Firmado digitalmente por: AEDO RUEDA Nelly Herminia FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/08/2019 11:52:24

INFORME N° 001-2019-DP-AMASPPI-PPI

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LA MODIFICATORIA DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL DEL PROYECTO MINERO ANTAPACCAY – EXPANSIÓN TINTAYA – INTEGRACIÓN COROCCOHUAYCO

Antecedentes

El 7 de setiembre de 2018, la comunidad campesina Huini Coroccohuayco solicitó[1] la intervención de la Defensoría del Pueblo con relación al derecho de petición de consulta previa formulado, el 3 de setiembre del mismo año, ante el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las inversiones sostenibles (SENACE), respecto de la modificación del Estudio de Impacto Ambiental (MEIA) del Proyecto Antapaccay Expansión Tintataya – Integración Coroccohuayco, por considerar que sus derechos colectivos podrían verse afectados con la implementación del referido proyecto.

El 10 de setiembre de 2018, las comunidades campesinas Tintaya Marquiri, Alto Huancané, Huisa, Huisa Ccollana, Alto Huarca, Cala – Cala, Chani Kanamarca, Molloccahua, Callentera, Chillque, Chorrillo, Pallpata, Mamanoca – Pallpata, conjuntamente con la Federación Unificada de Campesinos de Espinar (FUCAE)[2] presentaron una solicitud similar al SENACE. Ambas peticiones fueron formuladas al amparo del artículo 9° de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa y el artículo 9° de su reglamento, Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

El 18 de octubre de 2018, la Defensoría del Pueblo solicitó al SENACE[3] información sobre la atención de ambas peticiones, copia de la respuesta en caso hubiera sido atendida, las posibles afectaciones a derechos colectivos identificadas en el instrumento de gestión ambiental del referido proyecto conforme lo previsto en la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785 y las coordinaciones efectuadas con el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura para, de ser el caso, obtener asistencia técnica en la implementación de la consulta previa durante la evaluación de impacto ambiental.

El 14 de noviembre de 2018, el SENACE proporcionó copia de la respuesta remitida a las comunidades mencionadas, en las que indicó que no es posible someter a consulta previa el estudio de impacto ambiental detallado o la modificación del estudio de impacto ambiental detallado durante la evaluación a cargo del SENACE, al no existir un mandato legal que lo obligue a ello y que corresponde a la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas ante la solicitud, por parte del titular, de autorización de inicio de actividades de explotación, realizar el proceso de consulta previa[4].

La decisión de SENACE fue impugnada y, en vía de apelación, fue remitida al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura que, el 2 de mayo del 2019,

[1] DC-35 M-MEIAD-0079-2018, del 3 de setiembre del 2018.
[2] DC-38 M-MEIAD-0079-2018, del 10 de setiembre del 2018.
[3] Oficio N° 111-2018-DP/AMASPPI-PPI, del 18 de octubre del 2018.
[4] Informe N° 0074-2018-SENACE-PE/DEAR, del 3 de octubre del 2018, que brinda respuesta a la petición de la comunidad de Huini Corroccohuayco, así como el Informe N° 0153-2018-SENACE-PE/DEAR, del 29 de octubre del 2018, adjuntos al oficio N° 00036-2018-SENACE/PE, del 14 de noviembre del 2018.

resolvió declarar improcedente el derecho de petición formulado por extemporáneo, dando por agotada la vía administrativa[5].

Finalmente, mediante carta de fecha 24 de julio del 2019, las comunidades campesinas Huano Huano, Pacopata y Huini Coroccohuayo han presentado una queja a nuestra institución, sobre las acciones llevadas a cabo por la empresa minera Antapaccay y el SENACE para el levantamiento de observaciones de la MEIA del proyecto Coroccohuayco, la afectación a sus derechos como pueblos indígenas, el incumplimiento de normas nacionales sobre asentamiento de poblaciones vulnerables y el derecho a la participación ciudadana en temas ambientales, así como sobre qué es lo que se va a consultar[6].

En atención a los antecedentes mencionados, y acorde al mandato constitucional de la Defensoría del Pueblo, alcanzamos las siguientes observaciones y recomendaciones.

1. Sobre la oportunidad de la consulta previa a los pueblos indígenas

El derecho a la consulta previa es un derecho fundamental, colectivo y constitucional propio de los pueblos indígenas u originarios. Por ello, a través de su ejercicio, el Estado se encuentra en la obligación de consultar previamente a estos pueblos ante la aprobación de medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectarles directamente.

La consulta previa se diferencia del derecho a la participación, en tanto el ejercicio de este último permite –a la población en general– intervenir activamente en diversos procesos de desarrollo en los que se vea involucrada, desde su elaboración hasta su ejecución. Mientras que los sujetos titulares de la consulta previa son de manera específica los pueblos indígenas o tribales (según Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo), con quienes se busca llegar a acuerdos o lograr el consentimiento de las medidas propuestas, según corresponda[7].

Con relación a la oportunidad de la consulta previa, el Tribunal Constitucional ha señalado que una característica esencial de este derecho es su carácter previo, en virtud de lo siguiente:

> *"Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo **en forma previa** a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas"*[8].

---

[5] Resolución Viceministerial N° 011-2019-VMI-MC, del 2 de mayo de 2019, disponible en http://transparencia.cultura.gob.pe/sites/default/files/transparencia/2019/05/resoluciones-del-viceministerio-de-interculturalidad/rvmi011.pdf (consultado el 5 de agosto del 2019).

[6] Carta de fecha 24 de julio de 2019, ingresado con el N° 017284 en la Defensoría del Pueblo.

[7] "Estándares regionales de actuación defensorial en procesos de consulta de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú", 2017, págs. 18 y 19. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Estandares-regionales-en-Consulta-Previa-2017.pdf (consultado el 15 de agosto de 2019).

[8] Tribunal Constitucional, sentencia del 9 de junio de 2010, Exp. N° 0022-2009-PI, párr. 36.

Firmado digitalmente por: AEDO RUEDA Nelly Herminia FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/08/2019 11:52:24

Asimismo, el artículo 4° de la Ley N° 29875, Ley del Derecho a la Consulta Previa, estableció que la mencionada característica es, a su vez, un principio rector del derecho a la consulta:

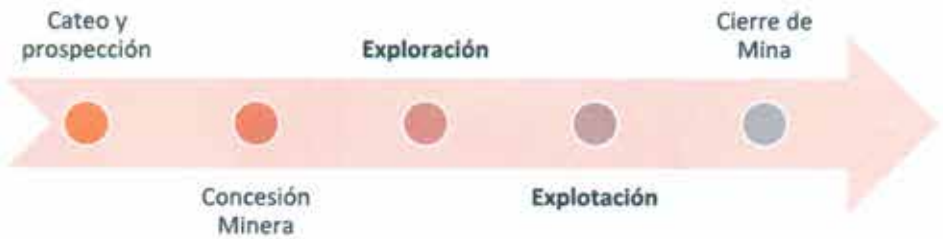
> *"a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptadas por las entidades estatales"*[9] .

Con relación a esto último, las Defensorías del Pueblo de Ecuador, Colombia, Bolivia y Perú han señalado que:

> *"Por este principio, la consulta previa debe realizarse con la suficiente anticipación a la toma de decisiones, de tal manera que permita a la población consultada incidir sobre la medida a consultar. El carácter previo de la consulta permite una real incidencia sobre la medida, especialmente, cuando involucra proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, permitiendo alcanzar acuerdos capaces de modificar aquellos elementos del proyecto que puedan afectar a la población con derecho a ser consultada"*[10].

A pesar de lo previsto en dicho principio, el Ministerio de Energía y Minas ha identificado que la oportunidad de la consulta en los proyectos mineros corresponde a la autorización de inicio de actividades de exploración y explotación[11].

Sin embargo, teniendo en cuenta los alcances del principio de oportunidad y el carácter previo de la consulta, en reiteradas 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, prevén información completa sobre posibles afectaciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incidiendo sobre aspectos de su especial interés o preocupación.



[9] Artículo 4 de la Ley N° 29785.
[10] "Estándares regionales de actuación defensorial en procesos de consulta de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú", 2017, pág. 27.
[11] Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM, del 5 de agosto del 2015.

Firmado digitalmente por: AEDO RUEDA Nelly Herminia FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/08/2019 11:52:24

Por ello, hemos manifestado al referido Ministerio que ante proyectos de exploración y explotación de recursos naturales —como los proyectos mineros— la oportunidad de la consulta es aquella que permita contar con información concreta y específica sobre los diversos componentes de un proyecto, sus potenciales impactos y las medidas que pueden prevenirlos, minimizarlos o corregirlos:

> *[...] la Defensoría del Pueblo considera que -tomando en cuenta el ciclo de vida de un proyecto minero y la finalidad que persigue la consulta previa- la autorización de inicio de actividades no es la medida idónea a ser consultada. En efecto, realizar la consulta previa sobre esta medida imposibilita, en la práctica, alcanzar acuerdos capaces de modificar algunos aspectos del proyecto que puedan afectar derechos colectivos, toda vez que dicha autorización es una medida que se emite después de la aprobación de la certificación ambiental y de las diversas autorizaciones necesarias para que el proyecto se ejecute"* [12].

En tal sentido, a criterio de nuestra institución, la consulta previa debe realizarse durante el proceso de evaluación de impacto ambiental en tanto constituye la oportunidad idónea para conocer en detalle y con certeza las posibles afectaciones que el futuro proyecto de exploración o explotación acarrearía sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas consultados. A su vez, dicho conocimiento permitirá a los pueblos indígenas incidir o aportar sobre aspectos de su especial interés o preocupación[13], en el marco de un proceso de diálogo que debe realizarse antes de la decisión que apruebe dicha evaluación de impacto ambiental, que como es sabido también aborda los temas sociales.

De esta manera, los pueblos indígenas consultados podrán participar activamente en la determinación de las propuestas para el manejo de impactos ambientales y sociales, las compensaciones, entre otros, buscando llegar a acuerdos adecuados con el Estado que, a la vez, puedan ser implementados por la empresa a cargo del proyecto, cumpliendo lo estipulado en el Convenio 169 de la OIT, la Ley N° 29785, Ley de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, y su reglamento.

A nivel de las legislaciones comparadas, esta posición ha sido ampliamente acogida por otros Estados. Así, Colombia prevé que cuando las actividades de explotación de recursos naturales se derivan impactos sobre las comunidades indígenas, se aplica el procedimiento de consulta previa en materia de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental[14]. Del mismo modo, Chile regula que la evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental —como la explotación de recursos naturales[15]— debe cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena[16]. Para la explotación de hidrocarburos, Bolivia establece que la

[12] Informe N° 003-2016-DP/AMASPPI-PPI, "Sobre el proceso de consulta previa del proyecto de exploración minera La Merced", pág. 2.
[13] Doc. Cit.
[14] Artículo 4° del Decreto N° 1320 de 1998, que reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, de 13 de julio de 1998, disponible en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/co-decreto-1320-98-consulta-previa-indigenas-_2.pdf (consultado el 6 de agosto del 2019).
[15] Artículo 10° de la Ley N° 19300, Ley sobre bases general del medio ambiente, 9 de marzo de 1994, disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667&idParte=0&idVersion= (consultado el 6 de agosto del 2019).
[16] Artículo 8° del Decreto Supremo N° 66/2013, que aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 Nº 1 letra A) y Nº 2 del Convenio Nº 169 de la Organización Internacional Del Trabajo y deroga normativa que indica, de 15 de noviembre de 2013, disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961 (consultado el 6 de agosto del 2019).

consulta debe realizarse previamente a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental[17]. Los mencionados Estados, también han suscrito y tienen vigente el Convenio 169 de la OIT, al igual que el Estado peruano.

En esa línea, sobre la identificación correcta y oportuna de la medida a ser consultada las Defensorías del Pueblo de Ecuador, Colombia, Bolivia y Perú, hemos señalado lo siguiente:

> *"En las consultas sobre medidas vinculadas con proyectos de inversión en los sectores de minería e hidrocarburos, existen diversos trámites a seguir antes de que la entidad responsable tome una decisión sobre la autorización de inicio de actividades, sea de exploración o de explotación. Para dichas medidas, la oportunidad más idónea para realizar la consulta es durante el proceso de evaluación de impacto ambiental —antes de obtener la aprobación de la certificación ambiental—. Ello permitirá a la población consultada advertir y alertar sobre componentes del proyecto que deben ser modificados y permitiría que sus propuestas sean incorporadas en el proceso de toma de decisiones"*[18]

En consecuencia, en tanto los estudios ambientales definen las medidas de prevención, mitigación y control de los posibles impactos ambientales y sociales sobre su entorno, la Defensoría del Pueblo ha recomendado al SENACE llevar a cabo el proceso de consulta previa de aquellas medidas administrativas que impliquen afectaciones directas a los derechos colectivos de los pueblos indígenas[19].

Cabe recordar que nuestra institución se ha pronunciado respecto de la realización de procesos de consulta previa durante la evaluación del impacto en las siguientes oportunidades:

RECOMENDACIÓN	Informes y oficios elaborados
La consulta previa debe realizarse durante la evaluación de impacto ambiental	Pronunciamiento "Defensoría del Pueblo recomienda al Poder Ejecutivo fortalecer la implementación del derecho a la consulta previa, del 19 de mayo de 2014[20].
	Informe de Adjuntía N° 003-2016-DP/AMASPPI-PPI, sobre el proceso de consulta previa en el proyecto de exploración minera La Merced, elaborado el 2016.
	Informe de Adjuntía N° 006-2016-DP/AMASPPI.MA, "El camino hacia proyectos de inversión sostenibles. Balance de evaluación de impacto ambiental en el Perú", elaborado el 2016.
	Informe de Adjuntía N° 008-2016-DP/AMASPPI.MA, "Análisis sobres las modificaciones efectuadas al proyecto minero Las Bambas", elaborado el 2016.
	Estándares regionales de actuación defensorial en procesos de Consulta Previa de Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú, elaborado el 2017.
	Buenas prácticas de las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú en procesos de consulta previa Incluye

[17] Artículo 115 de la Ley N° 3058, Ley de Hidrocarburos, del 17 de mayo del 2005, disponible en: https://medios.economiayfinanzas.gob.bo/VPT/documentos/Ley_3058.pdf (consultado el 6 de agosto del 2019).
[18] "Estándares regionales de actuación defensorial en procesos de consulta de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú", 2017, pág. 39.
[19] Informe de adjuntía N° 006-2016-DP/AMASPPI.MA, "El camino hacia proyectos de inversión sostenibles. Balance de la evaluación de impacto ambiental en el Perú", pág. 105.
[20] Disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-recomienda-al-poder-ejecutivo-fortalecer-la-implementacion-del-derecho-a-la-consulta-previa/ (consultado el 7 de agosto del 2019).

Firmado digitalmente por: AEDO RUEDA Nelly Herminia FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/08/2019 11:52:24

	experiencias de instituciones invitadas de Argentina, Brasil y Guatemala, elaborado el 2017.
	Oficio N° 011-2018-DP/AMASPPI, del 26 de enero de 2018.
	Nota de prensa N° 164/OCII/DP/2019, "Pedimos al Estado cumplir con la consulta previa en la actividad minera y de hidrocarburos", del 4 de junio del 2019[21].

2. Sobre el mandato legal de consultar medidas administrativas relacionadas con la evaluación de estudios ambientales

En la respuesta brindada por el SENACE a las comunidades que ejercieron su derecho de petición, dicha entidad sostiene que no existe un mandato legal que obligue a consultar el EIA-d o MEIA-d durante su evaluación, por lo que no es posible someter a consulta previa estos instrumentos de gestión ambiental[22].

Al respecto, conforme prescriben los artículos 6° y 15° del Convenio N° 169 de la OIT, los pueblos indígenas deben ser consultados, con el fin de determinar si sus intereses serían perjudicados, cada vez que se prevean medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente, especialmente, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de estos recursos naturales existentes en las tierras de estos pueblos.

Del mismo modo, el artículo de la 9° de la Ley N° 29785 prevé que las entidades del Estado deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas para garantizar el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.

De estas normas, se infiere un mandato cierto, claro y preciso, previsto a nivel convencional y legal, para que toda medida administrativa susceptible de afectar derechos colectivos sea consultada. Ambos cuerpos normativos irradian a todo el ordenamiento jurídico, incluyendo las normas del SENACE. No obstante, dicha institución ha precisado dos cuestiones para desconocer sus obligaciones en torno a la consulta previa:

a) Sobre la identificación de la medida administrativa a consultar y la evaluación del impacto ambiental

Una primera cuestión es la medida administrativa que ha identificado el Ministerio de Energía y Minas para implementar la consulta previa frente a las actividades de explotación en minería. Mediante la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM[23] se

[21] Disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/pedimos-al-estado-cumplir-con-la-consulta-previa-en-la-actividad-minera-y-de-hidrocarburos/ (consultado el 7 de agosto del 2019).
[22] Informe N° 0074-2018-SENACE-PE/DEAR, del 3 octubre del 2018, pág. 11. Adjunto al oficio N° 00036-2018-SENACE/PE, del 14 de noviembre de 2018.
[23] Cabe indicar que, anteriormente, mediante Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM/DM se modificó el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Dirección General de Minería, modificando los requisitos de la autorización para inicio/reinicio de las actividades de exploración, desarrollo, preparación, explotación en concesiones mineras, sin

estableció el momento para realizar una consulta previa e identificó a la autorización de inicio de actividades de explotación como la medida administrativa que podría afectar los derechos colectivos de un pueblo indígena u originario[24].

No obstante, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, garantizar el respeto y defensa de los derechos fundamentales de la persona y comunidad implica interpretarlos buscando su efectivo y adecuado ejercicio. Para ello, se debe considerar la aplicación del principio *pro hominen,* como parte de una mirada transversal de la identidad cultural en sociedades pluriculturales, buscando la efectividad de un derecho colectivo[25] y permitiendo que los pueblos indígenas alcancen un mayor grado de satisfacción como tales, con el fin de solventar sus necesidades, en base a sus particularidades culturales. De ese modo, este principio busca que se interprete extensivamente los derechos constitucionales para darle una mayor protección al sujeto titular del derecho, procurando elegir la más favorable para promover sus derechos y libertades.

Bajo dicho marco, consideramos que la disposición prevista en la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM, no pueden ser interpretada de manera restrictiva, de tal forma que limite al SENACE identificar si corresponde o no realizar un proceso de consulta respecto de la aprobación de la evaluación de instrumentos de gestión ambiental, conforme el mandato legal previsto en el artículo 9° de la Ley N° 29785 y a la luz de los principios que guían la implementación del derecho a la consulta previa, previsto en el artículo 4° de la misma norma.

Si bien los artículos 3°, inciso i) y 6° del reglamento de la Ley N° 29785, precisan que las medidas administrativas son actos administrativos que facultan el inicio de la actividad o proyecto, en tanto pueden afectar directamente los derechos colectivos, como consecuencia de la exploración o explotación de recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, estas normas tampoco deben interpretadas en forma restrictiva.

Sobre el particular, el propio artículo 3° del reglamento de la Ley N° 29785, prevé que su contenido debe ser interpretado dentro del marco de lo establecido por la Ley N° 29785 y el Convenio N° 169, que como hemos referido en párrafos anteriores, tienen como regla general consultar cada vez que se prevean medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los derechos de los pueblos indígenas.

Por ello, en el caso de exploración y explotación de recursos naturales, a la luz del artículo 15° del referido Convenio, que precisa que la oportunidad de la consulta es "antes de emprender o autorizar" dichas actividades, los artículo 3° inciso i) y 6° deben ser interpretadas en dicho sentido y no limitando su aplicación a un acto determinado.

---

embargo, bajo dichos alcances no se efectuaron procesos de consulta. Mediante la norma arriba citada, se modificó el TUPA, estableciendo que la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros realizará los procesos de consulta. Actualmente, los procesos de consulta son implementados por la Oficina General de Gestión Social, conforme la modificación realizada al reglamento de organizaciones y funciones del Ministerio de Energía y Minas, aprobada Decreto Supremo Nº 021-2018-EM, publicado el 20 de agosto del 2018.

[24] Informe N° 0074-2018-SENACE-PE/DEAR, del 3 octubre del 2018, pág. 4. Adjunto al oficio N° 00036-2018-SENACE/PE, del 14 de noviembre del 2018.

[25] Rosmerlin Estupiñan y Juana Ibáñez, "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales", pág. 314, disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.301-336.pdf (consultado el 6 de agosto del 2019).

Por otro lado, cabe recordar que en el subsector hidrocarburos los procesos de consulta previa se vienen realizando de forma previa a la aprobación del decreto supremo que autoriza la suscripción del contrato de licencia de exploración y explotación de estos recursos naturales. Aunque dicho contrato no habilite por sí mismo el inicio de actividades, dado que se requiere cumplir con obtener otros títulos habilitantes, el Ejecutivo ha previsto que esta sea la medida administrativa a consultar. Ello es una muestra de que no hay uniformidad en el criterio adoptado por el Poder Ejecutivo, por lo cual la interpretación no debe ser restrictiva, sino a la luz del Convenio 169 de la OIT, la Ley del Derecho de Consulta Previa y su reglamento.

A mayor abundancia, el propio Ministerio del Ambiente, a propósito del Informe emitido por el Grupo de Trabajo encargado de identificar las propuestas de medidas administrativas a cargo de dicho sector que podría afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, y que por tal motivo requieran que se proceda a una consulta previa respecto de las mismas, ha precisado que:

> *"si en el ejercicio de las funciones asignadas a cada órgano u organismo se identifica para un caso concreto medidas administrativas que podrían afectar de manera directa los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, el MINAM deberá evaluarlos siguiendo para ello las disposiciones previstas en la Ley del Derecho de Consulta Previa y su reglamento"*[26].

Finalmente, la determinación realizada por una norma de carácter administrativa (Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM), no exceptúa al SENACE de analizar si las medidas que aprueba o desaprueban estudios ambientales, así como sus modificaciones y actualizaciones, son susceptibles de afectar derechos colectivos de pueblos indígenas —más aún si son previas al emprendimiento o autorización de actividades de exploración o explotación de recursos naturales—, conforme a la obligación prevista en el artículo 9° la Ley N° 29785, que vincula directamente a todas las entidades estatales incluidos los órganos del Poder Ejecutivo; en estricta aplicación de los principios de legalidad y jerarquía normativa.

En tal sentido, corresponde a la entidad estatal que aprueba la propuesta de medida administrativa que tiene una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas —en este caso el SENACE—, verificar si existiría una afectación directa a estos derechos y realizar el proceso de consulta previa conforme a las etapas y procedimiento contemplado en la Ley N° 29785[27] y su reglamento.

b) Sobre los efectos de la medida administrativa que otorga la certificación ambiental en los derechos colectivos

La segunda cuestión planteada por el SENACE es que las resoluciones que aprueban los EIA-d y otorgan la certificación ambiental son actos administrativos que otorgan viabilidad ambiental a los proyectos de inversión, pero no facultan ni autorizan por sí mismos al titular del proyecto el inicio de la ejecución de una obra, actividad o proyecto,

[26] Citado por el Informe N° 00002-2019-MQR/DCP/DGPI/VMI/MC, del 8 de febrero de 2019, pág. 7. Adjunto al oficio N° 00005-2019/DCP/DGPI/VMI/MC, del 8 de febrero de 2019.
[27] Artículos 9 y 17 de la Ley N° 29785.

Firmado digitalmente por: AEDO RIJEDA Nelly Herminia FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/05/2019 11:52:24

condición necesaria para que la certificación ambiental pueda ser objeto del derecho a la consulta previa[28].

Al respecto, debe precisarse que, conforme lo prevé el literal b) del artículo 3° del reglamento de la Ley N° 29785, corresponde analizar las medidas administrativas considerando si contienen aspectos que puedan producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En efecto, la evaluación y aprobación del estudio ambiental incide sobre las medidas de prevención, mitigación y control de los posibles impactos ambientales y sociales de un proyecto de inversión que puede afectar derechos colectivos de un pueblo indígena[29]. Contrariamente, la autorización de inicio de actividades de exploración o explotación[30] es una medida administrativa que únicamente evalúa un conjunto de requisitos previstos por el reglamento de procedimientos mineros[31], entre ellos, si se cuenta o no con la resolución que aprueba el instrumento de gestión ambiental.

Por tal razón, a pesar de su aparente carácter previo, la consulta de la autorización de inicio de actividades de exploración o explotación imposibilita que los pueblos indígenas puedan incidir de manera efectiva sobre los componentes del proyecto minero, así como sobre las medidas de prevención, mitigación y control de los posibles impactos ambientales y sociales. Por el contrario, sus efectos jurídicos y sus alcances dependen de la decisión adoptada por parte de la autoridad competente para aprobar el correspondiente estudio ambiental, sus modificaciones y actualizaciones, como lo es el SENACE respecto del presente caso.

Asimismo, contrario a la interpretación realizada por el SENACE, para la Defensoría del Pueblo, la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del reglamento de la Ley N° 29785, que dispone que el contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, incluya información sobre la posible afectación de estos derechos, facilita al SENACE determinar si corresponde o no la realización de un proceso de consulta.

Por lo tanto, a criterio de nuestra institución, la posición adoptada por el SENACE contraviene el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa, respecto del acceso a la consulta previa en la debida oportunidad (carácter previo y principio de oportunidad del derecho a la consulta previa), en tanto la certificación ambiental, definida como el acto administrativo que aprueba el estudio ambiental de un proyecto de inversión, así como los actos administrativos que aprueban la modificación o actualización de estos estudios, de manera sustantiva, son susceptibles de afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

[28] Informe N° 0074-2018-SENACE-PE/DEAR, del 3 de octubre de 2018, que brinda respuesta a la petición de la comunidad de Huini Corroccohuayco. Págs. 7 y 8. Adjunto al oficio N° 00036-2018-SENACE/PE, del 14 de noviembre de 2018.
[29] De conformidad con lo previsto en los artículos 3 y 12 de la Ley N° 27446 y sus modificaciones, así como en los artículos 14 y 15 de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.
[30] Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM, publicada el 5 de agosto del 2015.
[31] Decreto Supremo N° 018-92-EM, publicado el 8 de setiembre de 1992, modificado por el Decreto Supremo N° 037-2017-EM, publicado el 31 de octubre del 2017.

Firmado digitalmente por: AEDO RUEDA Nelly Herminia FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16/08/2019 11:52:24

RECOMENDACIONES

Por lo antes expuesto, en el marco de las facultades previstas en el artículo 162 de la Constitución Política del Estado, la Defensoría del Pueblo recomienda lo siguiente:

Al Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las inversiones sostenibles

1. Adoptar las acciones necesarias para determinar si la medida administrativa que aprueba la modificación del Estudio de Impacto Ambiental (MEIA) del Proyecto Antapaccay Expansión Tintataya – Integración Coroccohuayco es susceptible de afectar derechos colectivos de pueblos indígenas y, en cuyo caso, proceder a la realización de un proceso de consulta previa.

Al Ministerio del Ambiente

2. Aprobar o modificar los instrumentos normativos sectoriales necesarios para garantizar la correcta implementación de la consulta previa en la evaluación del impacto ambiental por parte del SENACE, para proyectos de inversión susceptibles de afectar derechos colectivos de pueblos indígenas.

Al Ministerio de Energía y Minas

3. Modificar su Texto Único de Procedimientos Administrativos y la normativa sectorial correspondiente, con el fin de garantizar que la consulta previa sobre proyectos mineros, de hidrocarburos y energéticos se realice respecto de la medida administrativa que aprueba el estudio de impacto ambiental, así como sus modificaciones y actualizaciones, según corresponda.

4. Abstenerse a continuar acciones con relación al Proyecto Antapaccay Expansión Tintataya – Integración Coroccohuayco, sin que previamente el SENACE haya determinado si corresponde efectuar un proceso de consulta previa a la modificatoria del estudio de impacto ambiental del referido proyecto.

Al Ministerio de Cultura

5. Brindar asistencia técnica al SENACE, al Ministerio de Ambiente y al Ministerio de Energía y Minas para adoptar las acciones necesarias para implementar la consulta previa respecto de la medida administrativa que aprueba el estudio de impacto ambiental o el instrumento de gestión ambiental, así como sus modificaciones y actualizaciones, según corresponda.

Lima, 15 de agosto de 2019

PROGRAMA DE PUEBLOS INDÍGENAS · DEFENSORÍA DEL PUEBLO

NELLY HERMINIA AEDO RUEDA
Jefa del Programa de Pueblos Indígenas
naedo@defensoria.gob.pe

NHAR/jah