamiento de concesión minera; la certificación ambiental (para actividades de exploración cuando corresponda y para las actividades de explotación, beneficio y conexas nuevas; los casos especiales de modificación de la certificación ambiental; y la aprobación de los planes de cierre de pasivos ambientales mineros.

1.2. Regular la consulta previa antes del otorgamiento de la concesión minera

Se podría regular cualquiera de las opciones siguientes para llevar a cabo el proceso de consulta previa antes del otorgamiento de la concesión minera:

a) Consulta previa específica a cada procedimiento minero de otorgamiento de concesión minera:

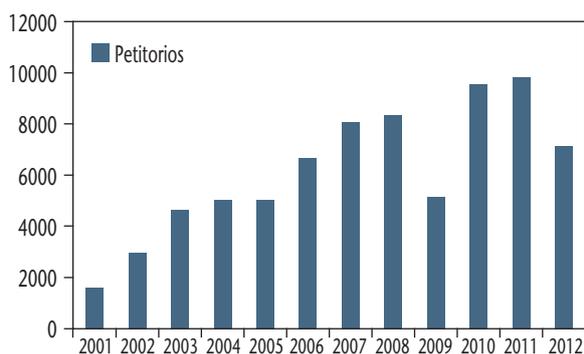
Se tendría que modificar el procedimiento minero para incorporar las siguientes etapas del proceso de consulta previa: identificación de los pueblos (de manera articulada con el Ministerio de Cultura y la base de datos); publicidad de la medida; información sobre la medida; evaluación interna por los pueblos indígenas y el proceso de diálogo.

Dado el actual marco normativo vigente que regula el otorgamiento de concesiones mineras³¹, podría requerirse una modificación de rango legal y la redefinición de los plazos y etapas previstas actualmente en el procedimiento minero. No obstante que estas adecuaciones normativas son posibles de realizarse, un aspecto importante y crítico a considerar, para la viabilidad de esta opción, lo constituye la cuestión sobre si actualmente el Estado, específicamente el INGEMMET y el MEM, tienen las condiciones para atender una gran cantidad de procesos de Consulta Previa vinculados al importante número de petitorios mineros que se tramitan cada año.

A continuación mostramos una tabla que da cuenta del número de petitorios mineros que se han

31 Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, normas modificatorias, complementarias y reglamentarias.

PETITORIOS MINEROS SOLICITADOS 2001-2012



tramitado entre el año 2001 y el año 2012. Como puede observarse, son miles los petitorios mineros tramitados cada año.

Si promediamos los últimos cinco años, estamos hablando de más de ocho mil trámites de petitorios mineros por año. ¿Puede el INGEMMET, incluso con el apoyo del MEM, llevar a cabo procesos de Consulta Previa relacionados a todos estos procesos (en el supuesto que todas estas solicitudes se den sobre territorio indígena)?

Para un real dimensionamiento del volumen de procedimientos administrativos que debieran considerar la Consulta Previa, habría que cruzar la información de la base de datos del Ministerio de Cultura donde se habría identificado - como versión de inicio - los territorios indígenas; con las áreas aún no concesionadas o de libre denunciabilidad del catastro minero; y estimar cuántos petitorios mineros al año deberían insertar el proceso de Consulta Previa en su tramitación. Aun haciendo este ejercicio, probablemente el número siga resultando alto, siendo que a la fecha, ni el INGEMMET ni el MEM reúnen las condiciones para llevar a cabo procesos de consulta en tal magnitud.

No obstante, debido a la naturaleza jurídica de la Consulta Previa, a las fuentes de derecho de donde ésta emana y a la institucionalidad jurídica nacional e internacional que tutelan este derecho, consideramos que no prosperaría una posición de Estado peruano que alegue los límites de sus condiciones materiales como eximentes de la obligación de llevar a cabo la Consulta Previa a los pueblos indígenas previamente

al otorgamiento de una concesión minera. En tal sentido, salvo que el Estado peruano asigne los recursos necesarios y genere las condiciones para realizar procesos de Consulta Previa antes del otorgamiento de cada concesión minera (cuando se incida sobre territorio indígena), deberá evaluarse otras alternativas a través de las cuales se satisfaga esta necesidad. Al respecto, a continuación proponemos algunas alternativas.

b) Identificar y planificar la selección y “apertura” de áreas de alcance regional o local en las cuales se concederán concesiones mineras, sometiendo dichos planes a una Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) dirigida por el MEM y/o INGEMMET, en cuyo proceso de aprobación se insertaría la Consulta Previa. De esta manera, concluido el proceso de la EAE, el o las áreas involucradas quedarían “aptas” para ser concesionadas sin necesidad de llevar a cabo consultas previas por cada petitorio.

La finalidad de la EAE es que cuando el Estado determine y planifique el otorgamiento de concesiones mineras, se internalicen las variables socio ambientales y de tutela de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El alcance de la EAE estaría en función del ámbito local, provincial, regional o por cuencas hidrográficas, que abarque el plan del Estado. A través de la EAE se determinarían las condiciones mínimas de acción del Estado relacionadas a la decisión de otorgar concesiones mineras en un determinado ámbito territorial, de tal manera que la tutela a los derechos de los pueblos indígenas involucrados quede garantizada por compromisos específicos. Algunos de estos compromisos podrían, según sea su alcance, vincular como condición contractual o del título de concesión, a los futuros titulares de concesión minera.

Cabe señalar que la Evaluación Ambiental Estratégica es una herramienta ya regulada en el Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, y en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Eventualmente se requerirían ajustes normativos de carácter procedimental complementarios al Reglamento de la Ley de Consulta Previa, para hacer plenamente efectiva esta alternativa.

c) Una alternativa a la realización de procesos de EAE con el alcance planteado, sería la de llevar a cabo procesos que podríamos denominar de “ordenamiento territorial minero”, que permitan identificar las áreas aptas o abiertas al otorgamiento de concesiones mineras, las áreas restringidas, las áreas con pasivos ambientales mineros, los proyectos mineros y áreas en exploración y/o explotación, etc., que permitan la planificación de políticas y acciones relativas al subsector. Las decisiones para aprobar la implementación de este ordenamiento, de alcance local, regional o por cuencas, serían las que se sometían a consulta previa. El proceso lo conduciría el INGEMMET o el MEM.

El MEM, en su calidad de ente rector del subsector minería, en ejercicio de sus competencias derivadas de ésta condición y las establecidas en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley N° 29158), la Ley Orgánica del Sector Energía y Minas (Decreto Ley N° 25962), su Reglamento de Organización y Funciones (Decreto Supremo N° 031-2007-EM), entre otras; y en ejercicio de sus atribuciones³² podría, de considerarlo necesario, regular mediante Decreto Supremo las condiciones y procedimientos a seguir para llevar a cabo este “ordenamiento territorial minero”.

d) Una tercera alternativa para cuya implementación se requiere el desarrollo de un marco normativo de rango legal y el diseño de mecanismos apropiados para conciliar los distintos intereses involucrados, es el ordenamiento territorial a través de la zonificación ecológica y económica. Así, en los procesos participativos de la definición del ordenamiento territorial podría involucrarse debidamente la participación de los pueblos indígenas y de ser el caso, realizarse procesos de consulta puntuales. Aprobado el ordenamiento territorial, se habrían definido áreas “aptas” para el otorgamiento de concesiones mineras.

En todas estas alternativas la consulta previa debe tener por objeto establecer las condiciones mínimas

que el Estado garantizará para no afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas involucrados al territorio; el desarrollo y la priorización y determinación de estrategias para concretarlo; y el derecho a la participación; o establecer las condiciones para que el futuro desarrollo de actividades mineras potencien el ejercicio de tales derechos y coadyuven significativamente al desarrollo de estos pueblos, dentro de los límites razonables y las limitaciones de información sobre los proyectos que existe al momento de otorgar la concesión minera.

Además, en esta etapa debería procurarse también la obtención del consentimiento para la realización de actividades de exploración minera en las concesiones mineras que se otorguen, de tal modo que no resulte necesario llevar a cabo procesos de consulta previa antes de la certificación ambiental de los proyectos de exploración minera. Esto es posible en tanto que los impactos ambientales y sociales asociados al desarrollo de actividades de exploración minera son altamente previsibles y comunes (a tal punto que la regulación sectorial ha aprobado “Términos de Referencia Comunes”), siendo posible brindar información al respecto al pueblo indígena involucrado por la concesión minera.

1.3. Regular la consulta previa antes del otorgamiento de la certificación ambiental.

La norma debería regular las etapas del proceso de consulta establecidas en la Ley de Consulta Previa: identificación de los pueblos; publicidad de la medida; información sobre la medida; evaluación interna por los pueblos indígenas y el proceso de diálogo compatibilizando estas etapas con el proceso de elaboración del estudio ambiental de exploración (de ser el caso) y de explotación. Así, de inicio, el Estado, como conductor del proceso de consulta, debería garantizar la participación durante la elaboración de la línea de base, del pueblo indígena que previsiblemente resulte involucrado. Luego, una vez que se haya culminado la etapa de evaluación de impactos, se podrá

32 La Directiva N° 003-2008-PCM/SGP define las atribuciones como las facultades sobre una competencia o tareas transversales de la gestión pública, detallándolas de la siguiente manera: a) Normatividad, regulación y políticas; b) Planeamiento; c) Administración y ejecución; y d) Supervisión y evaluación.

tener más certeza de los pueblos indígenas (o comunidades) realmente involucrados por el proyecto minero. El proceso de información y participación por los canales apropiados seguirá hasta que se tenga culminado el proyecto de estudio ambiental que se presentaría al MEM para su aprobación. Ésta sería el proyecto de contenido de la certificación ambiental – es decir, el proyecto de medida administrativa -, por lo que podría iniciarse la etapa de “publicidad de la medida”, asegurando su disponibilidad a los representantes de los pueblos indígenas involucrados en un lenguaje y a través de mecanismos apropiados, desplegándose actuaciones desde el Estado en lo que correspondería a la etapa de “información sobre la medida”. Concluida esta etapa, deberá otorgarse un plazo apropiado para la “evaluación interna por los pueblos indígenas” del proyecto de estudio de impacto ambiental.

En caso que luego de la etapa de evaluación interna del proyecto de medida administrativa los pueblos indígenas manifestaran su conformidad con el contenido del estudio ambiental o por lo menos con los aspectos de su interés, se podrá levantar el “Acta de Consulta”, la cual se incorporará al estudio ambiental para su presentación ante el MEM y evaluación técnica. En caso los pueblos indígenas manifestasen su disconformidad, se iniciará el “proceso de diálogo”, a efectos de evaluar los aspectos que generan tal disconformidad y se pueda obtener el consentimiento.

En caso el proceso de diálogo no concluyera con un acuerdo, el titular del proyecto quedará facultado para iniciar el procedimiento administrativo de evaluación del estudio ambiental. En el marco de dicho procedimiento, deberá regularse una nueva etapa de diálogo, al término de la cual y conjuntamente con el término del procedimiento de evaluación, la autoridad tomará su decisión fundamentada.

Respecto de los proyectos de exploración, se podrá prescindir de realizar consulta previa antes de la certi-

ficación cuando en el proceso de consulta previa para el otorgamiento de concesiones mineras la posibilidad de realizar actividades de exploración haya sido parte del proceso de consulta.

Para la obtención de nuevas certificaciones ambientales, por exploraciones mineras en la misma área evaluada o por ampliación de las actividades de exploración, incluso las que impliquen pasar de la Categoría I a la Categoría II, se llevará a cabo la ejecución de mecanismos de participación³³ que garanticen la efectiva participación indígena, antes de aprobar las nuevas certificaciones ambientales. No se requerirá pasar por un proceso de consulta previa.

1.4. Regular los mecanismos de participación ciudadana a realizar antes, durante y entre las etapas del proceso de consulta previa, de tal manera que estos sean idóneos para garantizar el derecho a la participación de los pueblos indígenas y los fines perseguidos por la consulta previa.

1.5. Regular los mecanismos de participación o espacio permanente de diálogo que deban establecerse aprobado el estudio ambiental e iniciadas las actividades materia de la certificación ambiental, a efecto de canalizar en la participación ciudadana la tutela de los derechos colectivos de los pueblos indígenas ante las variaciones, modificaciones o ampliaciones que normalmente ocurren en las actividades mineras. Asimismo, regular los supuestos de excepción que justificarían la realización de un nuevo proceso de consulta previa respecto del proyecto minero en ejecución.

1.6. Regular las etapas de la consulta previa antes de la aprobación del plan de cierre de pasivos ambientales mineros.

La norma debería regular las etapas del proceso de consulta establecidas en la Ley de Consulta Previa: identificación de los pueblos; publicidad de la

33 La Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM (artículo 2º), lista los mecanismos de participación actualmente aplicables en los procesos de participación ciudadana, tales como distribución de material informativo, oficinas de información permanente, comités de monitoreo participativo, talleres participativos, etc. En la regulación especial que se propone, podría revisarse qué mecanismos resultarían más idóneos.

medida; información sobre la medida; evaluación interna por los pueblos indígenas y el proceso de diálogo compatibilizando estas etapas con el proceso de elaboración del plan de cierre de pasivos ambientales mineros.

III.5 Propuesta de procedimiento administrativo (requisitos, tasa y plazos) para que los pueblos indígenas y originarios presenten su petición de consulta previa

El artículo N° 8 de la Ley de Consulta Previa señala las etapas del proceso de consulta que estarán a cargo de las entidades estatales promotoras de la medida administrativa³⁴. Estas etapas son:

“[...]”

- a. Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
- b. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- c. Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- d. Información sobre la medida legislativa o administrativa.
- e. Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
- f. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
- g. Decisión.”

Así, es la entidad promotora de la medida administrativa quien identifica al o los pueblos indígenas a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial, debiendo remitir información que no esté incluida en ésta al Viceministerio de Interculturalidad para su evaluación e incorporación a dicha Base.³⁵

Por otra parte, de acuerdo al Derecho de Petición consignado en el artículo N° 9 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas pueden solicitar su inclusión en un proceso de consulta o la realización del mismo respecto de una medida administrativa. Para ello, el petitorio deberá remitirse dentro de los quince (15) días calendario de publicado el Plan de Consulta a la entidad promotora de la medida si se desea la inclusión en consultas que se encuentren en proceso; para los casos en que se desee iniciar un proceso de consulta, la presentación del petitorio deberá realizarse desde el día siguiente de la publicación de la propuesta de medida en el Diario Oficial hasta quince (15) días calendario después de ello; si la propuesta de medida no se hubiera publicado aún, el plazo será hasta antes de su publicación.

La entidad promotora decidirá dentro de los siete (7) días calendario de recibido el petitorio. En caso la decisión sea denegar el pedido, la solicitud de reconsideración se realizará ante la misma autoridad. La apelación es resuelta por el Viceministerio de Interculturalidad, quien resolverá en un plazo no mayor de siete (7) días calendario, no teniendo efecto suspensivo y dado por agotada la vía administrativa. Si el pedido es aceptado, pero el proceso de consulta ya se hubiera iniciado, se incorporará al o los pueblos indígenas, adoptando las medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la consulta.

34 Artículo N° 17 de la Ley de Consulta Previa: “Entidad competente.- Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley.”

35 Artículo N° 8 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

III.5.1 No se ha realizado proceso de consulta por considerar que no está ante algún pueblo indígena

El supuesto pueblo indígena a través de sus organizaciones representativas³⁶ presentará el petitorio ante el MEM para su consideración como tal y la posterior realización del proceso de consulta.

Plazo:

El petitorio podrá presentarse hasta antes de emitirse la resolución administrativa que conceda la medida administrativa materia de cuestionamiento.

Requisitos:

- Acreditar, de acuerdo a los criterios de identificación establecidos en el artículo N° 7 de Ley de Consulta Previa, su calidad de pueblo indígena u originario³⁷ a través de un informe suscrito por un profesional de las ciencias sociales.
- La acreditación de los representantes que participarán en el proceso de consulta se realizará conforme a los propios usos y costumbres del pueblo indígena, debiendo ser consignado en un documento formal de acreditación, el cual deberá estar firmado por los responsables del nombramiento de los representantes según corresponda.

Procedimiento:

- El MEM, dentro de los quince (15) días calendario luego de recibido el petitorio, remitirá la

información y documentación correspondiente al Viceministerio de Interculturalidad, solicitando una opinión sobre lo pedido.

- El Viceministerio de Interculturalidad, dentro de los quince (15) días calendario emitirá una opinión sobre lo pedido la cual tendrá efecto vinculante.
- Una vez recibida la opinión vinculante por parte del Viceministerio de Interculturalidad, el MEM decidirá sobre el petitorio dentro de los siete (7) días calendario.
- Con la opinión vinculante del Viceministerio de Interculturalidad, se evaluará la petición de consulta y se emitirá una resolución que la resuelva.
- Si la opinión del Viceministerio de Interculturalidad es negativa, se rechazará el petitorio, pudiendo presentarse una apelación contra dicha resolución, la cual será resuelta por el Ministro de Cultura, quien resolverá en un plazo no mayor de siete (7) días calendario.
- En caso la opinión del Viceministerio de Interculturalidad sea positiva, se adoptará las medidas respectivas para el inicio del proceso de consulta. Por su parte, el Viceministerio de Interculturalidad procederá con la inclusión del pueblo indígena en la Base de Datos Oficial.

36 "Artículo 5.- De la obligación de consultar [...]

c) Las consultas deben realizarse a través de los o las representantes de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas directamente afectados, acreditados conforme al numeral 10.1 del artículo 10 del Reglamento; [...]"

37 "Artículo 7.- Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos.

Los criterios objetivos son los siguientes:

a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
c) Instituciones sociales y costumbres propias.
d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

[...]"

38 "Artículo 5.- De la obligación de consultar

[...]

c) Las consultas deben realizarse a través de los o las representantes de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas directamente afectados, acreditados conforme al numeral 10.1 del artículo 10 del Reglamento;

[...]"

III.5.2 En el proceso de consulta no se ha consignado a uno o más pueblos indígenas.

El pueblo indígena a través de sus organizaciones representativas³⁸ presentará el petitorio ante el MEM para su consideración como tal y la posterior realización del proceso de consulta.

Plazo:

El plazo para la presentación del petitorio deberá remitirse dentro de los quince (15) días calendario de publicado el Plan de Consulta.

Requisitos:

- Acreditar, de acuerdo a los criterios de identificación establecidos en el artículo N° 7 de Ley de Consulta Previa, su calidad de pueblo indígena u originario³⁹ a través de un informe suscrito por un profesional del área de las ciencias sociales.

Si el pueblo indígena estuviera incluido en la Base de Datos Oficial, se presentará una constancia del mismo.

- La acreditación de los representantes que participarán en el proceso de consulta se realizará conforme a los propios usos y costumbres del pueblo indígena, debiendo ser consignado en un documento formal de acreditación, el cual deberá estar firmado por los responsables del nombramiento de los representantes según corresponda.

Si el pueblo indígena estuviera incluido en la Base de Datos Oficial, la acreditación se realizará conforme a lo estipulado por el artículo N° 10 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Procedimiento:

- El MEM, dentro de los quince (15) días calendario luego de recibido el petitorio, remitirá la información y documentación correspondiente al Viceministerio de Interculturalidad, solicitando una opinión sobre lo pedido.
- El Viceministerio de Interculturalidad, dentro de los quince (15) días calendario emitirá una opinión sobre lo pedido la cual tendrá efecto vinculante.
- Una vez recibido la opinión vinculante por parte del Viceministerio de Interculturalidad, el MEM resolverá el petitorio dentro de los siete (7) días calendario.
- Si la opinión del Viceministerio de Interculturalidad es negativa, se rechazará el petitorio, pudiendo presentarse una apelación contra dicha resolución, la cual será resuelta por el Ministro de Cultura, quien resolverá en un plazo no mayor de siete (7) días calendario.
- En caso la opinión del Viceministerio de Interculturalidad sea positiva, se adoptará las medidas respectivas para la incorporación del pueblo indígena en el proceso de cultura.

III.5.3 Se ha considerado que la medida administrativa no afecta los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

El pueblo indígena a través de sus organizaciones representativas⁴⁰ presentará el petitorio ante el MEM para la realización del proceso de consulta.

39 "Artículo 7.- Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos.

Los criterios objetivos son los siguientes:

- a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- c) Instituciones sociales y costumbres propias.
- d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

[...]"

40 "Artículo 5.- De la obligación de consultar

[...]

Plazo:

El petitorio podrá presentarse hasta antes de emitir la resolución administrativa que conceda la medida administrativa materia de cuestionamiento.

Requisitos:

- Acreditar a través de una constancia su inclusión en la Base de Datos Oficial.
- La acreditación de los representantes que participarán en el proceso de consulta se realizará conforme a lo estipulado por el artículo N° 10 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Procedimiento:

- El MEM decidirá dentro de los siete (7) días calendario de recibido el petitorio. En caso la decisión sea denegar el pedido, la solicitud de reconsideración se realizará ante la misma autoridad. La apelación es resuelta por el Ministerio de Cultura, quien resolverá en un plazo no mayor de siete (7) días calendario, no teniendo efecto suspensivo y dado por agotada la vía administrativa.

Si el pedido es aceptado, se adoptará las medidas respectivas para el inicio del proceso de consulta.

III.6 Flujograma que describe la implementación de la Ley 29785 en un procedimiento administrativo del MEM, Subsector Minería e INGEMMET

En el Anexo 2 presentamos el flujograma correspondiente al desarrollo del proceso de consulta previa antes de la certificación ambiental, bajo la premisa de insertar la consulta previa tomando en consideración el ciclo de vida de un proyecto minero.

En la figura 1 del citado anexo mostramos el ciclo de vida de un proyecto minero en un escenario en el

que alcanza todas sus etapas⁴¹: exploración; explotación, beneficio minero y actividades conexas; cierre de minas (progresivo, final y post cierre).

Previamente, se deberá haber obtenido la concesión minera, para cuya entrega debe preceder la realización de Consulta Previa, de acuerdo a lo sustentado en el presente informe. La consulta a los pueblos indígenas previa a la decisión de otorgar concesiones mineras podría comprender también la exposición de información respecto de las actividades que comprende el desarrollo de la etapa de exploración minera y de sus impactos ambientales y sociales habitualmente vinculados a ellos, con la finalidad que el consentimiento que se buscaría obtener respecto del otorgamiento de concesiones comprenda también a la realización de actividades de exploración minera. Este planteamiento se encuentra justificado en la finalidad misma que se busca al otorgar una concesión minera (que se busque el mineral y luego que pueda ser explotado). No se entrega una concesión minera como objeto de resguardo, especulación o mero acaparamiento, sino que desde el momento de su otorgamiento, se activa la "obligación de trabajo" prevista en el TUO de la LGM, por la cual el titular minero debe cumplir una meta de producción en un determinado plazo. Refuerza la posibilidad y conveniencia de consultar respecto de las actividades de exploración al momento de la consulta previa al otorgamiento de la concesión, el hecho que los métodos, actividades y componentes a través de los cuales se realizan las actividades de exploración, así como los impactos ambientales y sociales vinculados a esta actividad son muy similares independientemente de la locación donde se realicen. Esto es así básicamente en las actividades de exploración de la denominada Categoría I, que permite la ejecución de hasta veinte plataformas de exploración. El reconocimiento de esta realidad propició que el Reglamento Ambiental para las Exploraciones Mineras, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM estableciese que el desarrollo de los

c) Las consultas deben realizarse a través de los o las representantes de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas directamente afectados, acreditados conforme al numeral 10.1 del artículo 10 del Reglamento; [...]"

41 Un proyecto minero podría no superar la etapa de exploración, en la medida que no se encuentre mineral o se encontrase en cantidades o calidades insuficientes para justificar la viabilidad económica de una inversión en su extracción.

estudios ambientales debiera hacerse conforme a los "Términos de Referencia Comunes", los cuales fueron aprobados por resolución ministerial del subsector minería.

Conforme al planteamiento expuesto, las figuras 2 y 3 muestran los momentos en los que debe plantearse la consulta previa, según se haya consultado el desarrollo de actividades de exploración de la Categoría I antes del otorgamiento de la concesión o no se haya consultado el desarrollo de actividades de exploración.

De no haberse consultado el desarrollo de actividades de exploración de la Categoría I, antes de otorgar la concesión minera, deberá desarrollarse un proceso de consulta previa durante el proceso de evaluación ambiental antes de la resolución que apruebe la certificación ambiental para una Categoría I.

Las figuras 2 y 3 también muestran la interacción existente entre las licencias de carácter ambiental y social con las licencias y permisos de carácter sectorial, según las etapas del proyecto minero en la que se encuentre. Como se ha indicado en el informe, realizar la consulta previa en la oportunidad de la certificación ambiental permite que las medidas administrativas siguientes del propio subsector minero y aún de otros sectores, ya no deba ser objeto de consulta previa.

Asimismo, las figuras 2 y 3 muestran la interacción que debe existir durante el ciclo de vida del proyecto minero, entre las medidas administrativas que deben obtenerse para el desarrollo del proyecto minero y el proceso de participación ciudadana. Al respecto, se plantea que el concepto vigente de la participación ciudadana actualmente previsto para la actividad minera (proceso que no se vincula únicamente a la existencia de un procedimiento administrativo de aprobación de algún estudio, sino que se extiende a lo largo de la vida útil del proyecto minero), se instrumentalice de manera eficaz, con mecanismos y etapas diseñadas especialmente pensando en las condiciones del pueblo indígena. De esta manera, por regla general no sería necesario someter a nueva consulta previa cada variación o ampliación de los proyectos mineros, sino que bastará que se mantengan abiertos

y eficaces los canales de participación a través de los cuales se cumpla con la finalidad de resguardo de los derechos de los pueblos indígenas.

Bajo la idea expuesta, si ya se realizó consulta previa respecto de las actividades de exploración de Categoría I (ya sea de manera previa al otorgamiento de la concesión minera o para la certificación ambiental de actividades de exploración de Categoría I), con un buen proceso de participación ciudadana en el que se garantice la participación indígena, a través de mecanismos adecuados, no será necesario realizar una nueva Consulta Previa por ampliaciones a las actividades de exploración, aún si estas progresasen hacia la Categoría II.

La certificación ambiental para la etapa de explotación, beneficio minero y conexas sí estará sujeta a consulta previa, por la dimensión de impactos ambientales y sociales normalmente asociados a su desarrollo. El proceso de consulta a seguir será el recomendado en el numeral 1.3 de las acciones normativas.

Bajo el mismo supuesto de la continuidad de un proceso de participación ciudadana con mecanismos eficaces que garanticen la participación indígena, las ampliaciones o modificaciones al proyecto minero de explotación y/o beneficio no deben pasar nuevos procesos de Consulta Previa, salvo que las ampliaciones o modificaciones sean de tales características que puedan afectar de manera distinta de lo evaluado, a los derechos de los pueblos indígenas.

En la figura 4 mostramos todas las etapas del proceso de consulta previa previstas en la Ley de Consulta Previa. En las figuras 5, 6 y 7 desarrollamos la propuesta de cómo debe darse la relación entre las etapas del proceso de consulta previa con las actividades y etapas de la evaluación del impacto ambiental que culmina con la certificación ambiental.

Finalmente, en la figura 8 se muestra un diagrama de flujo del proceso de consulta previa en relación a la aprobación de la certificación ambiental, determinándose las etapas del proceso acorde con lo dispuesto en la ley y el proceso de evaluación del impacto ambiental.

IV. Conclusiones y recomendaciones

1. La Ley de Consulta Previa constituye uno de los hitos más importante en la legislación nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas, al haber activado en el Estado peruano la necesidad de considerar las obligaciones derivadas del Convenio 169, pre existentes por ya casi cuatro lustros. Corresponde ahora transitar desde una situación de permanente omisión en la aplicación de la Consulta Previa, hacia un escenario en el que el Estado tiene el papel de garante de su pleno cumplimiento. Para arribar con éxito a dicho escenario el Estado y la sociedad en su conjunto deberán encarar la compleja tarea de generar la institucionalidad y los marcos normativos reglamentarios para la aplicación de la ley sin disminuir los estándares y objetivos del derecho a la Consulta Previa reconocido en el Convenio 169 de la OIT.
2. El marco irreductible para entender el contenido y alcance de este derecho es el que configura el propio Convenio 169, las sentencias de la Corte IDH, la Declaración de NUDPI y los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional peruano. Es en este marco que debe contextualizarse la aplicación de la Ley de Consulta y su Reglamento.
3. La reglamentación nacional del derecho a la Consulta Previa no puede contravenir su propia ley originaria ni, menos aún, al Convenio 169, por lo que el alcance sobre “medida administrativa” no se limitará a aquel acto administrativo “que faculte el inicio de las actividades de exploración o explotación del proyecto minero”, sino a todo aquel que sea susceptible de afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En el presente informe se sustentan las condiciones que debiera reunir una medida administrativa para concluir que afecta directamente los derechos del pueblo indígena.
4. Se ha identificado todas las medidas administrativas que son emitidas por el MEM y el INGEMMET, respecto de las cuales se seleccionó y fundamentó cuales deberían ser sometidas a Consulta Previa y cuáles no. Como resultado del análisis de cada medida administrativa se evidenció las limitaciones de llevar a cabo procesos de Consulta Previa por cada una que, de manera individualizada, reuniese las condiciones para ello. Como era previsible, existen varias medidas administrativas que, consideradas de manera independiente, reunirían las condiciones para ser objeto de consulta; sin embargo, probablemente la gran mayoría o la totalidad de ellas estará relacionada al desarrollo del mismo proyecto minero. En tal sentido, es indispensable integrar la visión del ciclo de vida del proyecto minero en el análisis de las medidas administrativas que debieran ser objeto de Consulta Previa, de tal manera que se identifique una o algunas cuantas de naturaleza idónea para llevar la consulta, satisfaciendo sus objetivos y en consecuencia prescindiendo de la ejecución de múltiples procesos de consulta posteriores asociadas a otras medidas administrativas relacionadas al proyecto minero, dentro del propio subsector minero o en otros sectores.
5. El otorgamiento de una concesión minera constituye una medida administrativa que debe ser objeto de consulta previa, en tanto que sus efectos jurídicos pueden afectar los derechos al territorio, desarrollo y participación de los pueblos indígenas. Esta conclusión es resultado del análisis realizado conforme a la metodología definida en el presente informe para la identificación de medidas administrativas objeto de Consulta Previa. Considera además el tratamiento y los fundamentos que respecto de la concesión (y en lo posible respecto de la concesión para aprovechar recursos minerales) se tiene a la luz del propio Convenio 169, las sentencias de la Corte IDH, la Declaración de NUDPI y los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional peruano, y en ese contexto también lo dispuesto por la Ley de Consulta Previa.

6. Para efectos de otorgar concesiones extractivas o de realizar planes y proyectos de inversión y desarrollo que afecten los recursos naturales en territorios indígenas o tribales, la Corte IDH ha identificado tres condiciones obligatorias que se derivarían del artículo 21 de la Convención Americana y que deben aplicarse cuando los Estados contemplan otorgar tales derechos o aprobar tales planes y proyectos: a) realizar o supervisar evaluaciones previas de impacto ambiental y social; b) consultar con el pueblo indígena de conformidad con sus tradiciones; y, c) garantizar a sus miembros una participación razonable de los beneficios. Como se observa, una de estas condiciones implica que la evaluación del impacto ambiental deba efectuarse antes del otorgamiento de la concesión minera, lo cual no se condice con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

Aplicar los criterios de la Corte IDH implicaría la necesidad de efectuar varios cambios a nuestro sistema normativo de aprovechamiento de recursos minerales. No obstante, si bien el artículo N° 2 de la Convención Americana impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a los estándares de la Convención, para asegurar el goce efectivo de los derechos que ésta consagra, consideramos que el Estado peruano podría cuestionar de manera fundamentada la pretensión de entender necesaria una adecuación de su marco normativo de otorgamiento de concesiones mineras, en el extremo de tener que invertir la secuencia actual y por lo tanto exigir una evaluación del impacto ambiental previamente al otorgamiento de la concesión minera. Este cuestionamiento podría ampararse en la naturaleza y características del desarrollo de las actividades mineras, aspecto que parece no haber sido debidamente ponderado por la Corte IDH. Aun así, estos argumentos no permiten desconocer el criterio de la Corte IDH según el cual debe realizarse la Consulta Previa antes de otorgar el derecho de concesión minera.

7. El derecho al territorio, concebido éste como un elemento integrante de la cosmovisión del pue-

blo indígena, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural, costumbres, tradiciones, etc.; se ve afectado cuando el Estado, en relación al mismo espacio, concede a un tercero un derecho de naturaleza real e inmueble (oponible a terceros e íntimamente ligados al suelo) para explorar y explotar un recurso natural que potencialmente afectará al territorio y sus recursos. También implica una afectación a la dimensión inmaterial que tiene el derecho al territorio para los pueblos indígenas.

El derecho al desarrollo y a priorizar y determinar las estrategias para su desarrollo se ve afectado cuando el Estado otorga una concesión minera puesto que tal acción lleva implícita una decisión respecto de la opción de desarrollo que se busca implementar en el territorio, la misma que debiera ser consultada. La concesión otorga el derecho para explorar y extraer un recurso, y tal derecho no se pierde ni su existencia está condicionada. Por sí mismo y en razón a su fortaleza jurídica ese derecho es altamente transable en el mercado; puede servir de garantía real para obtener financiamiento; le permite a su titular a oponerse a cualquier intervención con fines extractivos que ocurra en ellos (pues tiene un derecho exclusivo); y no puede ser revocado si el titular cumple las obligaciones de carácter administrativas previamente establecidas por la legislación minera. Adicionalmente, ese derecho se inserta en un sistema de garantías a la inversión que otorga el Estado. Todos estos son efectos jurídicos que derivan directamente del título de concesión minera, independientemente que se desarrolle o no la actividad minera.

La concesión minera, cuya naturaleza jurídica la hace indesligable del suelo y oponible a terceros, incluyendo como tales al pueblo indígena y al propio Estado, debe ser además protegida por su concedente, el Estado. Ello genera una situación que sin la adecuada institucionalidad y decisión política podría generar una relación inversamente proporcional entre la tutela y garantías que el Estado debe otorgar al titular de la concesión minera y su deber de proporcionar los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas

de los pueblos indígenas, proporcionando los recursos necesarios para este fin.

El Convenio 169 y la Ley de Consulta Previa han establecido claramente que el Estado tiene el deber de celebrar consultas y los pueblos indígenas el derecho a participar activamente en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo que planifique implementar.

8. El otorgamiento de la certificación ambiental por sí mismo no constituye una medida administrativa de la cual emanen efectos jurídicos que puedan afectar directamente los derechos colectivos del pueblo indígena, puesto que ni concede derechos para explorar y explotar ni constituye una autorización para el desarrollo de actividades mineras. No obstante estas características, conforme a las cuales el otorgamiento de la certificación ambiental no necesariamente sería una medida administrativa sujeta a consulta previa, proponemos que sí se realice el proceso de Consulta Previa para su aprobación, en razón de: a) las ventajas que proporciona el proceso que se lleva a cabo para elaborar el contenido de la medida administrativa y para evaluar su aprobación; b) las obligaciones que se generan con la medida administrativa, que determinan el contenido de la tutela a los derechos del pueblo indígena; y c) la naturaleza de requisito previo y contenido sustancial para la adopción de otras medidas administrativas que tiene la certificación ambiental.
9. Además de las medidas normativas como “expedir resoluciones ministeriales relativas al sector” y “expedir, cuando corresponda, normas técnico – legales para el desarrollo sostenible del sector minería”, a cargo del Ministro y Viceministro de Minas, se determinaron las siguientes medidas administrativas que en razón a su propio alcance o por conveniencia (en el caso de la certificación ambiental) debieran ser objeto de Consulta Previa, según se relacionen con la potencial afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas:
 - a. Otorgamiento de la concesión minera
 - b. Aprobación de la certificación ambiental

- c. Concesión de beneficio y autorización de funcionamiento.
- d. Autorización de inicio de actividades de exploración.
- e. Autorización de inicio de actividades de explotación.
- f. Otorgamiento de título de Concesión de Transporte Minero.
- g. Autorización de funcionamiento de nuevo depósito de desmontes o su recrecimiento.
- h. Aprobación de Plan de Cierre de Minas.
- i. Aprobación de modificación de Estudios Ambientales: Estudio de Impacto Ambiental, Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental para Exploración Minera (Categoría I), Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (Categoría II), Modificación del Plan de Manejo Ambiental de Residuos Sólidos.
- j. Aprobación de Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros.

En función al análisis desarrollado en el presente informe, que incorpora la visión del ciclo de vida de un proyecto minero y la manera más óptima de satisfacer los objetivos que persigue la Consulta Previa, se recomienda que ésta deba darse solamente en los siguientes momentos: antes del otorgamiento de la concesión minera y antes de la certificación ambiental. Además, algunas modificaciones o ampliaciones de carácter significativo de la certificación ambiental (con criterios objetivos pre establecidos) y la aprobación de los planes de cierre de pasivos ambientales mineros, también deberían ser medidas sujetas a consulta previa.

10. En el presente informe se detallan las acciones normativas que deberían considerarse para garantizar la implementación de los procesos de consulta previa en las oportunidades propuestas. La principal es aprobar mediante Decreto Supremo del MEM, un Reglamento de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en el Subsector Minero (en adelante, “Reglamento de Consulta del Subsector Minero”), cuyo contenido debería comprender, entre otros, los aspectos descritos en el numeral III.4.

V. Anexos

Anexo I

CUADRO RESUMEN DE IDENTIFICACIÓN Y SUSTENTO DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS SUJETAS A CONSULTA PREVIA – MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS E INGEMMET.

(Los cuadros se encuentran en archivo adjunto en esta carpeta).

Anexo II

FLUJOGRAMA DEL DESARROLLO DE LA CONSULTA PREVIA PARA LA CERTIFICACIÓN AMBIENTAL

(El diagrama se encuentra en archivo adjunto en esta carpeta).

VI. Normas

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. 107ª Sesión Plenaria del 13 de setiembre de 2007.

DECRETO SUPREMO N° 014-92-EM: Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. (04 de junio de 1992)

DECRETO SUPREMO N° 018-92-EM: Reglamento de Procedimientos Mineros (08 de setiembre de 1992)

DECRETO SUPREMO N° 03-94-EM: Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. (15 de enero de 1994)

DECRETO SUPREMO N° 049-2001-EM: Reglamento de Fiscalización de las Actividades Mineras. (06 de setiembre del 2001)

DECRETO SUPREMO N° 033-2005-EM: Reglamento para el Cierre de Minas. (15 de agosto del 2005)

DECRETO SUPREMO N° 059-2005-EM: Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera. (08 de diciembre del 2005)

DECRETO SUPREMO N° 061-2006-EM: Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas. (29 de octubre del 2006)

DECRETO SUPREMO N° 031-2007-EM: Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas. (26 de junio del 2007)

DECRETO SUPREMO N° 035-2007-EM: Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico - INGEMMET. (06 de julio del 2007)

DECRETO SUPREMO N° 020-2008-EM: Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera. (02 de abril del 2008)

DECRETO SUPREMO N° 019-2009-MINAM: Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. (25 de setiembre del 2009)

DECRETO SUPREMO N° 055-2010-EM: Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional y otras medidas complementarias en minería. (22 de agosto del 2010)

DECRETO SUPREMO N° 058-2011-PCM: Actualizan la calificación y relación de los Organismos Públicos. (05 de julio del 2011)

DECRETO SUPREMO N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). (03 de abril del 2012)

DECRETO SUPREMO N° 013-2002-EM: Reglamento de la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal. (21 de abril del 2012)

DECRETO SUPREMO N° 020-2012-EM: Modificación del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo 018-92-EM, a fin de uniformizar criterios para la evaluación y otorgamiento de Autorización de Beneficio, Concesión de Beneficio e inicio de actividad de exploración y/o explotación, para la Minería Artesanal, Pequeña Minería, Mediana Minería y Gran Minería. (06 de junio del 2012)

DECRETO SUPREMO N° 030-2012-EM: Modifican Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas. (10 de agosto del 2012)

DECRETO SUPREMO N° 041-2012-EM: Texto Único de Procedimientos Administrativos del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico - INGEMMET. (14 de octubre del 2012)

Ley N° 26615, Ley del Catastro Minero Nacional. (25 de mayo de 1996)

Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. (26 de junio de 1997)

Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental. (23 de abril del 2001)

Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras. (06 de junio del 2001)

Ley N° 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal. (24 de enero del 2002)

Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional (31 de mayo del 2004)

Ley N° 28271, Ley que regula los Pasivos Ambientales de la Actividad Minera. (06 de julio del 2004)

Ley N° 28611, Ley General del Ambiente. (15 de octubre del 2005)

Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. (20 de diciembre del 2007)

Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). (07 de setiembre del 2011)

Resolución Ministerial N° 548-2009-MEM/DM, Declaran infundado recurso de reconsideración interpuesto por Shougang Hierro Perú S.A.A. contra la R.M. N° 456-2009-MEM-DM. (29 de diciembre del 2009)

Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM/DM, Modifican Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Dirección General de Minería. (13 de enero del 2013)

VII. Abreviaturas

ANADS	Áreas de No Admisión de Denuncios
CEACR	Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT
Convenio 169	Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Declaración NUDPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
DGAAM	Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros
DGM	Dirección General de Minería
DREM	Dirección Regional de Energía y Minas
EA	Evaluaciones Ambientales
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
EIAP	Estudios de Impacto Ambiental Preliminar
EIASsd	Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado
IGV	Impuesto general a las ventas
INGEMMET	Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico
IPM	Impuesto de Promoción Municipal
LGM	Ley General de Minería
LOARN	Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales
MEM	Ministerio de Energía y Minas
MML	Municipalidad Metropolitana de Lima
OEFA	Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PAMA	Programas de Adecuación y Manejo Ambiental
PCM	Presidencia del Consejo de Ministros
PC-PAM	Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros
ROF	Reglamentos de Organización y Funciones
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TUO de la LGM	Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería
TUPA	Texto Único de Procedimientos Administrativos
UEA	Unidades Económicas Administrativas

VIII. Bibliografía

- **Doctrina**

CENTER FOR A WORLD IN BALANCE. *"Our Common Future: Brundtland Report"*. 1987.

- <http://worldinbalance.net/intagreements/1987-brundtland.php>

CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA Y APLICACIÓN PRÁCTICA (CAAAP). *"Los retos de la Implementación de la Consulta: aportes para un diálogo intercultural entre el Estado y los Pueblos Indígenas."* Lima, Perú. 2012.

CLAVERO, Bartolomé. *"Informe sobre el Perú tras la Ley de Consulta: Estándares Internacionales, Empresas Extractivas, Consentimiento Indígena."*

- <http://clavero.derechosindigenas.org>. Enero, 2012.

CLAVERO, Bartolomé. *"Derechos de los Pueblos Indígenas: Ejercicio y aplicación, avances y retrocesos (especialmente sobre los del derecho de consulta y consentimiento)."* IV Encuentro Latinoamericano de Gobiernos Locales para Vivir Bien en Territorios Indígenas, Campesinos y Comunidades Interculturales. La Paz, Bolivia. Noviembre, 2011.

CLAVERO, Bartolomé. *"Perú: Control de Constitucionalidad, Justicia Indígena y Derecho de Consulta."* Enero, 2012.

- <http://clavero.derechosindigenas.org>

COMISIÓN DE CONSULTA DEL GRUPO DE DIÁLOGO MINERÍA Y DESARROLLO SOSTENIBLE (GDMDS). *"Aportes al Proceso de implementación del Derecho de Consulta"*. Lima, Perú. Febrero, 2012.

COMUNICACIONES ALIADAS. *"Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas."* Lima, Perú. 2011

CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES AMAZÓNICAS DEL PERÚ. *"Carta N° 14.01.00-2012/CONAP dirigida al Defensor del Pueblo sobre Posición de la CONAP sobre el Proceso de Consulta del Borrador del Reglamento de la Ley de Consulta y otros temas relacionados de interés de los Pueblos Indígenas y el país."* (Carta recibida por la Defensoría del Pueblo el 13 de marzo del 2012).

CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES AMAZÓNICAS DEL PERÚ. *"Carta N° 12.01.00-2012/CONAP dirigida al Presidente del Consejo de Ministros sobre Posición de la CONAP sobre los resultados del diálogo con el Estado en relación al Borrador del Reglamento de la Ley de Consulta y otros temas relacionados de interés de los Pueblos Indígenas y el país."* (Carta recibida por la PCM el 13 de marzo del 2012).

COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS - Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas. *"Análisis del Reglamento de la Ley de Consulta Previa - Decreto Supremo N°001-2012-MC"*. Mayo, 2012.

- http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc07062012-112934.pdf

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *"Reporte de Conflictos Sociales N. °106"*. Diciembre, 2006.

- <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2012/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-106-Diciembre-2012.pdf>

DIARIO BIZNEWS.PE – Diario Digital de negocios. “Culmina disputa por terrenos para polo petroquímico en Marcona”. (22 de enero del 2010).

- <http://biznews.pe/noticias-empresariales-nacionales/culmina-disputa-por-terrenos-para-polo-petroquimico-en-marcona>

DIARIO EL COMERCIO. “Gobierno culpa a Shougang de detener industria petroquímica”. (14 de enero del 2010)

- http://elcomercio.pe/impres/imprensa/notas/gobierno-culpa-shougang-detener-industria-petroquimica_1/20100114/397294

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF) y OXFAM AMÉRICA. “El derecho a la Consulta previa, libre e informada de los Pueblos Indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.” Primera Edición. Marzo, 2011.

- http://www.observatori.org/documents/INFORME_DERECHO_CONSULTA_2011.pdf

ENCUENTRO NACIONAL PARA LA EVALUACIÓN DEL BORRADOR DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA. “Acta de acuerdos de bases regionales de CONAP, ARPI - AIDSESEP y otros líderes y lideresas amazónicas.” Lima. 2012.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO). Depósito de Documentos: “La radio y procesos participativos de desarrollo sostenible en la región amazónica”.

- <http://www.fao.org/docrep/x5600s/x5600s00.htm>

GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas.”

- <http://www.gordillo.com>

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “Diálogo, consulta, consentimiento: Las comunidades y el Tribunal Constitucional.”

- <http://www.palestraeditores.com/distribuidor/boletin/editorial.pdf>

HALL, Gillette y PATRINOS, Harry. “Indigenous Peoples, Poverty and Development.” World Bank. 2010.

INFORME DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. “Perú: Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169) (Ratificación: 1994)”. PAÍS. 2011.

INFORME DE LA COMISIÓN MULTISECTORIAL CREADA POR RESOLUCIÓN SUPREMA N° 189-2012-PCM. “Ejes estratégicos de la Gestión Ambiental”. Octubre 2012.

- <http://sinia.minam.gob.pe/index.php?accion=verElemento&idElementoInformacion=1244>

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. Programa Justicia Viva - Programa de Pueblos Indígenas. “Balance de la Justicia y de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Perú del 2011.” Lima, Perú. 2012.

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. Programa Justicia Viva - Programa de Pueblos Indígenas. “Sistema de justicia y derechos de pueblos indígenas en el Perú. Balance del año 2012.” Lima, Perú. 2012.

IWGIA. “Informe 5 - Perú: Crónica de un engaño. Los intentos de enajenación del territorio fronterizo Awajún en la Cordillera del Cóndor a favor de la Minería”. 2009

- http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0286_Cronica_de_un_Engano.pdf

LA ROSA CALLE, Javier y RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *“Derecho a la consulta previa en el Perú: A modo de balance del primer año de Humala.”* Agosto, 2012.

- <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=866>)

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS – Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. *“Oficio N° 1553-2011-MEM/DGAAM: Consulta en torno a la Declaración de Impacto Ambiental.”* 2011.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS – Dirección General de Minería. *“Guía de Inversiones de la Gran y Mediana Minería. Guías Mineras 2008”.*

- <http://es.scribd.com/doc/96600222/Guia-Para-La-Inversion-en-Mineria>

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS – Oficina General de Asesoría Jurídica. *“Informe N° 258-2011-MEM/OGJ: Solicitud de Opinión Legal sobre aplicación de la Consulta Previa en el Departamento de Puno.”* 2011.

MINISTERIO DEL AMBIENTE. *“Lineamientos de Política para el Ordenamiento Territorial.”*

- http://www.minam.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=616:aprueban-lineamientos-de-politica-para-el-ordenamiento-territorial&catid=1:noticias&Itemid=21

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *“La Consulta Previa a Grupos Étnicos en Colombia. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio.”* Segunda Edición. Bogotá, Colombia. 2009.

NACIONES UNIDAS – DERECHOS HUMANOS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos – Colombia. *“El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos.”* 2008.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Respuesta a la Defensoría del Pueblo sobre pedido de aclaración respecto de los artículos 6º, 7º y 15º del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales por la Directora del Departamento de Normas Internacionales de Trabajo, Cleopatra Doumle-Henry. (Carta recibida por la Defensoría del Pueblo el 01 de agosto del 2007).

OIT - CEACR. *“Observación General 2011 sobre la obligación de Consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169).”* 2011

- <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oit-ceacr/725-2011-ceacr-obs-general-consulta.html>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS - Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. *“Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.”* 2009.

- <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.VIII.htm>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO - Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169). *“Los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT.”* Primera Edición. Ginebra, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO - Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169). *“Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina. Una recopilación de casos.”* Ginebra, 2009.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) – oficina Perú. *“Informe sobre Desarrollo Humano Perú 2009. Por una densidad del Estado al servicio de la gente.”* Primera Edición. Perú, 2010.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) – oficina Perú. *“Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010. Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad.”* Costa Rica, 2010.

RENSHAW, Jonathan y WRAY, Natalia. *“Indicadores de bienestar y pobreza indígena.”* Banco Interamericano de Desarrollo (BID). 2004.

ROEL ALVA, Luis y RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *“Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los Pueblos Indígenas.”* Instituto de Defensa Legal. Lima, Perú. 2011.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *“Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos?”* Setiembre, 2011.

- <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *“¿Cómo sacarle la vuelta al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas? ¿El derecho civil vs el derecho constitucional?”* Diciembre, 2011.

- <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=718>

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *“Nueva sentencia del TC sobre derecho a la consulta: un paso adelante, dos atrás.”* Marzo, 2011.

- <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=507>

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *“Son válidas las concesiones mineras y petroleras no consultadas.”* Agosto, 2012.

- <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=882>

SALAZAR LAYNES, ANA. *“Actividades mineras en zonas de amortiguamiento de áreas naturales protegidas”.* Cathedra Lex - Boletín Electrónico. Año 1, Número 1. Setiembre, 2011.

- <http://www.cathedralex.com/pdf/BoletinN1.pdf>

VELÁSQUEZ, Fabio. *“La consulta previa en Colombia: el debate está abierto”.*

- <http://www.redextractivas.org/es/2012-02-10-17-31-28/punto-de-vista-edicion-n-3/la-consulta-previa-en-colombia-el-debate-esta-abierto.html>

VI ENCUENTRO MACROREGIONAL CENTRO. *“Acta de análisis y acuerdos del Bloque Amazónico en relación al Borrador del Reglamento de la Ley de Consulta.”* Huancayo, Perú. 2012.

YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. *“De la tutela a los Derechos de Libre Determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento - Fundamentos, balance y retos para su implementación.”* Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Lima, Perú. 2009.

- **Jurisprudencia Internacional**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *“Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”.* Sentencia de 31 de agosto del 2001. Fondo, reparaciones y costas.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *“Caso Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay”*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, reparaciones y costas.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *“Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas.”*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *“Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas.”*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *“Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y reparaciones.

- **Jurisprudencia Nacional**

INGEMMET. *Resolución de Presidencia N° 1193-2012-INGEMMET/PCD/PM sobre Petitorio Minero ANTA 49*. Publicado el 27 de abril del 2012

PODER JUDICIAL - 59° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. *“Proceso de Cumplimiento: Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) vs. Ministerio de Energía y Minas.”* Expediente N° 34901-2008, Sentencia del 27 de noviembre del 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 03343-2007-PA/TC del 19 de febrero del 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 06316-2008-PA/TC del 02 de julio del 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 026-2009-PI/TC del 30 de julio del 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 028-2009-PI/TC del 30 de julio del 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 06316-2008-AA/TC del 11 de noviembre del 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 027-2009-PI/TC del 05 de enero del 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 022-2009-PI/TC del 09 de junio del 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 05427-2009-PC/TC del 30 de junio del 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 024-2009-PI/TC del 22 de Julio del 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 023-2009-PI/TC del 21 de setiembre del 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 025-2009-PI/TC del 17 de marzo del 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 01126-2011-HC/TC del 11 de setiembre del 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia N° 00005-2012-PI/TC del 23 de octubre del 2012.