

# **LOS DESAFÍOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ**

***Mirva Aranda Escalante***



## LOS DESAFÍOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

**Mirva Aranda Escalante<sup>1</sup>**

### Resumen

En el Perú, de acuerdo con las normas internacionales y nacionales vigentes, el Estado tiene la obligación de consultar con los pueblos indígenas las decisiones administrativas o normativas que los afecten. A pesar de que esta obligación está vigente desde 1995, este derecho de los pueblos indígenas aún no ha sido implementado. Sin embargo, el incremento de conflictos socioambientales ha llevado a que en los últimos años se empiece a tomar medidas concretas para poder realizar las acciones de consulta, como, por ejemplo, la aprobación de la Ley de Consulta Previa -en el 2011- y su respectivo reglamento.

En cuanto a los actores principales, los pueblos indígenas han exigido en los últimos años que se cumplan las obligaciones que tiene el Estado respecto de sus derechos y, más recientemente, han planteado sus críticas a la Ley de Consulta y su reglamento por una serie de vacíos que reseñamos en el artículo. En el caso del Estado, existe en el gobierno actual una corriente a favor de la implementación del marco jurídico sobre derechos de los pueblos indígenas; sin embargo, se trata aún de iniciativas en construcción y que, en muchos casos, no cuentan con recursos ni con el respaldo político suficiente para concretarse.

Finalmente, las empresas mineras, que son las empresas que tienen mayores conflictos con las organizaciones indígenas, no han mostrado a la fecha una opinión favorable a la implementación de la consulta previa y, más bien, han recurrido a culpar a actores externos (organizaciones no gubernamentales, movimientos políticos, etc.) por las protestas de las comunidades. Frente a este panorama, nosotros proponemos que se recupere el rol central del Estado en la regulación de la inversión y para garantizar la protección de los derechos, no solamente de los pueblos indígenas, sino de todos los ciudadanos peruanos.

### I. Introducción

La consulta previa es un derecho humano que tienen los pueblos indígenas para hacer valer sus otros derechos, en el marco de su relación con el Estado. Este derecho es uno de los tantos que los Estados les han reconocido a los pueblos indígenas a través de la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En ese sentido, en esta sección, queremos reseñar cómo ha sido el proceso de implementación de dicho derecho en el ordenamiento del Perú.

<sup>1</sup> Este artículo ha sido elaborado gracias a la valiosa colaboración de Diana Álvarez y Carlos Elguera.

El Convenio 169 de la OIT fue aprobado en nuestro país mediante la Ley N° 26253 del 2 de septiembre de 1993. Posteriormente, fue ratificado por el Congreso el 17 de enero del 1994 y entró en vigencia un año después, es decir, el 2 de febrero de 1995. Consiguientemente y según nuestra propia Constitución, estas disposiciones son exigibles desde el año 1995, formando parte de nuestro ordenamiento interno y teniendo rango constitucional.

Sin embargo, recién el 23 de agosto del año 2011, el Congreso peruano aprobó por unanimidad la Ley de Consulta Previa, que desarrolla este derecho contenido en el Convenio 169.

Esta ley fue producto de la preocupación del Estado por la aparición de conflictos que desencadenaron en hechos violentos. Dentro de esta gama de conflictos surgidos, destacamos dos que a nuestro parecer aceleraron el proceso de aprobación de la ley; éstos son: el enfrentamiento en Bagua entre los pueblos indígenas y efectivos de la Policía Nacional (6 de junio del 2010) y las movilizaciones de las comunidades quechuas y aymaras en Puno en contra de la minería (mayo de 2011).

Estos conflictos no sólo dieron cuenta a la sociedad civil y al Estado de la existencia de un descontento social por las políticas públicas adoptadas, sino que trajeron a la luz temas mucho más profundos, como las diferentes visiones de desarrollo que tienen los pobladores de estas zonas. Esto, a su vez, evidenció que esas poblaciones tenían características particulares debido al arraigo a su cultura ancestral, ya que son, en su mayoría, pueblos indígenas.

En este contexto, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP) interpone una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) para que cumpla con el Convenio 169 de la OIT y adecúe sus normas al tratado. Esta demanda llega al Tribunal Constitucional (TC) como un Recurso de Agravio Constitucional. En junio de 2010, el TC emite sentencia ordenando al MINEM que apruebe un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas de conformidad al Convenio 169 de la OIT. Asimismo, exhorta al Congreso de la República para que, dentro de sus competencias, culmine con el trámite de promulgación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

Cabe resaltar que esa sentencia del TC (STC 03343-2007-PA/TC) es la primera en señalar la importancia de la diversidad cultural y reconocer que existen distintos modelos de desarrollo cuando hablamos de los pueblos indígenas.

Esta sentencia afirma que la “tolerancia a la diversidad” es un valor inherente a la Constitución y que debe evitarse toda “fuerza homogeneizadora que no respete las singularidades de las personas<sup>2</sup>”.

Posteriormente, en el año 2009, con la sentencia del caso de la Cordillera Escalera (Exp. N° 03343-2007-PA/TC), el TC, en los párrafos 32 y 33, reconoce que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas es la “base” para el derecho a la consulta previa:

*“32. (...) Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.*

*33. Esta libre determinación (...) sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa<sup>3</sup>”.*

Esta confirmación que hace el TC en la sentencia del caso Cordillera Escalera resulta sumamente trascendental, puesto que recoge los estándares internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Sin embargo, las sentencias que le sucedieron no se han vuelto a pronunciar sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas<sup>4</sup>, salvo la recientemente emitida respecto a la comunidad nativa Tres Islas. En esta última sentencia, se retoma el tema de la libre determinación y se afirma que las comunidades tienen la facultad de decidir sobre el uso de su territorio e, inclusive, impedir el ingreso de terceros al mismo, por lo que se podría estar empezando a configurar una jurisprudencia más progresista que la que se ha tenido hasta la fecha por parte de este Tribunal.

Por su parte, en cumplimiento a la primera sentencia emitida por el TC, el MINEM emite el “Reglamento de procedimiento para la aplicación del derecho a la consulta a los pueblos indígenas para las actividades minero energéticas”,

2 Comisión Andina de Juristas. *Lineamientos para una agenda pública en derechos de los pueblos indígenas*. Lima: KAS.

3 Ver también: Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010, párrafo 8.

4 Para un análisis profundo de la historia y desarrollo de la jurisprudencia del TC en materia de interculturalidad, ver: Landa, César. “Interculturalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia. Tomo 39, setiembre de 2011, 73-81.

mediante el Decreto Supremo N° 023-2011-EM. Posteriormente, como ya mencionamos, el Congreso de la República aprueba la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, la cual deroga el reglamento del Ministerio.

## **II. Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT**

El Perú es el primer país -y hasta el momento el único- en regular en el nivel interno el Convenio 169 de la OIT y el derecho a la consulta previa en Latinoamérica. Esta ley del derecho a la consulta no es la pionera en el nivel nacional en regular dicho tema, ya que debemos recordar que el Ministerio de Energía y Minas reglamentó el procedimiento de consulta previa en sus ámbitos de competencia, en el D.S. 023-2011-EM. Dicho reglamento fue materia de controversiales comentarios de los diversos sectores afectados por esta ley; de manera particular, fue criticado por los procedimientos que planteaban para realizar la consulta y porque no respetaba los estándares internacionales y estaba más orientado a brindar información que a consultar realmente a los indígenas.

Por su parte, el contenido de la promulgada Ley del Derecho a la Consulta Previa, si bien contó con un fuerte respaldo de los movimientos y organizaciones indígenas del país en su momento, no ha dejado de ser cuestionado a la luz del DIDH. Se procederá a analizar su contenido en los siguientes apartados de este capítulo.

### **¿Quiénes deben de ser consultados? Existencia de criterios restrictivos de identificación.**

Tanto la Constitución Política como la legislación en el Perú, al referirse a los pueblos indígenas, han utilizado diversas denominaciones, dándoles, a su vez, un diferente tratamiento jurídico a distintos colectivos que, a la luz del DIDH, calificarían como titulares de derechos indígenas.

**Tabla 1. Comparación de denominaciones en diversas leyes**

Definición Jurídica	Denominación
Ley N° 22175 (1978) Artículo 8	Comunidades nativas o amazónicas.
Ley N° 24656 (1987) Artículo 2	Comunidades campesinas o andinas.
Ley N° 28736 (2006) Artículo 2.b	Pueblos en aislamiento voluntario.
Ley N° 28736 (2006) Artículo 2.c	Pueblos en contacto inicial.
Ley N° 27908 (2002) Artículo 1 La Ley de Rondas Campesinas (Ley N° 27908) señala, en su artículo primero, que los derechos reconocidos a los pueblos indígenas se aplican a las rondas campesinas en cuanto les corresponda y favorezca.	Rondas campesinas.

**Fuente:** Elaboración propia.

Recordemos que, de acuerdo con los artículos 1.1.b) y 1.2 del Convenio 169 de la OIT, se establecen criterios de identificación para pueblos indígenas de naturaleza tanto objetiva (un hecho actual y un hecho histórico) como subjetiva (autoidentificación). Específicamente, el artículo 1 señala lo siguiente:

*"Artículo 1.1. El presente Convenio se aplica: (...) b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*

*2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. (...)."*

A la luz de estos criterios de identificación, se puede afirmar que el Estado peruano no cuenta aún con una ley marco que englobe a todos los grupos colectivos y que permita identificar a los pueblos indígenas tal como lo hace el Convenio 169 de la OIT. Todo lo contrario: solamente se cuenta con legislación dispersa enfocada en grupos colectivos definidos de acuerdo con su ubicación geográfica.

La Ley del Derecho a la Consulta Previa establece criterios adicionales a los establecidos en el Convenio 169 de la OIT, con lo cual, según opinan algunos especialistas y las organizaciones indígenas peruanas, se estaría restringiendo la posibilidad de titularidad de derechos indígenas a colectivos que cumplirían los criterios establecidos en el mencionado instrumento internacional. Así, a partir de una comparación entre ambos, los siguientes criterios objetivos exigidos por la ley no lo serían para el derecho internacional de los pueblos indígenas:

- Descendencia directa de poblaciones originarias del territorio nacional.
- Patrones culturales y modos de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.
- Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.

Cabe recordar que, según el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT, se deberá interpretar esta norma del modo que resulte más favorable a los derechos de los pueblos indígenas y, en todo caso, preferir los criterios menos restrictivos.

Por otro lado, al igual como ha quedado establecido por el derecho internacional de los pueblos indígenas, el fundamento 23 de la sentencia recaída en el Expediente 0022-2009 del TC consagra la posibilidad de consultar no sólo a aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo determinadas actividades, sino, por ejemplo, también a los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados de forma indirecta<sup>5</sup>.

5 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010. “23. Respecto al artículo 15 del Convenio, es de precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato está directamente relacionado con la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra, se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no sólo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino, por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados”.

## ¿Quién debe consultar? Confundiendo una obligación del Estado con las relaciones comunitarias de las empresas

Tal como afirma la CIDH:

*"La realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado, y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contrato de inversión. En muchos países que forman parte del sistema interamericano, se ha transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas, generando una privatización de facto de la responsabilidad del Estado. Los procesos de negociación resultantes con las comunidades locales, así, con frecuencia no toman en consideración un marco de derechos humanos, porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias. La consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes"<sup>6</sup>.*

En efecto, son los Estados los que tienen la responsabilidad de realizar los procesos de consulta con los pueblos indígenas que se encuentran en su territorio. Sin embargo, y a pesar que ni el Convenio 169 de la OIT, ni algún instrumento internacional sobre los derechos indígenas establece que sea la empresa la responsable de la consulta, el Tribunal Constitucional Peruano ha considerado y sentenciado en contrario, admitiendo tal posibilidad en una de sus sentencias. Sin embargo, no ha vuelto a retomar tal postura.

En la sentencia del caso AIDSESEP I (Exp. N° 06316-2008-PA/TC), ha considerado que el derecho a la consulta previa debe ser puesto en práctica gradualmente por las empresas involucradas<sup>7</sup>. Posteriormente, en una Resolución de Aclaración sobre el mismo expediente, buscó desarrollar aún más ese punto. Así, dispuso que sea posible derivar esta obligación a terceros, supuesto en el cual el Estado ocupará un rol de supervisión<sup>8</sup>.

6 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 Aprobado el 30 de diciembre de 2009 y publicado en el 2010, párrafo 291 (resaltado nuestro). Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.

7 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 06316-2008-PA/TC. 11 de noviembre de 2009, párrafo 30.

8 Tribunal Constitucional Peruano. Resolución de Aclaración del Exp. N° 06316-2008-PA/TC. 24 de agosto de 2010, párrafo 5.



En su sentencia del caso Tuanama I (Exp. N° 0022-2009-PI/TC), el TC indicó que es el Estado el responsable de llevar adelante los procesos de consulta<sup>9</sup>. Esta obligación eminentemente estatal ha sido reiterada también por la Ley del Derecho a la Consulta Previa, en su artículo 3.

### **¿Cuándo debe de realizarse la consulta? Camino a cumplirse los estándares internacionales respecto a las medidas a consultar**

En la sentencia del caso Tuanama I<sup>10</sup>, el TC diferenció tres tipos de medidas legislativas susceptibles de ser materia de consulta: (i) aquéllas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas; (ii) aquéllas de alcance general que producirían efectos indirectos en los pueblos indígenas y (iii) aquellas medidas legislativas en las que determinados temas que involucren una legislación de alcance general requieran establecer en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. Con ello, el TC estaría señalando que aquellas medidas de alcance general que no implicaran una afectación directa para los pueblos quedarían eximidas del proceso de consulta.

Establecer una clasificación cerrada de medidas legislativas a ser consultadas, restringía la posibilidad que tienen los propios pueblos de señalar si una determinada medida, por más que sea de alcance general, pueda afectarlos. Posteriormente, esta prerrogativa de los pueblos ha sido recogida por el artículo 9 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa.

Del mismo modo, el TC ha señalado que pueden haber excepciones al carácter previo de la consulta sobre una determinada medida legislativa o administrativa<sup>11</sup>. Sin embargo, el TC no señala cuáles serían esas excepciones al derecho de consulta ni justifica la posible creación de excepciones no establecidas en el DIDH.

Frente a ello, es importante señalar que si la consulta no se realiza de manera previa, simplemente nos encontraríamos frente una vulneración del derecho, viéndose el Estado obligado a cumplir con su deber de reparar. El carácter de oportunidad de la consulta resulta fundamental para la validez del proceso consultivo como tal.

9 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010, párrafo 14-18.

10 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010, párrafos 19-23.

11 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010, párrafo 36.

## ¿Cómo se realiza el proceso consultivo?

En la sentencia del caso Tuanama I<sup>12</sup> y, posteriormente, en el caso AIDSESP II<sup>13</sup>, se recogieron características mínimas de todo proceso consultivo. El siguiente cuadro grafica los puntos en los cuales hay una concordancia con los estándares internacionales.

**Tabla 2. Concordancia del Tribunal Constitucional con estándares internacionales**

Concordancia del TC con el DIDPI	Contenido y/o fundamento
<b>Principio de buena fe</b>	A través de este principio, se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27).
<b>Flexibilidad</b>	La consulta debe ser 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 (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31).
<b>El objetivo de alcanzar un acuerdo</b>	El acuerdo aparece como un objetivo, mas no como un requisito para que el Estado pueda tomar una decisión. (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33).

**Fuente:** Elaboración propia.

Sin perjuicio de las concordancias previamente señaladas, es importante recalcar que no ha habido pronunciamiento respecto a si la metodología de la consulta debería ser realizada con participación de los pueblos indígenas.

## ¿Cuáles son los principios que contempla la ley para el desarrollo del proceso de consulta?

La Ley de Consulta Previa dispone que la consulta deba hacerse respetando los siguientes principios:

- Oportunidad: es decir que debe ser realizada en forma previa a la adopción de medidas que les afecten directamente.

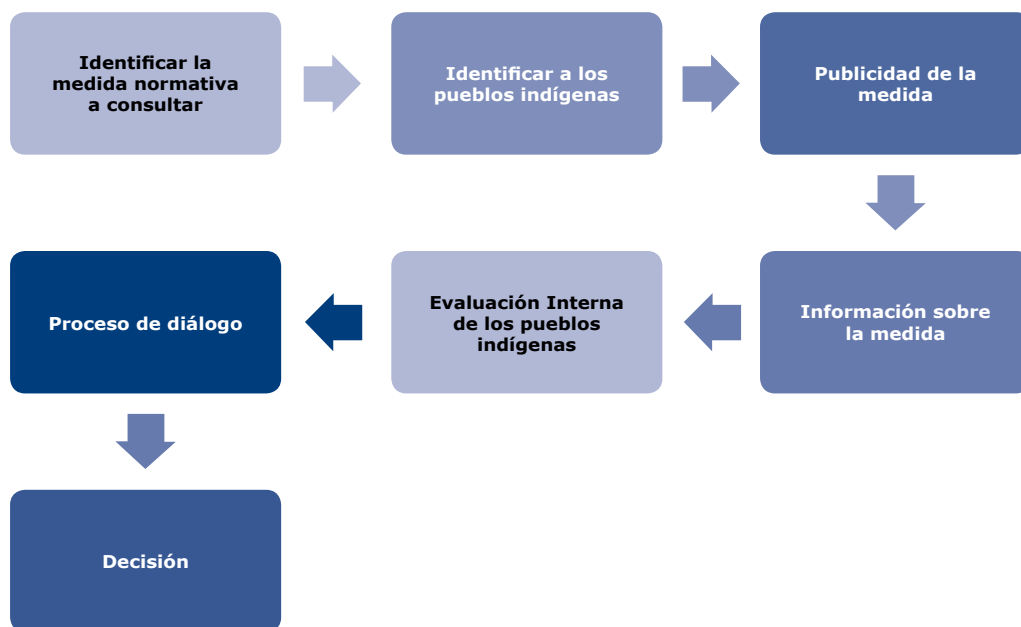
12 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010, párrafos 27, 31 y 33.

13 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010, párrafo 60.

- Interculturalidad: menciona que la consulta debe ser realizada respetando las diferencias entre las culturas.
- Buena fe: el proceso de análisis de posiciones debe darse en un clima de confianza.
- Flexibilidad: el proceso debe tomar en cuenta las circunstancias y las características especiales de los pueblos indígenas a consultar.
- Plazo razonable: se debe realizar el proceso en un plazo que permita a los pueblos indígenas reflexionar y realizar propuestas sobre la medida consultada.
- Ausencia de coacción o condicionamiento: es decir que la participación de los pueblos indígenas debe ser libre y sin condicionamiento alguno.
- Información oportuna: los pueblos indígenas deben recibir toda la información sobre las medidas a ser consultadas; cabe resaltar que esta información debe ser proporcionada desde el inicio de la consulta.

De otro lado, se ha diseñado un proceso, que se puede resumir en el siguiente gráfico:

**Gráfico 1. Proceso de la consulta previa**



**Fuente:** Elaboración propia con base en lo dispuesto en la Ley de Consulta Previa.

- 1.- Identificación de las medidas objeto de la consulta.- Es la entidad estatal la que debe identificar, bajo su responsabilidad, las medidas legislativas o administrativas que tengan una relación directa con los derechos colectivos; sin embargo, organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden pedir que se les consulte alguna medida que crean les afecte directamente.
- 2.- Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.- La entidad estatal promotora de la medida a consultar identificará a los sujetos a consultar.
- 3.- Publicidad de la medida legislativa o administrativa.- Las entidades promotoras de la medida a consultar deben ponerla en conocimiento de los representantes de los pueblos indígenas a consultar.
- 4.- Información sobre la medida legislativa o administrativa.- La entidad estatal deberá brindar información de la medida a consultar a los pueblos indígenas desde el inicio del proceso.
- 5.- Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios.- Los representantes de los pueblos indígenas deben contar con un plazo razonable para analizar la medida a consultar y los alcances que ésta tiene en relación con sus derechos.
- 6.- Proceso de diálogo intercultural.- Se deben tomar en cuenta las sugerencias y recomendaciones que los pueblos indígenas formulen; todas las opiniones del diálogo deben quedar en un acta de consulta.
- 7.- Decisión.- Finalmente, la decisión final sobre la medida consultada la tiene la entidad estatal competente; sin embargo, dicha decisión debe estar debidamente motivada. De haber llegado a un acuerdo entre las partes, el mismo tiene que ser de carácter obligatorio para ambas partes.

Este es, a grandes rasgos, el procedimiento de la consulta previa. Cabe destacar que en todo momento se debe tener en cuenta la diversidad cultural y, por ende, lingüística de los pueblos indígenas; por ello, estos procesos deben contar con el apoyo de intérpretes.

## ¿Cuál es la entidad encargada de llevar a cabo del proceso de consulta?

La entidad competente para realizar la consulta es la misma que promueve la medida a consultar y que debe asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas.

Finalmente, la ley nos plantea la figura del órgano técnico especializado en materia indígena por el Poder Ejecutivo; esta función ha sido designada al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura y tendrá como funciones concertar y coordinar políticas estatales de implementación del derecho a la consulta, brindará asistencia técnica a los pueblos indígenas y a las entidades estatales, mantendrá un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas, emitirá opinión sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas a ser consultadas, entre otros.

## Los efectos de la consulta: ¿El carácter vinculante de la consulta?

Si bien el TC no se ha pronunciado expresamente sobre el carácter vinculante del resultado de un proceso consultivo, la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa sí lo ha hecho, específicamente en su artículo 15, señalando lo siguiente:

### *"Artículo 15.- Decisión*

*La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.*

*El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado*

*del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.”*

### **El derecho de consentimiento en el ordenamiento jurídico peruano: ¿Se recogen los supuestos en los que el Estado está obligado a obtener el consentimiento de los pueblos indígenas?**

Entre los cinco proyectos de ley sobre el derecho a la consulta que se sometieron a debate en el pleno del congreso el 23 de agosto de 2011, sólo uno de ellos estipulaba que existen determinados supuestos en los que el Estado se encontraría obligado no sólo a consultar, sino a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas<sup>14</sup>. La consagración de los supuestos de consentimiento hubiera representado un gran avance frente a la brecha de implementación existente de los derechos indígenas en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, el texto sustitutorio de ley finalmente promulgado omitió pronunciarse al respecto.

De esta forma, en la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa no se señala que el Estado no puede tomar una decisión sin el consentimiento de los pueblos interesados en los casos establecidos por el derecho internacional de los pueblos indígenas, como: traslados poblacionales, megaproyectos que puedan afectar su integridad o condiciones de subsistencia y almacenamiento o desecho de sustancias peligrosas o tóxicas, entre otras.

### **III. Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT**

A comienzos del mes de abril de este año (2012), el Ministerio de Cultura emitió el reglamento de la Ley de Consulta Previa. Para la aprobación de este reglamento, se conformó una comisión multisectorial, en la que participaron como titulares los mismos ministerios y en la que también participaron al menos cinco organizaciones indígenas.

Ciertamente, no todas las organizaciones han apoyado la elaboración de este documento, dado que, antes de reglamentar la Ley de Consulta Previa, lo que pedían era reevaluar y modificar algunos artículos de la misma ley. En todo caso, retomaremos esta discusión más adelante.

<sup>14</sup> El derecho de consentimiento ha pasado desapercibido por los comentaristas de los proyectos de ley del derecho a la consulta. Ver: Bermúdez, Lelly. “El derecho a la consulta de los pueblos indígenas”. En: Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia. Tomo 39. Septiembre de 2011:21-25 y Bermúdez, Manuel. “Análisis del manejo del desarrollo legislativo y temático de la consulta a pueblos indígenas”. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia. Tomo 39. Setiembre de 2011, 27-40.

Este reglamento describe una serie de procedimientos que complementarían la ley peruana de consulta previa e indica su ámbito de aplicación. Así, tenemos que se aplica en: (i) las medidas administrativas que dicte el Ejecutivo mediante las distintas entidades que lo conforman; (ii) medidas legislativas, entendiéndose como tales a los decretos que se emitan conforme con el artículo 104 de la Constitución; y (iii) las medidas administrativas mediante las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo<sup>15</sup>.

Sobre el procedimiento, se señala que existen algunas etapas, las cuáles son las siguientes: (i) etapa de identificación de la medida a consultar, que fija el inicio del proceso; (ii) etapa de publicidad de la medida; (iii) etapa de información; (iv) etapa de evaluación interna; (v) etapa de diálogo, y (vi) etapa de decisión. Además, el reglamento fija 120 días calendario como plazo para realizar todas las etapas<sup>16</sup>.

Sin embargo, lo más importante de este reglamento es que señala que, de alcanzarse un acuerdo en el proceso de consulta, sea este parcial o total, tendrá un carácter de obligatorio y vinculante entre las partes, es decir, entre el Estado y los pueblos indígenas. Asimismo, señala que, si no se llegase a ningún acuerdo, la entidad encargada de llevar a cabo el proceso de consulta puede emitir dicha decisión consultada, pero siempre tomando en cuenta las medidas necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y sus vidas y derechos conexos.

Por otro lado, el reglamento reconoce que el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura es la entidad estatal encargada de implementar el derecho a la consulta, el que, entre otras funciones elabora, consolida y actualiza la base de datos oficial sobre los pueblos indígenas y lleva el registro de sus respectivas organizaciones; lleva el registro del resultado de las consultas realizadas y brinda asesoría a la entidad responsable de ejecutar la consulta<sup>17</sup>.

Una primera idea con la que podemos concluir esta sección es que el Estado se debe ceñir a un proceso de diálogo, de construcción y de aprendizaje mutuo, proceso en el cual ambas partes harán intercambio de conocimientos, de información, de intereses y, de alguna manera, harán concesiones y cambios a sus comportamientos o formas de ser, estar o pensar. Es decir, consideramos que este proceso de consulta es un proceso de diálogo en tanto las partes no

15 Congreso de la República. Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. *Informe Implementación del proceso de consulta previa, libre, informada y de buena fe de los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República*. Lima: 2012.

16 Ídem.

17 Ídem.

se limitan a dar información una a la otra y sólo hacer charlas o audiencias públicas, sino que, por el contrario, se trata de un intercambio de escucha activa, participativa, en el cual se expondrán las ideas e intereses intrínsecos de cada una de las partes; este proceso busca y tiene como finalidad llegar a una avenencia entre los participantes.

Por otro lado, es un proceso de construcción, pues se basará o inspirará en crear relaciones directas de contacto para generar confianza, representatividad y participación, lo cual toma un plazo progresivo; finalmente, decimos que se trata de un proceso de aprendizaje en tanto las personas adquieran conocimientos, habilidades y actitudes (incluiremos aquí creencias y valores).<sup>18</sup>

Finalmente, consideramos que el derecho a la consulta previa es un proceso que busca la inclusión en la gestión y desarrollo de políticas públicas, entre otras, a los pueblos indígenas u originarios.

#### **IV. El punto de vista indígena**

En esta sección, se va a realizar una reflexión sobre la postura que tienen las poblaciones indígenas peruanas sobre la consulta previa. Para lograr esto, hemos realizado entrevistas a representantes de algunas organizaciones indígenas con sede en la capital, Lima.

##### **A. La consulta previa para las organizaciones indígenas**

Para las organizaciones indígenas, la consulta previa es un derecho que ha sido ganado a favor de los pueblos indígenas desde hace muchos años, esto con la sola emisión del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, consideran que ha existido de parte de los Estados bastante indiferencia respecto a su cumplimiento, que se ha preferido relegar sus derechos por dar preferencia al de otros, como el de los inversionistas y las empresas.

*"Es un derecho que los pueblos indígenas lo tenemos ganado desde hace muchos años. El tema es que no se cumple en el caso del Perú"<sup>19</sup>.*

En ese sentido, este derecho debe ejercerse cada vez que el Estado vaya a dictaminar cualquier medida administrativa o legislativa que pueda afectar a los pueblos indígenas.

<sup>18</sup> Anchante, 2011.

<sup>19</sup> Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP). Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.



*"La consulta es un derecho que viene desde el Convenio 169, es un derecho ser consultados sobre cualquier medida administrativa o legislativa que pueda afectar los derechos de los pueblos indígenas"*<sup>20</sup>.

Una característica primordial sobre la consulta previa que consideran relevante los representantes de las organizaciones indígenas, y en la que coinciden, es que debe regirse por un diálogo intercultural y con buena fe. Esto es que el Estado realmente pueda asegurar que en la práctica se van a aplicar estos principios, lo que, según las organizaciones indígenas, es fundamental para llegar a un verdadero entendimiento.

*"La consulta es un procedimiento de diálogo intercultural de buena fe del Estado y de los pueblos"*<sup>21</sup>.

En el mismo sentido, consideran que este proceso de implementación de la consulta previa en el Perú es importante, ya que permitirá que las comunidades indígenas, las autoridades y las empresas tengan una vía por la cual puedan expresar sus necesidades e intereses. De este modo, se puede llegar a un entendimiento adecuado para el mejor desarrollo de la inversión de la mano con el acuerdo y el beneficio de la comunidad.

*"La utilidad sería que sepan cuáles son esos saberes y pensares del modelo de desarrollo que tenemos nosotros"*<sup>22</sup>.

Asimismo, consideran como útil la implementación de la consulta previa en el Perú, como una manera de uniformizar los procesos o procedimientos que se deben realizar para llevar a cabo una consulta. De ese modo, todas las instituciones que tengan que ser los entes rectores de este procedimiento tendrán una guía común.

*"Es necesaria la implantación de la ley para regular los adecuados mecanismos y procesos para que pueda ser bien implementada por todos los organismos, sino cada uno tendría una forma distinta"*<sup>23</sup>.

20 Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDESEP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

21 Felipe Cortez, líder indígena representante de la organización indígena Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI). Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

22 Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

23 Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDESEP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

Este comentario es bastante adecuado, ya que consideramos que es necesario tener todo un procedimiento que pueda dar parámetros, vigilar y controlar la discrecionalidad de las acciones de las instituciones encargadas de la consulta. Si bien es cierto que cada proceso de consulta será o tendría que ser único por las características específicas de las poblaciones involucradas, así como por la envergadura de la decisión que se desee implantar, se debe tener un mínimo común o base de procedimientos adecuados para realizar la consulta.

Por ello, estas organizaciones indígenas consideran que los principales protagonistas deben ser las comunidades de la mano con el Estado. Es decir, consideran que debe ser el Estado el protagonista de este proceso de consulta, ya que es él que debe dirigir este proceso por ley y por consenso social. Del mismo modo, las comunidades deben ser principales en este proceso de consulta, pues se trata de tomar en cuenta sus puntos de vistas y hacerlos partícipes de las tomas de decisiones del Estado que les puedan afectar de algún modo.

*"Es obligación del Estado cumplir las obligaciones internacionales, es él quien debe ser el protagonista de la consulta"*<sup>24</sup>.

*"El Estado es el que tiene que ser el protagonista del proceso de la consulta previa como el que dirige el proceso, así también las comunidades y el sector empresarial"*<sup>25</sup>.

*"Los protagonistas deben ser el Estado y los pueblos indígenas a través de las organizaciones representativas, no la empresa. Nosotros no aceptamos los procesos de consulta que se hagan con las empresas"*<sup>26</sup>.

Como vemos en una de las opiniones brindadas por las organizaciones indígenas, señalan su expreso rechazo a aquellos procesos de "consulta" en los que el mayor protagonismo lo tiene la empresa. Esto debido a que la obligación -como ya se ha mencionado- no es del sector privado, sino del estatal. Este rechazo podría provenir de la experiencia anterior, en la cual, en el proceso de otorgamiento de concesiones, se ha argumentado que sí se ha consultado a los afectados, al haberse aplicado los mecanismos de participación ciudadana que se plantean en la normatividad de cada subsector.

24 Felipe Cortez, líder indígena representante de la organización indígena CONACAMI. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

25 Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDSESP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

26 Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

En esos procesos, el sector empresarial ha sido el principal protagonista, dado que debían cumplir con estos mecanismos como requisito para obtener la aprobación de su proyecto.

Por otro lado, los líderes indígenas mencionan que si bien las comunidades indígenas son también las protagonistas del proceso de consulta, éstas deben participar a través de sus organizaciones indígenas, tanto las de base o locales como las centrales o nacionales. Consideran importante que no se excluya a las organizaciones nacionales del proceso, dado que tienen mayores recursos y experiencia con diferentes casos y, de esa manera, creen tener mayores posibilidades para poder defender mejor los derechos de las comunidades.

*"Ahora, con respecto a los representantes de los pueblos indígenas, se tiene que dejar que nosotros, los organismos centrales que estamos en el día a día comprometidos con todos estos temas y nos preparamos y estamos capacitados, podamos defender mejor los derechos de los pueblos indígenas. En cambio, si se nos desconoce y sólo quieren que participen las organizaciones de base, no creemos que haya una relación de igualdad, pues dichas organizaciones aún no están tan preparadas"<sup>27</sup>.*

Finalmente, señalemos las principales críticas que las organizaciones tienen respecto a la Ley de Consulta Previa aprobada en el Perú. Las organizaciones indígenas consideran que por lo menos cinco artículos de la Ley N° 29785 (Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT), son inconstitucionales, dado que contradicen lo mandado por el Convenio 169.

Los artículos cuestionados son los siguientes:

- Artículos 1 y 2

*"Artículo 1. Objeto de la ley:*

*La presente ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. (...)*

---

<sup>27</sup> Ídem.

## Artículo 2. Derecho a la consulta

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

La crítica a estos dos primeros artículos gira en torno a la mencionada afectación “directa”, cuando en el Convenio 169 se menciona que se deben consultar las medidas que sean “susceptibles de afectarlos directamente”. Así, el argumento de las organizaciones indígenas es que las medidas no deben afectarlos directamente para consultar, sino que basta con que dichas medidas sean susceptibles o capaces de producirles una afectación directa para que deban ser consultados.

*“Por otro lado, el Convenio no dice que sea una afectación directa, sino susceptible de afectar”<sup>28</sup>.*

### - Artículo 7. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios

Como ya hemos señalado anteriormente, algunas organizaciones nacionales indígenas consideran que la ley ha agregado criterios que no estaban en el Convenio 169 ni en el derecho internacional:

*“Sí, tenemos varias críticas a varios artículos de la ley. No se tiene estipulado con claridad quiénes son los sujetos de derecho a consultar y en el convenio lo estipula claramente. En cambio, la ley nos agrega más criterios como, por ejemplo, nos dice que debemos ser distintos a la sociedad”<sup>29</sup>.*

### - Artículo 15. Decisión

*“La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. (...) En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos*

<sup>28</sup> Ídem.

<sup>29</sup> Ídem.

*indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo (...)."*

No están de acuerdo con que sea el Estado quien finalmente tome la decisión, dado que puede hacerlo sin tener en cuenta los pareceres de los pueblos indígenas, con lo que el proceso de consulta previa no sería más que otro formalismo.

Aunado a esto, las organizaciones indígenas consideran que si la finalidad del proceso de consulta es llegar a un acuerdo, éste debe ser plasmado en la decisión final. Este acuerdo es para ellos un consentimiento o licencia social para desarrollar o llevar a cabo el proyecto de inversión en sus territorios.

En ese mismo sentido, otra de las críticas que le hacen a la ley de consulta previa es que no menciona que debe existir consentimiento para algunos casos según el mismo convenio.

*"Ahora, los pueblos indígenas no estamos de acuerdo en que el Estado sea el que tome la última decisión sin que se tome en cuenta lo que opinan los pueblos indígenas"<sup>30</sup>.*

*"En ese diálogo debe haber un acuerdo y ese acuerdo es el consentimiento o la licencia social que dan los pueblos. Mientras que no haya eso, ninguna concesión o industria extractiva puede ingresar a nuestros territorios"<sup>31</sup>.*

*"Las críticas vienen por la implementación que no aborda el tema del consentimiento, no sobre la afectación, pues habla sólo de afectación directa y no de indirecta. El consentimiento cuando es necesario el desplazamiento de las poblaciones"<sup>32</sup>.*

- Segunda disposición complementaria

*"La presente ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia."*

30 Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

31 Felipe Cortez, líder indígena representante de la organización indígena CONACAMI. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

32 Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDSEP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

Para muchos líderes de estas organizaciones indígenas nacionales, esta disposición complementaria es la más controversial. Ello debido a que, según esta norma, las medidas adoptadas con anterioridad a esta ley seguirán vigentes. De esto se desprende que esta disposición estaría diciendo que la consulta previa en el Perú recién estaría en vigencia a partir de la dación de esta ley, cuando sabemos que este derecho es vigente desde el año 1995, cuando entra en vigor el Convenio 169 de la OIT en Perú.

*"Las otras críticas van por el tema que dice que la consulta recién rige a partir del día siguiente de esa publicación"<sup>33</sup>.*

*"La segunda disposición complementaria que dice que los actos administrativos y legislativos dictados con anterioridad a la promulgación de esta ley quedaban subsistentes. Esta norma es contradictoria con el convenio que está vigente desde el año 95 que dice que hay que consultar, no que hay que hacer una legislación sobre consulta. El Estado debió buscar los mecanismos para hacerlo"<sup>34</sup>.*

Debemos tener claro que el Convenio 169 no señala que, como parte de las obligaciones que deben cumplir los Estados, se tenga que reglamentar los derechos señalados por el Convenio en la legislación nacional de cada país. Sin embargo, consideramos que si cada país cree conveniente reglamentar el Convenio en aras de tener claros los procedimientos en su aplicación, se debe hacer dentro del marco de lo regulado por el mismo.

De lo contrario, no se va a poder entablar un verdadero diálogo entre las comunidades y el Estado; por el contrario, se generará una tensión y mayor sensación de inconformidad.

*"Nosotros vamos a presentar una demanda de inconstitucionalidad a la Ley de Consulta Previa"<sup>35</sup>.*

## **B. El rol de las organizaciones indígenas en el proceso de la consulta previa**

El proceso de la consulta previa supone también el fortalecimiento de las organizaciones indígenas en su rol como actores principales de dicho proceso, dado que son ellos los encargados de representar a los pueblos

33 Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

34 Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDSESEP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

35 Ídem.

indígenas afectados por la medida a tomar por el Estado. Podemos decir, entonces, que una de las tantas funciones que va a cumplir el proceso de consulta previa es que los pueblos indígenas puedan acceder a mayores capacitaciones e informaciones sobre sus derechos. A partir de ello, se pueden generar mayores grados de representatividad y elegibilidad de sus representantes y, de ese modo, las organizaciones estarán conformadas por agentes capacitados y competitivos para la defensa adecuada del respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo, el proceso de consulta previa puede ser adecuado para mejorar las vías de comunicación y diálogo entre los integrantes de las organizaciones nacionales y las locales.

*"Las organizaciones indígenas estamos afirmando nuestro cargo de supervisores de las acciones estatales. Un reto que tenemos es que nuestras políticas nacionales se lleven y plasmen también en nuestras organizaciones de base en provincia"*<sup>36</sup>.

De ese modo, las organizaciones indígenas tienen como rol principal ser representantes de los pueblos indígenas para vigilar y hacer respetar sus derechos colectivos y, en muchos casos, también los derechos particulares de los integrantes de las comunidades que así lo requieran.

Las mismas organizaciones esperan que, a causa de estos nuevos procedimientos para entablar un diálogo intercultural con las comunidades de pueblos indígenas, las organizaciones puedan tener una mejor relación entre ellas y con sus representados.

*"AIDSEP representa a unas 1.800 comunidades indígenas, estamos hablando casi de un 80% del sector amazónico. A partir de esta ley, se ha originado un pacto de unidad con otras organizaciones indígenas para ser un bloque y hacer respetar los derechos"*<sup>37</sup>.

### **C. Oportunidades a partir de la consulta previa**

Las organizaciones indígenas consideran que la consulta previa planteada tal cual en el Convenio 169 de la OIT puede generar grandes oportunidades para prevenir los conflictos sociales con los pueblos indígenas.

36 Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

37 Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDSEP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

Asimismo, resaltan que no están en desacuerdo con la inversión privada en sí misma, sino con las formas con las que se realizan los proyectos de inversión, sobre todo los extractivos, que son los que les afectan más.

*"No es que no estemos de acuerdo con el desarrollo, sí queremos desarrollo, pero buscando todos los medios posibles para que no haya afectación a las poblaciones y respeten sus derechos. Estamos de acuerdo con los proyectos de desarrollo, pero no con abusos"*<sup>38</sup>.

Por ello, plantean que una solución para conciliar las posturas encontradas de los distintos actores es implementar adecuadamente los procesos de consulta previa para que verdaderamente sean un medio por el cual se pueda entablar por primera vez un diálogo intercultural entre el Estado y las comunidades.

Al mismo tiempo, si este proceso es respetado por las empresas y éstas deciden incorporar dichos mecanismos para intervenir en las comunidades, se estaría evitando generar una mala relación entre los mismos. Es decir, la mayoría coincide en que si se respetan los procedimientos adecuados en la consulta previa, ésta podría ser un mecanismo de prevención de conflictos sociales.

*"Si la consulta se aplica con buena fe, va a haber un verdadero diálogo intercultural, creemos y apostamos que va a prevenir conflictos, que va a contribuir con el problema de no entendimiento y que va a resolver conflictos. Pero si no lo hacen así y va a pasar que sólo como discurso se plantea el diálogo intercultural, entonces sí se van a generar más conflictos"*<sup>39</sup>.

Sin embargo, tenemos una posición de una organización indígena que expresa que si el Estado no contempla sus propuestas para llegar a un acuerdo en el proceso de consulta previa, entonces no hay forma de que este procedimiento sea preventivo y, por el contrario, sería generador de más conflictos.

Una de las ideas con más fuerza señaladas por las organizaciones indígenas entrevistadas, es que este proceso sirva para poder evidenciar las demandas y las necesidades de los pueblos indígenas que muchas veces se encuentran desamparados en el acceso a sus derechos fundamentales. De ahí, se desprende que esperan un rol del Estado activo y muy proactivo.

<sup>38</sup> Ídem.

<sup>39</sup> Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.



Por otro lado, se ha señalado como propuesta, para conciliar los diferentes puntos de vista, que las comunidades tengan una forma de participación más directa en el proyecto de inversión y en los beneficios que éste puede generar. Señalan del mismo modo, con base en experiencias de algunas comunidades, que cuando las empresas asumen esta política mucho más participativa y logran tener el consentimiento de la comunidad donde van a trabajar, las relaciones han sido favorables y no se ha necesitado la participación del Estado para lograrlo.

## **V. Punto de vista del Estado**

Como ya se ha mencionado en la primera parte de este artículo, el Estado peruano es uno de los países pioneros en entablar mecanismos legales e institucionales para llevar a cabo los procesos de la consulta previa.

La legislación no es perfecta y tiene muchas oposiciones y/o críticas, entre ellas las reseñadas por las organizaciones de los pueblos indígenas. Así, tenemos la opinión del politólogo Manuel Bernal<sup>40</sup>, quien considera que la Ley de Consulta Previa peruana es repetitiva del Convenio 169 de la OIT y que, muchas veces, esta repetición contiene errores. Además, comenta que esta ley no era necesaria jurídicamente, pero sí políticamente, porque es una gran oportunidad para que los pueblos indígenas tengan un espacio de diálogo para llegar a consensos.

A pesar de las críticas que se formulan a la legislación nacional de consulta previa en el Perú, el sector del Estado considera que el avance de regular estos procedimientos da pie a que se mejoren los procesos con la práctica y que se abran nuevas posibilidades de entablar más mecanismos, leyes y políticas públicas a favor de los pueblos indígenas.

### **A. La consulta previa para el Estado**

Para el Estado, la consulta previa es entendida como un procedimiento que, a la vez, trae consigo el acceso a otros derechos a los cuales los pueblos indígenas no podían acceder antes. Asimismo, se entiende que este derecho supone que la toma de decisiones tenga en cuenta las prioridades de desarrollo de los pueblos a consultar. Cabe resaltar que este proceso tiene carácter de obligatoriedad para el Estado.

*"La consulta tiene doble contenido. Uno que es procesal: el Estado y los pueblos indígenas a través del diálogo buscan lograr*

40 Politólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Director General de la Oficina de Gestión Social del Ministerio de Energía y Minas.

*un acuerdo o consentimiento de medidas que puedan afectarlos. Sustantiva, que origina el derecho de que los pueblos indígenas puedan decidir sus prioridades de desarrollo*<sup>41</sup>.

Asimismo, lo que busca es llegar a un acuerdo sobre medidas que los puedan afectar, mediante un diálogo intercultural, que verdaderamente tome en cuenta la cultura de las comunidades, sus formas de hacer sus procesos sociales y cuál es el rol de sus organizaciones.

En ese sentido, entiende que la consulta previa puede servir como una herramienta de prevención de conflictos sociales en el país, si es que se ejecuta tomando en cuenta las consideraciones que los pueblos indígenas expresen. Asimismo, no considera que esta herramienta genere prevención permanente y que, para hacerlo, se deben implementar otros mecanismos de participación.

Una de las utilidades más resaltantes que nos señala el Dr. Hernán Coronado, funcionario del Viceministerio de Interculturalidad, es que este procedimiento en términos políticos va a generar una nueva relación del Estado con los pueblos indígenas, basada en el diálogo intercultural.

En este contexto, se reafirma la idea de que los principales protagonistas de la consulta previa deben ser los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones y con sus modos de representación. En este punto, Gianina Luque, Comisionada del Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, nos comenta que lo que hay que observar es cómo el Estado va a organizar su sistema y su organización, a la vez de promover y vigilar que el procedimiento de la consulta previa haga que los principales protagonistas sean los pueblos indígenas.

Por ello, la consulta también tiene como objetivo fortalecer a las propias organizaciones indígenas y sus liderazgos tanto en el nivel de organizaciones nacionales como locales. Es así como se considera que la consulta previa tiene un doble reto: uno para el Estado y otro para las organizaciones indígenas.

## ***B. Rol del Estado en la consulta previa***

El Estado tiene un rol principal respecto a la consulta previa, ya que es el único que debe promover y llevar a cabo el procedimiento. Ello se desprende desde el mismo Convenio 169 de la OIT.

41 Dr. Hernán Coronado Chuecas, funcionario del Viceministerio de Interculturalidad. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

Cabe resaltar que desde hace años la Defensoría del Pueblo ha venido trabajando el tema de la consulta previa y de otros derechos de los pueblos indígenas por iniciativa, haciendo trabajos de campo con las mismas comunidades y ofreciendo proyectos y programas de capacitación de derechos.

Sin embargo, en palabras de Gianina Luque, falta que se indique con claridad las responsabilidades que cada institución del Estado va a asumir respecto al procedimiento de consulta previa.

Finalmente, se vuelve a hacer hincapié en que la consulta previa y su implementación son un proceso largo, al que se está haciendo seguimiento con las respectivas capacitaciones a sus instituciones para que hagan la mejor labor posible.

### ***C. Oportunidades de la consulta previa***

La consulta previa puede ser vista como una herramienta, primero, de prevención de conflictos sociales. Ello debido a que se plantea llevar a cabo un proceso de diálogo intercultural en el cual se van a poder aproximar y reconocer mutuamente el Estado y las comunidades indígenas, además de promover el acceso a derechos a los pueblos indígenas tanto de manera colectiva como individual<sup>42</sup>.

Sin embargo, hay que recordar, como señala el Dr. Coronado, que lo que está en juego son intereses contrapuestos, que son los que generan conflictos, y muchas veces los conflictos devienen en violencia.

En ese sentido, señala que no se puede esperar que los primeros procesos de consulta sean perfectos y sin errores, que pueden existir conflictos, pero no necesariamente serán por el proceso de consulta en sí, sino porque no se resolvieron los temas de fondo. Ahora, el Estado debe lograr que esos conflictos se puedan gestionar o transformar en soluciones beneficiosas para todas las partes.

La gran oportunidad que brinda la consulta previa para el Estado es el cambio de relación que venía teniendo con las comunidades indígenas. Y esta gran oportunidad también la tienen las empresas que a lo largo de la historia han tenido mala relación con las mismas por acciones que han realizado antes o que han encontrado de otras empresas.

<sup>42</sup> Gianina Luque, Comisionada del Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo. Entrevista realizada por Diana Álvarez, 2012.

De ahí que una solución para conciliar estos tres puntos de vista es teniendo espacios adecuados de interrelación cotidiana entre los actores (empresas, comunidades y Estado). Se debe brindar permanentemente información adecuada y transparente, haciendo partícipes a los pueblos indígenas de la toma de decisiones que les afecten, asumiendo compromisos claros y que se puedan cumplir, entre otros.

Finalmente, nos señala el politólogo Manuel Bernalles que hay que cambiar las bases de la relación que se tiene con los pueblos indígenas, para lo cual se podría cambiar el tipo de concesiones que tienen el régimen peruano, que los pueblos indígenas se vuelvan socios de los proyectos de inversión, que se maneje y brinde la información adecuada y permanente y que el Estado tenga controles efectivos y permanentes de todas estas actividades.

## **VI. Punto de vista de las empresas**

Si bien ha quedado claro que el rol de promover el procedimiento y el derecho a la consulta previa es del Estado y que la empresa tiene un rol menos activo con base en nuestras legislaciones de esta materia, se considera de vital importancia que las empresas puedan usar de igual forma ciertos mecanismos de participación ciudadana más directos para poder entablar una relación más eficiente y duradera con los pueblos indígenas de las zonas en donde van a realizar sus labores.

Así tenemos que la mayoría de los representantes de las empresas que han salido en prensa entienden por la consulta previa lo que el Convenio 169 establece de manera literal. Por lo tanto, es un derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados cuando una medida administrativa o legislativa pueda afectarlos directamente.

Es claro que para el sector empresarial este derecho no dista mucho del derecho a la participación ciudadana, debido a que tienen clara la base de que no existe ningún derecho a veto por parte de los pueblos indígenas y que la decisión final sobre los proyectos de inversión la tiene el Estado.

Por ello, algunos consideran, como el Presidente de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo (SNMPE), Pedro Martínez<sup>43</sup>, que dicho derecho debe ser regulado de manera transparente de modo que no se preste a ninguna interpretación que pueda ser errónea y les genere perjuicios.

---

43 "SNMPE: Ley de Consulta Previa debe ser reglamentada con transparencia". RRP Noticias. Recuperado el 21 de octubre de 2012 de: <http://maraton.rpp.com.pe/detalle.php?id=397922>.

Por otra parte, algunos consideran que la aplicación de la consulta previa puede ser beneficiosa para prevenir conflictos y de ese modo poder tener una buena relación de diálogo con las comunidades en donde ejecutarán sus proyectos de inversión<sup>44</sup>.

En el mismo sentido, también se considera que la implementación de la consulta es de utilidad para fortalecer el Estado y el reconocimiento de su pluralidad como nación, además de propiciar una mejor manera de entablar las relaciones con los pueblos indígenas a través de espacios de diálogo.

*"En la sociedad de minería hay una línea maestra de cómo hacemos para fortalecer la cultura de diálogo. Para nosotros, esta ley es una herramienta para fortalecer eso. Hoy es un espacio adicional para cerrar brechas y poder tener una mejor relación con las comunidades"*<sup>45</sup>.

Sin embargo, también hay algunas empresas que consideran que la sola aplicación de la consulta previa está generando y va a generar más conflictos; por lo tanto, no sería beneficiosa.

*"Como se viene presentando, creo que va a incentivar los conflictos; la sola puesta en agenda de lo que por entonces era un proyecto de ley de consulta previa ya generó muchas tensiones en el Estado nacional. El mecanismo teórico de aproximación socio-intercultural, a la fecha, es más un elemento de disociación que de unidad. Esto es un hecho verificable, más allá de la opinión personal que formulo"*<sup>46</sup>.

## VII. Conclusiones y propuestas

Como podemos apreciar, la aplicación de la consulta previa, a pesar del marco jurídico vigente, todavía es un tema pendiente en el Perú. Además, es necesario que los diversos actores puedan entablar procesos de debate para conocer el tema y definir los procedimientos de aplicación.

44 "Petroperú confía en que consulta previa prevendrá conflictos en Amazonía". El Comercio. Recuperado el 21 de octubre de 2012 en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1462768/noticia-petroperu-confia-que-consulta-previa-prevendra-conflictos-amazonia>.

45 "SNMPE señala que la consulta previa será un espacio para cerrar brechas". Perú en Conflicto. Recuperado el 21 de octubre de 2012 en: <http://www.peruenconflicto.pe/ley-de-consulta-previa/peru-snmpe-destaca-que-ley-de-consulta-previa-sera-un-espacio-para-cerrar-brechas/>.

46 Guillermo Vidalón, Superintendente de Relaciones Públicas de Southern Perú Copper Corporation. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

Como hemos indicado, hasta antes de 2009, el tema indígena era prácticamente inexistente en la agenda pública del país; recién a raíz de penosos sucesos se ha iniciado un debate todavía incipiente sobre la presencia y los derechos de los pueblos indígenas. En ese contexto, las posibles implicancias de la consulta previa aún generan más dudas que certezas en un país donde todavía el racismo y el etnocentrismo son el sentido común de la mentalidad de la sociedad y las entidades estatales.

La aparición de las organizaciones indígenas, reivindicando los derechos que les reconoce el Convenio 169 en el marco de los conflictos, alguno de ellos muy violentos, que se han vivido en el país en los últimos meses, ha causado que el tema de los pueblos indígenas y sus derechos genere el interés de las empresas, el Estado y la prensa; sin embargo, todavía estamos muy lejos de que este interés se convierta en una conciencia respecto a la existencia de culturas diferentes en nuestro país y la necesidad de un enfoque intercultural que permita revertir la exclusión en la que se ha mantenido a estas otras culturas respecto de la toma de decisiones.

Como vemos en las entrevistas realizadas, tanto el Estado como los pueblos indígenas coinciden en la obligación que existe de consultar a los pueblos indígenas y la potencialidad de que estos mecanismos de consulta, si son bien aplicados, puedan en el futuro disminuir los conflictos sociales. Lamentablemente, los desacuerdos en algunos aspectos principales -como la definición de pueblos indígenas, la inclusión de los supuestos de consentimiento- han hecho que se haya desperdiciado la oportunidad de realizar un proceso de diálogo que lleve a tener por primera vez un consenso entre el Estado y las organizaciones indígenas, lo que hubiera implicado un escenario diferente al que actualmente tenemos.

De todos modos, tenemos una legislación vigente que tiene que ser implementada y, seguramente, cuando se inicien los procesos de consulta (se tiene previsto realizar el primero en la Región Loreto en los próximos meses), se verá si las preocupaciones de las organizaciones indígenas tenían o no fundamento o si el Estado demuestra a través de la práctica que sí se respetarán los estándares internacionales.

En el caso del tercer actor, es decir, las empresas, debemos indicar, en primer lugar, que nos ha sido muy difícil contactarlas para que brinden declaraciones, por lo que todavía está pendiente conocer cuál es su posición sobre el tema. Sin embargo, de las informaciones aparecidas en prensa con motivo de los conflictos que se han suscitado en diferentes zonas, podemos presumir que no están muy de acuerdo con la aplicación de la consulta previa porque implicaría obstaculizar sus inversiones y, además, porque consideran que

la población no protesta porque quiere ser consultada, sino porque está azuzada por terceros con intereses meramente políticos. En todo caso, tanto para las empresas como para el Estado y las organizaciones indígenas, se trata de un escenario nuevo, donde se tienen que aplicar normas que en muchos casos los abogados que los representan no han estudiado en su formación y que no conocen o con las cuales no están de acuerdo.

Frente a este panorama, nosotros proponemos algunas medidas de corto y largo plazo que se deberían tomar para conciliar los intereses de los tres actores (Estado, pueblos indígenas y empresas) y permitir que se cumpla con el marco jurídico vigente y además se disminuyan los conflictos y se logre un desarrollo sostenible para todos.

En el corto plazo:

- Publicar la base de datos elaborada por el Viceministerio de Interculturalidad para conocer a quiénes se ha considerado como pueblos indígenas e iniciar un debate al respecto.
- Revisar la legislación vigente para determinar cuáles son las normas que deben ser adecuadas al nuevo marco jurídico conformado por el Convenio 169, la Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.
- Conformar en el nivel nacional una mesa de diálogo entre las organizaciones indígenas y el Estado que funcione de manera permanente e institucionalizada para ir definiendo de manera progresiva la aplicación del marco jurídico vigente.
- Mejorar los mecanismos de manejo y prevención de conflictos, atendiendo las denuncias que existen por casos graves de contaminación ambiental.
- Propiciar y difundir experiencias positivas de diálogo intercultural y obtención de consensos en torno a objetivos comunes como el cuidado del medio ambiente o la superación de la desnutrición infantil.

En el largo plazo:

- Recuperar el rol central del Estado no sólo como garante de las inversiones, sino como garante de que los recursos sean usados para mejorar la calidad de vida de las poblaciones más pobres.

- Implementar mecanismos para que los pueblos indígenas puedan estar representados y participar en la toma de decisiones respecto al desarrollo del país, las concesiones a empresas extractivas, etc.
- Implementar mecanismos, conducidos por el Estado, para que tanto el Estado como las organizaciones indígenas y las empresas puedan establecer un diálogo intercultural donde verdaderamente se escuchen y respeten todas las opiniones y se puedan ir generando consensos.
- Realizar el ordenamiento territorial y ecológico del territorio en el nivel nacional para establecer las zonas en las que se puede realizar actividad minera, las zonas destinadas para otras actividades y las que se mantienen como reservas ecológicas; este ordenamiento debe hacerse con la participación de las organizaciones indígenas y también con la participación de las entidades que representan al sector empresarial.
- Promover que las empresas extractivas y de otros rubros conozcan el marco jurídico sobre pueblos indígenas, la importancia de proteger sus culturas y los beneficios económicos que les puede traer el incorporar un enfoque intercultural en sus políticas empresariales.
- Mejorar la fiscalización ambiental a las actividades extractivas, incluyendo a las empresas no formales, imponiendo sanciones severas que sean ejemplificadoras.
- Promover la revalorización de la identidad indígena tanto al interior de los mismos pueblos indígenas como en la sociedad en general, para conocer y comprender los aportes que pueden hacer al desarrollo del país.



## Bibliografía

Anchante Rullé, Marlene. "La Ley de Consulta Previa: ¿Caos o inclusión social?". Recuperado el 15 de noviembre de 2012 en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/marleneanchante/category/9187/tag/Marlene%20Anchante>.

Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSEP) y otros. *Perú: Informe alternativo 2012. Sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. Lima: AIDSEP, 2012.

Bermúdez, Lelly. "El derecho a la consulta de los pueblos indígenas". En: *Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia*. Tomo 39. Septiembre de 2011.

Bermúdez, Manuel. "Análisis del manejo del desarrollo legislativo y temático de la consulta a pueblos indígenas". *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Tomo 39. Septiembre de 2011.

Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung. *Lineamientos para una agenda pública en derechos de los pueblos indígenas*. Lima: KAS, 2011.

Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC). Observación, CEARC / 80ª reunión. Febrero, 2010.

Congreso de la República. Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. *Informe. Implementación del derecho a la consulta previa, libre, informada y buena fe de los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República*. Lima, 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, aprobado el 30 de diciembre de 2009 y publicado en 2010.

El Comercio. Petroperú confía en que consulta previa prevendrá conflictos en Amazonía. Recuperado el 21 de octubre de 2012 en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1462768/noticia-petroperu-confia-que-consulta-previa-prevendra-conflictos-amazonia>.

Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA). *El mundo indígena*. Copenhague: IWGIA, 2012.

Landa, César. "Interculturalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia*. Tomo 39, septiembre de 2011.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). *La aplicación del Convenio 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina*. 2009

Perú. Ley N° 29785, *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. 2011.

Perú. Decreto Supremo N° 001-2012-MC. *Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. 2012.

Perú en Conflicto. "SNMPE señala que la consulta previa será un espacio para cerrar brechas". Recuperado el 21 de octubre de 2012 en: <http://www.peruenconflicto.pe/ley-de-consulta-previa/peru-snmpe-destaca-que-ley-de-consulta-previa-sera-un-espacio-para-cerrar-brechas/>.

RRP Noticias. "SNMPE: Ley de Consulta Previa debe ser reglamentada con transparencia". Recuperado el 21 de octubre de 2012 en: <http://maraton.rpp.com.pe/detalle.php?id=397922>.

Ruiz Molleda, Juan Carlos. *La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Una mirada constitucional*. Lima, 2011.

Ruiz Molleda, Juan Carlos; Luis Andrés Roel Alva y Javier La Rosa Calle. *En defensa de los derechos de los pueblos indígenas*. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2011.

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010.