

## Informe Jurídico

### ¿Debe consultarse con los pueblos indígenas la certificación ambiental?

Por: Juan Carlos Ruiz Molleda  
(Instituto de Defensa Legal)

A propósito del Proyecto de Ley N° 1379-2016-CR, presentado por la congresista María Elena Foronda, que propone la consulta previa de la Certificación Ambiental y de los Estudios de impacto Ambiental (EIA), el Instituto de Defensa Legal recuerda que es necesario que los Estudios de Impacto de los proyectos extractivos, de infraestructura pública y similares, que afecten los territorios de pueblos indígenas (PPII), deben ser consultados con estos a efectos de lograr su consentimiento.

#### **1. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a conocer los impactos de los proyectos consultados antes del proceso de consulta**

Los pueblos indígenas no pueden dar su consentimiento a una medida si es que no saben sus impactos. Hacerlo sería adoptar una medida ciega, que desnaturaliza y vacía de contenido el proceso de consulta previa, tal como ha sido definido y desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el Tribunal Constitucional (TC) y la ley de consulta previa. Sin conocer los impactos, jamás los PPII podrán evaluar la conveniencia de una medida.

Por algo se dice que la consulta debe ser informada. *“La consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. La jurisprudencia de tribunales nacionales y la legislación interna se han referido a este elemento de la consulta”*. (Corte IDH, Caso Sarayacu, Fondo, Párrafo 208).

La Corte IDH va más allá y exige que la consulta se realice después de realizarse el proceso de consulta previa: *“En el presente caso, la Corte constata que no surge del acervo probatorio que el alegado “entendimiento” llevado a cabo por la compañía CGC hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que la alegada “socialización” del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo hubiese servido de base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo. Por tanto, la Corte considera que los actos de la empresa no fueron parte de una consulta informada”*. (Corte IDH, Caso Sarayacu, Fondo, Párrafo 209)

Adviértase que la Corte IDH reconoce de forma clara el derecho de los pueblos indígenas a conocer los beneficios y riesgos del proyecto a consultarse. El Estado debe garantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. (párr. 177). Muy relacionado con este derecho, la Corte reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conocer los reales impactos de la decisión a ser consultada (Corte IDH, Caso Sarayacu, Fondo, párr. 206 y 208).

*“Según fue señalado, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. La jurisprudencia de tribunales nacionales<sup>276</sup> y la legislación interna<sup>277</sup> se han referido a este elemento de la consulta”.* (Corte IDH, Caso Sarayacu, Fondo, párr. 208)

En relación con este punto, la Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado: *“La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”.* (SU-039 de 1997) (El resaltado nuestro).

## **2. El principio de información se concreta cuando se conocen los resultados del EIA**

Esta obligación de dar información ha sido reconocida como el “principio de información oportuna” en el artículo 4, letra g, de la Ley de consulta, aprobada por Ley N° 29785 según la cual, *“Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser*

*consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación”.*

La norma hace referencia a una de las principales condiciones para que se realice a cabalidad un proceso de consulta. Hay que destacar que se señala el deber de entregar “toda” la información que sea “necesaria”. Asimismo, se precisan dos condiciones más: que se brinde “desde el inicio” y con la “debida anticipación”, suponemos para que sea leída y estudiada. Hubiese sido bueno incidir en que sea **accesible y comprensible**, es decir, no solo que esté **en términos claros y sencillos, sino traducida a la lengua nativa**. Ello debió reconocerse.

Aquí se juega la eficacia y el éxito de la consulta previa. Si bien es importante la posibilidad de los pueblos indígenas de dar su opinión, si estos carecen de información objetiva e idónea tomarán decisiones equivocadas. Por eso resulta central que los pueblos indígenas accedan a información completa, veraz y adecuada. Solo en la medida que los pueblos indígenas conozcan a ciencia cierta los reales y verdaderos impactos ambientales y de otro tipo en sus derechos, podrán tomar no solo una buena decisión sino también prevenirse daños. De lo contrario, se tomarán decisiones en forma ciega, y se desnaturalizará y se vaciará en los hechos el sentido de la consulta. Esto es muy importante pues según la actual legislación, los estudios de impacto ambiental se hacen luego de la concesión y no antes<sup>1</sup>.

Sobre el particular también se ha pronunciado el TC: *“la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del dialogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla”.* STC N° 03343-2007-PA/TC, f.j. 35. (El subrayado es nuestro).

En ese sentido, no entregar información afecta el contenido constitucional del derecho a la consulta: *“[...] debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas”.* (STC 00022-2009-PI/TC, f. j. 39) (El subrayado es nuestro).

---

<sup>1</sup> Iván Bascopé San Jines. Lecciones aprendidas sobre consulta previa. Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social, La Paz, Bolivia, 2010, pág. 305.

El TC hace referencia incluso al “Principio de transparencia”. Según este tribunal, *“El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuáles van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuales van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto”*. (STC N° 00022-2009-PI/TC, f.j. 35). (El subrayado es nuestro).

Para la Corte IDH *“la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan “conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”*. Añade que *“este deber requiere que el Estado acepte y brinde información”, e “implica una comunicación constante entre las partes”*. (Saramaka, párr. 133)

Asimismo, *“la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes (...)”*<sup>2</sup>. (El subrayado es nuestro).

En otro momento señaló que *“la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. La jurisprudencia de tribunales nacionales y la legislación interna se han referido a este elemento de la consulta”*. (Sentencia Sarayacu, párr. 208)

En atención a estos argumentos, la Corte IDH en el caso Sarayacu precisa que *“En el presente caso, la Corte constata que no surge del acervo probatorio que el alegado “entendimiento” llevado a cabo por la compañía CGC hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que la alegada “socialización” del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo*

---

<sup>2</sup> Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 133.

*hubiese servido de base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo. Por tanto, la Corte considera que los actos de la empresa no fueron parte de una consulta informada”. (Sentencia Sarayacu, párr. 209).*

De igual manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó a propósito de otro caso que: “los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de “consentimiento pleno e informado” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”<sup>3</sup>.

En ese mismo sentido también la CIDH ha señalado que: “Los procesos de otorgamiento de concesiones extractivas o de implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta”. Añade la CIDH, que “el carácter informado de la consulta conecta con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a estos pueblos” (Informe de la CIDH, Derechos de los pueblos indígenas al territorio y a los recursos naturales, párrafo 308).

Incluso se habla del acceso a la información como un prerequisite para la consulta: “el acceso a la información es un prerequisite para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y el privado. Las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, de conformidad con lo que prescribe el artículo 13 de la Convención Americana”. Añade la CIDH que “dado que el derecho de participar en la toma de decisiones y el de iniciar recursos judiciales eficaces requieren acceso a la información, la Comisión recomienda que el Estado tome medidas para mejorar los sistemas de divulgación de información sobre las cuestiones que afectan a la población, así como para dar más transparencia y oportunidades de participación del público en los procesos cuyas repercusiones inciden en los habitantes de los sectores en desarrollo”. (Informe de la CIDH, derechos..., párrafo 309). (Citas omitidas).

Incluso el Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas ha señalado que la consulta informada: “en los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta,

---

<sup>3</sup> CIDH. Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052.Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo, supra nota 84, párr. 142. Citada por la Comisión en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, de fecha 28 de noviembre del 2007, en el pie de página 130.

incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen”<sup>4</sup>.

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado en forma clara la obligación del Estado de proporcionar la información como condición para facilitar el derecho a la participación: “En procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiéndole sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna. Desde luego que el derecho a la información así servido se convierte en poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectiva, en el entendido de que las autoridades estatales, a más de esa información, deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública de los temas pertinentes; recordando a la vez que la participación ciudadana en esos ámbitos de discusión constructiva supone el recíproco respeto de los criterios expuestos por los interlocutores institucionales y privados, pero no pasivamente, sino reedificando mutuamente sobre la comprensión de lo ya examinado y depurado de manera concertada, a tiempo que la diferencia y pluralidad de opiniones actualizan su poder constructivo en el suceso democrático”. (Sentencia C-891/02) (El subrayado es nuestro).

### **3. La etapa de información sobre la medida implica conocer los resultados del EIA**

El artículo 12 de la Ley de consulta previa, aprobado por Ley N° 29785 referido a la etapa de “Información sobre la medida legislativa o administrativa”, es muy claro: *“Corresponde a las entidades estatales 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”.*

Como puede verse, el artículo 12 recoge un aspecto clave y fundamental en todo proceso de consulta. ¿De qué sirve diseñar y organizar un proceso de consulta y dar la oportunidad a los pueblos indígenas de emitir opinión sobre un aspecto vital para ellos, si es que esa decisión carece de los elementos de juicio mínimos y necesarios para decidir razonablemente? No se trata de un elemento accesorio. La calidad de la decisión que

---

<sup>4</sup> ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio del 2009, párr. 53.

puedan asumir los pueblos indígenas dependerá de que cuenten con toda la información necesaria.

Varios mandatos contienen esta norma. En primer lugar, deja claro que la tarea de brindar información no le corresponde a la empresa privada sino al Estado. Ello implica que quien deberá pedir información a la empresa no serán los pueblos indígenas sino el propio Estado. Hay obligación estatal de garantizar la información a los pueblos indígenas. Un segundo mandato es sobre la oportunidad en que esta información es entregada. El artículo exige que sea antes del proceso de consulta y con la debida anticipación. El espíritu del artículo es que los pueblos indígenas puedan acceder a la información con el tiempo necesario para que puedan analizarla y evaluarla con detenimiento.

Un tercer mandato tiene que ver con las características que esta información debe tener: los “motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa”. No se trata de entregar cualquier información por cumplir. Debe ser información significativa y sustancial sobre el impacto de la medida a consultarse. Implícitamente se reconoce que la información que deberá entregarse deberá ser veraz. Nos preguntamos si el estudio de impacto ambiental realizado por una consultora pagada por la empresa extractiva, contará con información objetiva e imparcial. En nuestra opinión solo podrá ser independiente la consultora que hace el EIA si tiene independencia respecto de la empresa extractiva, pero no bajo las actuales condiciones.

Aquí se juega la eficacia de la consulta. Tal como lo señalamos, tan importante como dar la oportunidad a los pueblos indígenas para que expresen su decisión, es que ésta sea adoptada en pleno conocimiento de los reales y objetivos impactos de la medida a adoptarse. Y sobre este conjunto de información destaca por su importancia la de naturaleza ambiental, pues el ambiente es el que se ve afectado por las industrias extractivas<sup>5</sup>.

Sobre la calidad de la información a entregarse a los pueblos indígenas es necesario señalar que el Estado debe proporcionar información oportuna, suficiente, necesaria, con adecuación cultural y en el idioma de los pueblos indígenas consultados, empleando procesos metodológicos adecuados, a efectos de garantizar un proceso de diálogo real. Los procesos metodológicos serán los adecuados si es que son los que responden a las necesidades, usos, mecanismos y formas de decisión de cada pueblo indígena concreto.

Esto contiene la necesidad de que los pueblos indígenas puedan realmente comprender las medidas. El artículo no se contenta con que se difunda una medida sino que los destinatarios realmente puedan comprenderlas, y para ello establece que esta difusión se realice a través de “métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan”. No es suficiente la traducción a las lenguas nativas, es necesario un esfuerzo adicional para que la medida sea explicada en el marco de la cosmovisión y de la experiencia cultural del pueblo a ser consultado. Definitivamente este principio concreta no solo el derecho a la identidad cultural sino también el principio de interculturalidad.

---

<sup>5</sup> Iván Bascopé San Jines. Lecciones aprendidas sobre consulta previa. Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social, La Paz Bolivia, 2010, pág. 305.

Sobre el particular, el TC ha señalado la obligación de entregar información. Precisa que *“la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del dialogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla”*<sup>6</sup>.

De igual manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó a propósito de otro caso que: *“los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de “consentimiento pleno e informado” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”*<sup>7</sup>.

Por su parte la Corte IDH ha señalado que *“al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”*<sup>8</sup>.

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia sobre la **obligación de entregar información ha señalado que** *“En procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos*

---

<sup>6</sup> STC. N° 03343-2007-PA/TC, f. j. 35.

<sup>7</sup> CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

<sup>8</sup> Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 133.



*de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiendo sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna. Desde luego que el derecho a la información así servido se convierte en poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectiva, en el entendido de que las autoridades estatales, a más de esa información, deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública de los temas pertinentes; recordando a la vez que la participación ciudadana en esos ámbitos de discusión constructiva supone el recíproco respeto de los criterios expuestos por los interlocutores institucionales y privados, pero no pasivamente, sino reedificando mutuamente sobre la comprensión de lo ya examinado y depurado de manera concertada, a tiempo que la diferencia y pluralidad de opiniones actualizan su poder constructivo en el suceso democrático”. (Sentencia C-891/02 de 2002).*

#### **4. Realizar el proceso de consulta de solo una medida aislada y sin conocer los resultados del EIA implica una violación al principio de buena fe**

Se están realizando proceso de consulta sin previamente conocer los resultados de los EIA. Un buen ejemplo de eso lo constituye la consulta del proyecto de Hidrovías<sup>9</sup>. Según la estructura de los proyectos de inversión pública, el EIA se hace al final. La consecuencia práctica es que se hacen consultas donde los pueblos son obligados a decidir a ciegas.

De conformidad con el artículo 4 letra c de la Ley de Consulta, la buena fe es uno de los principios que forman parte del contenido constitucional del derecho a la consulta previa. Este exige que *“Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas”*.

La ley recoge uno de los principios que más desarrollo ha merecido por el TC, y sin embargo, este desarrollo no ha sido debidamente recogido por la ley de consulta. Es sin lugar a dudas el principio más importante del derecho a la consulta, y que le exige al Estado una verdadera actitud y voluntad de dialogar con los pueblos indígenas. Esto choca frontalmente con la percepción del Estado que intenta vaciar de contenido este derecho al consultar una medida aislada y sin conocer los impactos del proyecto. Esta mirada es incompatible con este principio que forma parte del contenido esencial del derecho a la consulta.

Es el Convenio 169 de la OIT el que primero lo reconoció en el artículo 6.2, cuando señala que *“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un*

---

<sup>9</sup> Ver: [La esquizofrenia de la consulta previa: Consulta “previa” vs consulta “informada”](http://enfoquederecho.com/publico/la-esquizofrenia-de-la-consulta-previa-consulta-previa-vs-consulta-informada/). Disponible en: <http://enfoquederecho.com/publico/la-esquizofrenia-de-la-consulta-previa-consulta-previa-vs-consulta-informada/>

*acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*". También hay un reconocimiento en el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue aprobada recientemente en la Asamblea General de la ONU con el apoyo del Estado Peruano, el 13 de septiembre del 2007 con el voto de 143 países a favor y 4 en contra, con 11 abstenciones. Ahí se señala que *"Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo"*.

Esta norma debe ser leída e interpretada en consonancia con otras de la misma Declaración. También tenemos el artículo 19 referido a las consultas en específico, que señala que *"Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado"*

Para el TC estamos ante el Principio constitucional de buena fe de la consulta previa: *"Este Tribunal Constitucional estima que el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas"*. (STC 00022-2009-PI/TC, f. j. 27).

La CIDH por su parte señala que la consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta, en tanto forma de garantizar el *derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, deben "(...) propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños*<sup>10</sup>".

El principio de buena fe según la CIDH implica que: *"El énfasis puesto por la regulación internacional y regional sobre la buena fe en el cumplimiento del deber estatal de consulta a los pueblos indígenas busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales, una práctica desafortunadamente frecuente que ha sido denunciada*

---

<sup>10</sup> CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

*consistentemente por los pueblos indígenas. Los procesos de consulta no equivalen al cumplimiento de una serie de requisitos pro forma. La CIDH ha explicado que los procedimientos de consulta, en tanto medios para garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos que pueden afectarles, deben estar diseñados para “propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños”. (Informe de la CIDH, derechos..., párrafo 317, citas omitidas).*

La jurisprudencia de la Corte IDH también se ha pronunciado: *“La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo”<sup>11</sup>. (El subrayado es nuestro).*

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

La Corte Constitucional de Colombia establece una conexión entre este principio y la entrega de información precisa. Para la CCC, *“La realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados. De allí que se deba proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados sobre los proyectos que se pretende desarrollar en sus territorios, y que el objetivo fundamental del proceso participativo sea llegar a un acuerdo con tales pueblos, para proceder con el proyecto con respeto por sus derechos colectivos fundamentales”. (Sentencia C-461/08). (El subrayado es nuestro).*

---

<sup>11</sup> Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre del 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 133.

Podemos advertir que realizar la consulta de una sola medida y sin saber los reales impactos implica no solo vaciar de contenido el derecho a la consulta, sino hacer de la consulta un trámite formal. En palabras de la Corte de Colombia: *“En otras palabras, el procedimiento de consulta no puede constituirse en un simple trámite formal, sino que debe estar realizada de modo tal que, de llegarse a un acuerdo o concertación sobre el contenido de la medida legislativa, tales conclusiones incidan en la formulación definitiva de la política pública correspondiente. En caso contrario, si el procedimiento de consulta se lleva a cabo de manera que sus efectos no pueden lograr trascendencia alguna en la confección final de la medida legislativa, la actuación sería incompatible con la buena fe que guía ese proceso [...] De lo que se trata es que la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes tenga la potencialidad de incidir materialmente en el contenido de la medida legislativa, lo que implica que el momento en que se efectúa la consulta previa debe armonizarse con las condiciones constitucionales que otorgan racionalidad al procedimiento de producción normativa, en especial los requisitos de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible”*. (Sentencia C-175/09).

## **5. La Corte IDH admite la posibilidad de realizar varios procesos de consulta**

Es evidente que aceptar la consulta del EIA implica que se realicen varios procesos de consulta previa en un mismo proyecto extractivo o de infraestructura pública. Ante este dilema, planteamos que se consulte el proyecto en sí mismo, y que este proceso se prolongue hasta que las comunidades nativas afectadas conozcan de manera efectiva los resultados del EIA detallado. Se nos ha cuestionado, en el sentido que esto implicaría dos procesos de consulta.

Sobre el particular debemos señalar que la Corte IDH ha sido enfática en reconocer que no es una, sino varias las consultas que deben realizarse en relación con cada proyecto petrolero. Según la Corte IDH ésta debe realizarse en *“todas la fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena”* (Corte IDH, Caso Sarayacu, Fondo, párrafo 167).

Es más, en Colombia se reconoce tres consultas en materia de consulta de proyectos petroleros, al momento de la sísmica, la perforación de pozos y de explotación.

## **6. El fundamento de prologar la consulta hasta conocer los resultados se basa en el principio de flexibilidad**

La consulta previa no es un proceso rígido ni un corsé que debe ser aplicado a todo proceso de consulta. El diseño institucional de los procesos de consulta dependerá de la naturaleza de la medida o medidas que se intentan consultar. Esta obligación de flexibilizar se encuentra en el artículo 4 letra d de la Ley de consulta previa, que reconoce precisamente el principio de flexibilidad, parte del contenido constitucional del derecho a la consulta previa. Según esta norma, *“La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en*

*cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados”.*

No podemos hablar de fórmulas rígidas y de moldes aplicables a todos los casos. Esta flexibilidad no solo viene por el lado de la diferencia cultural de los pueblos indígenas, sino también por el lado de las medidas a consultarse. Las medidas administrativas pueden variar unas de otras, igual las medidas legislativas, y pueden afectar de diferentes maneras. Todo ello exige entonces mirar y analizar con cuidado cada caso.

La flexibilidad no significa relajar la obligación del Estado de consultar sino la metodología del “caso por caso”. Este es un principio que puede prestarse a confusiones. No se trata de reducir la obligación del Estado sino de exigir que su aplicación tenga siempre presente las circunstancias que en cada caso se presentan. Es este contexto el que debe ser mirado antes que ser concebido como una puerta para que el Estado escape de sus obligaciones. Según la STC 0022-2009-PI/TC, este principio exige que la consulta sea llevada a cabo de manera “*apropiada a las circunstancias*”, razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres (f.j. 31).

No solo la ley reconoce este principio. El artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT es claro, “*Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*” (El subrayado nuestro). Esta norma debe interpretarse de conformidad con el artículo 34 del mismo Convenio, que precisa que “*La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país*”.

La jurisprudencia del TC también se ha manifestado. Según éste, el principio constitucional de la flexibilidad implica que: “*Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias [...] De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados*”. (STC N° 00022-2009-PI/TC, f.j. 31 y 32).

Este principio debe interpretarse en concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH, la que señala que: *“En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”*<sup>12</sup>.

Sobre el tema, el Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la ONU también se ha pronunciado: *“(i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; (ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; (iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y (iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género.”*<sup>13</sup>. En otro momento también señaló el Relator que *“El ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas debe ser interpretado de forma flexible, dependiendo de la medida objeto de la consulta, y de las circunstancias específicas de cada país, incluyendo la institucionalidad y procedimientos constitucionales”*<sup>14</sup>.

Para la CIDH, el principio de flexibilidad *“Es importante notar que, si bien la jurisprudencia interamericana y la práctica internacional han desarrollado los contenidos mínimos del deber estatal de consultar, no existe una fórmula única aplicable en todos los países para cumplir con este deber”*<sup>15</sup>.

El principio de flexibilidad también ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Constitucional de Colombia. En la Sentencia T-129 del 2011, este alto tribunal dijo que *“encuentra inaplazable que las comunidades afectadas puedan hacer uso de la posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención, no sólo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo. Para ello, conforme a las especificidades y exigencias propias de cada caso, al momento de la consulta inicial se deberán fijar los tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo”* (El subrayado nuestro).

Añade que *“no es plausible pensar en la determinación de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, ya que homogenizar este tipo de procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas. Por ello, el proceso deberá efectuarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce y rompe los tiempos propios de las*

---

<sup>12</sup> Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de fecha 28 de noviembre del 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 63.

<sup>13</sup> ANAYA, James. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”. Abril de 2009, párr. 31.

<sup>14</sup> ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya.A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009. Apéndice A, Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, párr. 14

<sup>15</sup> Informe de la CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, párrafo 301.

*comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no en la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro, incluido el de los empresarios”.*

## **7. Prolongar la consulta hasta conocer los resultados del EIA es congruente con el principio del plazo razonable**

El artículo 4 letra e de la Ley de Consulta reconoce el principio del plazo razonable en los siguientes términos: *“El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta”.*

Se trata de respetar los procesos de diálogo y no forzar la consulta. Lo razonable es en buena cuenta un concepto que en cada caso deberá ser precisado, dependiendo **de la naturaleza de cada pueblo indígena** y de la medida consultada. En ese sentido deberá interpretarse de forma conjunta el principio de flexibilidad y el principio del plazo razonable. Ciertamente tampoco se trata de procesos eternos que nunca acaban. Las autoridades correspondientes deberán de evaluar cada proceso y su dinámica. En todo caso deberemos de tener en cuenta que lo razonable deberá de interpretarse en función de la finalidad del proceso de consulta.

El TC ha establecido en el fundamento 41 de la sentencia STC 0022-2009-PI/TC, un conjunto de pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas. En ese sentido ha precisado que se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha<sup>16</sup>. Un buen ejemplo de cómo no deben ser las cosas, es el artículo 9 del Reglamento de consulta previa de las actividades minero energéticas, aprobado mediante D.S. N° 023-2011-EM. En él se puede apreciar cómo los estrechos plazos de la consulta en el Reglamento desnaturalizan el “proceso” de consulta. Se establece que los pueblos indígenas tendrán 20 días hábiles luego de recibir la información para evaluar las implicancias de la medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas (art. 9.a). Luego se tendrán 20 días hábiles para el proceso de diálogo con el Estado. Se trata de plazos sumamente rígidos y estrechos que en los hechos anulan el proceso de consulta. Esto compromete el principio de buena fe del Estado, el cual establece según el TC *“que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran”* (STC N° 00022-2009-PI/TC, f.j. 30).

Es más, el plazo razonable es una concreción del principio constitucional de buena fe. Asimismo, es importante subrayar *“que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden*

---

<sup>16</sup> El TC ha reiterado esta regla en el fundamento 60 de la sentencia N° 05427-2009-PI. En esta última se hace una síntesis de las reglas desarrolladas en la sentencia N° 00022-2009-PI.

*variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación*". (STC N° 00022-2009-PI/TC. f.j. 30).

Incluso el Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la ONU que *"Como han establecido los órganos de control normativo de la OIT, los plazos para la realización de una consulta deben ser adecuados en relación con el tipo de medida a consultar. Resulta evidente que, en el caso de una reforma constitucional como la que se plantea, los plazos deben ser lo más amplios posibles para asegurar que la consulta sea significativa y cumpla con los requisitos establecidos en las normas internacionales"*.<sup>17</sup> (El subrayado es nuestro).

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia en relación con el tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta que *"Es preciso aclarar que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra ese instrumento y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, "lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar"*". (El subrayado es nuestro).

## **8. Conocer los resultados del EIA es importante pues ahí se juega la subsistencia de los pueblos indígenas**

Debemos comenzar por precisar que el objetivo de los EIA es evaluar el impacto de la actividad petrolera en los pueblos indígenas y los riesgos ambientales. Según la Corte IDH, los EIA *"sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad", para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, "con conocimiento y de forma voluntaria"*". (Corte IDH, Caso Sarayacu, párr. 205).

En tal sentido, los EIA son herramientas para garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas. El objetivo de los EIA es evaluar el impacto de la actividad petrolera y los riesgos ambientales. Según la Corte IDH, los EIA *"sirven para evaluar el posible daño o*

---

<sup>17</sup> ANAYA, James. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile". Abril del 2009, párr. 62.



*impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, “con conocimiento y de forma voluntaria”*. (Corte IDH, Caso Sarayacu, párr. 205).

Sin embargo, la Corte IDH irá más allá, y precisará que la finalidad del EIA es garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas. Esto es fundamental de entender: los EIA son *“salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo”*. (Corte IDH, Caso Sarayacu, párr. 205). Sobre el punto de la subsistencia regresaremos más adelante.

Esto es congruente y consistente con el derecho de los pueblos indígenas a conocer los beneficios y riesgos del proyecto a consultarse. Si se elimina el EIA en sísmica como lo proponía el Ministro de Energía, es evidente que se contará con menos información sobre los impactos ambientales. El Estado debe garantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. (Corte IDH, Caso Sarayacu, párr. 177). Muy relacionado con este derecho, la Corte reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conocer los reales impactos de la decisión a ser consultada (Corte IDH, Caso Sarayacu, párr. 206 y 208).

La conclusión es evidente, la consulta previa exige que los pueblos indígenas estén informados sobre los reales y verdaderos impactos de las actividades extractivas en sus territorios. Precisa la Corte IDH que *“La consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. La jurisprudencia de tribunales nacionales y la legislación interna se han referido a este elemento de la consulta”*. (Corte IDH, Caso Sarayacu, párrafo 208). En definitiva, el EIA cumplirá un papel fundamental pues será el instrumento que permita a los pueblos indígenas conocer los impactos que un determinado proyecto extractivo tendrá en los pueblos indígenas.

## **9. Se deben respetar las reglas jurídicas de cumplimiento obligatorio sobre EIA establecidas por la Corte IDH<sup>18</sup>**

A continuación, las reglas más importantes que la Corte IDH establece como criterios de validez de los EIA. No se trata de reglas ilustrativas. La Corte IDH en el caso Sarayacu

---

<sup>18</sup> Ver nuestro artículo: 11 críticas a la forma como el MINEM entiende los EIA en relación con los PPII, disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1300>.

utilizará estas reglas para declarar que el Estado de Ecuador ha violado el derecho internacional de los derechos humanos. En ese caso señalará que *"En el presente caso, la Corte constata que no surge del acervo probatorio que el alegado "entendimiento" llevado a cabo por la compañía CGC hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que la alegada "socialización" del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo hubiese servido de base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo. Por tanto, la Corte considera que los actos de la empresa no fueron parte de una consulta informada"*. (Corte IDH, Caso Sarayacu, párrafo 209)

**a. Las consultoras que elaboren los EIA deben ser independientes, técnicamente capaces y deben ser supervisadas por el Estado.**

Según la Corte, el Estado debe *"garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental"*. (Corte IDH, Caso Sarayacu, párr. 205). En relación con la independencia de la consultora que elabora el EIA, la Corte IDH cuestiona que el EIA *"fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización"*. (Corte IDH, Caso Sarayacu, párr. 207). En nuestro país, quien paga el EIA es la empresa minera o petrolera interesada, y quien lo aprueba es el MINEM que es un órgano interesado en promover la inversión. Con esas condiciones no podemos contar con EIA con información objetiva independiente e imparcial<sup>19</sup>.

**b. Los EIA deben evaluar los impactos "acumulados".**

La Corte IDH ha precisado que *"el Tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos"*. (Corte IDH, Caso Sarayacu, párrafo 206). Esto no ocurre actualmente, pues los EIA son fotografías aisladas. Pero además esto es coherente con la finalidad de los EIA de analizar los reales impactos en los PPII.

**c. Los EIA deben evaluar los impactos "sociales culturales y espirituales".**

Esto viene exigido por el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece, *"Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, [...] a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos"*. Por eso la Corte IDH exige que los EIA deben *"respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas"* (Corte IDH, Caso Sarayacu, párrafo 206).

---

<sup>19</sup> Ver nuestro artículo ["Razones para declarar inconstitucional la forma de aprobación de los EIA en el Perú"](#).

Esto es muy importante y no se entiende si no se recuerda lo que la Corte IDH ha señalado, que mediante estos EIA “*se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal*”. (Corte IDH, Caso Saramaka párrafo 129). Si se hubieran realizado el estudio de impacto cultural, se hubiera advertido que el cerro Kaphia de Puno, cuya afectación dio origen al “Aymarazo”, era un lugar sagrado para los pueblos indígenas aymaras.

**d. Los EIA deben hacerse con colaboración con los Pueblos Indígenas.**

Esto también viene exigido por el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece, “*Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados*”. Los EIA en el Perú se hacen de espaldas a los pueblos indígenas, casi clandestinamente, desconociendo este estándar.

**e. En quinto lugar, los Gobiernos deben fiscalizar la elaboración del EIA y no solo revisar el producto final.**

La Corte IDH ha señalado que, “*el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental*”. (Corte IDH, Caso Saramaka, párrafo 129). El Estado es demasiado débil para fiscalizar la elaboración de los EIA, con la justa los revisa una vez concluidos.

**f. En sexto lugar, los EIA deben hacerse antes del proceso de consulta y no posteriormente como ocurre en el Perú.**

La Corte ha establecido que los Estudios de Impacto Ambiental deben ser “*concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio*”. (Corte IDH, Caso Sarayacu, párrafo 206). En el Perú los EIA se hacen luego de la suscripción y la firma del contrato y no antes, en consecuencia, tampoco se cumple esto.

## **Conclusión**

Por todas estas consideraciones estamos convencidos que los procesos de consulta no deben ser realizados, si antes los pueblos indígenas no conocen los reales impactos de los proyectos extractivos y de infraestructura en sus territorios. Obligarlos a dar su consentimiento sobre un proyecto cuyos impactos desconocen, constituye un acto arbitrario que desnaturaliza los estándares sobre el derecho a la consulta, establecidos tanto por el sistema interamericano de derechos humanos como por el Tribunal Constitucional.