

El Derecho a la Consulta Previa y su Implementación en el Perú según las Reglas Legislativas y el Tribunal Constitucional

Por: Javier La Rosa Calle*

En esta oportunidad el autor desarrolla mediante un análisis crítico y detallado la evolución y alcances de aquello que constituye la igualdad de oportunidades, partiendo en primer lugar de una diferenciación clara entre la igualdad ante la ley, la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades, centrandolo su análisis en la razón de género permitiendo así desarrollar la evolución y actual aplicación del sistema español.

Antecedentes

El caso peruano es similar al de varios países de la región que se han caracterizado por aprobar diversas normas internacionales incorporando en su ordenamiento jurídico interno el reconocimiento de derechos y principios a favor de los pueblos indígenas y tribales. En tal sentido, el Perú ha sido uno de los primeros en ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹, asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos, y recientemente en el 2007 la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas². Sin embargo, al momento de implementar estas regulaciones, los poderes públicos han sido no sólo reacios sino inclusive contrarios a su aplicación en su ámbito interno.

Es por ello que a la fecha se tiene una legislación interna insuficiente que, paralelamente con el desarrollo de políticas a favor de las industrias extractivas, han evidenciado una serie de retrocesos e incumplimientos de derechos colectivos e individuales que garanticen el respeto del territorio y de los recursos existentes donde se ubican los pueblos indígenas, que en el caso peruano tienen la denominación de comunidades campesinas cuando se refieren al poblador andino y comunidades nativas cuando aluden al poblador amazónico.

Probablemente estas políticas habrían seguido un curso regular si no fuera por el aumento paulatino de los conflictos sociales, que según los reportes mensuales que realiza la Defensoría del Pueblo, han tenido entre el año 2004 y el 2007 un incremento de casi 300%, siendo la mayoría de ellos manejados pesimamente por las autoridades del Gobierno, generándose situaciones de crisis y de violencia que han afectado la estabilidad del país³.

Precisamente uno de esos conflictos que llamaron más la atención fue el que ocurrió en la región norte de la Amazonía (Bagua) peruana donde en junio del 2009 acontecieron una serie de sucesos violentos producidos por el enfrentamiento de organizaciones indígenas y sociales contra la Policía, que dejaron decenas de muertos y cientos de heridos, además de una secuela de efectos sociales y psicológicos en la población aún no resueltos. Cabe señalar que estas protestas se dieron en rechazo a los decretos gubernamentales que el Gobierno intentaba plasmar para adecuar la legislación interna al Tratado de Libre Comercio que se había firmado con Estados Unidos de América. Los indígenas reclamaban que estos decretos que los afectaban de modo directo les fueran consultados previamente, lo que era rechazado por las autoridades.

Una de las consecuencias de los sucesos de Bagua fue el haber incorporado en la agenda pública la discusión

* Coordinador del Área de Pueblos Indígenas del Instituto de Defensa Legal-IDL (organización no gubernamental del Perú fundada en 1983 especializada en la defensa de los derechos humanos). Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú.

1 En diciembre de 1993 mediante la Resolución Legislativa N° 26253.

2 Cabe señalar que el Grupo de Trabajo del Proyecto de Declaración a lo largo de su existencia tuvo dos presidentes-relatores ambos de nacionalidad peruana. Asimismo, fue Perú quien presentó el proyecto de resolución para aprobar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Consejo de Derechos Humanos. Posteriormente, también presentó a nombre de los países copatrocinadores la resolución por la cual la Asamblea General de Naciones Unidas adoptaba el texto del Consejo. Ver: DE ALBA, Luis Alfonso. "La adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Consejo de Derechos Humanos" En: CHARTERS Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (editores). El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas. IWGIA, Copenhague, 2010.

3 Se calcula que alrededor del 54% de los conflictos sociales que en el Perú reporta mensualmente la Defensoría del Pueblo de manera mensual tienen una naturaleza socio-ambientales, la mayoría de los cuales tienen que ver con la omisión de la consulta previa a los pueblos indígenas afectados. Esta información se puede revisar en el reporte mensual de la Adjuntía para la prevención de los conflictos sociales y la gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo del mes de junio del 2012: <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/home.php>

acerca del cumplimiento del derecho a la consulta previa por parte del Gobierno y cómo su inobservancia era generadora de diversos conflictos sociales. El presente artículo presenta un balance de lo avanzado y los desafíos pendientes.

1. Condiciones previa: Desde los sucesos de Bagua en junio del 2009 hasta el debate legislativo

Para entender lo ocurrido en esta ciudad del nororiente peruano, debe recordarse que los hechos violentos en esta parte de la Amazonía se dieron como correlato de las protestas que las organizaciones indígenas amazónicas llevaron a cabo contra el Gobierno para exigir la derogatoria de una serie de decretos legislativos que afectaban el derecho a su territorio y afectaban recursos naturales que formaban parte del hábitat de estas comunidades. Principalmente, se señaló que se había omitido realizar la consulta antes de la aprobación de estas normas⁴, lo cual transgredía el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por lo que debería suspenderse la vigencia de las mismas hasta que se efectuase este procedimiento.

A raíz de este trágico desenlace se creó el Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, el cual en una de sus mesas de trabajo (Mesa 3) conformada por representantes de las organizaciones amazónicas y del sector estatal se dedicó a formular una propuesta consensuada sobre Derecho de Consulta, la misma que hizo entrega de su informe final en el mes de diciembre del 2009⁵.

En simultáneo, en el Congreso de la República se presentaron hasta seis proyectos de ley que buscaban reglamentar el derecho a la consulta, los que fueron analizados a través de dos comisiones parlamentarias, las mismas que emitieron sus dictámenes correspondientes⁶, siendo votado por el pleno del Congreso en mayo del 2010 un documento definitivo (autógrafa), que contenía aspectos positivos que desarrollaban el contenido de este derecho.⁷

De este modo, cuando amplios sectores del país saludaban que después de más de quince años de ratificado el Convenio 169 por fin se tendría una ley de consulta previa, el Gobierno decidió vetar (observar) la autógrafa y devolverla al Congreso para que incorpore sus observaciones, las que a nuestro modo de ver reflejaban no sólo un desconocimiento de la realidad pluricultural del país, sino que expresaban una intolerancia y rechazo hacia las culturas andinas y amazónicas.

2. Conveniencia y oportunidad de un desarrollo legislativo del derecho a la consulta previa

Hemos sostenido en más de una ocasión que una vez ratificado el Convenio 169 de la OIT, estamos ante

una norma auto aplicable que al haber ingresado al ordenamiento jurídico interno es exigible ante las autoridades estatales. En tal sentido, podría haberse discutido sobre cuál sería la necesidad de aprobar un marco legal si ya resultaba suficiente con la ley internacional. Al respecto, consideramos que a diferencia de países vecinos como Bolivia y Ecuador donde el desarrollo constitucional ha plasmado este derecho así como otros referidos a las nacionalidades indígenas, en el caso peruano, esta situación resultaba aún insuficientemente regulada por la legislación, que si bien tiene diversas disposiciones en el texto constitucional que refieren algunos derechos⁸, consideramos que no iban a la par con los avances alcanzados por el constitucionalismo de los países andinos ni por el derecho internacional de los pueblos indígenas, que habrían logrado novedosos referentes al respecto.

De otro lado, existía una demanda de las organizaciones nacionales andinas y amazónicas para que se apruebe una legislación al más alto nivel, que no sólo permitiese visibilizar este derecho, sino que sobretodo, incidiese en la actuación de los funcionarios estatales formados en una lógica mono cultural y asimilacionista, y por ello reticentes a reconocer los derechos de los pueblos indígenas y que todo aquello que los afecte directamente les sea consultado.

Si a ello agregamos que también el Tribunal Constitucional había señalado en marzo del 2009 en una sentencia sobre el caso Cordillera Escalera que “es claro que no existe una norma general que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad del derecho a la consulta establecido en el tratado internacional citado (refiriéndose al Convenio 169 de la OIT). Dicha tarea se encuentra, desde luego, en manos del Legislativo quien tendrá que elaborar la regulación del caso, a fin de hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida en todos los ámbitos en los que intervengan los pueblos indígenas”⁹. Entonces apreciaremos que al máximo nivel jurisprudencial peruano se había exhortado al legislador para que desarrollase este tema y zanjara de una vez por todo el desconocimiento paulatino que el Ejecutivo había hecho de esta obligación internacional.

Para que el lector pueda tener una mejor comprensión del pensamiento gubernamental prevaleciente en ese momento, es ilustrador las razones que se plantearon por el Ejecutivo para observar la autógrafa de la ley de consulta previa que había sido aprobada en el Legislativo en mayo del 2010, que fueron lamentablemente aceptadas por una de las comisiones parlamentarias¹⁰, allanándose a la misma, siendo algunos de los aspectos más deplorables:

1) *Que no se hubiese consignado de manera expresa que si no se logra el acuerdo o consentimiento*

4 Fueron 99 decretos legislativos aprobados en el marco del proceso de implementación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos de América, de los cuales una docena afectaban de modo directo derechos de pueblos indígenas.

5 Ver documento en: http://www.servindi.org/pdf/Mesa_Dialogo_3.pdf

6 Estos dictámenes recibieron el respaldo de las organizaciones nacionales representativas de las comunidades andinas y amazónicas.

7 Puede ver el documento en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc20052010-182856.pdf

8 En el Perú tenemos como base normativa el reconocimiento del derecho a la identidad étnica y cultural (art. 2 inciso 19) y de modo indirecto el derecho a la participación política (art. 2 inciso 17).

9 Fundamento 40 de Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente 3343-2007-PA/TC Jaime Bustamante Johnson).

10 Nos referimos a la Comisión de Constitución y Reglamento, cuyo dictamen puede verse en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/dictamen20062011.nsf/DictamenesFuturo/2574A1D4D32EEE7B0525777C00837A74/\\$FILE/00413DC03MAY060810.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/dictamen20062011.nsf/DictamenesFuturo/2574A1D4D32EEE7B0525777C00837A74/$FILE/00413DC03MAY060810.pdf)

no significa que haya un derecho a veto por los pueblos indígenas consultados. Lo cual ha sido una de las preocupaciones mayores de los sectores gubernamentales y empresariales, preocupados por no conseguir un acuerdo con la población directamente afectada. Al respecto, el Convenio 169 no establece esta posibilidad, lo que existe es lo dispuesto en el artículo 16 de dicho tratado, en lo que concierne a traslados y reubicación de pueblos, en cuyo caso se exige buscar el consentimiento, pero incluso con un margen de flexibilidad. Asimismo, tenemos la sentencia vinculante para el Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, en el cual señala que cuando se trate de proyectos de gran escala, no bastará efectuar la consulta sino obtener el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos afectados¹¹.

- 2) *Que se hubiese equivocado la definición de pueblos indígenas, al estarse extendiéndose indebidamente a las comunidades campesinas andinas y las ubicadas en la costa.* Lo que resulta claramente un despropósito gubernamental que evidencia su desconocimiento de la realidad rural peruana, ya que si bien es cierto un buen número de comunidades campesinas de la costa y algunas comunidades ubicadas en los andes han trastocado su particularidad cultural por su proceso de urbanización y contacto con la cultura occidental, la inmensa mayoría de comuneros son descendientes directos de quienes habitaban este continente antes de la llegada de los españoles, conservando sus propias tradiciones, costumbres e incluso idioma, además que un significativo sector se auto percibe como indígena.
- 3) *Que no se haya establecido que la decisión de establecer la representatividad y legitimidad de las organizaciones indígenas que son materia de consulta esté a cargo del Ejecutivo.* Lo que claramente es una abierta injerencia en los asuntos internos de las organizaciones representativas indígenas, al establecer que sea una entidad gubernamental la que decida cuál de ellas participan en los procesos de consulta, algo que resulta contrario a las normas internacionales y a la propia Constitución Política.
- 4) *Que se establezca que la aplicación de la ley es sobre futuras medidas legislativas y administrativas, pretendiendo que sigan vigentes aquellas disposiciones inconsultas que han afectado a los pueblos indígenas.* Lo cual es evidentemente contraproducente ya que casi la mitad de los conflictos sociales registrados en los últimos años han tenido que ver con este tema, generando riesgos innecesarios de protestas y desestabilización del sistema político por no haberse hecho la consulta previa.

De haberse seguido este pensamiento gubernamental no sólo se habría desnaturalizado lo que el Estado peruano se había obligado a respetar de la normativa

internacional, sino que hubiese significado nuevos conflictos sociales y problemas de inseguridad jurídica, algo por cierto nada atractivo para las inversiones privadas. Además que se habrían generado nuevas denuncias ante instancias de la OIT y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

3. Desarrollo jurisprudencial alcanzado desde el Tribunal Constitucional

Adicionalmente no podemos dejar de mencionar las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los últimos tres años, las cuales configuran una incipiente pero interesante tendencia jurisprudencial que señala que estamos ante un derecho de rango constitucional que tiene una aplicabilidad inmediata, por lo que los poderes públicos no pueden excusarse en la falta de desarrollo legislativo para incumplir el proceso de consulta. Asimismo, establece las etapas que deberían adoptarse para llevar a cabo esta clase de procedimientos y la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas. Estamos pues ante un hecho relevante en la judicatura que debería animar a los otros poderes públicos a no desnaturalizar este derecho¹².

A continuación reseñamos las once sentencias emitidas hasta la fecha, advirtiendo que salvo en dos casos, en todos los demás han sido declaradas infundadas o improcedentes. Las excepciones han sido en el caso Cordillera Escalera donde se exhorta al Legislativo a legislar sobre consulta previa, y en el caso Aidesep II donde se ordena al sector Energía y Minas a que desarrolle un reglamento sobre consulta previa para el sector minero y energético. En los demás casos lo que se aprecia es aún una débil doctrina jurisprudencial aún contradictoria en ciertos casos, destacando tal vez la sentencia sobre el caso Tuanama Tuanama I (00022-PI/TC) en la que se produce un interesante aporte al establecer reglas que debería seguir un proceso de consulta previa, así como etapas de la misma, lo cual resultaba bastante importante para la interpretación que debían hacer los jueces ordinarios y funcionarios públicos.

1. *La sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC (Caso Cordillera Escalera)*
La cual principalmente desarrolla la idea del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT. Siendo a nuestro modo de ver una de la más importante, no sólo por tratarse de un pronunciamiento del TC que por primera vez aludía al derecho a la consulta previa, sino porque establecía una serie de consideraciones que debían ser tomadas en cuenta para entender la diversidad étnica y cultural del país. De otro lado, exhortaba al Congreso de la República a desarrollar una legislación sobre consulta previa¹³.
2. *La sentencia recaída en el expediente N° 0022-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama I)*

11 Fundamento 134 de Sentencia del 28 de noviembre del 2007 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso del pueblo Saramaka contra Surinam.

12 Un análisis de estas sentencias puede encontrarse en el libro de Juan Carlos Ruiz Molleda y Luis Roel Alva: "Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas". Instituto de Defensa Legal, Lima 2011.

13 Es importante la fecha en que se publica esta sentencia, en febrero del 2009, antes de las protestas que se dieron en la Amazonia de Peruana, antes de los sucesos de Bagua.

- Es hasta el momento el pronunciamiento más claro y progresista del colegiado que establece reglas sobre las etapas del proceso de consulta; asimismo, señala los principios que deben orientar la realización de la consulta: buena fe, flexibilidad, la finalidad de alcanzar un acuerdo, transparencia, implementación oportuna del proceso de consulta; se hace también una explicación sobre lo que diferencia al derecho a la consulta y el derecho a veto; finalmente, destaca que se haya reconocido la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas.
3. *La sentencia recaída en el expediente N° 06316-2008-PA/TC (Caso Aidesep I)*
Este pronunciamiento no tiene los avances de la sentencia anterior ni la suficiente rigurosidad jurídica, sin embargo destaca que se haya señalado que resultan nulos todos los actos administrativos que no hayan sido consultados desde la vigencia del Convenio 169 de la OIT. Tiene además como puntos cuestionables que sólo se mencione la importancia de la seguridad jurídica de las empresas que habrían actuado de buena fe cuando el Estado les aprobó las concesiones.
 4. *La sentencia recaída en el expediente N° 05427-2009-TC (Caso Aidesep II)*
Aquí resulta interesante de este pronunciamiento que se ratifique la fuerza normativa de las disposiciones con rango constitucional que tendrían aplicación inmediata, y en tanto el Convenio 169 de la OIT tiene esta categoría, puede sostenerse que debe aplicarse sin necesidad que haya una ley de desarrollo; asimismo, se ordena al Ministerio de Energía y Minas que aprobar una regulación reglamentaria sobre consulta previa, lo cual realizó esta entidad en mayo del 2011 cuando aprobó el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas en actividades minero energéticas.
 5. *La sentencia recaída en el expediente N° 0023-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama II)*
Este pronunciamiento se manifiesta en sentido contrario de las anteriores sentencias, estableciendo que una disposición de naturaleza forestal no afecta a los pueblos indígenas y por lo tanto no tendría por qué ser consultada; mientras que un segundo aspecto crítico es el desconocimiento que hace el Tribunal Constitucional de los derechos al territorio y a los recursos naturales de las comunidades y pueblos indígenas, al establecer que pertenecen al Estado.
 6. *Resolución aclaratoria de la sentencia recaída en el expediente N° 06316-2008-PA/TC*
Esta resolución es probablemente el pronunciamiento más deplorable que ha tenido el tribunal peruano al sostener que la Convenio 169 de la OIT es exigible en el ordenamiento jurídico interno a partir de la expedición de la sentencia 00022-2009-PI/TC, es decir, desde el 9 de junio del 2010 y no desde 1995 cuando fue la fecha que el Perú ratificó dicho tratado internacional.
 7. *La sentencia recaída en el expediente N° 00025-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama III)*
Aquí se corrige la anterior resolución aclaratoria señalando que el Convenio 169 de la OIT está vigente desde el 2 de febrero de 1995, fecha que inició su vigencia en el Perú. Sin embargo, tiene otros aspectos cuestionables, como el hecho que se señale en este pronunciamiento que el agua no es un recurso natural relevante para los pueblos indígenas dentro de su territorio y que por lo tanto no tiene que ser sometido a un proceso de consulta previa.
 8. *La sentencia recaída en el expediente N° 00026-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama IV)*
Aquí se declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Recursos Hídricos (Decreto Legislativo N° 1083) porque se había producido sustracción de la materia, al haberse ya derogado esa norma.
 9. *La sentencia recaída en el expediente N° 00027-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama V)*
Aquí se declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad con el Decreto Legislativo N° 1020 referido a crédito agrario. Se señala que no dicha medida no afecta directamente a los pueblos indígenas.
 10. *La sentencia recaída en el expediente N° 00028-2009-PI/TC (Caso Tuanama Tuanama VI)*
Esta sentencia es declarada improcedente porque la demanda se plantea contra la Ley que crea el Sistema Hídrico Nacional, la cual fue derogada posteriormente por la Ley de Recursos Hídricos (Ley 29338).
 11. *La sentencia recaída en el expediente N° 00024-2009-PI (Caso Tuanama Tuanama VII)*
Esta sentencia se refiere al caso de fomento de inversiones en tierras eriazas que al no ser tituladas podrían ser enajenadas por el Estado. Los demandantes sostenían que en los territorios de las comunidades nativas existían varios casos de falta de titulación por lo que la disposición de estas tierras afectaban de modo directo su propiedad, de allí que esta medida debía haberse consultado. Fue declarada improcedente porque se señaló que no se trataba de una medida que afectaba directamente.
- 4. Aprobación de Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios (Ley 29785) y sus normas reglamentarias**
- En julio del 2011 se produjo en el Perú un cambio en la administración gubernamental. Asumió el Ejecutivo y el Legislativo una nueva mayoría política conformada por el Partido Nacionalista y su líder Ollanta Humala Tasso, quienes habían anunciado como parte de programa electoral que aprobaría una ley de consulta previa. Coherente con ello en el mes de agosto se aprobó en el Congreso de la República por unanimidad la Ley 29785 (en adelante LCP), lo que fue saludo por las organizaciones nacionales indígenas amazónicas

y andinas porque se trataba del mismo texto que obtuvo el consenso de las mismas en mayo del 2010¹⁴. Cabe señalar que fue simbólico que dicha ley fuese promulgada por el Presidente Humala en Bagua el 7 de setiembre del 2011.

Esta LCP tuvo una *vacatio legis* de noventa días por lo que su vigencia empezó en diciembre del 2011. Posteriormente se aprobó en abril del 2012 el Decreto Supremo 001-2012-MC (Reglamento de la Ley de Consulta Previa) iniciándose un debate nacional sobre cómo debería regularse este mecanismo, cuáles eran las garantías mínimas necesarias para su adecuada implementación y cómo debería evitarse su desnaturalización. En ese momento, ya se visibilizaba el potente significado que podía tener el derecho a la consulta previa para promover un ejercicio de diálogo intercultural, tan ausente en nuestro país.

Sin embargo, las señales gubernamentales iban en otro sentido y la forma cómo se aprobó el Reglamento de la LCP lo vino a confirmar mucho después. Hasta ese momento se pensaba que nos encontrábamos ante una situación excepcional en nuestra era republicana donde vía una norma legislativa se podía lograr una puerta de entrada hacia el Estado, donde sectores culturalmente diferentes podrían expresarse con voz propia, abriendo la posibilidad de ser comprendidos, y sobretodo, que enunciaran cómo querían ellos desarrollarse en los asuntos que los afectase directamente y sobre los territorios de los que eran propietarios. Adicionalmente, aspiraban a tener la última palabra cuando se les afectase su derecho a la vida, a la integridad y a su pleno desarrollo.

Lo que siguió después no fue en esa orientación. El Ejecutivo se encargó de mostrar una faceta insuficientemente flexible, con poco esfuerzo por reconocer las diferencias culturales y sobretodo, sin asumir que la desconfianza histórica de las organizaciones indígenas hacia el Estado no se podía resolver en tan poco tiempo y con unas pocas reuniones, requiriendo de dosis de mucha paciencia, de empatía y sobretodo de enfoque intercultural.

Por ello es que se recibió pesimamente el Borrador de Reglamento de la Ley de Consulta Previa que el Viceministerio de Interculturalidad difundió en noviembre del 2011, lo que fue interpretado como un gesto de mala fe porque incluso se planteaba en dicho documento disposiciones que estaban por debajo de estándares mínimos del Convenio 169 de la OIT. Frente a ello las organizaciones del Pacto de Unidad de las Organizaciones Nacionales Indígenas¹⁵ respondieron con un documento denominado "Principios Mínimos para la aplicación del Derecho a la Participación,

Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado" que se caracterizaba por fijar los términos del debate en un tono polarizador y poco flexible.

De allí que cuando se inició la etapa de evaluación interna –como parte del proceso de consulta del Borrador de Reglamento-, el ánimo en las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas era ya de desconfianza y de temor porque se vislumbraba que este proceso sería fallido si el documento base tenía tantas falencias. Si a ello se le agrega la forma desordenada como se organizaron los eventos macro regionales donde en algunos lugares no pudieron ingresar los participantes, donde no se tenía una idea exacta del propósito de estos encuentros por la poca información que el Estado no había brindado y donde los aspectos logísticos fueron descuidados, era previsible que uno de los resultados fuese de empeorar el ya difícil clima de confianza que existía.

Por ello es que cuando se decidió pasar a la segunda etapa de Diálogo, ya estaban frustradas las condiciones para que este se iniciara si antes no se recomponía la relación fallida entre quienes integraban el Pacto de Unidad y el Ejecutivo. Esto no ocurrió, y creemos que la principal responsabilidad le correspondía a los funcionarios estatales, no sólo por los errores cometidos en la etapa anterior, donde más allá de algunas disculpas verbales, no hubo algo formal que se percibiera como sincero, sino porque debía ser el Estado el principal interesado en que el diálogo que se iniciaba tuviese visos de legitimidad para lo cual necesitaba que interlocutores indígenas estuviesen razonablemente cómodos con el procedimiento, evitando que haya una asimetría en la negociación, o que se acelerasen los debates sin mayor flexibilidad, es decir, se trataba de asegurar las mejores condiciones.

Como esto no sucedió así las organizaciones del Pacto de Unidad decidieron no participar de esta etapa y solo continuaron la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP) y la Confederación Campesina del Perú (CCP) quienes llegaron a acuerdos en buena parte de los puntos discutidos, quedando otros por dilucidar. Sin embargo, a pesar de esto, el Reglamento finalmente aprobado por la Presidencia del Consejo de Ministros y publicado no respetó estos acuerdos en cinco artículos y agregó nuevas disposiciones que nunca fueron consultadas¹⁶.

Concluido entonces el proceso de consulta del Reglamento, el balance resultó negativo. La manera como se condujo el proceso fue propicio para crear el resultado desastroso que se ha alcanzado por ahora, con una norma carente de legitimidad en las organizaciones nacionales indígenas¹⁷, con un sector estatal –Cultura-

14 En ese momento ya algunas organizaciones nacionales indígenas eran críticas de este texto porque señalaban que el escenario político era diferente del que existió en mayo del 2010 cuando se aprobó en el Congreso, a regañadientes, una propuesta legislativa de consenso, donde tuvieron que aceptar una suerte de dispositivos mínimos para hacer efectiva la consulta previa en el Perú.

15 Integrada por la Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Amazonia Peruana (AIDSESP), la Confederación de Comunidades Afectadas por la Minería (CONACAMI), la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP), la Confederación Campesina del Perú (CCP) y la Confederación Nacional Agraria (CNA).

16 Entre las normas del Reglamento que no fueron consultadas tenemos, entre otras, la disposición que obliga a los gobiernos regionales y locales a obtener un informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad para realizar un proceso de consulta previa, lo que es abiertamente inconstitucional; también que se haya exceptuada de consulta previa la construcción y mantenimiento de infraestructura en salud y educación o provisión de servicio público cuando "favorezca" a los pueblos indígenas, lo que transgrede el Convenio 169 de la OIT; también que en la consulta a los pueblos indígenas sólo puedan participar las organizaciones representativas del ámbito geográfico donde se lleva a cabo la misma, descartando a las organizaciones nacionales.

17 Llama profundamente la atención que el Reglamento promueva una Comisión Multisectorial de seguimiento de la aplicación del derecho a la Consulta y no se haya previsto que aquí participen las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas.

sin liderazgo y capacidad de actuar como garante de un sincero diálogo intercultural, pero sobre todo con un mal precedente para los futuros procesos de consulta previa.

Si a ello le agregamos la aprobación de una “Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios¹⁸” que ha recibido innumerables críticas por establecer criterios restrictivos por establecer, apartándose del Convenio 169 de la OIT, quién es pueblo indígena, se entenderá por qué el marco normativo existente carece actualmente del entusiasmo que se dio en agosto del 2011 cuando se aprobó la LCP, avizorándose más bien, un panorama sombrío y de incremento de la conflictividad social.

5. Contenidos más importantes de la legislación sobre consulta previa de los pueblos indígenas

Existen una serie de aspectos valiosos, algunos controversiales y unos pocos temas negativamente abordados, a la luz del Convenio 169 de la OIT. Los comentamos a continuación.

i. Definición de Consulta Previa

La LCP establece una definición del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios que sigue la fórmula planteada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT con algunas variaciones. Es el caso que se señala que se deberá consultar a los pueblos indígenas u originarios cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, su existencia física, su identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Asimismo, deberá consultarse cuando los programas y proyectos de alcance nacional o regional los afecten directamente (art. 3).

ii. A quiénes comprende. ¿Quiénes son pueblos indígenas?

En el artículo 7 de la LCP se establecen los criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios:

- **Criterios objetivos**
 - 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.
- **Criterio subjetivo**
Referido a la conciencia del grupo colectivo de tener una identidad indígena u originaria.

Al respecto corresponde comentar que la manera cómo ha sido formulado este artículo 7 es central para determinar quiénes serán los sujetos del derecho. En este sentido, la fórmula de la LCP ha incorporado

algunos elementos no previstos en el artículo 1 b) del Convenio 169 de la OIT. Es el caso que para la LCP se estipula descendencia “directa” cuando el Convenio no lo hace, lo cual no ha tenido hasta la fecha mayor explicación.

De otro lado, con la aprobación de la Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios han aflorado las posiciones gubernamentales excluyentes y restrictivas de quienes deben ser catalogados como pueblos indígenas. Delimitando que además del criterio de la autopercepción (subjetivo) se requiere como otros criterios objetivos que tengan un territorio y que tengan un idioma distinto al castellano, con lo cual se intenta excluir de la base de datos a las comunidades campesinas de la costa o de zonas andinas pero que ya no conservan su idioma originario.

Aquí cabe lamentar que se reproduzcan los prejuicios discriminatorios y excluyentes de los funcionarios del Ejecutivo que no han podido apreciar que más allá de la denominación jurídica “pueblos indígenas”, existen otros componente socio culturales que podrían haber ayudado a redefinir las visiones establecidas tradicionalmente desde el Estado hacia los pueblos y comunidades.

iii. Etapas de la Consulta

Se han establecido siete etapas mínimas del proceso de consulta:

1) Identificación de la medida administrativa o legislativa que debe ser consultada.

Son las entidades estatales quienes deben establecer cuáles son las medidas legislativas o administrativas que afectan directamente a los pueblos indígenas u originarios. También puede las instituciones y organizaciones representativas de dichos pueblos solicitar que se lleve a cabo la consulta previa de aquellas medidas que consideren les afecta directamente. En estos casos el pedido se hace ante la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa quien atenderá dicho pedido. Y en el caso que sea desestimado, y se tratase de un organismo del Ejecutivo, los interesados podrán recurrir al órgano técnico especializado en materia indígena previsto en la LCP.

2) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.

La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados corresponde a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa. Esta deberá hacerlo teniendo en cuenta el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial.

3) Publicidad de la medida legislativa o administrativa

Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa a ser consultada deberán ponerlas en conocimiento de las instituciones y

organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios a través de métodos y procedimientos culturalmente adecuados, teniendo en cuenta la geografía y el ambiente en el que habitan dichos pueblos

4) Información sobre la medida legislativa o administrativa

Se señala que las entidades estatales deberán brindar información, con la debida anticipación, a los pueblos indígenas y originarios y a sus representantes sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa y administrativa.

5) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente

Los pueblos indígenas y originarios deberán tener un plazo razonable para llevar a cabo un análisis sobre los alcances e incidencia de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.

6) Proceso de diálogo entre los representantes del Estado y los representantes de los pueblos indígenas u originarios.

Se llevará a cabo un proceso de diálogo intercultural tanto sobre los efectos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las recomendaciones y sugerencias que estos formulen.

7) Decisión

La decisión final le corresponde a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa en el caso que no se alcanzase el acuerdo. En este caso, deberá motivarse suficientemente evaluando los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios. Asimismo, deberá hacerse un análisis de las consecuencias que tendrá medida en los derechos de los pueblos.

iv. Cuando no hay acuerdo. Consentimiento

La opción de la LCP es que el acuerdo es obligatorio para ambas partes cuando se arribe al mismo. Si no hubiese acuerdo la decisión le corresponde a la entidad estatal que promovió la medida a ser consultada, debiendo adoptar las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos de los pueblos indígenas u originarios.

Un aspecto crítico de la LCP es que no se han considerado los casos en que según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatorio conseguir el consentimiento de los pueblos indígenas u originarios afectados por la medida legislativa o administrativa. Al respecto y siguiendo a la Corte en el caso Surinam versus el pueblo de Saramaka

se ha señalado que cuando se trate de casos en que se trate de proyectos de envergadura, situaciones de desplazamiento o cuando se manipule sustancias tóxicas se exigirá obtener el consentimiento de los afectados¹⁹.

v. Diseño del organismo estatal especializado

La LCP ha establecido que será el Viceministerio de Interculturalidad quien actuará como órgano técnico especializado en materia de pueblos indígenas. Se le encarga básicamente cinco funciones:

- Brindar asistencia técnica a las demás entidades estatales sobre consulta previa.
- Capacitar a los funcionarios estatales y a los pueblos indígenas sobre la implementación de la consulta previa.
- Mantener un registro de las organizaciones e instituciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las organizaciones que serán materia de consulta
- Llevar una base de datos de los acuerdos alcanzados en los procesos de consulta previa.
- Emitir opinión de oficio o a pedido de la entidad estatal facultada para solicitar la consulta sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.

Aquí no deja de extrañar la omisión estatal por diseñar una Institucionalidad estatal sobre pueblos indígenas que sea quien pueda opinar técnicamente, con presencia de las organizaciones representativas de estos pueblos, y por ello con una mayor imparcialidad frente al Ejecutivo. No se entiende por qué se insiste en que sea un viceministerio quien se ocupe de estos temas.

vi. Casos anteriores a la vigencia de la LCP

Este es uno de los principales aspectos controversiales de esta ley y que ha dado pie para que se plantee su inconstitucionalidad por las organizaciones nacionales indígenas

Lo que ocurre es que la Segunda Disposición Final y Complementaria de la LCP ha establecido que son válidos todos los actos administrativos anteriores a la vigencia de esta norma que se regularon por la legislación anterior que no era sobre consulta sino sobre participación ciudadana, con lo cual se convalida una serie de disposiciones que habían sido impugnadas por no haber respetado el Convenio 169 de la OIT, que estaba vigente en el Perú desde 1995.

Ante ello, la respuesta estatal no ha sido siquiera de promover una revisión de estas situaciones, muchas de las cuales, se encuentran como la causa de los actuales conflictos sociales que se desarrollan en el país, generando una situación de crispación por lo que se considera una omisión de parte de los funcionarios gubernamentales.

19 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 133.

6. A modo de conclusión. Desafíos pendientes

Realizando una mirada comparativa respecto a los países andinos en esta materia observamos algunas notas singulares que tendrían que ser tomadas en cuenta para revisar los retos pendientes.

En primer lugar, respecto a la normativa constitucional vigente, en el caso peruano es relativamente débil el ámbito de protección de los derechos de los pueblos indígenas y sus recursos naturales, lo cual se aprecia cuando se le compara con el desarrollo normativo constitucional alcanzado por Bolivia o Ecuador. Incluso en el caso de Colombia, si bien sus normas no han tenido el mismo avance que los países andinos mencionados, su Corte Constitucional se ha encargado de formular una interpretación progresista e innovadora de su articulado, poniéndose incluso a la vanguardia de la región. En el caso peruano, si observamos la actuación de los tribunales se apreciará que el Tribunal Constitucional no sólo ha tenido un desempeño débil sino que la doctrina jurisprudencial emanada de sus resoluciones ha sido muchas veces contradictoria y no ha avalado ninguna de las peticiones que ingresaban a dicho colegiado.

En segundo lugar, debe tenerse también en cuenta que en la situación peruana no tenemos a la fecha ningún proceso de consulta previa llevada de acuerdo a los estándares que exige el Convenio 169 de la OIT, lo cual es revelador de una actuación estatal no respetuosa de los derechos consagrados en dicho instrumento internacional, pero también es reflejo de una débil organicidad en el ámbito indígena²⁰.

Esto último es un dato relevante para entender lo ocurrido en Perú en cuanto al respeto de los derechos de estos pueblos y comunidades, que tradicionalmente ha estado excluidos de la toma de decisiones, oprimidos

en cuanto al respeto a sus cultura, y con una visión estatal asimilacionista y cuando no muchas veces racista. Siendo explicable por ello que las organizaciones indígenas hayan tenido que protestar de un modo a veces enérgico para ser escuchados, recibiendo la mayoría de veces respuestas violentas y represivas.

Con estos antecedentes, la actual administración gubernamental tiene un escenario difícil, en el cual se espera la implementación de la Ley de Consulta Previa, que esperamos inaugure una etapa diálogo que reformule la forma cómo el Estado se ha relacionado con las comunidades y pueblos indígenas, que sea respetuosa de la diversidad cultural y que esté dispuesta a establecer nuevas formas de interacción en los diversos espacios existentes.

Adicionalmente, existe la necesidad de redefinir la forma cómo desde el Estado se configura una institucionalidad que diseñe las políticas hacia las comunidades y pueblos indígenas. Este aspecto fue muy deteriorado durante el gobierno pasado, encontrándose pendiente el fortalecimiento del Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afro peruanos (INDEPA), el cual tendría que tener una dirección plural, es decir, con representantes estatales y de los indígenas.

Del lado de los pueblos y comunidades indígenas creemos que está pendiente su fortalecimiento organizativo, así como la definición de una agenda de prioridades que concuerde a los pobladores andinos y amazónicos en los desafíos que significa un diálogo intercultural con el Estado existente. Esto ayudará a clarificar las peticiones y formularlas a los estamentos públicos y ante los tribunales, promoviendo que estos últimos desarrollen mejores criterios para interpretar progresistamente la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas. ■

20 En los últimos meses se promovió desde una de las comisiones legislativas del Congreso de la República un procedimiento *ad hoc* de consulta previa para la Ley Forestal. Sin embargo, este mecanismo fue muy criticado por la principal organización indígena amazónica porque no fueron tomados en cuenta sus propuestas y porque no fue suficientemente debatida con las organizaciones de base. Adicionalmente, una de las principales organizaciones indígenas andinas no fue invitada a participar de esta "consulta".