



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**“Estándares internacionales y oportunidad de la consulta previa en
comunidades campesinas 2019 – 2020”**

Caso Coroccohuayco Espinar

PARA OPTAR AL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

Bach. Helio Nestor Cruz Chuchullo

ASESOR

Mgt. José Chuquimia Hurtado.

CUSCO – PERÚ

2020



Dedicatoria

*Dedico esta tesis a Micaela, Filomena, a
mis padres Modesta y Tiburcio, a mi
familia por su infinito apoyo, su paciencia y
su confianza en mí.*



Agradecimiento

*Quiero extender mi agradecimiento a la asociación
Derechos Humanos Sin Fronteras por su incondicional
apoyo en la investigación sobre la consulta previa en
Espinar.*



Resumen

La consulta previa es aplicable en el Perú desde el año 1995, sin embargo, entra en vigencia el año 2012 a través de la Ley de consulta y su la reglamentación un año después, con la cual recién es aplicable a los pueblos originarios, principalmente en las comunidades nativas en la zona selva de nuestro país, seguido de continuos eventos de conflictividad socio ambiental en comunidades campesinas.

Ante la conflictividad socio ambiental la respuesta del Estado ha sido reprimir con la fuerza militar policial hasta denominar a las personas originarias o indígenas como *ciudadanos de segunda clase*, todo esto ha agudizado las graves diferencias que coexisten entre comunidades originarias, la Empresa y el propio Estado.

La investigación está centrada en identificar los estándares internacionales, así como establecer la oportunidad para la aplicación del proceso de consulta.

En el primer capítulo abordamos la metodología, objetivos, hipótesis y el problema para el desarrollo de la investigación, seguido del capítulo segundo en el que nos centramos en el marco teórica, en el que se encuentran instrumentos normativos e ilustrativo, organismos internacionales, comunidades campesinas y derechos colectivos, pueblos originarios, estándares internacionales y las fases de consulta. En el capítulo tercero y cuarto no dedicamos contextualizar a partir de la conflictividad socio ambiental, análisis del caso Coroccohuayco en la provincia de Espinar y los resultados de la investigación.

Identificar la oportunidad de consulta previa es la fase sustancial, de ella surgirá la necesidad de analizar sobre la reparación y afectación social y ambiental en las comunidades campesinas. La ley debe proteger a los pueblos y ello nos llevará inevitablemente a consultar el instrumento ambiental antes de su aprobación, así como de la aplicación de estándares internacionales en la consulta.



Abstract

Prior consultation is applicable in Peru since 1995, however, it comes into force in 2012 through the Consultation Law and its regulation a year later, with which it is only applicable to indigenous peoples, mainly in the native communities in the jungle area of our country, followed by continuous events of socio-environmental conflict in peasant communities.

Faced with the socio-environmental conflict, the State's response has been to repress with the military police force to denominate native or indigenous people as second-class citizens, all this has exacerbated the serious differences that coexist between native communities, the Company and the State itself.

The research is focused on identifying international standards, as well as establishing the opportunity for the application of the consultation process.

In the first chapter we address the methodology, objectives, hypotheses and the problem for the development of the research, followed by the second chapter in which we focus on the theoretical framework, in which there are normative and illustrative instruments, international organizations, peasant communities and collective rights, indigenous peoples, international standards and the consultation phases. In the third and fourth chapters we do not dedicate contextualizing, based on the socio-environmental conflict, the analysis of the Coroccohuayco case in the province of Espinar and the results of the investigation.

Identifying the opportunity for prior consultation is the substantial phase, from which will arise the need to analyze the repair and social and environmental impact on peasant communities. The law must protect the peoples and this will inevitably lead us to consult the environmental instrument before its approval, as well as the application of international standards in the consultation.



Índice

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Resumen	iv
Abstract	v
Índice.....	vi
Capítulo I.....	1
El problema y el método de investigación.....	1
1.1 Problema	1
1.1.1 Situación problemática	1
1.1.2 Formulación del problema	4
a) Problema general.....	4
b) Problemas específicos.....	5
1.2 Objetivos de la investigación	5
1.2.1 Objetivo general	5
1.2.2 Objetivos específicos	5
1.3 Justificación de la investigación.....	6
1.3.1 Conveniencia del estudio	6
1.3.2 Relevancia Social o contemporánea.....	6
1.3.3 Implicaciones prácticas	7



1.3.4	Utilidad metodológica.....	7
1.4	Método.....	7
1.4.1	Diseño metodológico	7
1.4.2	Diseño contextual.....	8
1.4.3	Escenario y tiempo.....	8
1.4.4	Coyuntura.....	8
1.4.5	Unidades de estudio	9
1.5	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	9
1.5.1	Análisis documental	9
1.5.2	Técnicas e instrumentos	10
1.6	Población y muestra.....	10
1.7	Hipótesis y categorías de estudio	12
1.7.1	Hipótesis general.....	12
1.7.2	Hipótesis específica.....	12
1.8	Categorías de estudio	12
	Capítulo II.....	15
	Marco Teórico	15
	Sub capítulo I.....	15
	Instrumentos normativos e ilustrativos sobre consulta previa	15
2.1	Instrumentos normativos	15
2.2	Instrumentos ilustrativos.....	17



2.3	Organismos internacionales y nacionales	18
	Pueblos originarios y derechos colectivos	20
2.4	De Ayllus a comunidades indígenas y comunidades campesinas	20
	a.- Imperio Inca (Ayllu)	21
	b.- Colonial (Reducción de indios)	22
	c.- Republica	22
2.5	Derecho colectivo de poblaciones originarias o indígenas.....	27
	2.5.1 Identidad cultural	27
	2.5.2 La participación.....	28
	2.5.3 A ser consultado.....	28
	2.5.4 Decidir o elegir prioridades de desarrollo.....	29
	2.5.5 Derecho a conservar sus costumbres e instituciones	29
	2.5.6 Jurisdicción comunal especial.....	29
	2.5.7 Al territorio y la tierra	30
	2.5.8 Derecho a los recursos naturales	30
	2.5.9 Derecho a la salud intercultural.....	30
	2.5.10 A la educación intercultural, lengua o idioma	30
	Sub capítulo II	31
	La consulta a comunidades campesinas y los estándares internacionales	31
2.6	La consulta previa	31
2.7	La consulta desde el Tribunal Constitucional	34
2.8	Su naturaleza jurídica	35
2.9	Su objeto.....	35



2.10	Sus principios.....	36
2.11	Brevemente sobre el consentimiento	37
2.12	Beneficios compartidos como derecho de las comunidades indígenas	37
2.13	En relación al instrumento de gestion ambiental	38
2.14	Siete fases o etapas de la consulta previa en el Perú	39
	Etapa 1.- Identificación de la medida a ser consultada	41
	Etapa 2.- Identificación de comunidades originarias	42
	Etapa 3.- Publicidad	46
	Etapa 4.- Información.....	47
	Etapa 5.- Evaluación Interna	49
	Etapa 6.- Diálogo	50
	Etapa 7.- Decisión	51
2.15	El Estado y su rol promotor	52
2.16	Estándares internacionales.....	53
	2.16.1 Estándar.....	53
	b.- Tratado	54
	c.- Declaración	54
2.17	Estándares como aplicación obligatoria en la Consulta previa	56
	Sub capitulo III.....	59
	Conflictividad socio ambiental.....	59
2.18	Conflictividad Socio Ambiental	59
2.19	Conflictividad Socio ambiental	62



Capítulo III	63
Análisis del caso Coroccohuayco Espinar.....	63
3.1 La consulta del instrumento de gestion ambiental.....	63
3.2 Comunidades afectadas por el proyecto minero Coroccohuayco.....	64
3.3 Agenda de las comunidades campesinas planteadas al Estado.....	69
3.4 Demanda de amparo sobre omisión de consulta previa	70
3.4.1 Petitorio.....	71
3.4.2 Hechos lesivos.....	72
3.4.3 Demandados	72
3.4.4 Derechos colectivos afectados	72
3.5 El Ministerio del Ambiente sobre la Consulta a instrumentos ambientales	73
3.6 Minera Antapaccay sobre la Consulta a instrumentos ambientales	75
3.7 El Ministerio de Cultura sobre la Consulta Previa.....	76
3.8 Opinión de SENACE sobre la consulta a instrumentos ambientales.....	77
3.9 Opinión de la Defensoría del Pueblo sobre la oportunidad de la Consulta	79
3.10 Procedimiento de aprobación caso Coroccohuayco.....	80
3.11 Contenido del plan de consulta previa de la ampliación Coroccohuayco81	
a) Finalidad de la Consulta (Punto 5.).....	82
b) Etapa 4 Información (Punto 9.4 del plan).....	82



3.12 Normas nacionales sobre el momento de la consulta.....	84
Capítulo IV	86
Resultados y análisis de los hallazgos	86
4.1 Resultados	86
4.1.1 Entrevistas	86
4.1.2 Encuesta	90
4.2 Discusión y contrastación de hallazgos	97
4.2.1 En cuanto a la hipótesis general	98
4.2.2 En cuanto a la hipótesis específica.....	100
CONCLUSIONES.....	101
RECOMENDACIONES.....	103
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105
MATRIZ DE CONSISTENCIA	109
ANEXOS	110



Capítulo I

El problema y el método de investigación

1.1 Problema

1.1.1 Situación problemática

En el Perú desde febrero 2 del año 1995 es vigente el Convenio Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, desde entonces es obligatoria su aplicación.

El Tribunal Constitucional sobre el Convenio Nro. 169 de la OIT sostiene que la exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada desde su entrada en vigencia (Proceso de inconstitucionalidad, 2011).

El año 2011 promulgan la ley de consulta previa en el Perú – Ley Nro. 29785, su reglamento se promulga un año después mediante Decreto Supremo 001-2012-MC en la que dispone que la consulta previa como derecho tiene la finalidad de “... *garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas...*”.

En los últimos 11 años se realizaron procesos de consulta previa, principalmente relacionados a la explotación de minerales metálicos y petróleo, estos procesos se limitaron a desarrollar únicamente al inicio de la explotación, es decir previo a hacer los trabajos constructivos para operar y el documento



principal denominado estudio de impacto ambiental (EIA) y sus modificatorias no forman parte del proceso. A falta de transparencia y de buena fe genera escenarios de conflictividad socio ambiental en la cual las comunidades campesinas o nativas exigen, demandan y denuncian irregularidades en el proceso, así como los impactos ambientales no advertidos previos al proceso de consulta.

El año 2012 en el Perú para mejorar el trámite administrativo de los petitorios de aprobación de estudios de impacto ambiental, sus modificatorias sustanciales o no, se crea mediante Ley 29968 el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles SENACE cuya finalidad es evaluar la viabilidad ambiental de los proyectos de inversión más complejos del país. Sin embargo, entre sus funciones no se encuentra establecido desarrollar procesos de consulta previa a la certificación ambiental.

La consulta previa es un derecho propio de pueblos originarios (comunidades campesinas o nativas). La consulta tiene por objeto dialogar el Estado con los pueblos originarios para obtener su decisión para la viabilidad de un proyecto extractivo. El ministerio de energía y minas (MINEM, 2019) inició coordinaciones para impulsar la consulta previa a la ampliación e integración Coroccohuayco en la provincia de Espinar, ante ello la preocupación de los pueblos originarios del área de influencia directa social ambiental propuso en forma de pregunta lo siguiente: ¿Cómo se va a realizar



la Consulta Previa? ¿Qué es lo que se va a Consultar? ¿Cuál es el contenido del estudio de impacto ambiental? entre otros, el MINEM por su parte informó que se consultara el inicio de operaciones de explotación una vez sea aprobada por Senace la modificatoria del estudio de impacto ambiental, frente a ello las comunidades campesinas solicitaron que la Consulta sea al estudio de impacto ambiental porque los instrumentos ambientales tienen en su contenido las afectaciones ambientales que incluyen la parte social, económica, territorial, cultural, territorial y la subsistencia como comunidad.

Es en este punto donde encontramos el problema que ha generado situaciones de conflictividad socio ambiental, así como la desprotección de derechos humanos por parte del Estado y la Empresa, entonces la oportunidad de la consulta previa y los estándares internacionales no se aplican con la debida diligencia previo a la aprobación de la certificación ambiental, pues a decir de SENACE esta no constituye un trámite administrativo objeto de consulta, sino que la concesión de explotación minera es el momento de la consulta. Esto ha generado conflictividad socio ambiental e incertidumbre, por tanto, es un tema que debe ser investigado con la finalidad de contribuir en la mejora de la administración de mecanismos que regulen y establezca la oportunidad de la consulta previa conforme a los estándares internacionales y se pondere el derecho colectivo.



La provincia de Espinar, departamento de Cusco desde la década del 80 se desarrolla la explotación minera y en la actualidad durante la situación de emergencia sanitaria a causa de la enfermedad del Covid-19 la unidad minera de propiedad de la Compañía Minera Antapaccay ha solicitado iniciar con la explotación de la ampliación e integración Coroccohuayco que luego de su aprobación continuarían 25 años más la explotación minera.

La oportunidad de la consulta esta instituido para el inicio de la exploración y explotación de recursos naturales en minería metálica (Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM), ello ha generado escenarios de conflictividad socio ambiental, entonces ante este vacío normativo generado por las relaciones sociales, Comunidad Campesina – Estado – Empresa. Respetando la buena fe como principio se debe desarrollar el proceso de consulta previa a aprobarse el estudio de impacto ambiental así como sus modificatorias debido a las ampliaciones e incrementos de la producción de explotación que está relacionado en forma directa con los impactos o afectación ambiental, social, territorial, económica, cultural de las comunidades al entorno minero.

1.1.2 Formulación del problema

a) Problema general

- ¿Cuáles son los estándares internacionales de la consulta previa y cuál debe ser la oportunidad de la consulta previa en



comunidades campesinas en el caso del proyecto de explotación minera Coroccohuayco de la provincia de Espinar 2019 – 2020?

b) Problemas específicos

- ¿Cuáles son los estándares internacionales de la consulta previa desde el derecho internacional de derechos humanos y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
- ¿Cuál es la oportunidad del proceso de la consulta previa en comunidades campesinas en el caso del proyecto de explotación minera Coroccohuayco de la provincia de Espinar 2019 - 2020?

1.2 Objetivos de la investigación

1.2.1 Objetivo general

- Establecer los estándares internacionales e identificar la oportunidad del proceso de la consulta previa en comunidades campesinas para la explotación minera Coroccohuayco de la provincia de Espinar 2019 - 2020.

1.2.2 Objetivos específicos

- Desarrollar los estándares internacionales de la consulta previa desde el derecho internacional de derechos humanos y la jurisprudencia de la



Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Determinar la oportunidad del proceso de la consulta previa en comunidades campesinas en el caso del proyecto de explotación minera Coroccohuayco de la provincia de Espinar 2019 - 2020.

1.3 Justificación de la investigación

1.3.1 Conveniencia del estudio

La investigación es conveniente porque aporta a darle contenido ante el vacío normativo sobre la consulta en cuanto a la oportunidad, ello debido a que el Estado no proporciona y socializa información sobre el contenido del estudio de impacto ambiental y sus modificatorias que afectan derechos colectivos.

1.3.2 Relevancia Social o contemporánea

La investigación está determinada por el nivel de afectación de derechos colectivos que tienen los pueblos originarios que se encuentran en el área de influencia directa del proyecto minero. Los resultados beneficiaran en forma general a todos los pueblos originarios porque aclara la oportunidad de la consulta y la aplicación de estándares internacionales. Así mismo, el estudio está referido a los derechos humanos.



1.3.3 Implicaciones prácticas

Con la investigación se tiene como perspectiva reducir escenarios de conflictividad socio ambiental relacionados a la consulta previa con estándares internacionales, así como proveer información sobre el contenido del estudio los impactos ambientales.

1.3.4 Utilidad metodológica

Con nuestra investigación vamos a desarrollar mecanismos para la recolección de datos en el contexto de la emergencia sanitaria en pueblos originarios.

1.4 Método

1.4.1 Diseño metodológico

El diseño metodológico está enfocado en la organización de la investigación, este proceso nos llevara a encontrar la solución al problema planteado y pondremos el énfasis en comprobar la veracidad de la hipótesis delineada. Para lo cual vamos a desarrollar entrevistas y encuestas que nos permita encontrar respuestas subjetivas de los sujetos intervinientes en el proceso de consulta, así como un análisis a la parte documental u opinión escrita por las entidades del Estado y la empresa privada sobre la consulta. La investigación es de tipo descriptiva, explicativa y documental con enfoque



cualitativo porque hemos tomado como referencia hechos y decisiones de los actores involucrados en la investigación.

1.4.2 Diseño contextual

Aquí nos encontramos con un método de diseño que está determinado por la forma como se desarrolla el relacionamiento de los actores, es decir, comunidades campesinas – empresa privada – Estado, así como cuáles son las necesidades que tienen. La comunidad campesina se encuentra directamente relacionada con la afectación social y ambiental con la aprobación del estudio de impacto ambiental y el inicio o continuidad de un proyecto minero.

1.4.3 Escenario y tiempo

El escenario está establecido en la Comunidad Campesinas Huini Coroccohuayco del distrito de Yauri, provincia de Espinar – Cusco. El tiempo elegido para la investigación es el año 2019 y 2020, investigando en forma específica la oportunidad del proceso de consulta y aplicación de estándares internacionales.

1.4.4 Coyuntura

El servicio nacional de certificación ambiental (Senace), es la entidad que aprueba o deniega los estudios sobre el impacto ambiental y sus



modificatorias, en su opinión técnica los instrumentos ambientales no deben ser consultados porque únicamente otorgan la viabilidad del proyecto.

Ante esta respuesta las comunidades de la futura de explotación Coroccohuayco iniciaron una demanda de amparo por omisión de consulta previa al instrumento ambiental. Ello ha generado una serie de reacciones generando protestas y un espacio abierto para la conflictividad socio ambiental.

1.4.5 Unidades de estudio

En la investigación tenemos como unidades de estudio principalmente a los individuos naturales de la comunidad campesina relacionados con funcionarios del Estado y personas representantes de la empresa minera. Si bien estamos ante el desarrollo de una investigación de enfoque cualitativa es necesario también extraer datos que nos permitan analizar la parte subjetiva de los diversos actores.

1.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

1.5.1 Análisis documental

Se aplicará fichas de análisis documental, ficha de bibliografía especializada, artículos científicos, doctrina jurisprudencial internacional, jurisprudencia nacional, legislación nacional y comparada.



1.5.2 Técnicas e instrumentos

- Técnica. – Serán reglas y/o procedimientos para la aplicación de la encuesta, la recopilación documental, la entrevista entre otros, ello permitirá establecer la relación entre de la investigación con los sujetos.
- Instrumentos. – Vamos a utilizar instrumentos con la finalidad de recolectar y registrar la información a través del cuestionario, ficha de recolección de datos, la guía de entrevista, entre otros. Estos instrumentos están relacionados con las variables de interés.

1.6 Población y muestra

- **Población**; la investigación a desarrollar está constituida por sujetos (personas de la comunidad campesina de Huini Coroccohuayco, profesionales sobre la materia), instituciones (servicio nacional de certificación ambiental, ministerios, Poder Judicial) que participan en la investigación del problema de investigación que se efectuará en la Comunidad Campesina de Coroccohuayco en el periodo del año 2019 – 2020. Comprende también la jurisprudencia internacional y nacional.
- **Muestra**; se considera como una parte de la población, entonces para la investigación se desarrolla entrevistas y encuestas en forma aleatoria en la siguiente forma: *a.*- Comunidad Campesina integrada por 600 personas se tomará como mínimo 30 encuestas (en promedio encuestas de 15 varones y 15 mujeres; mayores de



dieciocho 10 encuestas, mayores de treinta 15 encuestas y mayores de cincuenta 5 encuestas) **b.**- Se realizará 5 entrevistas a expertos sobre la materia de derecho de pueblos originarios, 1 entrevistas a funcionarios o ex funcionarios del ministerio de cultura **c.**- Análisis documental de jurisprudencia internacional y nacional sobre el derecho de pueblos originarios y a la consulta.

Enfoque de Investigación	<p><u>Cualitativo</u>: Porque en la investigación se hará uso del desarrollo de derechos constitucionales de comunidades campesinas. La presente investigación está orientada hacia la descripción y la comprensión de un fenómeno que en este caso es del derecho comunal, con la finalidad de construir el conocimiento a partir de la descripción e interpretar datos documentales en un contexto. (Lino Aranzamendi, 2015, p. 148).</p>
Tipo de Investigación Jurídica	<p><u>Dogmática</u>: El objeto de estudio forma parte del mundo jurídico en el derecho Constitucional, jurisprudencia internacional y nacional, derecho comunal.</p> <p>El análisis es complementado de forma transversal los fenómenos jurídicos, vacíos y ambigüedades jurídicas referido a la oportunidad de la consulta previa. (Castro Cuba Barineza, 2019, p. 55)</p>



1.7 Hipótesis y categorías de estudio

1.7.1 Hipótesis general

- Si se garantiza la aplicación de estándares internacionales y si se establece el proceso de la consulta previa antes de la aprobación de los instrumentos ambientales se reduce escenarios de conflictividad social.

1.7.2 Hipótesis específica

- La oportunidad para la aplicación de la consulta previa en el proyecto minero Corocchohuayco se aplica a procedimientos administrativos no relevantes generando incertidumbre y conflictividad socio ambiental.

1.8 Categorías de estudio

Investigación	Categorías	Sub categorías
“Estándares internacionales y oportunidad de la consulta previa en	Estándares internacionales de la consulta previa	- Concepto - Características - Derecho internacional sobre derechos humanos



comunidades campesinas” Caso Coroccohuayco Espinar		referido al proceso de consulta a pueblos originarios.
	Oportunidad de la consulta previa	- Naturaleza jurídica - Contenido - Regulación normativa - Fases - Determinación de la medida administrativa.
	Comunidades campesinas	- Identificación como pueblos originarios - Elementos objetivos y subjetivos - Derechos colectivos



	Medida administrativa	<ul style="list-style-type: none">- Estudios de Impacto Ambiental y sus modificatorias- Regulación jurídica sobre el establecimiento como área de influencia socioambiental directa e indirecta.
--	--------------------------	---



Capítulo II

Marco Teórico

Sub capítulo I

Instrumentos normativos e ilustrativos sobre consulta previa

Debemos considerar que la fuerza normativa o derecho duro [*Hard law*] es decir son tratados y reglas obligatorias adoptadas por los Estados y la fuerza ilustrativa o derecho emergente [*Soft law*] tiene un carácter no vinculante se tiene como la cuestión consuetudinaria internacional.

2.1 Instrumentos normativos

Los instrumentos normativos sobre el derecho a la consulta a comunidades originarias relacionados a proyectos extractivos en el sub sector minero son:

a.- *Declaración Universal de Derechos Humanos*; firmada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 10 de diciembre del año 1948. Aprobado y ratificado por el congreso peruano el 9 de diciembre del año 1959 (Resolución Legislativa Nro. 13282).

b.- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; adoptada, en fecha 22 de noviembre del año 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y ratificado por el Perú el 28 de julio del año 1978.



c.- *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*; ratificado a través del Decreto Supremo Nro. 029-2000 RE, vigente desde el 14 de octubre del año 2000.

d.- *Convenio Nro. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales*; tratado adoptado en la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo. Convenio vigente para el Perú desde el 02 de febrero del año 1995. En siguiente cuadro apreciamos la ratificación del convenio en diferentes países de América Latina, principalmente los países al entorno de la frontera del Perú:

PAÍS	FECHA	ESTADO	PAÍS	FECHA	ESTADO
Argentina	03/07/2000	En vigor	Guatemala	05/06/1996	En vigor
Estado Plurinacional de Bolivia	11/12/1991	En vigor	República Centroafricana	30/08/2010	En vigor
Brasil	25/07/2002	En vigor	Luxemburgo	05/06/2018	En vigor
Chile	15/09/2008	En vigor	México	05/09/1990	En vigor
Colombia	07/08/1991	En vigor	Nepal	14/09/2007	En vigor
Costa Rica	02/04/1993	En vigor	Nicaragua	25/08/2010	En vigor
Dinamarca	22/02/1996	En vigor	Noruega	19/06/1990	En vigor
Dominica	25/06/2002	En vigor	Países Bajos	02/02/1998	En vigor
Ecuador	15/05/1998	En vigor	Paraguay	10/08/1993	En vigor
España	15/02/2007	En vigor	Perú	02/02/1994	En vigor
Fiji	03/03/1998	En vigor	Honduras	28/03/1995	En vigor
República Bolivariana de Venezuela	22/05/2002	En vigor			

Cuadro: Países que ratificaron el Convenio Nro. 169.

e.- *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte CIH referido al derecho a la Consulta*; jurisprudencia sobre el derecho a la consulta previa, para este caso tomaremos 2 sentencias fundamentales que



abren el debate y fortalecen el derecho colectivo de comunidades originarias, como es el caso Saramaka contra Surinam y Sarayacu contra Ecuador.

f.- *Ley Nro. 29785; Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en el Perú reconocido en el Convenio Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ley vigente en el Perú desde el año 2011.*

g.- *Decreto Supremo Nro. 001-2012-MC; que es el reglamento de la ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en el Perú, siendo vigente desde el año 2012.*

2.2 Instrumentos ilustrativos

a.- *Declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; declaración adoptada en la 61ª periodo de sesiones de la asamblea general de la ONU (Resolución Nro. A/61/295).*

b.- *Opinión Consultiva OC-23/17 sobre medio ambiente y derechos humanos; emitida en fecha 15 noviembre de 2017 relacionado a las obligaciones estatales en referido al ambiente, protección y garantía de derechos.*

c.- *Informe Relatoría sobre el derecho de los pueblos indígenas; el año 1990 se crea la Relatoría que tiene por finalidad hacer seguimiento y atender a pueblos*



indígenas de América que se encuentran expuestos a la vulneración o violación de derechos humanos. (OEA, 2020)

2.3 Organismos internacionales y nacionales

a.- *Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH*; Es el órgano independiente y autónomo de la Organización de los Estados Americanos, teniendo como misión proteger, así como promover el respeto de los derechos humanos en el continente americano.

b.- *Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH*; institución judicial autónoma de la OEA. La Corte IDH entra en funciones el *29 de junio de 1979* y se reconoce su competencia contenciosa desde el 21 de enero del año 1981.

c.- *Organización de los Estados Americanos – OEA*; Organismo internacional de carácter regional creado en 1948 y que sirve como foro gubernamental político, jurídico y social del hemisferio.

d.- *Organización Internacional del Trabajo – OIT*; órgano especializado de la ONU, fundada en 1919, su objetivo es la promoción y el reconocimiento de las normas fundamentales del trabajo.

e.- *Comisión de expertos para la aplicación de convenios y recomendaciones*; este constituye un *mecanismo de control periódico* sobre la aplicación por parte de los Estados miembros.



f.- *Relatoría Especial* de la ONU especializada en derechos humanos y libertades fundamentales de pueblos indígenas.

g.- *Foro Permanente* de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas.

h.- *Declaraciones* de compromiso voluntario de empresas transnacionales.

i.- *Tribunal Constitucional del Perú*; Órgano autónomo e independiente encargado de la interpretación y control de la Constitución en el Perú. Veremos el Exp. 00022-2009-PI/TC sentencia con la cual desarrolla un marco normativo en el marco del derecho a la Consulta.

j.- *Poder Judicial del Perú*; estructura autónoma y organizada para atender casos justiciables, emite sentencias que desarrolla el derecho de consulta de las comunidades originarios. Vamos a citar la demanda de omisión de consulta previa planteada por la comunidad campesinas Huini Coroccohuayco contra el organismo de certificación ambiental del Ministerio del Ambiente.

k.- *Viceministerio de Interculturalidad*; adscrito al Ministerio de Cultura siendo la dependencia técnico especializada en materia de pueblos originarios, teniendo como funciones la asesoría, capacitación y asistencia técnica en procesos de consulta a comunidades originarias y convocada por diversas entidades del Estado.



Pueblos originarios y derechos colectivos

2.4 De Ayllus a comunidades indígenas y comunidades campesinas

En la investigación hemos puesto énfasis a comunidades campesinas, el Convenio Nro. 169 se refiere a pueblos indígenas u originarios. En su extensión se reconoce también como comunidades campesinas, nativas, rondas, vemos también las poblaciones en aislamiento voluntario o contacto inicial.

En cuanto a comunidades nativas y pueblos en aislamiento voluntario PIACE se tiene información sobre las que el Estado ha reconocido la aplicación del Convenio 169 y son titulares del derecho a ser consultados, por ello se ha implementado políticas de reconocimiento en sus territorios. Este reconocimiento se ha desarrollado negando a las comunidades campesinas porque aún se pone en duda su existencia calificándolos de mestizos y criollos, históricamente se ha negado su presencia, entonces examinemos la trascendencia histórica de las comunidades campesinas desde su organización reconocida como los Ayllus y luego como Comunidades Indígenas del Perú.

En forma concreta debemos destacar acontecimientos sobre el devenir histórico de la denominación de Comunidades Campesinas en el Estado peruano, previamente debemos señalar que desde la creación del término compuesto está relacionado con el reconocimiento de las actividades agrícolas. Entonces es necesario establecer hitos para conocer su propio desarrollo histórico.



a.- Imperio Inca (Ayllu)

Recurriendo a Alvin, sobre la existencia de las poblaciones identifica como era de la “*primera ola*” teniendo su origen en el año 8000 a. de C., dominando en solitario la tierra hasta entre los años 1650 - 1750, la dominación es inminentemente agrícola y de subsistencia. En la actualidad se ha transformado desde la conocida civilización industrial (Toffler, 1980).

En este punto es importante poner énfasis a la vinculación entre el ser humano y el universo cuya existencia está basada a su contacto de convivencia con la tierra.

En cuanto al origen de las comunidades campesinas la encontramos en los primeros vestigios en la época Prehispánica a través de los *ayllus* preincaicos, que más tarde los quechuas (Incas) consolidarían el Tahuantinsuyo. Las comunidades que conformaban como los K´anas, Chancas, Chumpiwilkas, Collas, les eran reconocidos por el Inca derechos territoriales, de autonomía, de vivienda, de producción, incluso establecer su propia organización administrativa.

Son los *ayllus* como la primera fuente de existencia de poblaciones originarias o indígenas en territorio peruano, es importante destacar que las comunidades mantienen principalmente derechos colectivos como el territorio



y el trabajo. En la comunidad no se puede admitir la propiedad privada de la tierra, por tanto, tienen la condición de poseionarios y usufructuarios.

b.- Colonial (Reducción de indios)

Desde la colonización, los Ayllus sufren cambios, incluso cuando se mantuvo el sistema de los Incas, todo ello dispuesto por el Virrey Francisco de Toledo, quien ordenó el reagrupamiento de Ayllus Indígenas, que de modo concreto era la aplicación de políticas de “Reducción de indios”.

La política de “Reducción de Indios o pueblos de reducción” iniciado por el virrey Toledo tiene como propósito reunir o “Reducir” a los Indígenas que estaban dispersos por la mortandad de los pueblos, muere casi el 90% de la población sobre todo en la Costa. La legislación de la época otorga áreas agrícolas para producir y para pagar su tributo. Al comienzo de la República Bolívar desarrolla un proyecto de establecer una ciudadanía única en la que no haya diferencias, no haya “indígenas” (Remy, 2013).

c.- Republica

Del surgimiento de la Republica nuevamente nos encontramos con la organización de los Ayllus, la evidencia la encontramos en la Constitución Política de 1920 al reconocer su existencia legal como “comunidades indígenas”. Trece años después con la Constitución Política de 1933 establece



su reconocimiento legal como comunidades indígenas y con personería Jurídica.

El recogimiento como la personería jurídica y la existencia legal de las comunidades campesinas se instituye en la Constitución Política de 1979 siguiendo lo establecido en el Decreto Ley 17716 del año 1969, promulgado en el transcurso del gobierno de Juan Velasco Alvarado, que desde entonces se reconoce a las comunidades indígenas como comunidades campesinas.

El Decreto Ley 17716 establece cambiar la denominación de comunidades indígenas por comunidades campesinas, para la Socióloga María Isabel Remy sostiene que *Velasco* le cambia el nombre, por algo semejante quizás a Bolívar, que quiere eliminar el tributo para que todos sean iguales. Ello lo hace porque es una *medida de ampliación de derechos*. (Remy, 2013).

Entonces, las comunidades campesinas, antes comunidades indígenas y mucho antes Ayllus, atraviesan por momentos complicados por la reducción de indígenas que se aplicó por disposición de la Colonia Española. Allí también podemos advertir la fragmentación del Ayllu y proceso de recuperación de identidad a partir de la Reforma Agraria.

La Ley Nro. 24656 – Ley general de comunidades campesinas, promulgado del año 1987 en la cual establece a las comunidades campesinas como organizaciones de interés público, reconociendo su existencia y por tanto



posee personería jurídica. Las comunidades entonces estarían integradas por familias sobre un determinado territorio, que tienen vínculos ancestrales, económicos, sociales, culturales, fortaleciendo la ayuda mutua. Entonces, las comunidades campesinas son pueblos originarios porque también se les reconoce su vínculo ancestral, organización, gobierno autónomo, el dominio del idioma nativo, organización en comités especializados, entre otros.

Por tanto, las comunidades campesinas son instituciones que tienen su propia forma de organización, siendo la más antigua sobre territorios rurales. Además, son el resultado de una contante transformación, reconocidos como ayllus, luego comunidad de indios, posteriormente siendo comunidad de indígenas y hasta hoy que los conocemos como comunidades campesinas, además de su reconocimiento a la existencia legal, personería jurídica y autónomas en sus organizaciones.

Hasta este punto no representa mayor problema el hecho que las Comunidades Campesinas se reconocen como pueblos originarios, sin embargo, al poner de manifiesto pedidos de implementación de mecanismos para consultar sobre una decisión en el marco del Convenio Nro. 169 se complica por la negación del Estado a las propias comunidades campesinas que no las reconocen como pueblos originarios.



Siguiendo lo señalado por el Tribunal Constitucional, el procurador público en representación de la presidencia del consejo de ministros PCM contesta una demanda de inconstitucionalidad seguida contra el Decreto Legislativo Nro. 1089. La demanda es contestada señalando que el Convenio Nro. 169 es inaplicable en el Perú, esto por razones que las comunidades campesinas originarias son una población predominantemente mestiza, señalando además que su origen fue indígena, pero con el desarrollo de la civilización ahora son mestizas. (Proceso de inconstitucionalidad, 2011).

Lo anterior, es una negación completa por parte del Estado que tiene la finalidad de negar a las comunidades campesinas como sujetos de derechos colectivos. El Estado peruano busca no aplicar la *consulta* sobre las decisiones administrativas o legislativas, desconociendo claramente la condición de comunidades originarias o indígenas, en todo caso es el Estado quien debe garantizar el cumplimiento de la consulta y el consentimiento debiendo guardar relación con el Convenio 169, la jurisprudencia de la Corte IDH, así como del Tribunal Constitucional peruano.

Así mismo, en la evolución de las constituciones políticas del Perú se ha instituido primero el reconociendo a los *Ayllus* como *Comunidades Indígenas* y desde la reforma agraria como *Comunidades Campesinas*. Veamos el contenido de la evolución histórica sobre el reconocimiento a comunidades originarias en la Constitución:



CONSTITUCIÓN 1920

Artículo 41°

Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades indígenas son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establece la ley.

Artículo 58°

El Estado protegerá a la raza indígena, y dictará leyes especiales para el desarrollo de su cultura en armonía con sus necesidades. La nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas, y la ley declara los derechos que les corresponden.

CONSTITUCIÓN 1933

Artículo 193°.9

Inscribir oficialmente a las comunidades de indígenas, conforme a la ley, en el Registro correspondiente, para el efecto de reconocerles personería jurídica.

Artículo 207°

Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica.

Artículo 208°

El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente.

Artículo 209°

La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

CONSTITUCIÓN 1979

Artículo 161°

Las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas; y propicia la superación cultural de sus integrantes.

Artículo 163°

Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.



CONSTITUCIÓN 1993

Artículo 89°

Las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.

Artículo 149°

Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Cuadro: Constituciones del Perú: 1920, 1933, 1979 y 1993.

El proceso de consulta no sitúa en un diálogo intercultural, pero ello no limita su relación con derechos constitucionales individuales y colectivos, como la propiedad, la autodeterminación y a la autonomía. De acuerdo a nuestra constitución las comunidades originarias campesinas incluido las nativas tienen reconocimiento de existencia, así como su personería jurídica, tienen autonomía en cuanto a su administración y organización, mantienen las labores colectivas y deben decidir de acuerdo a su libre determinación o la mejor disposición de las tierras que poseen.

2.5 Derecho colectivo de poblaciones originarias o indígenas

2.5.1 Identidad cultural

Las Comunidades Campesinas originarias tienen el derecho a determinar su propia identidad o pertenencia de acuerdo a con sus costumbres



y tradiciones. De ningún modo limita su derecho a obtener la ciudadanía del Estado en el que viven.

2.5.2 La participación

Las Comunidades Campesinas ejercen este derecho de modo constante, no solo representa la participación política, sino a la luz del Convenio 169 los pueblos deben ser convocados para construir instrumentos legislativos o administrativos que afectaran a la Comunidad, así que mejor es ejercitar la participación ciudadana por ejemplo para conocer desde su nacimiento la elaboración de las concesiones de exploración y estudios de impacto ambiental.

2.5.3 A ser consultado

Este derecho contenido en el Convenio Nro. 169 de la OIT señala que debe ser previo, libre e informado ante decisiones que aprueben medidas legislativas y/o administrativas. Si bien las comunidades consultadas no tienen la prerrogativa de veto por que el Estado puede decidir. Pero el Estado debe plasmar una decisión sustancialmente fundamentada, recogiendo cada elemento, observaciones, preocupación que surgió de las Comunidades, así como debe garantizar y promover el derecho colectivo que tienen las comunidades campesinas originarias a fin de que no sean afectados por las características e impactos ambientales a las comunidades campesinas identificadas como áreas comprendidas dentro de la contaminación ambiental.



2.5.4 Decidir o elegir prioridades de desarrollo

Aunque no se tiene prerrogativa de veto, este derecho debe incidir sobre las decisiones del Estado, formular proyectos estratégicos en el marco de sus decisiones o elección de implementar planes comunales de desarrollo, ante todo se debe garantizar la protección a la Comunidad.

2.5.5 Derecho a conservar sus costumbres e instituciones

Como parte del proceso de reivindicación hacia comunidades indígenas, antes ayllus, es pertinente conducir las políticas públicas precisamente a conservar sus costumbres e instituciones propias como su organización y gobierno en la comunidad.

2.5.6 Jurisdicción comunal especial

Este derecho también se reconoce en la constitución política que tiene la finalidad de administrar justicia conforme a sus usos y costumbres, siempre que se garantice la promoción y el respeto de los derechos humanos, ello no solamente debe desarrollarse en el marco de juzgar delitos, sino extensivamente a juzgar actos administrativos solicitados por privados o el Estado, este enfoque requiere toda una revisión del derecho internacional y nacional.



2.5.7 Al territorio y la tierra

Se trabaja sobre la conservación, promoción, fortalecimiento y protección del territorio comunal, que se encuentra vinculado a su forma de vida espiritual, cultural y económica.

2.5.8 Derecho a los recursos naturales

Si bien la Comunidades pueden en uso de su autonomía para administrar y conservar aquellos recursos naturales que les pertenece y que se encuentran en su ámbito territorial, esto es extensivo a los beneficios de su explotación de recursos naturales, ante algún daño producto del resultado de actividades procederá a pedir la indemnización equitativa.

2.5.9 Derecho a la salud intercultural

Siempre este derecho es uno de los que mayor preocupación origina ya sea un pedido de atención en su salud pro causa de la contaminación ambiental o su calidad de vida el Estado trabaja muy lento esta articulación intercultural para los pueblos indígenas.

2.5.10 A la educación intercultural, lengua o idioma

Con la finalidad de consolidar comunidades organizadas para su pleno disfrute se debe facilitar una educación adecuada y contextualizada a los pueblos originarios o indígenas.



Sub capítulo II

La consulta a comunidades campesinas y los estándares internacionales

2.6 La consulta previa

Desde el inicio la consulta tiene lineamientos puntualmente establecidos pero que no se reflejan en la ley y su respectivo reglamento, esto es que deba ser previa (antes), libre y sobre todo informada. En ese contexto, la consulta a comunidades originarias constituye un mayor reconocimiento a los pueblos que afectados en su forma social y ambiental. Este derecho a ser consultados se encuentra vigente desde la ratificación del Convenio Nro. 169 de la OIT.

Recordando el año 1957, la OIT con el Convenio Nro. 107, se consagraba en forma general derecho de pueblos indígenas sobre el territorio en que habitaban tradicionalmente, pero no abordaba la *consulta* a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos. El convenio fue cuestionado por su orientación de integrar a la modernización de las comunidades indígenas denominada “*poblaciones*”. (César Rodríguez Garavito, 2010, pág. 19).

Mediante Sentencia Nro. T-376 del año 2012 proveniente de la Corte Constitucional Colombiana ilustra sobre en cuanto al derecho a la consulta y sus estándares internacionales (fundamento jurídico 22), precisando que los estándares están orientados a la determinación de la afectación directa, en la cual se debe considerar: *i*) la afectación directa de una medida (política, plan o proyecto), *ii*)



posibilitar el desarrollo del Convenio Nro. 169 de la OIT, *iii*) participación en los beneficios, y *iv*) la afectación directa como incidencia diferencial. Entonces, el criterio que establece la Corte de Colombia nos permite concretar en que la Consulta, como derecho, debe estar garantizado por el Estado, así como la aplicación de Estándares que no se limita a otorgar información impresa o desarrollar reuniones en el idioma nativo.

Desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el Caso de Saramaka contra Surinam (Sentencia, fundamento 133) señala que se debe consultar con el pueblo Saramaka, de acuerdo a sus tradiciones y en la etapa previa a la ejecución del plan de desarrollo o inversión, quedando proscrita consultar cuando surja la necesidad de lograr su aprobación (al inicio de explotación), entonces se debe comprender que el primer elemento es determinar la oportunidad para consultar, en el Perú se consulta al inicio de operaciones mineras (Resolución Directoral que aprueba la explotación o autorización de inicio de operaciones) sin embargo la Corte IDH señala que consultar previamente facilita del tiempo prudencial para la discusión y evaluación al interior de la organización comunal, así manifestar una apropiada contestación al Estado, esta cuestión ampliaremos en adelante referido al momento de la consulta. Complementariamente, en el caso Sarayacu contra Ecuador (Sentencia, fundamento 205), la Corte IDH sostiene que la consulta debe ser previo en las etapas del plan de desarrollo o inversión para evaluar potenciales impactos sobre su territorio,



esto incluye daños ambientales y a la salud, toda medida debe ser previamente informada.

Asimismo, la Corte IDH en la sentencia del caso Sarayaku contra Ecuador (Sentencia fundamento 181, 2012) señala que el requisito para consultar implica optarse antes de decidir una medida administrativa, medida legislativa o de ejecutar un proyecto que en forma directa afecte a las comunidades originarias. Las comunidades originarias “... *deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa...*”, el factor determinante es la presente o futura afectación del del plan o medida.

En el caso de Sarayaku contra Ecuador (Sentencia, fundamento 186) establece que consultar no es “... *un mero trámite formal, sino concebirse como un verdadero instrumento de participación*”. Entonces, como señala la corte, desde nuestra interpretación, la consulta es un proceso que lo implementa el Estado y los acuerdos son vinculantes para las partes.

En el caso Saramaka contra Surinam (Sentencia, fundamento 133) establece que el Estado tiene la obligación de consultar de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. La consulta debe revestirse de la buena fe, con un proceso intercultural apropiado teniendo como finalidad el acuerdo.



2.7 La consulta desde el Tribunal Constitucional

Lo regulado en el Código Procesal Constitucional (artículo IV y 82) estableciendo que en cuanto a proceso de inconstitucionalidad y de acción popular que queden firmes y obtengan autoridad de cosa juzgada vincularan a todos los actos del Estado, entonces en el sistema de justicia el juez debe aplicar normas cuya constitucionalidad ha sido confirmada. (Bermudez, 2017).

Una norma cuestionada, como señala Córdova, en esta cuestión la *ratio decidendi* tiene un rol categórico al momento de emitir el veredicto, debido a que una norma cuestionada no quedara inútil o expulsada de la estructura normativa, si no se confirma su inconstitucionalidad o su vigencia (Castillo-Córdova, 2008, pág. 21).

Entonces, nos queda claro que la sentencia del Tribunal Constitucional no solo declara una ley como constitucional o inconstitucional sino debe desarrollar su interpretación constitucional.

El Tribunal Constitucional señala que el Convenio Nro. 169 de la OIT *forma parte del parámetro constitucional*, entonces, una norma de categoría inferior que la contravenga *debe ser declarada inconstitucional*, en consecuencia, cualquier argumento del Ejecutivo (PCM) de desconocer el Convenio Nro. 169 debería ser desestimadas. (Sentencia, 2010).

En este punto nos encontramos ante un estándar internacional del Convenio Nro. 169 por la forma obligatoria de aplicación de la *consulta y que sea antes de la*



aprobación de alguna medida legislativa o administrativa, *cualquier ejercicio contrario es inconstitucional*.

Debemos destacar que el Tribunal Constitucional ha desarrollado que el derecho a ser consultado forma parte de la protección del contenido constitucional, tales como: *i)* acceder a ser consultados, *ii)* características esenciales de la consulta; y, *iii)* garantizar que los acuerdos se cumplan.

Alguna de las características del proceso de consulta está enfocado en: *i)* buena fe; *ii)* flexibilidad; *iii)* acuerdo; *iv)* transparencia; y, *v)* ser previa.

2.8 Su naturaleza jurídica

Establecido de esa manera, el derecho de consulta es de naturaleza jurídica colectiva, poniéndole énfasis a lo colectivo, porque se desarrolla en el marco de la protección y promoción de derechos fundamentales propios de comunidades originarias.

La consulta, implica también la garantía de proteger derechos de pueblos originarios enmarcada en el Convenio Nro. 169 de la OIT.

2.9 Su objeto

El Tribunal Constitucional señala que el proceso de la consulta es ante todo un diálogo intercultural. Que tiene por finalidad obtener acuerdos garantizando el legítimo interés de las comunidades originarias como es la conservación en cuanto a



la calidad ambiental en su territorio. Todas ellas son parte de las obligaciones derivadas del Convenio Nro. 169 de la OIT en el marco de emprender el proceso de consulta. (Sentencia, 2010, pág. F33)

En consecuencia, desde el Convenio Nro. 169 de la OIT y con el debido desarrollo del Tribunal Constitucional quien ha establecido el objeto del proceso de la consulta a pueblos originarios se encuentra desde el acceso al diálogo intercultural, garantizando el legítimo interés relacionado a la calidad ambiental, a la cuestión económica, cultural, además que de recibir una justa compensación o indemnización. Haciendo un proceso de desarrollo de este derecho se debe buscar mecanismos de participación o beneficio de la riqueza.

2.10 Sus principios

Debemos resaltar que de acuerdo a la Ley Nro. 29785 *ley sobre consulta previa* (Artículo 4) distingue los principios rectores: Oportunidad, Interculturalidad, Buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción o condicionamiento e información oportuna. En suma, tanto lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en el año 2009, la ley sobre consulta, así como su reglamento se complementan para que el proceso de consulta se implemente guardando coherencia con lo establecido en el Convenio Nro. 169.



2.11 Brevemente sobre el consentimiento

La Corte IDH sobre el caso Saramaka contra Surinam puso énfasis en cuanto se produzca una mayor afectación por causa de *planes de desarrollo o de inversión a gran escala*, en esta cuestión el Estado debe obtener el consentimiento. El *consentimiento* también se encuentra revestido de parámetros al ser previo (antes), libre (sin condicionamiento) e informado (socialización de impactos o afectaciones).

Es decir, los proyectos a mayor escala sobre territorios que ocupan las comunidades originarias, tienen el riesgo de atravesar cambios estructurales culturales y territoriales, en este punto el Estado que promueve la consulta no comprende el nivel de afectación por el tamaño del proyecto, razón por la cual se genera conflictos socio ambientales. La Corte IDH ha coincidido con los argumentos del Relator Especial de la ONU que señalan que sostiene la necesidad de aplicar el *consentimiento* en los siguientes supuestos: Desalojo, migración, reasentamiento, pérdida de territorios y tierra tradicional, extensión de recursos para la subsistencia física y cultural, destrucción y contaminación del ambiente, ruptura de la organización social y comunitaria, impactos negativos a la salud, la violencia y abuso.

En los supuestos que señala la Corte IDH se debe aplicar el proceso de *consentimiento* en los integrantes de los territorios de comunidades originarias.

2.12 Beneficios compartidos como derecho de las comunidades indígenas



Es compleja la posibilidad que los pueblos indígenas formen parte de los beneficios, sin embargo, es el mismo Convenio Nro. 169 de la OIT que reconoce como derecho participar del beneficio que genera el proyecto de inversión o desarrollo sobre su territorio. No es en estricto una aspiración economicista o negociación de derechos a cambio de un beneficio, sino parte de derechos fruto de las afectaciones.

La corte interamericana ha resuelto en el caso Saramaka contra Surinam que “... ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa...” (Sentencia, fundamento 138). Así mismo, encontramos en el artículo 21.2 de la Convención IDH señala que la indemnización se extiende no solo a la total privación de un título de propiedad. Los pueblos originarios deben obtener una indemnización justa, así como participar de los beneficios que provienen de la restricción o privación de goce de su territorio, entonces previamente hay una afectación total o parcial del acceso al territorio que afecta su desarrollo territorial, social, económico, para ello previamente se hace la consulta y el consentimiento.

2.13 En relación al instrumento de gestión ambiental

Con el instrumento de gestión ambiental nos referimos al estudio de impacto ambiental EIA, es un documento en la cual se detalla los impactos ambientales – *incluido los sociales, económicos, territoriales de los pueblos originarios* – de un proyecto e identifica que poblaciones estas superpuestas en el territorio donde se



desarrollará la explotación de recursos naturales, con esta información debemos conocer que derechos colectivos se va a afectar en las comunidades indígenas.

Debemos advertir que los instrumentos ambientales especifican los impactos sociales, económicos, territoriales, recursos naturales y culturales de las comunidades originarias. Este instrumento también se debe referir a las alternativas o medidas de mitigación de los impactos negativos del proyecto.

La Corte IDH en el caso de Saramaka contra Surinam ha señalado que los estudios que contienen impactos sociales y ambientales son de utilidad para valorar posibles afectaciones de un determinado proyecto (desarrollo o inversión) a ejecutarse sobre la propiedad comunal. En reiterada jurisprudencia la Corte se ha pronunciado sobre la importancia del contenido del estudio de afectaciones o impacto social y ambiental las que deben realizarse de acuerdo a estándares internacionales además de la aplicación de buenas prácticas al respeto del pueblo originario. Destacándose la puesta en peligro o riesgo la vida o subsistencia de las comunidades originarias por los efectos presentes y acumulados de actividades extractivas.

2.14 Siete fases o etapas de la consulta previa en el Perú

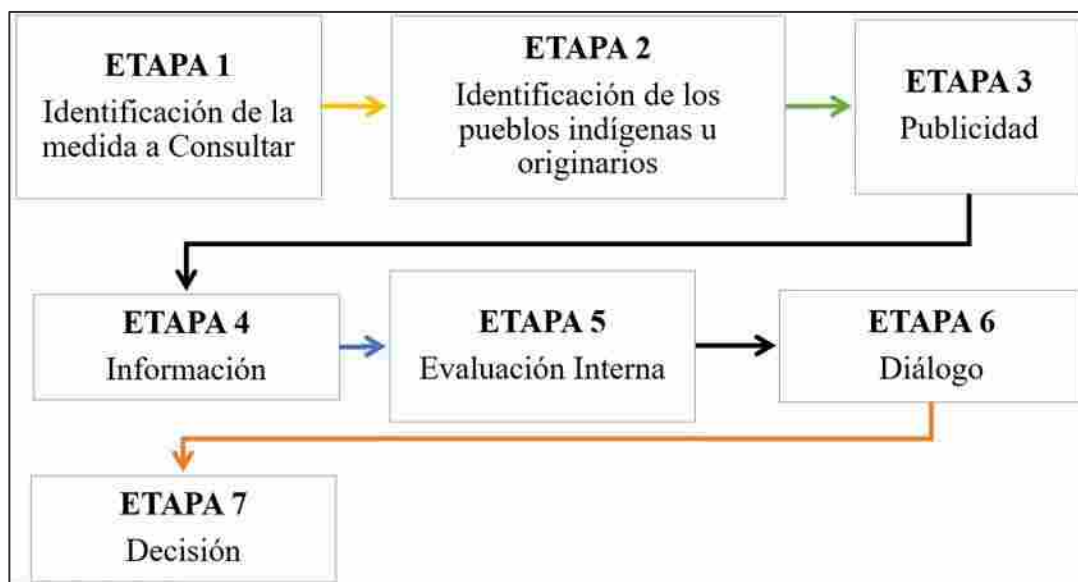
A modo de introducción el proceso de consulta tiene siete etapas o fases, destacándose el Convenio Nro. 169 de la OIT que forma parte de la legislación interna además es un instrumento que tiene fuerza vinculante su aplicación, así mismo debemos advertir que en el Perú se encuentra vigente la Ley Nro. 29785 – Ley sobre



el derecho a la consulta, así como su respectivo reglamento (DS Nro. 001-2012-MC), con estos instrumentos legales se aplican en los procesos de consulta, entonces debemos conceptualizar cada etapa así como incidir en su desarrollo práctico.

Las siete etapas o fases están relacionadas, como se trata de un proceso cada uno merece una especial atención conceptual y práctica de acuerdo al caso propuesto como es en la comunidad de Huini Coroccohuayco.

Cada etapa tiene importancia porque cada una esta relacionada con derechos colectivos propios de la comunidad originaria, en el caso que alguna etapa sea excluida el proceso deriva en ilegal e inconstitucional, para ello el legislador ha establecido plazos que pueden ser ampliados con la debida justificación y acuerdo con las comunidades originarias. Para ilustrar veamos el siguiente cuadro y en seguida desarrollamos cada una.



Cuadro: Etapas del proceso de consulta.



Etapa 1.- Identificación de la medida a ser consultada

Convenio 169 de la OIT	Ley 29785 Ley de Consulta Previa	DS 001-2012-MC Reglamento de la Ley
Artículo 6.1.a) “... cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”	Artículo 2 “Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas...”	Artículo 4 “El contenido de la medida debe cumplir con la legislación ambiental y preservar la supervivencia de los pueblos indígenas”

Cuadro: Comparativo etapa 1

La entidad promotora determina que es lo que se va consultar, como ejemplo de esto tenemos que podría ser un Decreto Supremo, Resolución Directoral, Resolución Ministerial, Ordenanza Regional o Municipal. En la práctica es una imposición de la Consulta a Comunidades Indígenas porque previamente no hay participación de los pueblos afectados para identificar la Medida Administrativa o Legislativas con la finalidad de arribar a acuerdos o acuerdo en la consulta, en este caso los pueblos originarios deben adecuarse a la disposición del gobierno contraviniendo el estándar establecido desde el Convenio Nro. 169. Más adelante hacemos el ejercicio de identificación de la Oportunidad de la Consulta Previa sobre el Caso del Proyecto Aplicación e Integración Coroccohuayco en espinar – Cusco.



Etapa 2.- Identificación de comunidades originarias

Convenio 169 de la OIT	Ley 29785 Ley de Consulta Previa	DS 001-2012-MC Reglamento de la Ley
Artículo 1.2 y 3.1 “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”	Artículo 10 “La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa...”	Artículo 29 “La Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley, constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas.”

Cuadro: Comparativo etapa 2

Para el caso, objeto de investigación, se tiene que la Comunidad Campesina Huini Coroccohuayco y otras 12 comunidades fueron identificadas como pueblos que son afectados por el proyecto minero con la aplicación e integración Coroccohuayco.

Así podemos resaltar del cuadro a continuación sobre el reconocimiento como pueblos indígenas u originarios, información que se encuentra publicada y de acceso libre en la página web del Ministerio de Cultura.



COMUNIDAD CAMPESINA	Habla alguna lengua indígena u originaria %	Se define como indígena u originario %	Población masculina %	Población femenina %
Alto Huancane	94.64%	99.62%	50.70	49.30%
Alto Huarca	92.21%	99.02%	50.21	49.79%
Anansaya Ccollana	88.18%	99.22%	53.95	46.05%
Anta Ccollana	79.90%	98.77%	50.47	49.53%
Cala Cala	80.39%	100.00%	61.82	38.18%
Huini Corocohuayco	84.16%	96.59%	64.08	35.92%
Pacopata	94.29%	98.95%	48.15	51.85%
Hanccollahua	89.57%	96.33%	54.78	45.22%
Huano Huano	92.98%	99.10%	51.88	48.12%
Huarca	63.96%	78.51%	62.09	37.91%
Huancane Bajo	86.21%	100.00%	50.21	49.79%
Huisa	83.93%	94.44%	43.86	56.14%
Huisa Collana	79.10%	96.99%	50.71	49.29%
Mollocahua	95.93%	99.59%	52.52	47.48%
Oqquebamba	99.66%	99.21%	46.67	53.33%
Pumahuasi	90.22%	100.00%	55.17	44.83%
San Martin	100.00%	100.00%	60.00	40.00%
Sepillata	91.19%	97.81%	50.00	50.00%
Suero y Cama	88.89%	99.48%	55.71	44.29%
Tintaya Marquiri	37.30%	54.86%	83.30	16.70%

Cuadro: Trabajo con la base de datos del Ministerio de Cultura.

Para una adecuada identificación de comunidades originarias o indígenas se establece dos criterios, el criterio objetivo y el criterio subjetivo, desarrollemos:

- a. **Criterio Objetivo:** Este criterio se centra en las características de los pueblos originarios como la continuidad histórica del pueblo que es descender de poblaciones anteriores a la colonización, se debe tener una conexión territorial, la conservación de sus instituciones organizativas y de administración de su territorio, su



patrimonio que resalta la identidad cultural, el idioma nativo, continuidad de la práctica ancestral de tradiciones y costumbres.

- b. Criterio Subjetivo:** Conforme ya estableció el Convenio 169 es el criterio fundamental o el que tiene mayor énfasis en la conciencia o pertenencia de su identidad a un pueblo originario, en este caso la cultura quechua.

En oportuno considerar el artículo 33.1 de la Declaración de las Naciones Unidas referido a los derechos de los pueblos indígenas estableciendo que los pueblos originarios tienen derecho a determinar su pertenencia o identidad cultural conforme a sus usos, costumbres y tradiciones. Reiteramos que esto no limita el derecho a obtener la ciudadanía del Estado.

La Corte IDH en el Caso Xákmok Kásek contra Paraguay ha establecido que para la identificación de la comunidad originaria “... *desde su nombre hasta su composición...*” trasciende como un hecho histórico social, esto es parte de la construcción de su autonomía. Entonces como la misma Corte ha señalado es el Estado quien debe limitarse a respetar la forma cómo la comunidad originaria o indígena se autoidentifique. (Sentencia, 2010, fundamento 37)

Por otro lado, la Corte en el caso Yakye Axa contra Paraguay ha sostenido que la personería jurídica sirve “... *para hacer operativos los*



derechos ya existentes de las comunidades indígenas...” es decir que la comunidad por su existencia histórica ya ejerce derechos antes de su reconocimiento por parte del Estado, la personería jurídica en el Perú sería equivalente al registro que conocemos como registros públicos. Las comunidades originarias son preexistentes a la formación del Estado. (Sentencia, fundamento 82)

En Yauri, capital de la provincia de Espinar, los primeros pobladores se asentaron en los parajes de Chisicata, Trapichepampa, Huthu, Suero y Cama, Hancopawa, Oqoruro y Waywawa, muy cerca al lugar donde actualmente se ubica el distrito de Yauri; estos provinieron del altiplano del Collao (Tiawanako), aproximadamente 5 000 años a.C., en la época precerámica. Espinar también es conocida como la cuna de la nación K’ana, que se extendió en lo que ahora son los departamentos de Cusco, Puno y Arequipa, su capital en se entonces fue el actual distrito de Pichigua.



Etapa 3.- Publicidad

Convenio 169 de la OIT	Ley 29785 Ley de Consulta Previa	DS 001-2012-MC Reglamento de la Ley
<p>Artículo 13.2 “Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas.</p>	<p>Artículo 11 “Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas...”</p>	<p>Artículo 17 Las entidades promotoras de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta deben entregarla a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas que serán consultados, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados...”</p>

Cuadro: Comparativo etapa 3

De acuerdo al Ministerio de Cultura se trata de un acto en el que las entidades promotoras (Estado) hace entrega a titulares o representantes de las comunidades originarias el *plan a consultar* dentro de ella la propuesta de medida *administrativa o legislativa* que se consultara.

En esta etapa las comunidades originarias o indígenas recién pueden informarse sobre el contenido del plan de consulta, así como la propuesta de la medida administrativa o legislativa que será consultada (Ej. Resolución Directoral). Esta información debe estar disponible en la versión más accesible como el idioma, o medios de comunicación locales.



Etapa 4.- Información

Convenio 169 de la OIT	Ley 29785 Ley de Consulta Previa	DS 001-2012-MC Reglamento de la Ley
<p>Artículo 16.1 “Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna.”</p>	<p>Artículo 12 “... brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa”</p>	<p>Artículo 18 “... brindar información al o los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa”</p>

Cuadro: Comparativo etapa 4.

A la luz de lo que la Corte IDH se ha mantenido en reiterada jurisprudencia sobre el aspecto vinculante para los Estados parte. Es decir, la etapa de información en el proceso de la consulta, tiene 2 elementos sustanciales: *i)* Características del proyecto o medida legislativa y, *ii)* Impactos ambientales derivados de la medida que afectan a la comunidad originaria.

El Ministerio de Cultura, ente rector del proceso de consulta, en su material de capacitación advierte que en la Etapa de Información las entidades promotoras deben informar a las comunidades originarias o indígenas acerca de la medida a consultar. Debemos precisar en que consiste la medida, cuáles son sus consecuencias, cuáles son las afectaciones e impactos a los derechos colectivos. Cumplir con esta exigencia en el sub sector minero será complicado porque no visibilizan el documento fuente de las afectaciones ambientales y



afectación a los derechos colectivos que es el Estudio de Impacto Ambiental junto a sus diversas modificatorias.

La información que se distribuye a la comunidad originaria debe incluir la propuesta de beneficios, esto debido a que las comunidades originarias soportan las consecuencias e impactos de actividades extractivas sobre sus territorios, el Estado tiene que garantizar y hacer respetar a la comunidad originaria afectada que obtenga un beneficio, esto es el pago de indemnización justa, no es solo compra de tierras, sino implementar el derecho a participación de los beneficios que provienen de la riqueza de su territorio siendo que serán limitados al acceso, uso y disfrute de la producción de sus tierras que son útiles para su existencia.

La información de impactos ambientales corresponde socializar al Estado y no a la empresa privada, en el proceso de consulta.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado a través de sentencias que la información se debe entregar antes de iniciar cualquier proyecto y que por su característica afecte la salud de los habitantes y su ambiente natural resulte contaminado. La información proporcionada debe estar referida al recurso que será explotado o extraído, identificación de la empresa que solicita la aprobación de su proyecto de explotación.



La consulta ante todo se debe desarrollar sin la presencia de ningún tipo de sujeción, ello se constituiría en un acto ilegal.

Etapa 5.- Evaluación Interna

Convenio 169 de la OIT	Ley 29785 Ley de Consulta	DS 001-2012-MC Reglamento de la Ley
<p>Artículo 7.1 “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo...”</p>	<p>Artículo 13 “... los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa...”</p>	<p>Artículo 19 “... los pueblos indígenas y sus representantes deben contar con un plazo razonable en consideración de la naturaleza de la medida con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias ...”</p>

Cuadro: Comparativo etapa 5.

Esta etapa es importante porque la comunidad hará la evaluación interna respecto de la información proporcionada y socializada por el Estado, también puede ser asistido por el ente rector para aclarar sobre el contenido de la medida consultada, sin embargo, se presentan supuestos sobre la evaluación siendo que al estar ya aprobado el instrumento más importante, estudio de impacto ambiental, es imposible hacer modificación y observaciones, las comunidades indígenas estarán limitadas a revisar un documento de dos páginas que puede ser una Resolución Directoral para el inicio de operaciones o explotación.



Etapa 6.- Diálogo

Convenio 169 de la OIT	Ley 29785 Ley de Consulta Previa	DS 001-2012-MC Reglamento de la Ley
Artículo 7.4 “Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”	Artículo 14 “El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos...”	Artículo 19 “El diálogo intercultural se realiza respecto de aquellos aspectos en donde se presentan diferencias entre las posiciones de la propuesta de la entidad promotora y las presentadas por el o los pueblos indígenas”

Cuadro: Comparativo etapa 6.

No es solo un diálogo intercultural, sino un espacio para exponer propuestas desde las Comunidades Originarias primero a la medida que está siendo Consultada y segundo sobre presentar desacuerdos con el proceso de consulta. Sin embargo, el Estado únicamente atiende las observaciones o desacuerdos respecto del objeto de consulta, medida legislativa o administrativa, y si las observaciones no están comprendidas en este ámbito son separadas del proceso de consulta y quedan expectativas sin fuerza vinculante. Eso no tiene sentido de protección a los pueblos originarios, por ello la medida a consultar debe ser participativa desde antes de la aprobación del estudio referido al impacto ambiental para la debida identificación del momento de la consulta. La consecuencia del desacuerdo inevitablemente trae consigo el inicio de un nuevo escenario de conflictividad social.



Ciertamente la finalidad de la Etapa es alcanzar acuerdos totales o parciales sobre el contenido de la Consulta, pero de ningún modo se puede aducir que se ha implementado el Consentimiento.

En la medida que la comunidad indígena no llegue a acuerdos aprobando la medida legislativa o administrativa al no tener ese acuerdo carácter de veto a la medida, es el Estado promotor quien puede decidir aprobar la medida legislativa o administrativa siempre que sea debidamente fundamentada y poniendo énfasis en el derecho colectivo propio de comunidades originarias afectadas por el proyecto, así como disponer medidas de mitigación sobre los impactos ambientales. El Estado no puede decidir cuándo en el territorio existen causales de consentimiento como el reasentamiento de la comunidad en otro territorio.

Etapa 7.- Decisión

Convenio 169 de la OIT	Ley 29785 Ley de Consulta Previa	DS 001-2012-MC Reglamento de la Ley
Artículo 8.1	Artículo 14	Artículo 19
“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”	El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes.	La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora.

Cuadro: Comparativo etapa 7.



Siempre que la comunidad indígena no llegue a acuerdos con el Estado en el proceso de Consulta, su decisión debe estar debidamente fundamentada para proceder a aprobar la explotación, siempre que responda a un objetivo y fin legítimo, así mismo ha ilustrado y recomendado la CIDH que el Estado de no llegar a acuerdos con la comunidad originaria debe argumentar o sustentar su decisión en forma proporcional y razonable guardando correlación la protección frente a las afectaciones ambientales a las comunidades originarias.

2.15 El Estado y su rol promotor

Entidad promotora. – Es la que será responsable de desarrollar el proceso a ser consultado sea por la medida legislativa o administrativa como establece la ley y su respectivo reglamento. Las entidades promotoras pueden ser: desde la presidencia del consejo de ministros, los ministerios, gobiernos regionales, provinciales o distritales.

Viceministerio de interculturalidad. – Esta adscrito al Ministerio de Cultura, tiene roles transversales, porque no solo representa al Estado, sino que promueve la defensa de derechos de las comunidades originarias. Entre sus roles se tienen el de coordinar, articular y concertar la política estatal para la adecuada implementación del proceso de consulta, así mismo desarrolla acciones de capacitación y asistencia técnica a entidades promotoras así como a comunidades originarias. Emite opinión



relacionado a la identificación de la medida administrativa o legislativa y sobre el plan de consulta debiendo establecer la garantías para un adecuado proceso.

2.16 Estándares internacionales

2.16.1 Estándar

No se encuentra precisamente definida en la norma; pero para el caso en investigación es necesario conceptualizar, además que es un término constante en el uso del *derecho nacional e internacional* relacionado a derechos humanos aplicado a comunidades originarias.

La doctrina jurídica señala que el estándar en sentencias de la Corte IDH son como pautas para los Estados parte, es decir son reglas jurídicas con un adecuado criterio de evaluación, esto implica que se establecen obligaciones concretas, su contravención conduce a consecuencias de carácter internacional. (Quinche Ramírez Manuel Fernando , 2009).

Al verificar el diccionario de la Real Academia Española RAE concreta sobre el término estándar “*que sirve como tipo, modelo, patrón o referencia.*” (RAE, 2020).

En consecuencia, para nuestro primer acercamiento sobre Estándar tiene que ver con *i) pautas de comportamiento ii) criterios de evaluación y iii) reglas jurídicas*. Es un modelo de referencia con la finalidad de cumplir con las obligaciones del tratado en el marco de la consulta previa.



b.- Tratado

La Convención de Viena referido al derecho de los tratados establece que por tratado se entiende que es un *acuerdo internacional* que celebran entre estados, además se rige por las obligaciones que emanan del *derecho internacional*. (Artículo 2, literal a)

El tratado entre los Estados parte se obliga a producir efectos jurídicos vinculantes entre las partes. La RAE sobre el tratado internacional precisa que es el “... *acuerdo entre Estados u organizaciones internacionales*...” siendo que estos tienen el propósito de establecer reglas para resolver problemas concretos. (RAE, 2020)

c.- Declaración

Sobre la “declaración”, que es la manifestación formal con efectos jurídicos vinculantes, tenemos como instrumentos de fuerza normativa e ilustrativa ante ello la Corte Interamericana ha señalado que toda declaración emerge pensando en la protección derechos esenciales, por tanto, la declaración constituye una fuente de obligaciones a nivel internacional.

Nuestra principal fuente normativa establece como estándar internacional la “*obligación de aplicar como deber*”, es decir como mandato imperativo que el Estado implemente mecanismos adecuados. (Convenio Nro. 169 de la OIT, artículo 6)



El Estándar Internacional constituye una obligación de aplicación a procedimiento de Consulta Previa, esto debe ir más allá de la estructura formal, porque una consulta o consentimiento que recoja los estándares aun cuando otorgue toda la información necesaria y lo haga mediante mecanismos interculturales, pasaría a ser una simple reunión informativa. Para evitar las consultas como procedimientos puramente formales, el Estado debe basar su procedimiento en principios rectores: buena fe e interculturalidad. (Salmon, 2012)

Asimismo, el Convenio establece que el proceso de consulta *deberá* realizarse de buena fe y de una manera adecuada a circunstancias propias de la comunidad originaria, esto es, de acuerdo a sus condiciones peculiares y/o particulares. (Convenio Nro. 169, artículo 6).

La Declaración de la ONU referido a derechos de pueblos indígenas instituye que los Estados pueden *celebrar consultas*, así como cooperarán de *buena fe* para el mejor ejercicio de derechos propios de comunidades originarias. (Declaración de PPII, artículo 19)

El relator especial, sobre derechos de pueblos indígenas, James Anaya informa *que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopta un Estado afecta de una u otra manera a los pueblos originarios*. El Relator también hace alusión a la aplicación del deber de desarrollar consultas



siempre que una decisión del Estado afecte territorios de comunidades originarias o indígenas que serán afectadas incluso en aquellos modos no percibidos y sus efectos más amplios dan lugar al deber de celebrar consultas.

Tanto, la Comisión y la Corte IDH establecen recomendaciones, opiniones consultivas y sentencias con la finalidad que los Estados estén obligados a adoptar medidas especiales y específicas orientadas principalmente a promover y proteger a las comunidades originarias o indígenas, así como favorecer y mejorar el ejercicio de derechos.

2.17 Estándares como aplicación obligatoria en la Consulta previa

La *consulta* constituye un derecho fundamental que tienen las comunidades originarias, o como hemos sostenido, y que su principal exigencia se centra en que sea previa (antes), libre (sin coacción) e informada (socializada). La Corte IDH fue fijando los estándares internacionales para la implementación del proceso de consulta a las comunidades originarias.

Debemos desarrollar una primera sistematización de los principales estándares internacionales a partir de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así mismo, a partir de las reflexiones que promueve el Instituto Interamericana de Derechos Humanos en la que podemos señalar la siguiente sistematización de los



estándares internacionales inspirados en las sentencias referidas a los pueblos originarios:

1. – *El Estado debe reconocer la propiedad comunal*, las comunidades originarias son titulares de la propiedad, este derecho es de índole colectiva. (Convención Americana sobre Derechos Humanas, artículo 21).

2. – *El Estado debe garantizar el derecho de propiedad comunal*, es decir cuando la propiedad colectiva de la comunidad originaria y la propiedad privada de cualidad individual entran en refutaciones aparentes o reales, debemos de recurrir al contenido de la convención americana, así como a la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH los cuales nos proporcionan pautas que están centradas en que el Estado debe considerar en la ley el deber proporcional, teniendo como finalidad u objetivo legítimo la protección sin que se ponga en riesgo la existencia como comunidad originaria tratándose de sus propios recursos naturales (Véase: Caso Yakye Axa contra Paraguay, caso Saramaka contra Surinam).

3. – *El Estado está obligado a garantizar la consulta*. – Partimos de los tratados referidos a los derechos humanos, específicamente el derecho colectivo propios de comunidades originarias, estos instrumentos normativos de aplicación obligatoria incluyendo las sentencias de la Corte IDH, esta obligación es realizar la consulta previa considerando: *i*) Un proceso participativo y diferenciado; *ii*) Contar con estudio de impactos ambientales y territoriales; y *iii*) Reconocimiento como pueblos originarios.



4. – *El estado debe tener una estructura institucional.* – Ello implica la obligación de organizar adecuadamente la estructura institucional gubernamental para ejercitar y promover procesos de consulta, así como la atención a pueblos originarios (Convención ADH, artículo 1).

5. – *Características en la aplicación del proceso de consulta.* – Sobre el particular, la Corte IDH en sus sentencias emitidas estableció que, para garantizar el ejercicio de participación efectiva de las comunidades originarias que al interior de su territorio se proyecte el desarrollo o inversión estatal. Entonces, es el Estado quien tiene la obligación de consultar con parámetros de ser previa, ser libre e ser informada (Caso Saramaka contra Surinam, fundamento 134.)

6. – *Dimensiones en el proceso de consulta.* – Debemos precisar que para ser *consultados* se implementar desde la primera etapa de propuesta el plan de inversión o desarrollo, una grave afectación sería posponer hasta la aprobación para iniciar con la intervención. Entonces, se rompería: *i*) su carácter previo, *ii*) su buena fe, *iii*) obtener un acuerdo, *iv*) aplicar a estudios de impacto ambiental y sus modificatorias ampliatorias, *v*) *su carácter* de consulta informada.

7. – *Interculturalidad.* – Nuestra identidad está relacionada a la supervivencia y resistencia tanto cultural, social y económica para las comunidades originarias. El territorio, sus tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos también forman parte de la resistencia intercultural. La Corte IDH reconoce que el derecho



ancestral de las comunidades originarias sobre sus territorios, está estrechamente conectado con el derecho a su identidad, su cultural, la supervivencia misma de las comunidades originarias o indígenas. (Sentencia de la Corte IDH en el caso Yakye Axa contra Paraguay).

En consecuencia; el Estado tiene el *deber de consultar* conforme al acuerdo al Convenio 169 (artículo 6.1) aplicando una *participación efectiva* de los miembros representantes de las comunidades originarias, indígenas y/o tribales. La *decisión* debe corresponder únicamente a las comunidades originarias, así como obtener el acceso a la información que debe ser socializada en cuanto a los impactos ambientales y territoriales.

Sub capítulo III

Conflictividad socio ambiental

2.18 Conflictividad Socio Ambiental

Se puede verificar que desde el año 2000 las utilidades económicas en minería se han incrementado, ello producto del incremento en la cotización del precio de las materias primas. Las políticas del Estado estaban orientadas al incentivo a empresarios mineros y con la clara orientación a ampliar el proceso de explotación.

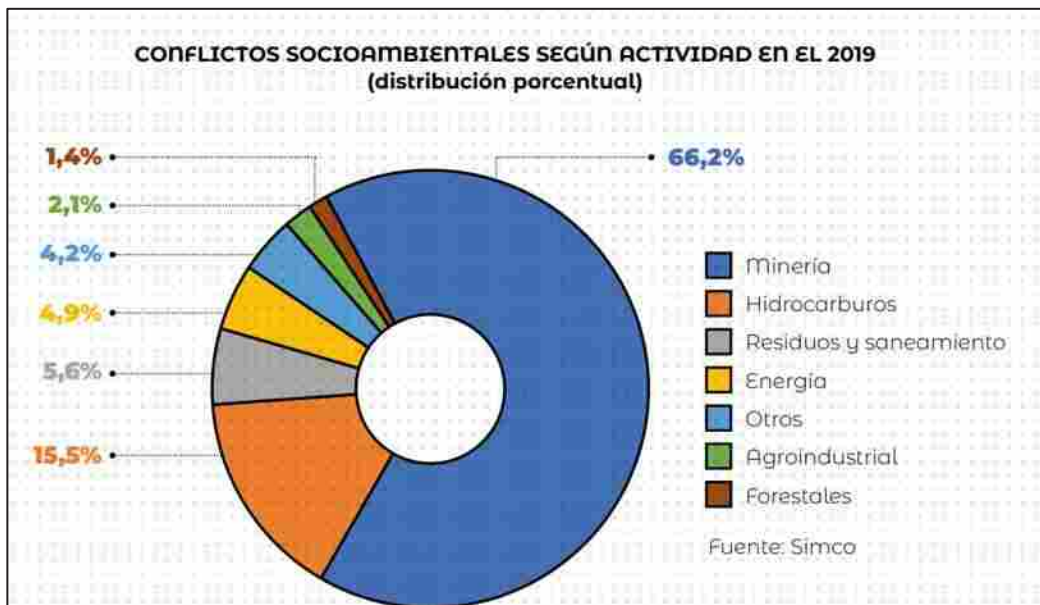
Ante este crecimiento económico de forma paralela se va incrementando costos sociales y ambientales que finalmente se manifestaron a través de distintas protestas sociales demandando que los acuerdos no se cumplen y denuncian la contaminación



ambiental en territorios de pueblos indígenas con presencia de empresas extractivas, a esto se le ha identificado como “Conflictos Socio Ambientales”.

De acuerdo al observatorio de conflictos mineros en América Latina informa que los países de América Latina tienen conflictos mineros (social – ambiental) relacionados a las actividades mineras. El Perú es el que tiene actualmente el mayor número de conflictos mineros (33) junto con Chile, mientras que México cuenta con 26 conflictos y Colombia con 12. (OCMAL, 2013)

Según el informe del reporte anual de la Defensoría del Pueblo se tiene que de los 222 conflictos registrados durante el año 2019, los *socio-ambientales* ocuparon el 64% (142 casos). El 66,2% (94 casos) corresponde a conflictos producto de la actividad de explotación minera; siguiendo conflictos de explotación de hidrocarburos con el 15,5% (22 casos). Durante este periodo, los conflictos representaron el 9,9% (22 casos) por asuntos de gobierno nacional, siendo el segundo tipo de conflicto más frecuente, seguido de conflictos por agendas propios del gobierno local y distrital que tienen el 9% (20 casos) y 5% (11 casos). (Informe defensorial, 2019)



Fuente: Defensoría del Pueblo, 2019

Asimismo, la Defensoría en la presentación del Reporte de Conflictos Sociales Nro. 190, correspondiente al mes de diciembre de 2019, reporta que son 184 conflictos sociales registrados (133 activos y 51 latentes). Dentro de los cuales se identifican 2 de tipo socio ambiental. Uno de ellos se trata de comunidades campesinas comprendidas en el distrito Pallpata y el Frente de Defensa de los distritos de Ocoruro, Alto Pichigua, Condorama, Pichigua y Pallpata de la provincia de Espinar; la agenda planteada es la nulidad de la resolución que aprobó la “*modificatoria del estudio de impacto ambiental del proyecto Antapaccay – expansión tintaya – integración Coroccohuayco*”, en lo sucesivo MEIA Coroccohuayco, presentada por la Compañía Minera Antapaccay, principalmente al haberse vulnerado su derecho a ser consultado y más aún al no haber sido incorporados como área de influencia directa ambiental



social a la ampliación minera denominada Coroccohuayco. (Informe defensorial, 2019)

2.19 Conflictividad Socio ambiental

La conflictividad socio ambiental no es un fenómeno nuevo. Lo que distingue a los actuales conflictos socio ambientales es que una parte cada vez mayor de ellos se origina en la creciente degradación del ambiente (2015, pág. 200).

Los conflictos socio ambientales tienen como iniciación la reiterada forma de incumplimiento de acuerdos previamente establecidos y la falta de transparencia en la elaboración de instrumentos ambientales, tanto en la etapa exploración, explotación y cierre de minas. Tiene que ver también el abandono del Estado a las comunidades, pero a su vez cuando se desarrollan los problemas de conflictividad social la única respuesta es la represión causando heridos y muertos de modo innecesario, en cambio, si desde el inicio de la relación Estado – Empresa – Comunidad se impulsan políticas públicas sobre “Empresas y Derechos Humanos”, la inversión privada respete derechos colectivos de las comunidades y cumpla con su deber de remediación ambiental.



Capítulo III

Análisis del caso Coroccohuayco Espinar

3.1 La consulta del instrumento de gestión ambiental

Para analizar el caso Coroccohuayco, vamos a trabajar cronológicamente citando documentación con énfasis en los años 2019 y 2020. Cabe destacar que en este momento – *diciembre 2020* – en las Comunidades del Distrito de Yauri, provincia de Espinar se encuentran en “*Proceso de Consulta Previa*” en la que participan 13 comunidades originarias debidamente identificadas por el ministerio de cultura, sin embargo 2 comunidades Huini Coroccohuayco y Pacopata decidieron solicitar el proceso de Consulta en sus territorios de forma diferencial y que la medida administrativa a ser consultada sea al instrumento de gestión ambiental, es decir la modificatoria del EIA, esto por razones que la entidad promotora el Ministerio de Energía y Minas ha en forma vertical consultar la resolución directoral que aprueba la “*Autorización de inicio de actividades mineras de explotación a favor de Compañía Minera Antapaccay S.A. para el proyecto minero Integración Coroccohuayco*” (MINAM, 2020).

En el *iter* de la investigación hemos desarrollado la parte teórica y elementos para determinar la oportunidad del Proceso de Consulta Previa, con el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinario ahora construimos argumentos sobre la base de la identificación de la medida a consultar oportunidad ya expuestos, precisar cuál es la medida administrativa, para ello tomamos en cuenta la hipótesis planteada.



3.2 Comunidades afectadas por el proyecto minero Coroccohuayco

Para el presente caso la *Consultora Golder Associates* ha elaborado la MEIA Coroccohuayco, por encargo de la Compañía Minera Antapaccay que en forma puntual establece que la “*Descripción del medio social, económico, cultural y antropológico de la población*”, destacando el “*Área de influencia social*” en ella especifica el impacto social y ambiental encontrándose determinado por el área de influencia social ambiental directa, aquí se consideran criterios de organización en el territorio, la asociatividad comunal, tipo de áreas de residencia urbana y rural, así como la cantidad poblacional. (SENACE, 2019)

De acuerdo, a la MEIA el Área de Estudio Local: Comprende 13 comunidades campesinas y propietarios privados del cual podemos destacar lo siguiente:

Tabla 3.4.1-2: Conformación del Área de Estudio Local

Zona Coroccohuayco	Zona Tintaya	Zona Antapaccay	Zona Yauri
Comunidades campesinas cercanas a la futura zona de Explotación Coroccohuayco	Comunidades campesinas cercanas a la zona de Beneficio Tintaya	Comunidades campesinas y propietarios privados cercanos a la zona de Explotación Antapaccay	Comunidades campesinas cercanas al CP Yauri
<ul style="list-style-type: none"> ■ CC Huano Huano * ■ CC Pacopata ■ CC Huini Coroccohuayco 	<ul style="list-style-type: none"> ■ CC Alto Huancané ■ CC Huancané Bajo * ■ CC Tintaya Marquiri 	<ul style="list-style-type: none"> ■ CC Alto Huarca ■ CC Cala Cala ■ CC Huarca ■ CC Huisa Ccollana ■ CC Huisa ■ Propietarios Privados 	<ul style="list-style-type: none"> ■ CC Anta Ccollana ■ CC Suero y Cama

Fuente: Tomado de la MEIA Antapaccay Sección 3.0. Pág. 1002

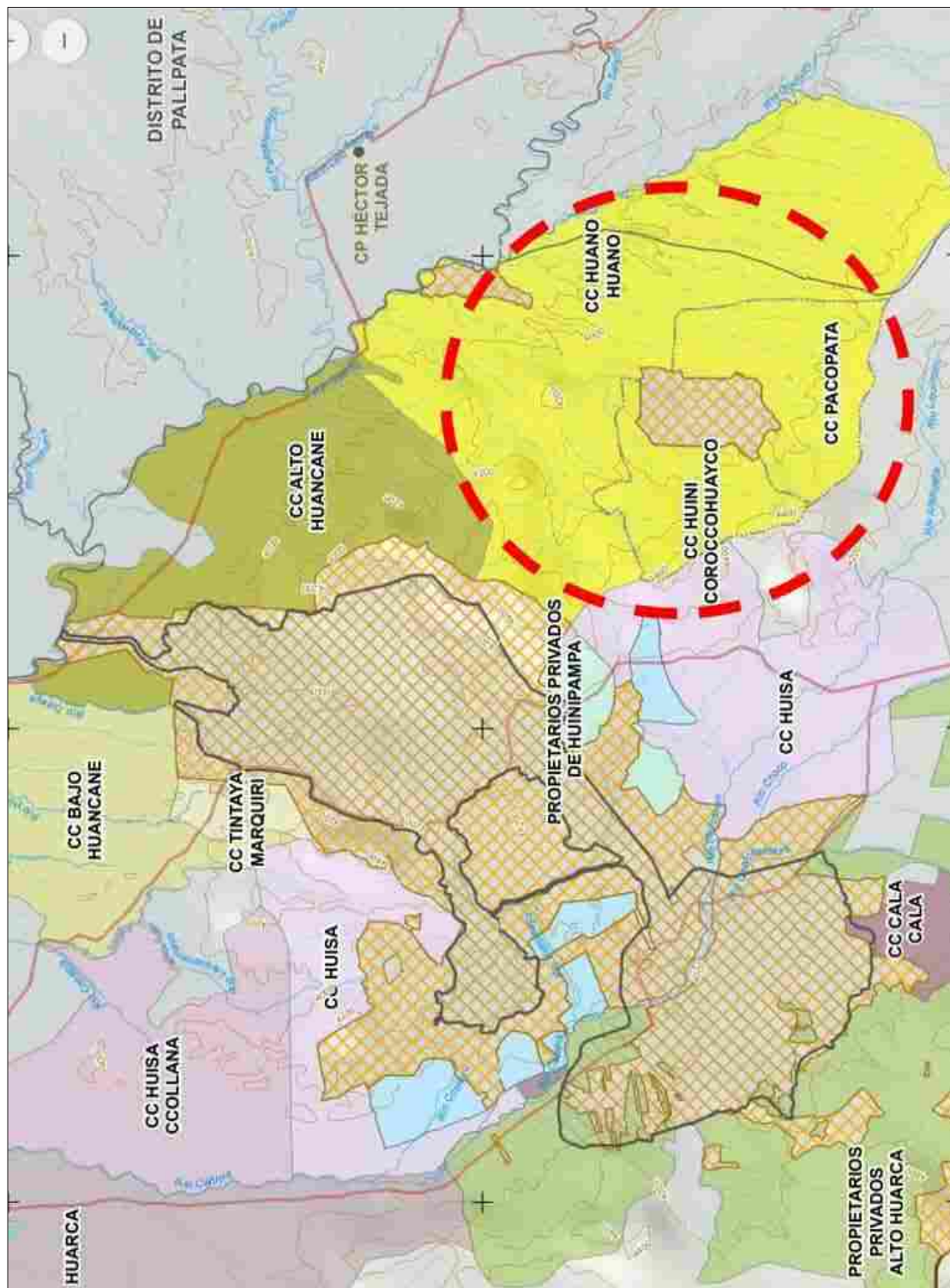
Se destaca que la Comunidad Campesina Huano Huano cuenta con reconocimiento oficial desde el año 1990 (R.D. Nro. 0461-90-DUAD-XX-C); su personería jurídica se encuentra inscrita en la Partida Electrónica Nro. 11000324 de la



Oficina Registral de Espinar. Asimismo, esta comunidad campesina tiene derechos de propiedad inscritos desde el año 1991, según consta de la Partida Electrónica Nro. 02006833 de fecha 20 de junio de 1991 del registro de predios. La CC Huano Huano es la comunidad campesina madre de la cual formaban parte los sectores Pacopata y Huini Coroccohuayco.

La Comunidad Campesina Pacopata tiene su Partida Electrónica Nro. 11101281 y la Comunidad Campesina Huini Coroccohuayco cuenta con su Partida Electrónica Nro. 11104055, a la fecha se encuentran en trámite de desmembramiento de la Comunidad Campesina Huano Huano.

La futura *Zona de Explotación Coroccohuayco* de la Compañía Minera Antapaccay S.A., propone realizar la extracción de mineral para su posterior procesamiento en las plantas concentradoras existentes en la Zona de Beneficio Tintaya, En la siguiente figura podemos apreciar la ubicación de las Comunidades Campesinas, destacando dentro del círculo rojo la futura Zona de explotación Coroccohuayco y las comunidades que la integran.



Mapa: Ubicación de Comunidades Campesinas
Fuente: MEIA 3.0 Línea de Base. Folio LB-1006



La información da cuenta que las comunidades campesinas situadas en el área de influencia social y ambiental directa serán afectadas en sus derechos colectivos como consecuencia de la aprobación de la MEIA, estos derechos colectivos edificados son: conocimientos tradicionales, técnicas y rituales asociados al uso de recursos naturales, cosmovisión, creencias y prácticas ancestrales, tradición oral, organizaciones tradicionales, sistema y mecanismos de toma de decisiones así como sistemas propios de administración de justicia, entre otros.

Los componentes mineros que construirán en la futura Zona de Explotación Coroccohuayco todas ellas se encuentran sobre el sobre territorio de las comunidades campesinas de Huini Coroccohuayco, Pacopata, y Huano Huano, la construcción generará desplazamiento de familias de la comunidad originarias, además serán zonas inhabitables siendo que la futura operación minera tiene proyectado hacer minería a tajo abierto y subterráneo así como componentes de movilización de mineral con la que las personas no pueden entrar en contacto debido a la exposición a la contaminación que generará la explotación minera.

Las áreas distribuidas para labores subterráneas, campamento Coroccohuayco, pila de minera de baja ley Coroccohuayco, botadero ex pit, pila de suelo orgánico área norte y sur, pila de suelo orgánico Coroccohuayco, botadero in pit, tajo Coroccohuayco área norte y sur.

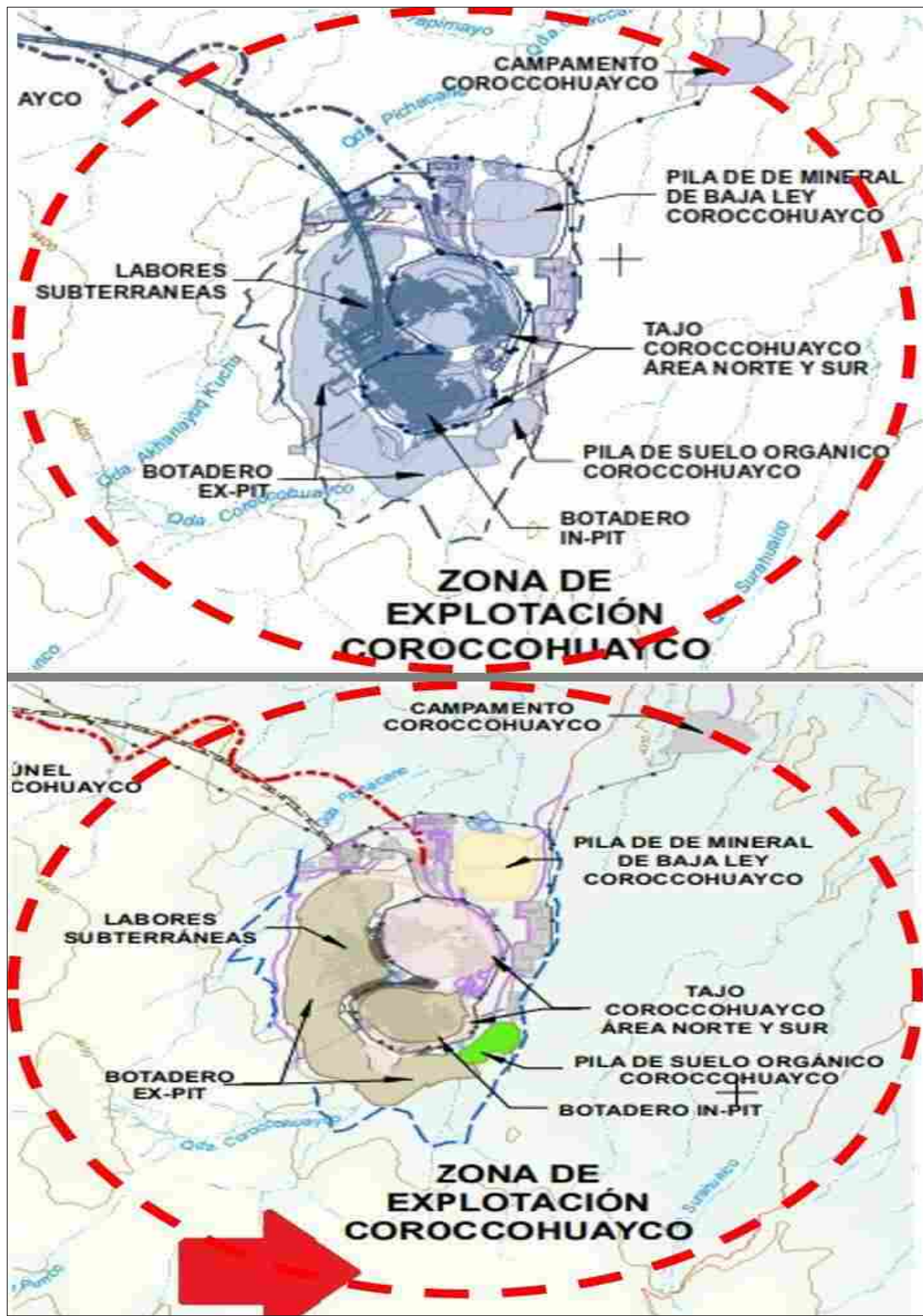


Figura: Componentes mineros sobre los territorios de comunidades originarias de Huini
Fuente: 1.0_Resumen ejecutivo Folio RE - 7



Hasta aquí queda claro que el inicio de operación o explotación del proyecto minero Coroccohuayco de propiedad de la Compañía Minera Antapaccay se superpone principalmente sobre las Comunidades Campesinas de Huano Huano, Pacopata y Huini Coroccohuayco.

La ampliación de un proyecto minero afectará el territorio comunal y como consecuencia de ello veremos el desplazamiento en familias de la comunidad, sobre este el particular la Corte IDH sostiene que el desplazamiento de familias o miembros de la comunidad originaria es causal para que se aplique el proceso de consentimiento previo (antes), libre (sin sujeción) e informado (socialización de impactos), además del proceso de consulta.

3.3 Agenda de las comunidades campesinas planteadas al Estado

Conforme se aprecia del desarrollo sobre la conflictividad socio ambiental en Espinar, las comunidades tienen principalmente 3 agendas como líneas conductoras del proceso; *i)* denuncia de contaminación ambiental, *ii)* demanda por el incumplimiento de acuerdos suscritos con la empresa minera, y *iii)* demanda de falta de protección del Estado.

En los actos preparatorios de la consulta previa, la comunidad de Huini Coroccohuayco envió documentos al Sistema Nacional de Certificación Ambiental SENACE, al Ministerio de Energía y Minas y a la Presidencia del Consejo de Ministros PCM principalmente para solicitar que se inicie la consulta previa a la aprobación del



instrumento ambiental. Así mismo, emitieron documentación a la Compañía Minera Antapaccay requiriendo socialización del contenido de la MEIA.

Estos pedidos no tuvieron respuesta concreta, veamos algunos eventos sobre el pedido de las comunidades.

- Mediante Memorial, de fecha 01 de abril de 2019, las comunidades de Yauri y organizaciones sociales a la PCM con una agenda concreta: “1. *Socialización del expediente técnico y su Estudio de Impacto ambiental del Corredor Vial Apurímac – Cusco – Arequipa, de las cuales hace uso exclusivo las empresas mineras las Bambas, Hudbay y Antapaccay.* 2. *Socialización de las Consulta Previa del MEIA del proyecto Expansión Tintaya – Integración Coroccohuayco por parte de los sectores competentes.* 3. *Caso Majes – Sigvas II.” Entre otros*”. Memorial que ha concluido con reiniciar las mesas de diálogo para Espinar, pero sobre el tema de Consulta previa no quedaba claro las acciones a emprender desde el Estado.

3.4 Demanda de amparo sobre omisión de consulta previa

Las comunidades originarias de Huini Coroccohuayco, Huano Huano y Pacopata, así como la Federación Unificada de Campesinos presentan en el Juzgado Mixto de Espinar emplazando la demanda contra el Servicio Nacional de Certificación



Ambiental SENACE y la Compañía Minera Antapaccay S.A., en relación a la demanda que se encuentra en curso señalamos lo siguiente:

3.4.1 Petitorio

La demanda contiene el siguiente petitorio: *i)* se declare fundada la demanda y reconozca que se han violado los derechos colectivos de la comunidad campesina Huini Coroccohuayco, reconocido el Convenio Nro. 169 de la OIT, jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Construccional; como consecuencia de aprobarse la medida administrativa de la “*modificatoria del estudio de impacto ambiental del Proyecto Minero Antapaccay – Expansión Tintaya – Integración Coroccohuayco*” sin realizarse un proceso de consulta que debió implementar SENACE; *ii)* Se abstengan de continuar el trámite del acto administrativo para la aprobación de la MEIA Coroccohuayco hasta que se realice un proceso de consulta además se obtenga el consentimiento de las comunidades afectadas de acuerdo a estándares internacionales y el Convenio Nro. 169 de la OIT; *iii)* De haberse aprobado el acto administrativo, solicitan se declare nulo el acto administrativo no consultado; *iv)* De acuerdo a la Constitución Política (artículo 138) y la jurisprudencia de la Corte IDH como parámetro de control de convencionalidad se realice control difuso y no se aplique el Decreto Supremo 01-2012-MC, el Decreto Supremo 020-2012-EM, la Resolución Ministerial 003-2013-MEM/DM, la Resolución Ministerial 362-2015-MEM/DM y



Resolución Ministerial 444-2016-MEM/DM, por desconocer el proceso de consulta al Estudio de Impacto Ambiental.

3.4.2 Hechos lesivos

Los hechos lesivos sostenidos en la demanda son: *i*) la amenaza cierta e inminente por la afectación irreparable del derecho a la consulta propio de la comunidad originaria de Coroccohuayco ante la aprobación de la MEIA Coroccohuayco, *ii*) la omisión y negativa de SENACE de realizar un proceso de consulta antes de la aprobación de medida administrativa y de obtener el consentimiento a las comunidades demandantes por efecto de la causal de desplazamiento.

3.4.3 Demandados

Los demandados son: *i*) el procurador de la institución pública Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles SENACE, y, *ii*) la Compañía Minera Antapaccay S.A.

3.4.4 Derechos colectivos afectados

Según el diseño planteado en el instrumento ambiental, la empresa minera prevé explotar un nuevo tajo abierto (el tajo Coroccohuayco), implementar nuevas operaciones de explotación subterránea, así como colocar una nueva faja transportadora, nuevos caminos de transporte de mineral y



personal. Estos nuevos componentes se ubican sobre el territorio de tres comunidades campesinas: la comunidad Huini Coroccohuayco, la comunidad Pacopata y la comunidad Huano Huano. La evaluación de la afectación de los derechos colectivos por el diseño de los nuevos componentes como así lo precisa el instrumento de gestión ambiental de Coroccohuayco no ha sido realizada por el Senace durante el trámite administrativo para la aprobación del instrumento ambiental, puesto que no se ha realizado ningún proceso de consulta de acuerdo a estándares internacionales.

Destacan que se demanda: “... *el diseño, evaluación y aprobación de esta infraestructura sea objeto de un proceso de consulta...*”. (Resolución, 2019).

Se advierte que “...*una vez aprobada la medida del MEIA por parte del SENACE, ya no será posible por ningún canal o vía, solicitar cambios en el diseño del proyecto y de sus componentes...*”, siendo este un objetivo del derecho fundamental de la consulta modificar o precisar sobre las afectaciones ambientales y territoriales, de ser aprobado sin ser consultada constituye una evidente vulneración del ejercicio de derechos. (Resolución, 2019)

3.5 El Ministerio del Ambiente sobre la Consulta a instrumentos ambientales



La procuraduría del Ministerio del Ambiente ha desarrollado argumentos en la contestación de la demanda (EXP. 00054-2019) lo resumimos brevemente en el siguiente cuadro:

Demanda	Fundamentos de la contestación de demanda de omisión de consulta previa
Punto 2.31	“afirmar que se ha omitido realizar un proceso de consulta previa es desconocer lo señalado en el Convenio 169 de la OIT y el reconocimiento de los pueblos indígenas por el estado peruano”
Punto 2.34	Concretamente sobre la certificación ambiental, el Informe Final determinó: La medida administrativa que otorga la certificación ambiental aprueba el estudio de impacto ambiental EIA, no afecta directamente a los pueblos indígenas; el EIA es uno de los estudios que se deben considerar como parte del proyecto de inversión. Su sola aprobación no autoriza la ejecución de obras que dependen de: i) la decisión del titular de iniciarlas, ii) que cuente con los permisos posteriores a la Certificación Ambiental requeridas para la ejecución del proyecto. En otras palabras, la emisión del EIA no afecta derechos colectivos, no el EIA.
Punto 2.44	En ese orden de ideas, las normas vigentes establecen que el EIA-d contribuye al proceso de consulta previa al generar información sobre las potenciales afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por ello, el EIA-d constituiría un presupuesto para la consulta previa, más no la medida administrativa a ser objeto de consulta previa.
Punto 2.61	De otro lado, cabe reiterar que mediante Resolución Ministerial Nro. 345-2017-MINAM, el Ministerio del Ambiente constituyó un Grupo de Trabajo Sectorial encargado de identificar las propuestas de medidas administrativas que podrían afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos originarios.

Cuadro: Puntos de contestación de demanda

Fuente: Contestación de la demanda por parte del Ministerio del Ambiente



3.6 Minera Antapaccay sobre la Consulta a instrumentos ambientales

La Compañía Minera Antapaccay, ha contestado argumentos negando la consulta, en el siguiente cuadro señalamos algunos puntos:

Antapaccay	Argumentos
Punto 21	<p>Como podemos apreciar, el petitorio de los demandantes se reduce a que los procesos de elaboración de Estudios de Impacto Ambiental o sus modificatorias como la MEIA deberían someterse a un proceso de consulta previa según lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. En este escrito demostraremos que según el Convenio 169 de la OIT, ni los Estudios de Impacto Ambiental ni sus modificatorias, como la MEIA, deben someterse a un proceso de consulta previa.</p>
Punto 40.a	<p>De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Consulta Previa las medidas administrativas que deben ser consultadas son "normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que <i>faculte el inicio de la actividad o proyecto</i>, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos originarios.</p>
Punto 40. b	<p>Al respecto, corresponde señalar que la Certificación Ambiental no constituye un acto administrativo que autorice el inicio de actividades, debido a que luego de su obtención se requiere tramitar una serie de permisos, autorizaciones y licencias para la posterior ejecución de actividades. Sobre este punto en particular, el artículo 12 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación e Impacto Ambiental - Ley No. 27446 (en adelante, la "Ley SEIA") establece que: "(...) la resolución que aprueba el estudio de impacto ambiental constituye la Certificación Ambiental, que declara la viabilidad ambiental del proyecto propuesto en su integridad, la cual se otorga sin perjuicio de las autorizaciones, permisos, licencias y otros requerimientos para su ejecución (...)"</p> <p>De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que puedan producir cambios en su situación jurídica o en el ejercicio de derechos colectivos. Cabe indicar que la afectación de los derechos colectivos se encuentra relacionada de manera directa con el inicio de las actividades o proyectos, que pueden ser declarados mediante medidas administrativas o legislativas.</p>

Cuadro: Puntos de contestación de demanda por la Compañía Minera Antapaccay



La Compañía Minera Antapaccay ha señalado que la *consulta previa* no se debe aplicar a los instrumentos ambientales incluido sus modificatorias, es conveniente para la empresa minera no desarrollar ningún proceso de consulta previa porque está relacionada con la propiedad territorial que tienen las comunidades y con la calidad ambiental en la que operan, entonces su postura estará de lado de la inversión sin el componente ambiental y derechos humanos.

3.7 El Ministerio de Cultura sobre la Consulta Previa

Mediante Resolución Viceministerial Nro. 011-2019-VMI del Ministerio de Cultura, de fecha 2 de mayo de 2019, el viceministerio de cultura se pronuncia sobre el pedido, en vía de apelación, consulta previa al instrumento ambiental y argumenta sobre la base del informe del mismo ministerio.



Párrafo	Argumentos del Viceministerio de Cultura
<p>Considerando 7mo</p>	<p>Que, a través del informe Nro. 0153-2018-SENACE-PE/DEAR, de fecha 29 de octubre de 2018, el Servicio Nacional de Certificación Ambiental - SENACE, concluyó que:</p> <ul style="list-style-type: none"> i. Se encuentra obligado a cumplir el marco legal y los procedimientos de evaluación de los Estudios de Impacto Ambiental y Modificaciones del Estudio del Impacto Ambiental (principio de legalidad), y en tanto no existe un mandato legal que obligue a consulta del Estudio de Impacto y Modificación del impacto Ambiental durante la evaluación, no es posible someter a consulta previa dicho instrumento de gestión ambiental. ii. La modificación del Impacto Ambiental Antapaccay, se encuentra en evaluación, por lo que las preocupaciones expuestas en la solicitud presentada, serán remitidas al Titular para que responda al respecto. iii. Corresponde a la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas que frente a la solicitud de autorización de inicio de actividades de explotación dicha entidad realice el proceso de insulsa previa, de conformidad con el artículo 2 de la Ley Nro. 29785, Ley del derecho a la consulta previa.
<p>Considerando 7mo</p>	<p>Corresponde a la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas que frente a la solicitud de autorización de inicio de actividades de explotación dicha entidad realice el proceso de insulsa previa, de conformidad con el artículo 2 de la Ley Nro. 29785, Ley del derecho a la consulta previa.</p>

Cuadro: Argumentos del viceministerio de cultura – Resolución

3.8 Opinión de SENACE sobre la consulta a instrumentos ambientales

El Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles Senace ha emitido opinión legal sobre la apelación presentada contra la Resolución Directoral Nro. 00196-2019-SENACE-PE/DEAR, de fecha 11 de junio de 2020, en el informe precisa lo siguiente:

Fundamento 64

Es importante mencionar, de forma previa, que una MEIA-d es un instrumento de gestión ambiental que contiene: *(i)* la descripción de la modificación del proyecto, *(ii)* los impactos directos o indirectos que dicha modificación puede tener en el medio ambiente (físico y social), a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de tales impactos; y, *(iii)* las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables (artículo 25 de la Ley General del Ambiente – Ley Nro. 28611).



Fundamento 66

La resolución que aprueba una MEIA-d constituye la declaración de la viabilidad ambiental de la modificación de un proyecto de inversión (artículo 12 de la Ley Nro. 27446, modificada por Decreto Legislativo Nro. 1394).

Fundamento 67

Pero, ¿qué implica declarar la viabilidad ambiental de la modificación de un proyecto de inversión? La declaración de la viabilidad ambiental supone haber realizado una evaluación ambiental técnica y rigurosa, llevada a cabo por la Autoridad Ambiental Competente (en este caso, el SENACE) de, entre otros aspectos: *(i)* los potenciales impactos ambientales negativos que pudieran derivarse del proyecto de modificación, *(ii)* las medidas para prevenir, minimizar, corregir y/o mitigar tales impactos, según sea el caso, las cuales aseguren que, luego de las actividades del proyecto de modificación, se cumpla con la legislación ambiental vigente (artículo 14 del Reglamento de la Ley Nro. 27446).

Fundamento 68

Cabe agregar que, conforme se establece expresamente en el artículo 12 de la Ley Nro. 27446, en caso de obtener la aprobación de la MEIA-d no implica, de ningún modo, el otorgamiento de autorizaciones para ejecutar las obras o el inicio de actividades del proyecto de inversión, sino solamente la declaración de su viabilidad ambiental, conforme los alcances antes expuestos.

Cuadro: Fundamentos de Senace sobre consulta

En el **Informe 517-2019-SENACE-PE/DEAR** “Informe técnico complementario de la evaluación de la MEIA” ha referido sobre la Consulta Previa:

Observación SENACE

Se requiere que el Titular presente un Plan de Reubicación o restablecimiento de medios de vida, en vez del Programa de Compensación Social, conforme la Guía de elaboración de Estudios de Impacto Ambiental del MINEM y la Guía de Relaciones Comunitarias del MINEM, a fin de atender al desplazamiento identificado a consecuencia de la construcción del proyecto.

El desplazamiento de la población de las Comunidades campesinas de **Huini Coroccohuayco**, Huano Huano, Pacopata, Cala Cala y los propietarios del Alto Huarca.

Cronograma del reasentamiento.

Tener en cuenta que para el desarrollo de este plan de reubicación y adquisición de tierras y reasentamiento.



Levantamiento de observaciones ANTAPACCAY

El sólo hecho de proponer un Programa de Adquisición de Tierras, implica que el Titular genere restricciones al derecho a la propiedad, a la tierra de las familias de la Comunidades Campesina de Pacopata, Huini Coroccohuayco y Huano Huano, que son pueblos indígenas.

Sentencia de Corte IDH Caso Yakye Axa Vs Paraguay, deben estar en la ley, ser necesarias, proporcionales y deben hacerse con el fin logra un objetivo legítimo en una sociedad democrática (Párrafos 144 y 145).

En este sentido, como se exige un Plan de reasentamiento y considerando que el Programa de Adquisición de Tierras y fortalecimiento de Medios de vida sería un insumo, se pasa a observar los mismos.

El Titular plantea un programa de adquisición de tierras y fortalecimiento de medios de vida en el cual no desarrolla el enfoque de adquisición de tierras, ni el de medios de subsistencia, más aun de los que se observa en los subprogramas sobre el pago por el valor de la tierra en base a las normas de tasación y por la infraestructura que en dicha tierra existe, sin considerar la reposición o compensación por la afectación a los medios de subsistencia.

Cuadro: Resumen del Informe 517-2019-SENACE-PE/DEAR “Informe técnico complementario de la evaluación de la MEIA

La Compañía Minera y SENACE advierten que las comunidades campesinas afectadas sufrirán el desplazamiento, además la empresa minera cita la Sentencia de la Corte que exige además de la consulta el consentimiento.

3.9 Opinión de la Defensoría del Pueblo sobre la oportunidad de la Consulta

Mediante el Informe 001-2019-DP-AMASPPI-PPI sobre el “derecho a la consulta previa y la modificatoria del estudio de impacto ambiental del proyecto minero Antapaccay – Expansión Tintaya – Integración Coroccohuayco”, en el documento establece lo siguiente:

Sobre la oportunidad de la Consulta Previa a los pueblos indígenas

Teniendo en cuenta los alcances del principio de oportunidad y el carácter previo de la consulta, en reiteras ocasiones, la Defensoría del Pueblo ha observado al Ministerio de Energía y Minas que las medidas identificadas para el sector minería no son las idóneas a ser consultadas. Ello tomando en cuenta la finalidad que se persigue con la Consulta y por las limitadas implicancias – de estas medidas administrativas – frente a otras que, efectivamente, prevé información completa sobre Etapa posibles afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incidiendo sobre los aspectos de su especial interés o preocupación.

Cuadro: Resumen de la opinión de la defensoría del pueblo.

En el Perú tenemos las siguientes etapas y cada uno con sus procedimientos desde las primeras formas de identificación de mineral hasta el cierre de mina una vez extraído el mineral.



Cuadro: Secuencia de concesiones mineras

Las defensorías del pueblo de los países de Ecuador, Colombia, Bolivia y Perú, en su informe señalan que la identificación correcta y oportuna de las medidas vinculadas con proyectos de inversión en los sectores de minería e hidrocarburo sea para la explotación o de explotación, la oportunidad más idónea para realizar la consulta es durante el proceso de evaluación del estudio de impacto ambiental, es decir antes de obtener la aprobación de la certificación ambiental.

3.10 Procedimiento de aprobación caso Coroccohuayco



La Unidad Minera Antapaccay Expansión Tintaya, cuenta con un Estudio de Impacto Ambiental detallado de 2010 y con modificaciones menores en el área del proyecto mediante Informes Técnicos Sustentatorios – *4 informes* – aprobado por el Ministerio de Energía y Minas MINEM.

El informe de observaciones a la MEIA de Antapaccay fue realizado por el SENACE en el año 2018, que fue notificado mediante Auto Directoral Nro. 065-2018-SENACE-PE/-DEAR, este informe incluye 201 observaciones técnicas de SENACE y 39 de las entidades que emitieron opinión técnica, entre ellas la Autoridad Nacional del Agua, Ministerio de Agricultura, Provias Nacional y Municipalidad Provincial de Espinar. Asimismo, se consideró 46 aportes ciudadanos que fueron incluidos en el informe.

3.11 Contenido del plan de consulta previa de la ampliación Coroccohuayco

El Ministerio de Energía y Minas en el “Plan de consulta del proyecto minero Antapaccay expansión tintaya – integración Coroccohuayco”, que presentó está estructurado en: *1)* Antecedentes, *2)* Identificación de pueblos originarios y originarios, *3)* Sobre la consulta previa, *4)* Marco jurídico de la consulta, *5)* Finalidad de la consulta, *6)* Medidas a consultar, *7)* Participantes del proceso de consulta, *8)* Funciones y competencia de actores en el proceso de consulta, *9)* Etapas del proceso de consulta, *10)* Registro, *11)* Enfoques del proceso de consulta, *12)* Principios del proceso de consulta y Anexos.



En cuanto al Plan de consulta resaltaremos la finalidad, la medida y las etapas del proceso, entonces, para ello vamos a citar el contenido del plan de consulta previa (MINAM, 2020).

a) Finalidad de la Consulta (Punto 5.)

Por finalidad se tiene que la consulta es un instrumento para lograr un acuerdo entre la entidad promotora y las comunidades originarias relacionado a la consulta de medidas administrativas que las afectan directamente en su ambiente (MINAM, 2020).

Se ha identificado para la consulta la medida administrativa denominada es a la “*Autorización de inicio de actividades mineras...*” solicitado por la Compañía Minera Antapaccay para la explotación del proyecto minero integración Coroccohuayco (*Punto 6 del Plan*). Teniendo como componentes de la ampliación del proyecto minero: Canal de aguas de no contacto, botadero, tajo, depósito de relaves, componentes de procesamiento y componentes auxiliares, pila de suelo orgánico, pila de óxidos, pila de sulfuros, depósito de arcilla, cantera, espejo de agua poza, presa, túnel Coroccohuayco y otros (MINAM, 2020).

b) Etapa 4 Información (Punto 9.4 del plan)

En esta etapa la entidad promotora tiene como obligación, brindar información a los pueblos originarios sobre posibles afectaciones o daños sobre



derechos colectivos de la comunidad, impactos y consecuencias de la medida, atendiendo a la diversidad de los pueblos indígenas existentes y de sus costumbres.

La información comprende: Elaborar y entregar material informativo sobre las actividades mineras de explotación, así como del proceso de consulta y sus etapas. Según el plan de consulta, el taller informativo deberá contener la información siguiente: Sobre el derecho a la consulta, sobre el proceso de consulta y sus etapas, los roles y funciones del ente promotor (Ministerio de Energía y Minas), la medida administrativa a consultar, la actividad minera de explotación, las características técnicas del proyecto minero, la evaluación de impactos ambientales, las medidas de manejo socio ambiental, los derechos colectivos y posibles afectaciones al ejercicio de estos derechos, contar con un intérprete en la lengua originaria, la elaboración y publicación de carteles de difusión del taller informativo.

Como se puede ver del contenido del “Plan de consulta” en la práctica se abordará como debate o discusión el contenido de la MEIA Coroccohuayco, aunque este instrumento fue aprobado, sin embargo, tiene mayor relevancia realizar el proceso de consulta antes de la aprobación del instrumento de gestión ambiental.



El trámite para el inicio de operaciones (explotación) es un mero procedimiento que basta con el cumplimiento de requisitos, entre los cuales se encuentra la certificación ambiental. Entonces, la consulta previa no debe ser un proceso de consulta aparente.

3.12 Normas nacionales sobre el momento de la consulta

En el Perú antes de desarrollar el contenido de derechos colectivos protegidos de los pueblos originarios, se ha iniciado con un proceso de flexibilización de las mismas normas, en este punto nos encontramos transgrediendo el principio de no regresión, es decir, que las normas en adelante deben mejorar o desarrollar derechos ya adquiridos a través de estándares, sin embargo, el acortamiento o supresión de procedimientos y del propio proceso de consulta genera mayor conflictividad social.

Veamos cómo regula el Estado el proceso de Consulta previa desde el Sub Sector Minero:

- Mediante Resolución Ministerial Nro. 403-2019-MINEM/DM, el Ministerio de Energía y Minas ha precisado que los procedimientos administrativos del subsector minero son:



Artículo 3.- Oportunidad de la Consulta Previa

El proceso de consulta previa puede ser iniciado luego de la admisión a trámite del instrumento de gestión ambiental necesario para los procedimientos identificados en el artículo 1 de la presente norma, y, según corresponda, hasta antes de la emisión de: - La autorización de construcción para el otorgamiento o modificación de la concesión de beneficio; - La autorización para inicio/reinicio de las actividades de desarrollo, preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones mineras metálicas y no metálicas; y, - El otorgamiento o modificación de la concesión de transporte minero.

Fuente: RM Nro. 403-2019-MINEM/DM

Nuestro ordenamiento jurídico no establece si el *instrumento ambiental* deba ser consultado, sin embargo, de la lectura de la misma Resolución que establece puede ser iniciado [*la consulta*] luego de la admisión a trámite del instrumento de gestión ambiental (*Estudio de impacto ambiental incluida sus modificatorias*), entonces queda claro que tiene mayor relevancia la consulta previa a la aprobación del instrumento ambiental que contiene información del objeto de consulta, se deja constancia que la consulta no es a la construcción técnica propia de la elaboración del instrumento ambiental (mapas, fuentes hídricas, información técnica), sino del contenido relacionado a la afectación de derechos colectivos con la finalidad de precisar no solo la afectación ambiental y territorial, sino los acuerdos que provengan en forma de indemnización, pago justo y/o beneficio en favor de la comunidad afectada.



Capítulo IV

Resultados y análisis de los hallazgos

4.1 Resultados

4.1.1 Entrevistas

Especialistas sobre Consulta Previa, Oportunidad y Estándares Internacionales

Especialistas	Ideas principales
Ana María Leyva Valera	<p>Oportunidad “En otros países se consulta el impacto ambiental, como en Colombia, es importante que los pueblos indígenas participen previo a la viabilidad del proyecto, el momento idóneo de la Consulta es antes de emitir resolución de aprobación se consulte.”</p>
Pablo Ricardo Abdo	<p>Estándares “El Convenio 169 es un tratado de derecho interno en el Perú. La consulta previa no debe ser un contrato. No se puede desnaturalizar con reglas del procedimiento administrativo.”</p> <p>Oportunidad “la evaluación del estudio de impacto ambiental debe ser participativa. La oportunidad es previa a la aprobación del estudio de impacto ambiental”</p>
Juan Carlos Ruiz Molleda	<p>Estándares “Los estándares son de cumplimiento obligatorio y también lo conforma el desarrollo ilustrativo. El consentimiento. Conocer los impactos”</p> <p>Oportunidad “Es antes del otorgamiento de derechos reales. La consulta informada se concreta en la consulta al Estudio de Impacto Ambiental.”</p>



Especialistas	Ideas principales
Raúl Yugra Butron	<p>Estándares “Que garantice derechos”</p> <p>Oportunidad “La consulta debe realizarse antes de la concesión minera. La concesión otorga título real”</p>
Especialistas	Ideas principales
William Rodrigo Lauracio Apaza	<p>Estándares “Principios como parte del Estándar.”</p> <p>Oportunidad “La certificación ambiental corresponde a un procedimiento distinto a la minería. La consulta debe aplicar en ambos procedimientos mineros y ambientales”</p>
Especialistas	Ideas principales
José Ramiro Llatas Pérez	<p>Estándares “Son los mínimos necesarios para que se protejan derechos colectivos”.</p> <p>Oportunidad “El estudio de impacto ambiental también tiene como objetivo identificar los derechos colectivos afectados.”</p>
Especialistas	Ideas principales
Leónidas Wiener Ramos	<p>Estándares “Que garantice derechos,”</p> <p>Oportunidad “La oportunidad [de la consulta] es previo a la aprobación del estudio de impacto ambiental. Hay derecho a la propiedad de las comunidades y el Estado a los recursos naturales cuando se da concesión se afecta a un pueblo, ante esto, se debe establecer mecanismos para la toma de decisiones haciendo uso de un test de razonabilidad, proporcionalidad. Es necesario reformar el sistema de concesiones con procesos participativos y se inicien procesos de ordenamiento territorial”</p>
Especialistas	Ideas principales
José Bayardo Chata Pacoricona	<p>Estándares - “Los Estándares responden a instrumentos legales, jurisprudencia internacional, doctrina, que obligan e ilustran sobre el derecho de consulta para mejor interpretación de la norma”</p>

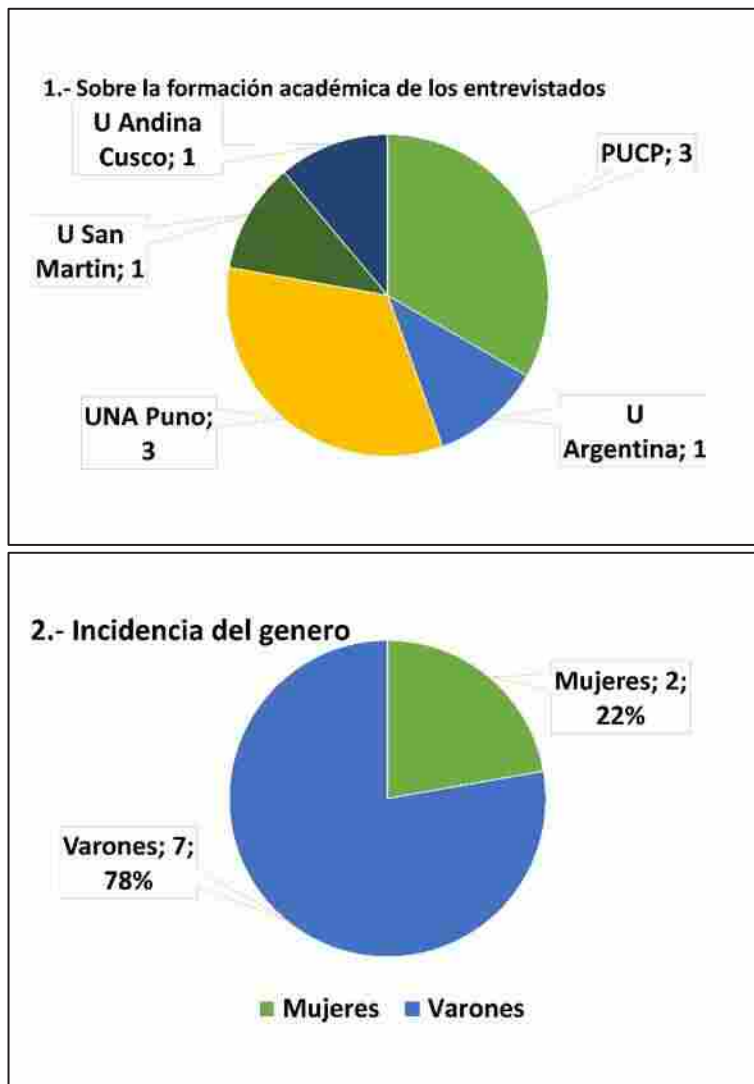


Especialistas	Ideas principales
Maritza Quispe Mamani	Estándares “Que garantice derechos” Oportunidad - “Antes de otorgar título de concesión se debe desarrollar la consulta, igual que el estudio de impacto ambiental también debe ser consultado, este es el ejercicio de la opinión de la comunidad. El directo afectado debe conocer todos los detalles para decidir aprobar o no la consulta”

Cuadro: Resumen de entrevistas.

De las entrevistas obtenemos los siguientes datos:

En cuanto a la formación académica de los entrevistados y el género.



Las nueve entrevistas a especialistas se han desarrollado en forma virtual en video llamada a través de la aplicación *meet* de Google, las entrevistas están disponibles en www.n9.cl/uacentrevistas, el promedio de duración es de 40 minutos con el desarrollo de un cuestionario.

Resaltamos: *1)* Sobre el estándar internacional para la implementación del proceso de consulta, los especialistas coinciden que la aplicación debe ser a partir del



Convenio Nro. 169 de la OIT, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los instrumentos declarativos que interpretan y desarrollan el derecho a la consulta, derecho propio de las comunidades originarias. 2) Los especialistas sobre la oportunidad de consulta por mayoría sostienen que la consulta debe realizarse antes de la aprobación del instrumento de gestión ambiental y 2 de ellos son de la opinión que las concesiones mineras afectan el derecho de propiedad o derechos reales por tanto debe ser el momento previa a la concesión minera, esto es antes del inicio de exploraciones.

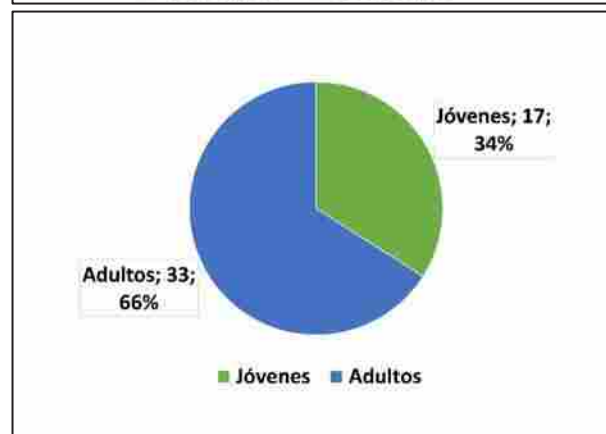
4.1.2 Encuesta

Hemos desarrollado encuestas en la Comunidad Campesina Huini Coroccohuayco de Yauri Espinar, con la finalidad de extraer información de los propios actores de la implementación de la consulta que a la fecha de investigación de viene desarrollando impulsado por el MINEM en favor del proyecto minero Coroccohuayco. En consecuencia, vamos a trabajar con cada pregunta que tiene 2 respuestas (Si o No) además que en varias preguntas los participantes de la encuesta no comentaron brevemente su opinión o su parecer.

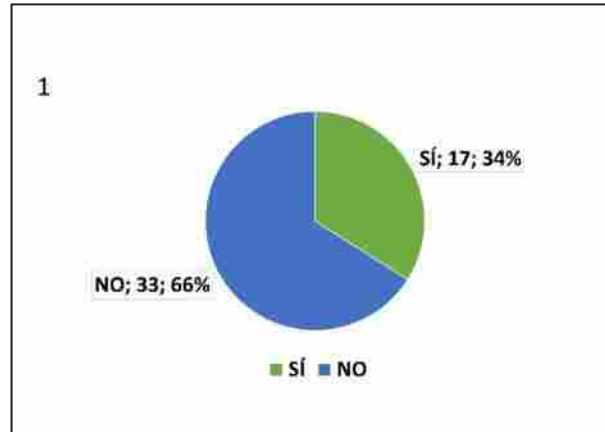
La encuesta se aplicó en la Comunidad Campesina Huini Coroccohuayco, al finalizar las encuestas tenemos que el 24 % son mujeres, el 76 % son varones, dentro del mismo grupo 66 % son adultos y el 34 % son jóvenes, esclareciendo que en el año 2020 como consecuencia de la Pandemia las comunidades con las personas retornantes



principalmente jóvenes toman un rol más activo en los temas que se aborda en la comunidad. En cuanto a la participación de varones y mujeres hemos visto que en la comunidad principalmente es el varón quien asume responsabilidad de representación, sin embargo, de acuerdo al propio testimonio de mujeres hasta hace 15 años era mucho más difícil ver participar a la mujer por ejemplo en junta directiva comunal. Dicen que no se trata de la ley que las obliga, sino de una necesidad de ser escuchadas y participar de las decisiones de la comunidad en la cual también se sienten afectadas al convivir en el entorno de una explotación minera.

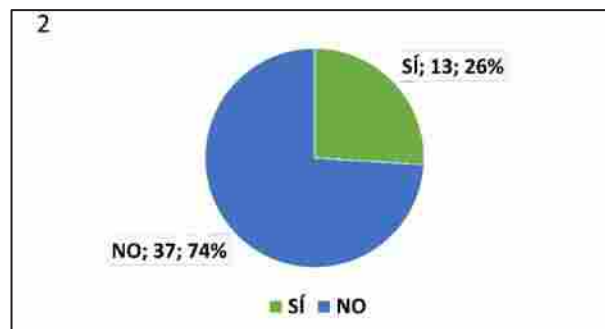


Pregunta 1.- ¿Sabes que es la consulta previa en proyectos mineros?



Se destaca de las respuestas que el 34 % de los encuestados conoce o fue capacitado sobre consulta previa, de las respuestas se destacan que el Estado estuvo ausente de este proceso de capacitación. Fueron asociaciones o instituciones privadas las que realizaron la capacitación sobre este tema. Sin embargo, el 66 % que desconoce sobre la Consulta, ello incidirá directamente en las decisiones de la comunidad campesina y su participación en el proceso de consulta previa.

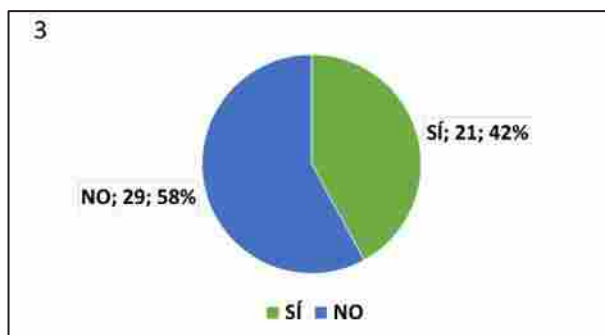
Pregunta 2.- ¿Alguna vez la empresa minera ha desarrollado taller de participación ciudadana?





El 74 % de los encuestados refiere no haber participado en algún taller de participación ciudadana para la construcción de la modificatoria del instrumento ambiental, esto es clave saber porque el derecho de participación debe ser respetado, lo contrario da a lugar a la observación que materialmente la debe levantar. Sin embargo, la empresa minera informa al Sistema Nacional de Certificación Ambiental su cabal cumplimiento con planillas firmadas de haber realizado el taller de participación ciudadana. Mientras que el 26% que si participó no recuerda que en los talleres se abordaran temas de impactos al ambiente.

Pregunta 3.- ¿Escuchaste sobre el Convenio Nro. 169?



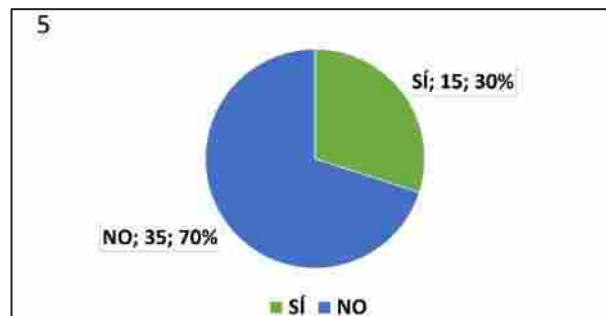
De los encuestados el 42 % escucho sobre el Convenio 169 siendo aún una minoría frente al 58 % que desconoce, ello se debe a que el Estado a través del Ministerio de Cultura no desarrolla actividades de socialización de estos instrumentos normativos que protegen a los pueblos originarios.

Pregunta 4.- ¿Sabes qué derechos colectivos menciona el Convenio 169?



Se ha precisado por parte de los encuestados que al menos el 52 % conoce derechos colectivos de las comunidades, destacando su derecho al Territorio, la consulta y la salud.

Pregunta 5.- ¿Es lo mismo decir Comunidades Campesinas y Pueblos originarios?



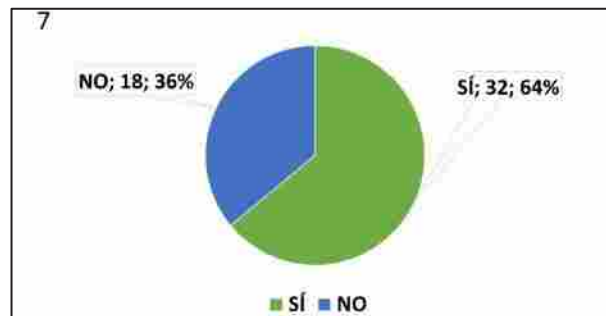
El 30 % se reconoce como integrante del pueblo originario o comunidad campesina, ello es un reflejo del conocimiento sobre el Convenio 169. Esta debilidad de autodeterminación o auto reconocimiento se ve reflejado en la negación del Estado a considerar como pueblos originarios a las comunidades campesinas, incluso la empresa minera niega la existencia material de las comunidades campesinas como pueblos originarios señalando que son mestizos sin identidad.

Pregunta 6.- ¿Llegaron instituciones del Estado a la comunidad para conversar sobre las preocupaciones que tienes respecto a la presencia de la actividad minera?



Es relevante este dato, porque el 94 % de los encuestados informa que no ha llegado instituciones del Estado, mientras que 6 % afirma que instituciones del Estado llegaron hasta la Comunidad como es SENACE al distrito de Pallpata al que tienen mayo acceso y haber recibido comunicaciones del MINEM.

Pregunta 7.- ¿Que sabes del estudio de impacto ambiental o quien lo ha elaborado?



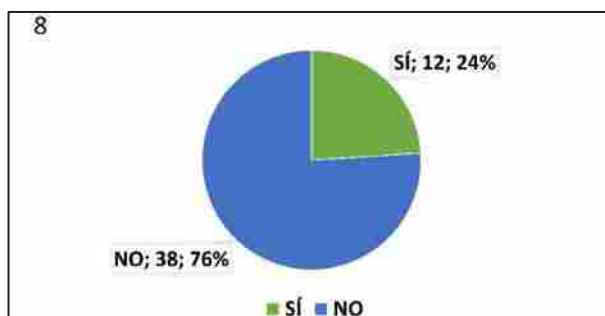
El 64 % de los encuestados no conoce cómo se realizó el estudio relacionado a los impactos ambientales, ello conlleva a escenarios de conflictividad socio ambiental



porque al no conocer su contenido genera desconfianza y confusión sobre lo que se pretende consultar.

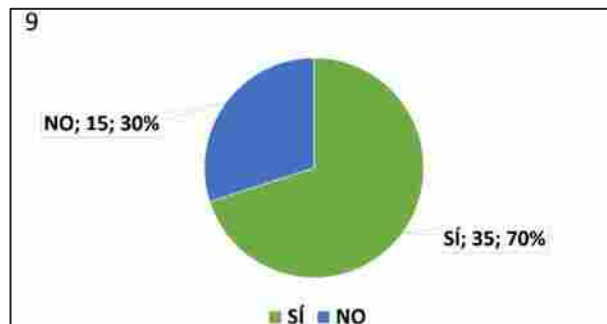
Solo para aclarar, los estudios de impacto ambiental o instrumento ambiental lo elabora una consultora contratada por la empresa minera. Luego la presenta ante el Sistema Nacional de Certificación Ambiental.

Pregunta 8.- ¿Conoces que es sistema nacional de certificación ambiental SENACE?
Y ¿cuál es su rol?



El 76 % no conoce sobre el sistema nacional de certificación ambiental para las inversiones sostenibles SENACE, siendo una entidad del Estado que revisa el instrumento ambiental para otorga el informe de viabilidad ambiental aprobando o lo contrario, pero en ninguna parte realizan la socialización del estudio con una evidente desconexión con las comunidades que luego de iniciar operaciones mineras serán afectados en sus derechos colectivos.

Pregunta 9.- ¿Participaste en protestas o paros en la comunidad por la actividad minera y cuál era la agenda durante el 2019 y 2020?



El 70 % de los encuestados ha participado en las movilizaciones sociales, principalmente por la ampliación Coroccohuayco. La agenda que salió de las encuestas es: contaminación ambiental, incumplimiento de acuerdos, conflicto de tierras que la mina ha limitado a los comuneros o comuneras.

Pregunta 10.- ¿Estas preocupado/a con el nuevo proyecto minero Coroccohuayco?



El 94 % manifiesta que tiene mucho temor porque no saben cómo va afectar la contaminación ambiental, inciden que es persistente la negación de socializar el estudio en la sección donde se encuentra los impactos ambientales.

4.2 Discusión y contrastación de hallazgos



En la investigación luego de desarrollar la descripción tanto por efecto de las encuestas y entrevistas que fueron expuestas en estadísticas y diseñadas en forma circular para apreciar el resultado, así como el respectivo análisis del resultado. En el presente nos corresponde la discusión y contratación de los hallazgos.

Debemos considerar que la discusión se va a desarrollar en el espacio sobre la cual debemos interpretar, desarrollar, aclarar, justificar y relacionar los resultados obtenidos (Day, 1996, págs. 44-45).

4.2.1 En cuanto a la hipótesis general

Hemos señalado, que debe garantizarse la aplicación de estándares internacionales y establecer el proceso de consulta antes de la aprobación de los instrumentos ambientales, esto reduce próximas situaciones de conflictividad social ambiental.

De acuerdo con la estadística obtenida de las entrevistas destacamos que hay consenso entre los especialistas que la oportunidad de la consulta es antes de la aprobación del instrumento ambiental o estudio de impactos ambientales incluido sus modificatorias o alteraciones al contenido, esto a razón de que en este instrumento se encuentra la descripción de las características del proyecto minero, los impactos ambientales y como tal las afectación de derechos colectivos de las comunidades originarias. Entonces



nos encontramos que en perspectiva la identificación de la oportunidad de consulta es sustancial porque puede prevenir futuros conflictos sociales.

Así mismo, el 100 % concuerda que los estándares internacionales se deben aplicar en forma obligatoria en la Consulta Previa, la negación o falta de alguno de estos mecanismos da lugar a la nulidad de la consulta y la constante vulneración de derechos colectivos y por tanto un creciente descontento social que termina en escenarios de conflictividad socio ambiental.

Por otro lado, los encuestados que son naturales o habitantes de la comunidad campesina Huini Coroccohuayco en las múltiples preguntas y en mayoría se desprende que el Estado es una institución que vulnera derechos colectivos en vez de proteger, flexibiliza o relaja las normas ambientales, participación ciudadana y la propia consulta previa reduciendo procedimientos para favorecer a la inversión, sin embargo esta lógica trae consigo una serie de reacciones en la comunidad campesina porque no tiene a donde recurrir para ser escuchado o para plantear sus preocupaciones con resultados concretos. Se puede advertir que el viceministerio de interculturalidad se dedica limitadamente a participar como ente que interpreta en el idioma nativo quechua aquello que se expone en español.



4.2.2 En cuanto a la hipótesis específica

Se destaca que por unanimidad son de la idea que el momento o la oportunidad para implementar el proceso de consulta previa en el proyecto minero Coroccohuayco es al instrumento ambiental y junto con ello prevenir escenarios de conflictividad socio ambiental.

Como se desprende tanto de las entrevistas y la encuesta aplicada, con apoyo de instituciones privadas varias personas conocen parcialmente el contenido del instrumento ambiental y por tanto concluyen que ese es el momento de la consulta. Consultar el inicio de operaciones es un mero trámite, es cumplir con un procedimiento, porque la empresa minera para iniciar operaciones ya debe tener aprobado todos los requisitos y la consulta aparentemente persigue legitimidad del inicio de explotación para en el futuro cuando se genere escenarios de conflictividad social el Estado ponga de manifiesto los acuerdos con ello presionando más para que no se proponga denuncia alguna o exigencia de incumplimiento de acuerdos.



CONCLUSIONES

1.- El proceso de consulta, debe ser previa (antes de la decisión administrativa), libre (sin imposición del plan de consulta no discutible) e informada (afectaciones ambientales y sus mitigaciones). La consulta es un derecho perteneciente a las comunidades originarias debidamente identificadas por criterios objetivos y subjetivos, que fundamentalmente deben estar sujetas a estándares internacionales provenientes del Convenio Nro. 169 de la OIT, de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los instrumentos declarativos de protección a las comunidades originarias, su correcta aplicación reduce escenarios de conflictividad social.

2.- La oportunidad de la consulta se debe identificar e interpretar de acuerdo a los estándares internacionales, desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana, declaraciones ilustrativas, la ley y su reglamento de la consulta, lo contrario constituye una falta al principio de buena fe. Las afectaciones del derecho colectivo perteneciente a comunidades originarias son irreversibles cuando se aplica fuera del marco de la ley. La convivencia comunidad campesina originaria y Empresa debe ser positiva siempre que se cumplan acuerdos y se invierta en la mitigación de los impactos ambientales negativos, con ello logramos seguridad jurídica para las inversiones, reducción de riesgos de conflictividad socio ambiental y preservación de las comunidades campesinas.



3.- El caso Coroccohuayco de Espinar nos ha permitido hacer una lectura normativa y la doctrina ilustrativa, ello permite señalar que es pertinente consultar previa a la decisión de aprobación del acto administrativo por parte del servicio de certificación ambiental. La consulta y su oportunidad de aplicación debe ser al instrumento ambiental la que contiene afectaciones ambientales, *se incluye la cuestión social, cultural y económica*, así como la afectación de derechos como es al territorio, al agua, al aire limpio, al incremento del costo de vida, a la eliminación progresiva de la producción agrícola, al reasentamiento. Entonces, encontrándose en el instrumento ambiental las afectaciones a las familias integrantes de la comunidad, es imperativo aplicar la consulta, con ello la comunidad otorgue o no su aprobación, esta constituye una autentica licencia social para iniciar la operación o la construcción para el laboreo minero, sin olvidar de la responsabilidad ambiental y social de la empresa que explota minerales.



RECOMENDACIONES

1.- Es imperativo que las comunidades campesinas fortalezcan su institucionalidad, teniendo reconocimiento legal y personería jurídica en la Constitución, con la continuidad histórica como procesos de resistencia desde la colonización. Si bien, las comunidades están amparadas por el Convenio Nro. 169 y sentencias de la Corte IDH, es necesario apropiarse de toda esta normativa de rango constitucional e introducirlas en los estatutos comunales y su empoderamiento en las asambleas comunales, así como permitir decidir a las comunidades campesinas su propio desarrollo.

2.- El Estado, principalmente desde el Ministerio de Cultura debe diseñar políticas públicas referidas a la consulta previa, crear una dirección sobre consulta previa con la finalidad de atender de forma especializada los procesos de consulta y consentimiento previo, además de alcanzar a comprender la causa del conflicto socio ambiental.

3.- El Estado requiere construir una adecuada estructura normativa en el que se fortalezca el derecho de participación ciudadana, a ser consultados y de obtener el consentimiento, así mismo, se debe establecer en cuanto al proceso de consulta y la obtención del consentimiento está centrada su naturaleza en las características, impactos sociales y ambientales descritos en el instrumento ambiental, así como sus modificatorias en el laboreo o expansión de explotación minera. SENACE entre sus funciones no se encuentra debidamente establecido desarrollar procesos de consulta a



la certificación ambiental, allí es necesario una nueva incorporación del procedimiento administrativo además de ver a futuro que los procesos participativos reducen escenarios de problemáticos relacionados a la actividad extractiva.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAYA, James, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. ONU, Consejo de derechos humanos 12º período de sesiones, Resolución A/HRC/12/34, 2009, Pág. 16 Fundamento 43.

CASTILLO CASTAÑEDA, Pedro. Artículo: ¿Es solo cuestión de nombres? Las comunidades campesinas también son pueblos indígenas. La revista agraria del centro peruano de estudios sociales (CEPES). Año 12 – Nro. 134. Pág. 11

CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. (2008). El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial. Lima, Perú: Editores Palestra.

CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. (2008). La jurisprudencia vinculante del tribunal constitucional. (1ª Ed.). Perú: Universidad de Piura.

DPLF, Fundación para el debido proceso legal. (2010). El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Washington D.C.: Fundación para el Debido Proceso Legal.

CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09. Año 2009, p. 124.

CIDH. Informe Nro. 40/04, Caso Nro. 12053. Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo. Belice, 2004. párr. 169



CIDH. Venezuela: Democracia y derechos humanos. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 54, párr. 1072.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Vigésimo tercer Informe Anual 2019. Editorial Gráfica Gama S.A.C. Lima, 2019.

DICCIONARIO, Real Academia de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Disponible en su página web: <https://www.rae.es/> Actualización 2020.

ESPINOZA HERNÁNDEZ, Rolando. (2015). Conflictos socioambientales y pobreza: el caso de la zona metropolitana de la ciudad de México. Revista Colombiana de Geografía Vol. 24, n°1.

KYMLICHA, Will. (1996). Ciudadanía multicultural Una teoría liberal de los derechos de las minorías. (1ª Ed.). Paidós Ibérica. Barcelona.

MEIA, Coroccohuayco. (2019), Aprobado por Resolución Directoral Nro. 00196-2019-SENACE- PE/DEAR del Servicio Nacional de Certificación Ambiental.

MINCUL, Ministerio de Cultura del Perú (2020). Reconocimiento e identificación de pueblos originarios en el Perú. Disponible en <https://bdpi.cultura.gob.pe/buscador-de-localidades-de-pueblos-indigenas>

MINEM, Ministerio de Energía y Minas (2020). Plan de Consulta: Proyecto Minero Antapaccay Tintaya - Integración Coroccohuayco. Recuperado de:



<https://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Consulta%20previa%20-%20mineria/En%20Proceso/4%20Coroccohuayco/Plan%20de%20Consulta.pdf>

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. (2009). CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras y recursos naturales. OEA: Editorial Universidad de Rosario.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. (2009). Los estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz (1ª Ed.). Editorial Universidad de Rosario. Argentina. Pág. 28

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. (2018). La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú. Centro de estudios constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Constitución de 1920, Constitución 1933, Constitución de 1979, Constitución de 1993 (1ª Ed.).

REMY, María Isabel. (2013). Historia de las comunidades indígenas y campesinas del Perú. Transcripción de entrevista - Documento de Trabajo Nro. 202. Editado por el Instituto de Estudios Peruanos IEP. Recuperado de: https://repositorio.iep.org.pe/bitstream/IEP/862/5/remy_historiadelascomunidades.pdf



RODRÍGUEZ GARAVITO, César y MORRIS, Meghan (dirs.) y ORDUZ SALINAS, Natalia y BURITICÁ, Paula. (2010). La consulta previa a pueblos indígenas Los estándares del derecho internacional (Pág. 11). Colombia: Uniandes.

SALMÓN, Elizabeth y BREGALIO, Renata y OCAMPO, Diego, FRANDO OLIVERA, Jean. (2012). La consulta previa, libre e informada en el Perú. Perú: Fundación Konrad Adenauer.

SENACE, Certificación Ambiental (2019). Modificación del estudio de impacto ambiental (MEIA) del proyecto Antapaccay expansión Tintaya integración Corocohuayco. Recuperado de: <https://www.senace.gob.pe/grandes-proyectos-en-el-senace-5/>

SENTENCIA, Tribunal Constitucional. Expediente 0022-2009-PI y EXP. 03343-2007-PA/TC.

TOFFLER, Alvin. (1980). La tercera ola. Bogota, Colombia: Edinal Plaza & Janes Ed.



MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS DE ESTUDIO	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS EN LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVO
<p>Problema general *¿Cuáles son los estándares internacionales de la consulta previa y cuál debe ser la oportunidad de la consulta previa en comunidades campesinas en el caso del proyecto de explotación minera Coroccohuayco de la provincia de Espinar 2019 – 2020?</p>	<p>Objetivo general * Establecer los estándares internacionales e identificar la oportunidad del proceso de la consulta previa en comunidades campesinas para la explotación minera Coroccohuayco de la provincia de Espinar 2019 - 2020.</p>	<p>Hipótesis general * Si se garantiza la aplicación de estándares internacionales y si se establece el proceso de la consulta previa antes de la aprobación de los instrumentos ambientales se reduce escenarios de conflictividad social.</p>	<p>* Estándares internacionales de la consulta previa</p>	<p><u>La investigación con enfoque cualitativo</u> (descripción y la comprensión del caso) Dogmática El objeto de estudio jurídico se sitúa en el derecho Constitucional, derecho administrativo, jurisprudencia internacional y nacional, regulaciones normativas.</p>
<p>Problemas específicos * ¿Cuáles son los estándares internacionales de la consulta previa desde el derecho internacional de derechos humanos y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? * ¿Cuál es la oportunidad del proceso de la consulta previa en comunidades campesinas en el caso del proyecto de explotación minera Coroccohuayco de la provincia de Espinar 2019 - 2020?</p>	<p>Problemas específicos * Desarrollar los estándares internacionales de la consulta previa desde el derecho internacional de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. * Determinar la oportunidad del proceso de la consulta previa en comunidades campesinas en el caso del proyecto de explotación minera Coroccohuayco de la provincia de Espinar 2019 - 2020.</p>	<p>Hipótesis específica * La oportunidad para la aplicación de la consulta previa en el proyecto minero Coroccohuayco se aplica a procedimientos administrativos no relevantes generando incertidumbre y conflictividad socio ambiental.</p>	<p>* Oportunidad de la consulta previa * Comunidades campesinas * Medida administrativa</p>	<p>Análisis documental - Aplicación de fichas de análisis documental - Artículos científicos - Doctrina - Jurisprudencia internacional - Jurisprudencia nacional - Legislación nacional. Técnica e Instrumentos - Cuestionario (Presencial - Virtual) - Guía de entrevista (Presencial - Virtual) - Ficha de recolección de datos.</p>



ANEXOS

1. – Cuestionario/Encuesta aplicado en la Comunidad Campesina Huini Corocohuayco, en el proceso se hizo aplicó a 50 integrantes de la comunidad.

2. – Guion de Entrevistas. Las entrevistas se realizaron por medio virtual con el uso de la aplicación MEET de la Universidad Andina del Cusco y su contenido grabado se encuentra disponible en video en el enlace: <https://n9.cl/uacentrevistas>
 - a. Ana María Leyva Valera. Especialista Legal en Derecho Ambiental, Minería, Ordenamiento Territorial y Consulta Previa. Miembro de CooperAcción. Fecha de entrevista 15/11/20.
 - b. Pablo Ricardo Abdo. Abogado por la Universidad Nacional de Catamarca – Argentina. Maestría en Derecho Constitucional en la PUCP. Especialista en Pueblos Indígena. Fecha de entrevista 15/11/20
 - c. Juan Carlos Ruiz Molleda. Abogado y Magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Universitario. Coordinador del Área de litigio constitucional en los derechos de los pueblos indígenas. Fecha de entrevista 16/11/20
 - d. Raúl Yugra Butron. Antropólogo por la UNA Puno y Abogado por Universidad Andina de Juliaca Especialista Legal de Derechos Humanos y medio Ambiente de Puno. Fecha de entrevista 16/11/20
 - e. William Rodrigo Lauracio Apaza. Abogado por la UNA Puno Especialista



Legal de la Red Muqui. Fecha de entrevista 17/11/20

- f. José Ramiro Llatas Pérez. Abogado por la Universidad San Martín de Porras. Magister por la Universidad de Bérgamo – Italia. Profesor Universitario. Especialista en Derechos Humanos. Fecha de entrevista 17/11/20
- g. Leónidas Wiener Ramos. Abogado y Magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista Legal en CooperAcción. Fecha de entrevista 18/11/20
- h. José Bayardo Chata Pacoricona. Abogado por la Universidad Nacional Altiplano de Puno. Especialista Legal de Derechos Humanos y medio Ambiente DHUMA Puno. Fecha de entrevista 18/11/20
- i. Maritza Quispe Mamani. Abogada por la Universidad Andina del Cusco. Magister en Derecho Constitucional en la PUCP. Especialista Legal del Área de Justicia Constitucional y Pueblos Indígenas de IDL. Fecha de entrevista 19/11/20

3. – Consulta Previa en Espinar actos preparatorios; acta de primera reunión preparatoria del proceso de consulta previa con representantes de las 13 comunidades originarias del proyecto expansión Coroccohuayco.

4. – Consulta Previa en Espinar Etapa de Publicidad; Plan de Consulta Previa aprobado.



5. – Consulta Previa en Espinar Etapa Informativa; acta de taller informativo comunidad campesina Anta Ccollana, Tintaya Marquiri, Huancané Bajo, Huano Huano, Alto Huarca.

6. – Demanda de amparo de omisión de consulta previa, Auto Admisorio, contestación de demanda de la Compañía Minera Antapaccay, constatación de demanda por el Ministerio del Ambiente.



Anexo 1: Encuesta en la Comunidad



**“ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y OPORTUNIDAD DE LA
CONSULTA PREVIA EN COMUNIDADES CAMPESINAS 2019 – 2020”**

CASO COROCCOHUAYCO ESPINAR

Encuesta aplicada a comuncros y comuneras de la comunidad campesina Huini
Coroccohuayco del distrito de Yauri en la Provincia de Espinar

Nombres y Apellidos:

Marcar y escribir

Datos:

<u>Varón</u>	
<u>Mujer</u>	
<u>Edad</u>	

1. ¿Sabes que es la consulta previa en proyectos mineros?

SI	NO
-----------	-----------

2. ¿Alguna vez la empresa minera ha desarrollado taller de participación ciudadana?

SI	NO
-----------	-----------

.....
.....

3. ¿Escuchaste sobre el Convenio 169?

SI	NO
-----------	-----------



.....
.....

4. ¿Sabes qué derechos colectivos menciona el Convenio 169?

SI	NO
----	----

.....
.....

5. ¿Es lo mismo decir Comunidades Campesinas y Pueblos originarios?

SI	NO
----	----

.....
.....

6. ¿Llegaron instituciones del Estado a la comunidad para conversar sobre las preocupaciones que tienes respecto a la presencia de la actividad minera?

SI	NO
----	----

.....
.....

7. ¿Qué sabes del Estudio de Impacto Ambiental o quien lo ha elaborado?

SI	NO
----	----

.....
.....

8. ¿Conoces que es Sistema Nacional de Certificación Ambiental SENACE? Y
¿cuál es su rol?

SI	NO
----	----



.....
.....

9. ¿Participaste en protestas o paros en la comunidad por la actividad minera y cuál era la agenda durante el 2019 y 2020?

SI	NO
----	----

.....
.....

10. ¿Estas preocupado/a con el nuevo proyecto minero Coroccohuayco?

SI	NO
----	----

.....
.....