

Consulta previa: ¿Derecho de participación o derecho de veto?



FRANCISCO TONG

Abogado por la Universidad de Lima.
Maestría en Derecho y Política Minera por University of Dundee, Escocia.
Presidente del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía.
Proesor de Derecho minero en la Universidad del Pacífico y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

FERNANDO BABARCZY BARRERA

Abogado por la Universidad San Martín de Porres.
Estudios de postgrado, especialidad en Derecho Ambiental por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Consultor del Banco Mundial- Proyecto Titulación de Predios Rústicos 1997.

JUAN ANDRÉS GÓMEZ DE LA TORRE BARÚA

Antropólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestría por la Universidad Nacional Agraria en Innovación para el Desarrollo Rural.
Investigador principal del Ministerio de Cultura – Instituto Nacional de Cultura 2009-2011.

RESUMEN:

La regulación de la Consulta Previa como derecho ha implicado un significativo avance para que los pueblos indígenas participen en la toma de decisiones sobre alguna situación que les afecte, derecho ya reconocido por el Convenio 169 de la OIT. Atendiendo a ello, en esta oportunidad ADVOCATUS tuvo la oportunidad de entrevistar a tres especialistas en la materia a fin de que nos compartan sus principales reflexiones alrededor de dicha institución en nuestro actual marco normativo y contexto social. Adicionalmente, y luego de siete años de implementada la Ley 29785, se es planteada la interrogante que versa sobre cuáles se podrían esbozar como sus principales falencias y conjuntamente se ofrece una propuesta crítica en miras de una correcta aplicación de la misma.

ABSTRACT:

The normative regulation of the prior consultation as a right has implied a significant advance for the indigenous peoples to participate in the process of decision on situations that affect them. In response to this, ADVOCATUS had the opportunity to interview three specialists on the subject in order to share their main reflections around this institution in our current regulatory framework and social context. Additionally, and after seven years of implementing Law 29785, they are questioned about what could be outlined as the main shortcomings of this Law and furthermore they offer a critical proposal to the correct application of it.

1. A siete años de la implementación de la Ley de Consulta Previa, ¿Cuál ha sido el impacto que esta ha tenido en los proyectos de exploración/explotación a nivel nacional y, consecuentemente, en la inversión?

Francisco Tong (FT): El Perú fue uno de los primeros países latinoamericanos en reglamentar el derecho de consulta previa contenido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Si bien es cierto que antes de la entrada en vigencia de la Ley y del Reglamento no se realizaron procesos de consulta previa como tales de cara a la ejecución de proyectos de inversión, no es menos cierto que el Estado peruano promulgó una serie de normas que –en cierta manera– buscaban incorporar en la legislación nacional las obligaciones asumidas por el Estado peruano al amparo del Convenio 169. Me refiero específicamente a las normas que regulan el procedimiento de participación ciudadana, cuya finalidad es la de informar a la población –de manera adecuada y oportuna– sobre los alcances de todo proyecto de inversión o incluso normativo. Así pues, el Estado peruano emitió distintas normas de las que se desprendía que el derecho a la consulta previa se implementaba a través del proceso de participación ciudadana correspondiente.

Si bien hoy por hoy es clara la distinción entre los conceptos de “consulta previa” y de “participación ciudadana”, esto no era claro anteriormente, pues no existía regulación específica que dispusiera la forma en que debía implementarse el proceso de consulta previa. Es más, ni siquiera el propio Convenio 169 dispone la forma en la que debe implementarse el derecho de consulta previa.

Con arreglo a lo anterior, para referirnos al impacto que la implementación del proceso de consulta previa ha tenido en los proyectos de exploración/explotación a nivel nacional, es importante que los dividamos en dos (2) grupos: (i) un primer grupo conformado por aquellos proyectos cuya ejecución fue autorizada a partir de la entrada en vigencia del Convenio 169 y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley y su Reglamento; y, (ii) un segundo grupo conformado por aquellos proyectos cuya ejecución fue autorizada –o será autorizada– a partir de la entrada en vigencia de la Ley y de su Reglamento.

En relación al primer grupo, el proceso de consulta previa no fue implementado como tal, en tanto –como hemos señalado– no existía regulación específica sobre su implementación y, adicionalmente, porque existían normas que establecían que el proceso de consulta previa se ejecutaba a través del procedimiento de

participación ciudadana. Al respecto, ha habido algunos pronunciamientos judiciales que concluyen que, con independencia de que no haya existido regulación específica sobre la implementación del proceso de consulta previa, éste era exigible al Estado partir de la entrada en vigencia del Convenio 169. Es más, en algunos casos, el poder judicial ha incluso resuelto declarar la nulidad de ciertos actos administrativos que autorizaron la ejecución de las actividades de exploración y explotación de recursos naturales, en tanto no se habría cumplido con uno de los requisitos previos a su otorgamiento. Como es evidente, estos pronunciamientos atentan seriamente contra la seguridad jurídica y, por tanto, es importante que cada caso sea analizado cuidadosamente con la finalidad de evitar decisiones que pudiesen generar consecuencias nefastas no solo para el inversionista y el Estado peruano, sino también para los pueblos indígenas u originarios que supuestamente no habrían sido consultados, en tanto ellos se benefician también como consecuencia del desarrollo de los proyectos de inversión.

Ahora bien, en relación al segundo grupo, la implementación de los primeros procesos de consulta previa al amparo de la Ley y del Reglamento –en el marco del desarrollo de proyectos de inversión– enfrentó diversas dificultades debido a la poca claridad de las normas que regulan su implementación, específicamente por: (i) la incertidumbre sobre lo que se debe entender por “medida administrativa”, considerando que el desarrollo de proyectos de inversión requieren del otorgamiento diversas licencias, permisos y autorizaciones; (ii) como consecuencia de lo anterior, la incertidumbre sobre el momento específico en el que debe efectuarse la consulta previa; y, (iii) la incertidumbre sobre cuándo un pueblo califica como indígena u originario, considerando que la identificación no solo responde a criterios objetivos, sino también subjetivos. Ahora bien, desde la perspectiva del inversionista, la mayor preocupación es que el proceso de consulta previa, al aplicarse indebidamente, se utilice como una herramienta para retrasar –o incluso impedir– el otorgamiento de las autorizaciones que permitan el desarrollo de proyectos de inversión. Sin embargo, es impor-

tante señalar que el proceso de consulta previa no implica un derecho de veto, sino que está destinado a intentar lograr un acuerdo entre la entidad promotora y los pueblos indígenas u originarios.

Fernando Babarczy (FB): La implementación de la Ley de Consulta previa tiene como antecedentes diversas protestas lideradas por comunidades indígenas del país que tomaron medidas radicales y en donde se desarrolló uno de los conflictos sociales más violentos en la historia del país: “el Baguazo”. Ahora bien, luego del desarrollo de estos conflictos el estado peruano durante el gobierno del presidente Ollanta Humala emite la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios y posteriormente el reglamento de la mencionada norma. Es así como en abril del 2013 que se lleva a cabo el primer proceso de consulta previa, que tenía como finalidad la creación del Área de Conservación Regional, en el distrito de Loreto. Actualmente se han desarrollado una serie de procesos de consulta previa relacionados con temas como la licitación de lotes de hidrocarburos, normas de carácter nacional, áreas naturales regionales, proyectos de inversión y proyectos mineros.

Asimismo, la implementación de la consulta previa ha resultado un avance para que los pueblos indígenas u originarios participen en la toma de decisión sobre alguna situación que les afecte, derecho ya reconocido por el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, falta realizar algunos ajustes y definir algunos puntos para permitir una mayor claridad en su aplicación ya que está generando dudas en cuanto o no se debe aplicar y un impacto en algunos proyectos privados de gran escala.

Juan Gómez de la Torre (JGT): Muchos elementos y factores han influido, a la vez que fueron influenciados, por la implementación de la ley de Consulta Previa –en adelante “CP”– en el Perú. Desarrollaré mi respuesta sobre la base de tres puntos, considerándolos cruciales para lograr entender los posibles impactos, a nivel nacional: i) la(s) razón(es) para instaurar la Consulta Previa (CP); ii) el rol del estado en este proceso; y iii) la

conflictividad, que ha enmarcado situaciones donde poblaciones indígenas u originarias se vieron involucradas,

Sobre el primer punto, la CP parte de una búsqueda por implementar procesos, mecanismos, herramientas, basados en los acuerdos del Convenio 169 de la OIT. Es importante también recordar que dicho convenio fue firmado por el Perú en 1989, ratificado y depositado, recién, en 1994. Su implementación se dio en el año 1995.

Sin embargo, no fue sino hasta el 2011 que se elaboró el primer mecanismo que buscó entablar diálogos con poblaciones indígenas. Más aún, es recién en el 2013 que se realiza su primera medida. Esta tardanza en su implementación ayudó en propiciar episodios lamentables en la historia del país, como la tragedia del llamado "Baguazo".

Con la CP, en segundo lugar, el Estado comienza asumiendo nuevos y varios roles que tradicionalmente no hacía: a) uno de interlocutor, donde se abren espacios para un diálogo –denominados como "interculturales"–, propiciado, propiamente, por la norma y su reglamento; b) uno de decisor, en tanto que después de llevar a cabo este proceso, el Estado decide qué ruta tomar –aceptar la medida, u observar la medida y buscar mejoras–; c) uno de fiscalizador, donde observa que las medidas adoptadas cumplan los acuerdos tomados con las organizaciones indígenas; y otro de d) protector, donde la CP sirve como plataforma a través del cual se busca proteger los derechos y formas de vida de los pueblos indígenas.

Según Sanborn, Hurtado y Ramirez (2016), entre el 2013 –año en que se realizó la primera CP– y el 2016, se llevaron a cabo veinticuatro procesos de CP. De estos, once procesos involucraron al sector hidrocarburos –industria extractiva–. Según Vega, Rodríguez y O'Diana (2017), hasta la fecha en que se elabora su texto, se habían

realizado cuarenta y dos procesos de consulta previa, de las cuales doce pertenecían al sector hidrocarburos y otros doce en minería¹.

En tercer lugar, se hace menester denotar el número elevado de estos procesos realizados, o realizándose, vinculadas con actividades comúnmente consideradas como potencialmente "conflictivas" –la propia Defensoría del Pueblo sigue de cerca varios de estos procesos– Sanborn et al. (2016) – señala que la conflictividad en los procesos de CP no existió o fue muy reducida; más bien, "precisamente donde no hubo diálogo o consulta previa a las comunidades potencialmente afectadas", es donde peores conflictos surgieron –como los casos de Bagua y Conga–.

Esta disminución en la conflictividad apunta a que la CP ha logrado posicionarse como un proceso legítimo y necesario entre múltiples organismos estatales y las poblaciones hacia quienes está dirigido el mecanismo. A pesar de las limitaciones del Ministerio de Cultura –recibe menos del 0.5% del presupuesto nacional–, este organismo ha llevado a cabo la implementación de este mecanismo de forma descentralizada, eficaz y eficiente.

En base a estos tres puntos mencionados, se puede decir que la CP ha tenido un efecto –impacto– positivo: ha logrado instaurar espacios de diálogo que mitigan –y mitigaron– la conflictividad, muchas veces asociada con algún proyecto o medida; esta reducción en la conflictividad, es también positivo para la inversión.

A la vez, ha ido modificando –lentamente al principio– el rol del Estado, en particular con la población indígena. Hoy en día, gran parte de las poblaciones indígenas u originarias reconocen la importancia que tiene la consulta previa como mecanismo legal que distingue a estos grupos del resto de la población en el país. Esta

1. Otros textos señalan que no se estaban realizando consultas en zonas mineras y andinas – ver Lanegra, 201X –, pero esto puede deberse al contexto en que se publicaron estos documentos.

diferencia otorga impulso para tomar acuerdos sobre sus propios destinos.

Finalmente, es un mecanismo desarrollado que busca cumplir con los acuerdos internacionales firmados por el estado –Convenio 169 OIT–. Esto brinda una imagen del Perú como país que celebra la diversidad cultural y, a su vez, contempla el respeto por los acuerdos, cosa necesaria para asegurar las inversiones en un clima de paz y estabilidad.

2. ¿Desde cuándo está vigente en el Perú el Convenio 169 de la OIT? ¿Qué abarca este convenio? Y ¿Quiénes han sido los responsables de su adecuada implementación y evolución legislativa?

FT: El Convenio 169 fue aprobado por Resolución Legislativa N° 26253 y entró en vigencia el 2 de febrero de 1995. Su objetivo es la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, así como garantizar el respeto de su integridad. Para tales efectos, los gobiernos están obligados a implementar medidas que: (i) aseguren a los miembros de dichos pueblos que gozan de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; y, (ii) promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social. Cabe resaltar que el Convenio 169 no regula únicamente el derecho de consulta previa, pues hace referencia a una serie de derechos de los pueblos indígenas y tribales que deben ser protegidos.

Los responsables de la implementación y evolución legislativa del Convenio 169 son, en estricto, la OIT y los Estados parte. No obstante, el Convenio 169 requiere la colaboración de las siguientes organizaciones internacionales en el logro de los objetivos del tratado, en sus respectivos ámbitos de competencia: (i) las Naciones Unidas; (ii) la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación; (iii) la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; (iv) la Organización Mundial de la Salud; y, (v) el Instituto Indigenista Interamericano.

En el Perú, el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura es el órgano responsable de formular políticas, programas y proyectos que promuevan la interculturalidad, como principio rector, que fomente y garantice los derechos y el desarrollo integral de los grupos culturalmente diversos del país. No obstante, la consulta previa es realizada por los ministerios y organismos del Estado correspondientes, es decir, por las entidades promotoras de la medida legislativa o administrativa materia de consulta.

FB: El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales es un tratado de derechos humanos ratificado por el Perú en 1994 y se encuentra vigente desde el mes de febrero de 1995, por lo que sus disposiciones tienen el mismo rango que la Constitución Política del Perú. Debemos tener en cuenta que el mencionado convenio tiene como principal objetivo la defensa de los pueblos indígenas, la misma que puede darse de dos formas.

La primera forma buscará garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales y la segunda forma otorgará oportunidades para asumir por ellos mismos el control de sus instituciones y formas de vida. Ahora bien, dentro de los principales derechos garantizados por el mencionado Convenio se encuentra el derecho a consulta previa. Asimismo, es a través del presente convenio que se pretende erradicar modelos de desarrollo que solo generaban que los pueblos indígenas se sientan no incluidos en el desarrollo del país. Ahora bien, este convenio no busca situar a dichos pueblos en una posición superior frente al resto de la población, sino, que estos se vean incluidos y puedan obtener beneficios a través de la protección y reivindicación de sus derechos.

Por otra parte, debemos señalar que la implementación del convenio comenzó mucho más tarde, puntualmente en 2011, cuando el Congreso aprobó la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, siendo el presidente Ollanta Humala el que promulgó la normativa mencionada, buscando así incorporar dicho convenio en la ley nacional.

JGT: El Convenio 169, adoptado por la conferencia general de la OIT el 27 de junio de 1989, recién entró en vigor –entre los países que suscribieron dicho Convenio– más de dos años después, el 5 de septiembre del año 1991. En el Perú, fue el Congreso Constituyente Democrático que aprobó el Convenio el 2 de diciembre de 1993, mediante Resolución Legislativa N° 26253; ratificándose el 17 de enero y realizando su depósito, dos semanas después, el 2 de febrero de 1994.

Según lo estipulado en el propio convenio, entraría en vigor “para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación”. De esto, entonces, se entiende que recién a partir de 1995, dicho Convenio entró en vigencia en el Perú.

Es bastante claro el convenio al responsabilizar a los estados y gobiernos, de cada país suscriptor, en adoptar las medidas y mecanismos necesarios para su adecuada implementación dentro de sus fronteras: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”.

Dicho convenio tiene dos postulados básicos que cada estado y gobierno deben seguir: “1) el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y 2) su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan”. Es un llamado a que los gobiernos permitan que estos pueblos puedan subsistir y que tengan la posibilidad de decidir sobre sus futuros.

En el Perú, desde la firma, ratificación y entrada en vigencia del convenio 169, se han venido implementando diferentes medidas para lograr una mejor participación de la ciudadanía, en general². Si el Perú ya venía realizando estas acciones, entonces: ¿Por qué se creó la Consulta Previa?

2. Ver Lanegra, 2014.

Sobre este punto, el convenio 169 es bastante claro y pone de manifiesto una temática que, para el caso del Perú, es notorio: Históricamente se ha ido “observando que en muchas partes del mundo, esos pueblos –refiriéndose a los pueblos indígenas u originarios– no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven, y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido, a menudo, una erosión”.

Estipulado así, el Convenio recalca la situación de casi todos los pueblos indígenas que actualmente viven en diferentes estados, rescatando el sentido histórico de la convivencia en estas naciones, donde estos pueblos pre-existieron la creación de dichos estados-naciones. Hoy en día, las situaciones de vida de estos pueblos originarios son, en muchos casos, lamentables y marginados. Por ello, la necesidad de diferenciarlos del resto de la población nacional.

Una forma de lograr la mejora de las formas de vida de estos pueblos era, según el propio Convenio, respetando y actuando sobre los dos puntos básicos mencionados tres párrafos más arriba: respetando sus formas de vivir –organizarse, desarrollarse, reproducirse– y fomentando su derecho a participar en las medidas que afectarían, precisamente, este primer punto.

Habría, entonces, que crear mecanismos específicos para estas poblaciones. Tomando en consideración que el Perú es un país con más de cincuenta (50) grupos lingüísticos identificados, esta tarea monumental era una obligación que tardó mucho en desarrollarse.

3. Consulta previa. ¿Qué se consulta y a quién se consulta?

ET: Son materia de consulta las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas u originarios, específicamente, a su existencia física, identidad

cultural, calidad de vida o desarrollo. Asimismo, son materia de consulta los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente dichos derechos.

La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos. No obstante, la decisión final sobre la implementación de la medida consultada recae –única y exclusivamente– en la entidad promotora.

FB: La consulta previa es un derecho colectivo de los pueblos indígenas u originarios, en donde se va a consultar previamente las propuestas establecidas por medidas legislativas o administrativas cuando se considere que se va a afectar directamente los derechos colectivos de estos sobre su identidad cultural, existencia física, desarrollo, calidad de vida. Ahora bien, debemos mencionar que lo que busca la consulta previa es llegar a un acuerdo o consentimiento entre los pueblos indígenas u originarios y el Estado, a través de un diálogo intercultural, garantizando así la inclusión de estos en los procesos de toma de decisiones y adopción de medida. Por otra parte, debemos tener en cuenta que el proceso de la consulta previa se realizará a tales pueblos a través de sus organizaciones representativas.

Cabe señalar que la identificación de los pueblos indígenas que serán convocados a un proceso de consulta se hace en base al cumplimiento de los criterios objetivos y el criterio subjetivo establecidos en la normativa nacional. Asimismo, no serán consulta previa un plebiscito o un referéndum debido a que estos procesos se limitan solo a respuestas de un sí o un no, a diferencia de la consulta, la misma que deberá realizarse en un proceso con amplitud ya que se busca el interés colectivo de dichos pueblos. Finalmente, debemos señalar que el Ministerio

de Cultura a través del Viceministerio de Interculturalidad, es el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo y tendrá como misión concertar, articular y coordinar la política de implementación del derecho a la consulta previa. Así como brindar asesoría, asistencia técnica y capacitación a las entidades promotoras de procesos de consulta previa y a los pueblos indígenas u originarios, etc.

JGT: Para lograr resolver estas dos preguntas, primero creo necesario proponer una tercera: ¿Cuáles fueron las razones por las que se creó la CP? Es decir: ¿Por qué se consulta?

Al ver la respuesta a la pregunta N° 2, ya tenemos una primera pista. Ahí, se aclaró que el Convenio 169 establece que las poblaciones indígenas son minorías relegadas en la mayoría de los países donde habitan; por ende, hay una *deuda*³ particular y prioritaria para con ellos.

Esta deuda, al firmar dicho convenio, se tendría que ir subsanando mediante los mecanismos y las medidas que los estados/gobiernos adopten para proteger sus formas de vida –en sentido holístico– y reconocer sus derechos a la participación política y ciudadana. El convenio especifica una serie de elementos a protegerse –propios de estos pueblos–, como son: la educación, las artesanías, la institucionalidad propia, sus medios y modos de reproducción, entre otros más.

La participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones sobre su propio destino y desarrollo, es confirmada como una necesidad con la firma del Convenio 169. Los estados y gobiernos deben asumir y ayudar a realizar esto.

Sin embargo, no fue hasta el 2011 –dieciséis (16) después de que entra en vigencia el convenio – que en el Perú se crea un primer mecanismo específico para lograr la participación de estos pueblos en las decisiones del Estado sobre

3. Concepto solamente usado en este documento; no hay uso de este mismo concepto en algún otro documento revisado para desarrollar las respuestas aquí contenidas.

algunas instancias que podrían afectar –y, de hecho, han afectado– sus formas de vida: nace la Consulta Previa.

Tomando en consideración estos tres puntos –marginación de pueblos indígenas de la vida social y política; necesidad de crear mecanismos de protección y consulta, estipulados por el Convenio 169; inexistencia de mecanismos formales para lograr esto en la legislación peruana–; junto con sucesos como el “Baguazo” o Conga, cobra fuerza y se ve como una necesidad imperiosa, la creación de la consulta previa.

Se consulta porque se busca reducir los conflictos; porque lo estipula el Convenio 169; porque hay una necesidad de acercarse a estas poblaciones hacia el Estado y, sobre todo, el Estado hacia ellos; porque ayuda la inversión y pone las reglas claras para los inversionistas en tanto el respeto a estas poblaciones; y otras razones más.

¿Qué se consulta?: La ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios –Ley 29785–, responde esta pregunta a través de: 1) su objetivo; 2) la identificación de las medidas objeto de consulta; y 3) su finalidad.

El objetivo de esta ley es bastante claro: desarrolla “los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios *respecto a las medidas legislativas y administrativas que les afectan*”⁴. Son estas medidas legislativas y administrativas, capaces de afectar las vidas de las poblaciones indígenas u originarias, las que serían consultadas.

Todas las medidas legislativas –leyes de alcance nacional, directivas regionales y distritales⁵– y las administrativas –como la aprobación de un proyecto de infraestructura⁶–, que afecten los derechos o formas de vida de estas poblaciones, tendrían que ser consultadas. Al no intervenir

actores privados, todas las medidas capaces de ser consultadas, son responsabilidad de las instancias del estado peruano que las promueven.

Finalmente, lograr acuerdos o consentimientos entre los pueblos afectados y el Estado, es la finalidad que promueve el uso de la consulta previa –además de ser una necesidad normativa. Estos acuerdos se logran a través de un proceso establecido en la Ley 29785, elaborada en la guía metodológica de la Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios, que –según algunos autores– como Sanborn et al. 2015; Vega et al. 2017– han logrado disminuir muchos de los conflictos que se podrían haber suscitado de no encontrarse este mecanismo establecido.

¿A quién se consulta?: Volvemos a rescatar el punto: la consulta previa solo se realiza a pueblos indígenas u originarios. Por ello, se aclaraba anteriormente, este mecanismo discrimina positivamente estos grupos poblacionales del resto de la población nacional peruano.

La ley hace hincapié en que este proceso de consulta se desarrolla exclusivamente entre el Estado –gobierno de turno– y el(los) pueblo(s) a ser consultado(s). Para medidas legislativas no hay mucho que decir, pero cuando son medidas administrativas que tienen terceros actores en juego, la situación puede complicarse aún más, debido a que las empresas muchas veces involucradas en el proceso, no participan de la consulta, generando cuestionamientos al mecanismo.

4. ¿Cuáles son los criterios utilizados para calificar a una comunidad como pueblos indígenas o nativos y qué condiciones deben cumplir?

ET: Existen criterios nacionales e internacionales para identificar a un pueblo como indígena u originario.

4. Cursiva incluida por el propio autor.

5. Por ejemplo, la ley de flora y fauna silvestre.

6. Como los proyectos de exploración gasíferos. Lo administrativo recae, entonces, en la decisión que el estado toma con respecto al proyecto a desarrollarse.

La legislación nacional dispone que se deberán aplicar criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son: (i) descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional; (ii) estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan; (iii) instituciones sociales y costumbres propias; y/o (iv) patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional. El criterio subjetivo, por otro lado, se encuentra relacionado con la "conciencia" del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

Ahora bien, el Convenio 169 establece que se consideran como "pueblos tribales" a aquéllos: (i) cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional; y, (ii) que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Asimismo, dispone que se consideren como "pueblos indígenas" a aquéllos que: (i) descienden de poblaciones anteriores a la conquista, colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales; y, (ii) conserven todas o parte de sus instituciones políticas sociales, económicas o culturales propias. Además, tanto para la identificación de "pueblos tribales" como de "pueblos indígenas", es un criterio fundamental la conciencia de su identidad indígena o tribal.

El Estado peruano tiene la obligación de aplicar los criterios nacionales e internacionales de cara a la identificación de pueblos indígenas u originarios. Es en aplicación de estos criterios que el Viceministerio de Interculturalidad elabora y actualiza la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios –la "BDPI"– que contiene información de las comunidades campesinas y nativas, así como de otras localidades que pertenecen a pueblos indígenas u originarios. Sin embargo, la BDPI no incluye información definitiva, por lo que debe ser utilizada como una herramienta meramente referencial en el marco del desarrollo de procesos de consulta previa.

FB: En primer lugar, debemos tener en cuenta que la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consul-

ta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, establece que serán los pueblos indígenas los titulares del derecho a la consulta previa, siempre y cuando sus derechos colectivos puedan verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa. Ahora bien, el reglamento de la presente norma, en su artículo 3, ha establecido que se considera pueblo indígena u originario aquel que desciende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal.

Por otra parte, debemos mencionar que los criterios para identificar a los pueblos indígenas u originarios se encuentran regulados en el artículo 7 de la presente ley, los mismos que deben ser interpretados en el marco de lo establecido en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, y que estos se dividen en criterios objetivos y subjetivos, siendo los primeros:

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

Mientras que, respecto al criterio subjetivo, la mencionada norma señala que dicho criterio se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria, asimismo las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos podrán ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, siempre y cuando cumplan con los criterios mencionados.

JGT: El Estado peruano realiza *identificaciones*⁷ de pueblos indígenas en el territorio nacional. Dos tipos de criterios se usan para llevar a cabo este proceso: el subjetivo y *los objetivos*.⁸

El primer criterio de identificación, nombrado criterio subjetivo, es la auto-identificación o "conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria"⁹. El propio Convenio 169 menciona a este criterio como fundamental para la determinación de un grupo como pueblo indígena.

El segundo criterio, los objetivos, se subdividen en tres más: i) continuidad histórica –que preexistían las actuales fronteras nacionales–; ii) conexión con el territorio –ancestros habitaban estos suelos–; e iii) instituciones distintivas –aún mantienen algunas, o todas, sus propias instituciones–.

Además, el proceso de consulta tiene múltiples etapas –siete–, entablando un proceso de diálogo intercultural, que beneficiaría a los actores involucrados para tomar una decisión sobre alguna medida. Como es el estado quien lleva el proceso, no se convierte en un cumplimiento por parte del grupo en cuestión, sino más bien un acercamiento del Estado hacia estos grupos para evaluar la pertinencia de su identificación como indígena.

5. A lo largo de estos siete años de implementada la Ley 29785, ¿Cuáles considera usted que son sus principales falencias y qué propondría usted para una correcta aplicación?

ET: Una de las principales falencias consiste en la falta de certeza e incluso de razonabilidad sobre el momento en el que se debe consultar, pues el concepto de "medida administrativa" aplicable en

el marco del desarrollo de proyectos de inversión es bastante amplio. En efecto, se considera como "medida administrativa" al acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto o el que autorice al Estado la suscripción de contratos con el mismo fin. Al respecto, es importante considerar que el desarrollo de todo proyecto de inversión requiere de la obtención de una serie de licencias, permisos y autorizaciones. Por tal motivo, es importante que los sectores correspondientes emitan normas complementarias que permitan conocer con certeza los actos administrativo que estarían sujetos al proceso de consulta previa cuando corresponda a efectos de que el proceso sea razonable y eficiente.

De otro lado, no existe disposición legal alguna destinada a evitar que se realice más de un proceso de consulta previa respecto de un mismo proyecto de inversión. Como he señalado, los proyectos de inversión requieren de la obtención de diversas autorizaciones, licencias y permisos. Entonces, considerando que algunas de dichas autorizaciones, licencias y permisos podrían calificar como "medida administrativa" al amparo de la Ley y del Reglamento, resulta necesario que se aclare si una vez realizado el primer proceso de consulta previa, no será necesario pasar por procesos de consulta adicionales, siempre y cuando no se afecten a pueblos indígenas u originarios adicionales.

Además de determinar específicamente los actos administrativos que están sujetos al proceso de consulta previa –, resulta necesario que los organismos del Estado desarrollen las capacidades técnicas que resulten necesarias para determinar en qué casos corresponde la ejecución de un proceso de consulta previa o no. Así pues, las demoras no solo están relacionadas a la ejecución del proceso de consulta en sí, sino

7. La Calificación es más un proceso que no involucra directamente al sujeto, ni tampoco su identidad como pueblo; parece ser un proceso individual que, más bien, evalúa credenciales de un sujeto interesado en ser aceptado para dar algún servicio. En éste caso, la identificación sí promueve el criterio subjetivo de la autoidentificación del pueblo para poder promover su reconocimiento como pueblo indígena u originario.

8. Se puso en cursiva debido a que más adelante se explica la razón que subdivide este criterio en varios otros.

9. GUÍA METODOLÓGICA DEL MINISTERIO DE CULTURA; 2014

también a las acciones que son implementadas por la entidad promotora para determinar, en primer lugar, si corresponde un proceso de consulta o no en cada caso específico.

De otro lado, las normas aplicables señalan que las entidades promotoras son las obligadas a determinar cuándo corresponde la ejecución de un proceso de consulta previa y, en esa misma línea, tienen la obligación de identificar a los pueblos indígenas u originarios. Al respecto, consideramos que la fase de identificación debería ser responsabilidad del Ministerio de Cultura, en tanto cuenta con un órgano técnico especializado cuya finalidad es fomentar y garantizar los derechos y el desarrollo integral de los grupos culturalmente diversos del país. Así pues, el Ministerio de Cultura está en mejores condiciones de identificar a los pueblos indígenas u originarios. En todo caso, la obligación de determinar si un acto administrativo específico afecta directamente a un pueblo indígena u originario, sí debería permanecer en la entidad promotora, pues dicha entidad está en mejores condiciones de analizar los impactos que podría implicar el desarrollo de una actividad correspondiente a su sector.

Finalmente, ni la Ley ni el Reglamento incluyen mecanismos de vigilancia y monitoreo que permitan verificar el cumplimiento de los acuerdos adoptados en el marco del proceso de consulta previa. Como hemos señalado anteriormente, la finalidad de la consulta previa es lograr un acuerdo ente la entidad promotora y el pueblo indígena u originario afectado por la medida administrativa o legislativa. En ese sentido, es importante que existan mecanismos que permitan monitorear el nivel de cumplimiento de estos acuerdos, como sí se da –por ejemplo– en el caso de los compromisos sociales asumidos por los titulares de proyectos de inversión en el marco de los procedimientos de participación ciudadana.

EB: Debemos tener en cuenta que la consulta previa es un proceso y no un simple trámite para cumplir unas formalidades que exige la norma; sin embargo, existen todavía sectores que consideran que la consulta se agota en el momento en el que se pide a los pueblos indígenas su opinión, olvidando que la consulta es

un proceso con varias etapas, las cuales deben ser cumplidas obligatoriamente.

Respecto a las etapas de la consulta previa, debemos mencionar que se encuentran reguladas en el artículo 8 de la Ley 29785 y que serán las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa las que deberán cumplir las etapas mínimas del proceso de consulta, las cuales son:

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

Finalmente, durante todas estas etapas se debe tomar en cuenta los principios o reglas de la consulta, como son buena fe, flexibilidad, plazo razonable, oportunidad, no condicionamiento, interculturalidad e información oportuna.

JGT: Uno de los temas que considero como no resuelto, es el de saber en qué momento se aplica la consulta previa, de acuerdo a cada entidad encargada de hacerlo. Por ejemplo, según Lanegra (2014), en el Ministerio de Energía y Minas –“MINEM”–, la consulta previa se realizaría una vez que el titular minero se encuentre ya con un EIAd aprobado. Esto significaría que el Estado ya hubiera tomado una decisión que afectaría las

vidas y los derechos de los pueblos indígenas u originarios.

Bajo esta premisa, cómo se podría entender la consulta previa, en tanto mecanismo que buscaría generar acuerdos con estas poblaciones, para que no sean afectados, precisamente, sus derechos y formas de vida. De cierta forma, se estaría socavando el objetivo y finalidad de esta ley.

Antes que enumerar falencias, me parece importante destacar su utilidad y beneficios obtenidos. Por ejemplo, ha permitido mitigar conflictos, en tanto fomentó un espacio para llegar a acuerdos entre el Estado y las poblaciones indígenas u originarias; ha generado acercamientos que, previamente en la historia del país, no se habían logrado dar entre el estado y los pueblos indígenas; promovió una imagen del Perú como país respetuoso de los acuerdos internacionales que ha suscrito; entre otras cosas más.

Varios autores –Soto Palacios, 2013; Lanegra, 2014– también han sostenido que la consulta previa no se realizaba en espacios andinos, ni con proyectos de exploración/explotación minera. Sin embargo, al observar la plataforma web del Ministerio de Cultura¹⁰ que se elaboró para la Consulta Previa, es interesante notar que existen varios proyectos de exploración y/o explotación minera que pasaron por este proceso.

Más aún, se rescata las diferentes escalas de dichos proyectos: varios de ellos parecen estar asociados a minerías de pequeña y mediana escala, en vez de la gran minería que está continuamente bajo escrupulos.

En cuanto a las falencias, tal como dice Lanegra (2014), es posible que desde el rubro empresarial se considere problemática la exclusión de estas entidades privadas. En éste sector, juega mucho la idea del “veto”, lo cual es equivocado, porque

la CP no es vinculante: es por buena fe que estos acuerdos-compromisos se suscriben y se cumplen.

Considero que las falencias desarrolladas se asocian más con factores que entran dentro del proceso de la implementación de la CP. Uno de estos es/son la corrupción o actos de corrupción: actores inmersos en estos procesos, involucrados en negociados que no se atañen a la buena fe requerida para la consulta previa; *Lobbys* –de toda índole– que influyen en estos procesos, sesgando el camino tomado por los involucrados; debilidades de instituciones y liderazgos indígenas, con dirigentes cuestionados, desconociendo los acuerdos tomados por estas instituciones y/o líderes, por no contar con representatividad.

De acuerdo al texto de Vega et al. (2017)¹¹, otras falencias o debilidades van por no tener, aún, conformado una comisión revisora para equiparar la consulta previa a los estándares y lineamientos establecidos en el convenio 169, como proceso de evaluación y/o sistematización de la consulta previa en el Perú.

También una mayor transparencia de las entidades promotoras de estos procesos de consulta, con información accesible y veraz; un mayor esfuerzo por lograr y cumplir acuerdos/compromisos que tengan una calidad y precisión necesarias; y la inclusión, aún muy discutible, del consentimiento de estas poblaciones para las medidas que afectarían sus derechos y formas de vida.

Aunque hay todavía puntos a discutir sobre la CP, esta ley, este mecanismo y los procesos de consulta ya hechos, manifiestan la posibilidad generar espacios de diálogo y acuerdos, respetuosos y respetados, tan necesitados en la historia del país. Es, a mi vista, un avance hacia la creación de una ciudadanía y un país más democrático, legítimo y abierto a la diversidad.

10. A diferencia de lo sostenido por Soto Palacios (2013) y Lanegra (2014), existen hasta la fecha un total de 12 procesos de consulta que se desarrollaron en espacios andinos, con poblaciones andinas y que estaban involucradas las actividades mineras colindantes a estas poblaciones. Para mayor información, pueden ver el siguiente enlace: <<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/>>

11. Elaborado por el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, la International Land Coalition y la Plataforma Gobernanza Responsable de la Tierra – Perú.