



<https://doi.org/10.18800/dys.202201.009>

FECHA DE RECEPCIÓN: 21/03/2022
FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/05/2022

LA CONSULTA PREVIA EN ACTIVIDADES EXTRACTIVAS: UN ANÁLISIS DE LOS BALANCES Y PROPUESTAS A DIEZ AÑOS DE SU APLICACIÓN EN EL PERÚ

Prior consultation in extractive activities: An analysis of the balance and proposals ten years after its application in Peru

Richard O'Diana Rocca*

Pontificia Universidad Católica del Perú

*Para mi padre,
quien ahora me guía siempre*

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster en Comunicación Política e Institucional por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Se licenció con una tesis de grado sobre la propiedad de recursos naturales en las comunidades campesinas del Perú. Ha sido coordinador del proyecto de ambición climática en el Movimiento Ciudadano frente al Cambio Climático (MOCICC) y asesor de la bancada del Frente Amplio en el Congreso de la República. Actualmente es profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP y de la Escuela de Postgrado de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. ORCID iD: 0000-0001-9262-6534. Contacto: richard.odiana.rocca@gmail.com

Resumen:

La consulta previa resulta uno de los instrumentos más importantes para la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. Asimismo, la consulta previa es un derecho clave para la sobrevivencia y el respeto de las formas de vida de los pueblos indígenas. Este derecho está recogido en el Convenio 169 de la OIT y emplaza al Estado Parte a sentarse frente a frente a los pueblos indígenas antes de emitir una medida administrativa o legislativa que pueda afectarlos.

No obstante, la consulta previa no solo es un derecho, sino también un procedimiento administrativo. Es allí donde el procedimiento ha presentado varios factores mejorables y perfectibles. En el siguiente artículo, analizaremos una serie de elementos de los procesos de consulta previa que requieren ser mejorados, centrándonos en el ámbito de las actividades extractivas.

Abstract:

Prior consultation is one of the most important instruments for the relationship between the State and the indigenous peoples. Prior consultation is also a key right for the survival and respect for the ways of life of indigenous peoples. This right is included in ILO Convention 169 and calls on the State Party to sit down face to face with indigenous peoples before issuing an administrative or legislative measure that may affect them.

However, prior consultation is not only a right, but also an administrative procedure. It is there where the procedure has presented several improvable and perfectible factors. In the following article, we will analyze a series of elements of the prior consultation processes that need to be improved, focusing on the field of extractive activities.

Palabras claves:

Consulta previa – Pueblos indígenas – Minería – Hidrocarburos – Actividades extractivas

Keywords:

Prior consultation – Indigenous people – Mining – Hydrocarbons – Extractive activities

Sumario:

1. Introducción – 2. La consulta previa: ¿qué es y de dónde viene? – 3. La consulta previa en instrumentos nacionales – 4. La consulta previa: un recuento nacional – 5. Problemas en la aplicación de la consulta previa en

industrias extractivas – 6. El acuerdo previo: ¿socava la consulta previa?
– 7. Conclusiones y propuestas – 8. Lista de referencias

1. INTRODUCCIÓN

Se menciona constantemente que el Perú es un país increíblemente pobre debido a la gran variedad de recursos naturales que contiene dentro de su territorio. Esta, muchas veces desgastada frase, terminó convirtiéndose en una falacia, puesto que el Estado peruano nunca pudo encontrar un mecanismo adecuado para intentar reconciliar los abusos y crímenes institucionales perpetrados por privados y públicos contra los pueblos indígenas u originarios del Perú.

A inicios de década del 2010, comenzó a comentarse e implementarse la consulta previa como una suerte de herramienta mágica que serviría para terminar con los conflictos socioambientales. Una década más tarde podemos determinar que esto no ha resultado del todo como se planeó. A continuación, analizaremos la aplicación de la consulta previa diez años después del inicio de su implementación.

2. LA CONSULTA PREVIA: ¿QUÉ ES Y DE DÓNDE VIENE?

La consulta previa ha sido, lamentablemente, uno de los términos más manoseados a nivel jurídico y político en los últimos años en el Perú. En un primer momento, se abrió como una luz de esperanza para de una vez por todas reconocer y reivindicar la desfavorable situación de los pueblos indígenas en el Perú; por otro lado, se transformó en el caballito de batalla de múltiples políticos y funcionarios para solucionar definitivamente el problema de los conflictos sociales. Con los años, vimos que no fue ni lo uno ni lo otro.

La consulta previa es a la vez un derecho de los pueblos indígenas y un procedimiento administrativo. Como derecho, fue reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), fue ratificado por el Perú en 1994 y vigente en nuestro país desde febrero de 1995. Este derecho se activa cuando se da una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar de manera directa a los pueblos indígenas.

En tanto procedimiento administrativo, la consulta previa está regulada en diferentes normas nacionales, en especial la Ley N° 29785 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Como procedimiento administrativo, la

consulta previa se convierte en requisito para la aprobación de una medida administrativa o legislativa que afecte derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aunque debemos señalar que el avance de este concepto es parcial, pues, por ahora, a nivel nacional la consulta previa solo se aplica a medidas administrativas, mas no legislativas.

Si bien se concreta a partir de sendos convenios de la OIT, la consulta previa nace en el seno de las Naciones Unidas (casa matriz de la OIT) mediante la Resolución 1514 de los años sesentas. Esta resolución, una de las más importantes de la historia de la Asamblea General de la ONU, reconocía el derecho de los pueblos sometidos a la esclavitud a escindirse de sus colonias opresoras en base al derecho de libre determinación externa.

Con el tiempo, este derecho evolucionó hasta reconocerse el derecho a la libre determinación interna, mediante el cual los pueblos no tienen derecho a escindirse de los Estados a los que pertenecen, pero sí tienen derecho a que se reconozcan sus propios sistemas de organización política, jurídica y administrativa debido a sus diferencias culturales con dichos Estados. Así, a partir de este derecho, se moldean tratados como el Convenio 169 de la OIT y se reconoce el derecho a la consulta previa.

La OIT es la organización que desarrolló la consulta previa, debido a que lamentablemente los temas referidos a pueblos indígenas siempre estuvieron relacionados a temas de esclavitud y servidumbre, prácticas que acompañaban los genocidios contra pueblos enteros en todas partes del mundo. Posteriormente, la consulta previa fue desarrollada por múltiples instituciones. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una vasta jurisprudencia en la cual desarrolla el derecho a la consulta previa, destacando las sentencias Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua y Pueblo Saramaka vs. Surinam.

3. LA CONSULTA PREVIA EN INSTRUMENTOS NACIONALES

La Ley N° 29785 fue promulgada en el año 2011 por el entonces presidente Ollanta Humala, conmemorando los sucesos de hace un par de años (junio de 2009) denominados “Baguazo”, conflicto social en el que fueron asesinados 33 peruanos, entre indígenas y policías, en Bagua, región de Amazonas. Con esta promulgación se marca un antes y un después en el reconocimiento de la consulta previa en el Perú. Antes de la promulgación de la ley de consulta previa, las autoridades no realizaban procesos de consulta previa (salvo un par de casos *ad hoc*) e incluso se judicializaron múltiples intentos por parte de

pueblos indígenas de que se abran procesos de consulta previa ante proyectos gubernamentales de diversa índole.

La Ley N° 29785 (en adelante, la Ley) es importante por ser la primera en su tipo en el Perú y porque reconoce plenamente al actor “pueblo indígena”, superando la terminología de la Constitución de 1993 de “comunidad campesina” o “comunidad nativa”. Esta ley contiene elementos importantes, como establecer los principios sobre los cuales se desarrollaría la práctica de la consulta previa en el Perú. Estos principios serían: oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción o condicionamiento e información oportuna.

La importancia de estos principios es gravitante, en especial algunos de ellos como el de flexibilidad, pues reconoce a la consulta previa como un procedimiento administrativo especial. Por las circunstancias geográficas en las que generalmente viven los pueblos indígenas (altura, rodeada de accidentes geográficos como ríos, entre otros motivos) y por la especial consideración de algunos factores culturalmente definidos como “el tiempo”, los plazos de este procedimiento administrativo no deben considerarse como inamovibles, situación que sería imposible en otro tipo de procedimiento administrativo.

Asimismo, el principio de buena fe resulta trascendental, pues la consulta previa busca ser un procedimiento mediante el cual se reconozca un compromiso y se busque maximizar los beneficios de todas las partes involucradas sin violentar derechos. Como veremos más adelante, lamentablemente, la buena fe del Estado se ve socavada no durante la consulta previa, sino en otras etapas del proceso como en la del acuerdo previo.

Finalmente, la Ley fue fundamental porque reconoció claramente las etapas del proceso de consulta y cuánto durarían cada una de ellas: etapa de identificación de la medida consultada, etapa de identificación del pueblo indígena a consultar, etapa de publicidad de la medida consultada, etapa de información (entre 30 y 60 días máximo), etapa de evaluación interna (30 días máximo), etapa de diálogo (30 máximo) y etapa de decisión. Como veremos más adelante, no necesariamente se respeta cada una de estas etapas en los procedimientos llevadas a cabo hasta el momento.

El reglamento de la Ley, el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, fue emitido al año siguiente y también ostenta logros interesantes. Tal vez el mayor de ellos fue introducir al ordenamiento nacional un tema absolutamente ausente en la ley que reglamentó: el consentimiento previo e informado.

El consentimiento previo e informado es un derecho mediante el cual, luego de realizada la consulta previa, el Estado no mantiene el poder de de-

cisión sobre la medida, sino que la misma está subordinada a que el pueblo indígena acceda a la aplicación de la medida (Yrigoyen, 2012). No se trata de un derecho a veto, pero sí de una situación en la cual el pueblo indígena tiene el poder de decisión, debido a que la medida consultada pone en riesgo mayor su supervivencia y continuidad como pueblo indígena.

Por ello, los supuestos de consentimiento son bastante escuetos. El reglamento de la Ley recoge dos supuestos de consentimiento en su séptima disposición complementaria, transitoria y final):

- i) En caso de desplazamiento del pueblo indígena (supuesto que se encuentra en el artículo 16 del Convenio 169).
- ii) En caso de almacenamiento y disposición final de materiales peligrosos en territorio indígena (supuesto que se encuentra en el artículo 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas).

Todo lo visto en este punto refleja la forma en la que la consulta previa se encuentra regulada en papel, en la legislación. Sin duda, después de siglos enteros de opresión y maltrato, legislación como la mencionada representa un acercamiento entre las posturas estatales y de los pueblos indígenas, las cuales deben apuntar a una todavía complicada reconciliación. A continuación, analizaremos cómo ha sido la aplicación de la consulta previa en la práctica, en la vida real.

4. LA CONSULTA PREVIA: UN RECUENTO NACIONAL

Los procesos de consulta previa vienen aplicándose formalmente desde el año 2013, durante el gobierno de Ollanta Humala Tasso. De allí han seguido aplicándose procesos de consulta previa durante las administraciones posteriores, hasta la actual de Pedro Castillo Terrones. En ese sentido, podemos reconocer que afortunadamente la consulta previa es un concepto que ha llegado para quedarse en la realidad nacional.

Desde el 2012, hasta la actualidad se han llevado a cabo setenta y tres procesos de consulta previa: 13 en hidrocarburos, 30 en minería, 11 Áreas Naturales Protegidas, 5 hidroeléctricas, 5 propuestas de declaratoria de paisaje cultural, 3 proyectos de interconexión vial, 1 de interconexión fluvial, la Política Sectorial de Salud Intercultural, el Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe, el Reglamento de la Ley de Lenguas Originarias y el Reglamento de la ley marco sobre cambio climático (Ministerio de Cultura).

Un primer factor que debemos tomar en cuenta es que son setenta y tres procesos de consulta los realizados, pero no todos han culminado técnicamente. Esto debido a que el procedimiento de consulta previa culmina con la publicación de la medida consultada. Y no en todos los procesos tenemos la medida consultada publicada, no solo porque el proceso no ha culminado (algunos procesos todavía se encuentran a la mitad de la realización), sino porque la medida aún no ha sido promulgada.

Así, por ejemplo, más allá del medianamente exitoso proceso de consulta del ACR Maijuna-Kichwa, los primeros procedimientos de consulta previa realizados y “culminados” fueron aquellos de los lotes petroleros de Ucayali y Loreto (lotes 198, 197, 165, 175, 189, 164 y 169). Estos procesos de consulta previa concluyeron rápidamente, pero sus medidas consultadas (decretos supremos que adjudican el lote) aún no fueron promulgadas porque sencillamente todavía no se han adjudicado dichos lotes a empresas extractivas para su exploración y explotación. Sin empresas adjudicatarias no existe razón por la cual promulgar la medida consultada.

Lo mencionado es un problema evidente: si no se promulga la medida consultada, no se podrá comprobar si lo acordado en el proceso de consulta fue adecuado o no. En algunos acuerdos de los primeros procesos de consulta se llegaron a concertaciones no necesariamente relacionados a la medida consultada; de esta forma, se acordó, por ejemplo, la entrega por parte del Estado hacia los pueblos indígenas consultados de chalupas, material de construcción y becas para los jóvenes. En ese sentido, si no empiezan las actividades en estos lotes, no podremos comprobar si estos acuerdos fueron suficientes y/o adecuados para los pueblos indígenas consultados.

Dos mitos que se han derribado sobre la consulta previa son los referidos a la exclusividad de los proyectos extractivos y sobre la interrupción de las inversiones¹. Sobre lo primero, 43 de los 73 procesos han sido sobre actividades extractivas léase minería (30 procesos) e hidrocarburos (13 procesos). Como enumeramos párrafos arriba, existen procesos de consulta sobre medida de aplicación general como reglamentos de leyes o políticas públicas, consultas referidas a paisaje cultural o a la creación de áreas naturales protegidas.

¹ Hasta ahora, se sigue viendo a la consulta previa como un mecanismo que ralentiza inversiones y cómo debería ser modificada en beneficio de inversiones más dinámicas. En ese sentido, véase el siguiente artículo: <https://rubio.pe/publicacionescont/agilizacion-de-consulta-previa-incentivo-para-la-inversion-privada-o-flexibilizacion-de-un-derecho-colectivo-fundamental/>

El mito sobre el retraso de las inversiones fue el que detenía cualquier indicio de aplicación real de la consulta previa. Afortunadamente, la aplicación de la consulta previa en los últimos ocho años ha comprobado que fue más un mito que una realidad dicho miedo de algunos sectores. Casi todos los procesos de consulta previa se han realizado dentro del margen de días señalados por la normativa nacional, e incluso algunos han acabado mucho antes obviando la etapa de diálogo² (cuestión que profundizaremos en el siguiente punto).

Incluso se destaca que solo en uno de los setenta y tres procesos de consulta previa no se llegó a acuerdo; es decir, que la consulta acabó con un desacuerdo por parte del pueblo indígena consultado, lo cual le da carta libre al Estado de tomar cualquier decisión sobre la medida consultada. Este proceso de consulta previa en el que no se llegó a acuerdos es el referido a la exploración del proyecto minero Apumayo³.

Como vemos, la consulta previa es un proceso que ha venido desarrollándose según lo estipulado en la normativa y en múltiples campos, no solo en el extractivo. Sin embargo, es en este delicado y estratégico sector de industrias extractivas donde se han presentado algunos inconvenientes de origen y de aplicación de la consulta previa que nos genera más de una reflexión.

5. PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN INDUSTRIAS EXTRACTIVAS

Las industrias extractivas han sido posicionadas como unas de las actividades más importantes que dinamizan la economía nacional. Por ello, la aplicación de la consulta previa en dicho campo resulta de trascendental importancia. A continuación, analizaremos los problemas de la consulta previa en el sector minero e hidrocarburiífero.

5.1 La consulta previa en hidrocarburos: problemas en la ejecución

De acuerdo con el Ministerio de Cultura, hasta el año 2022, se han realizado trece procesos de consulta previa en materia de hidrocarburos: Lote 169 (Ucayali), 195 (Ucayali y Huánuco), 164 (Loreto), 175 (Junín y Ucayali), 189 (Ucayali), 190 (Madre de Dios), 191 (Madre de Dios), 165 (Loreto), 197

² Véase la base de datos sobre procesos de consulta previa del Ministerio de Cultura: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso>

³ Véase la base de datos sobre procesos de consulta previa del Ministerio de Cultura: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso>

(Loreto), 198 (Loreto), 192-año 2015 (Loreto), Lote 200 (Ucayali) y Lote 192-año 2019 (Loreto).

La gran crítica que se hace a la consulta previa en materia de hidrocarburos es sobre la medida sometida a consulta previa. Según la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM, en este sector, se somete a consulta previa el decreto supremo que adjudica al lote hidrocarburífero a una empresa para el explorado y explotado. Esta disposición presenta una serie de problemas. Primero, porque se consulta un modelo de decreto supremo que termina siendo un documento muy escueto, de un par de páginas y que no presenta mayor detalle de la actividad extractiva.

Esto debido a que dicho decreto supremo es el paso cero para la iniciación de toda actividad extractiva, no existe estudio de impacto ambiental y, por ende, no hay mayor desarrollo sobre los impactos en flora, fauna, impactos sociales o posibles focos de contaminación. Es decir, en el proceso de consulta no pueden informarse muchos detalles sobre el proyecto aún por desarrollar, lo cual prácticamente neutraliza la importancia de etapas como las de información o evaluación interna en la consulta previa.

Dado que no pueden discutirse detalles ambientales, sociales o culturales del proyecto en cuestión, los acuerdos a los que se arriban terminan siendo, por lo menos, discutibles. Si bien encontramos acuerdos como el de establecer un programa de vigilancia indígena en la zona o la de vigilar los acuerdos privados por el acceso al suelo donde se explotará el recurso, la mayoría de los acuerdos implican tanto la entrega de bienes (como barcas o material de construcción), como brindar servicios como electrificación o construcción de caminos (como apreciado de la revisión de actas de consulta de los lotes 198, 197, 165, 175, 189, 164 y 169 en Ucayali y Loreto).

No criticamos que se lleguen a este tipo de acuerdos, pues el proceso de consulta previa es tal vez la primera y única opción que los representantes indígenas tienen para conversar frente a frente con representantes del Estado. Recordemos que muchas comunidades aún viven en situaciones donde carecen de servicios básicos como desagüe o electrificación, por lo que la exigencia de estos servicios no suena descabellada en medio de las negociaciones de consulta previa.

Por todo lo mencionado, si existe algo que debemos reformar, es la medida sometida a consulta previa en los proyectos hidrocarburíferos. El modelo de decreto supremo que adjudica el lote hidrocarburífero no ofrece suficiente información y genera más falsas expectativas que acuerdos certeros, por lo que debería considerarse someter a consulta previa otra medida

Una opción sería someter a consulta previa la resolución administrativa que aprueba el instrumento de gestión ambiental del proyecto en cuestión. Dicho instrumento posee muchísima más información que el modelo de decreto supremo que actualmente se somete a consulta, con lo cual se podría llevar a cabo un proceso de consulta previa más serio y con expectativas más realistas.

De esta forma, por ejemplo, se podría someter a consulta previa un instrumento de gestión ambiental como el estudio de impacto ambiental (EIA), el cual es aprobado generalmente mediante una medida administrativa como las resoluciones directorales. Ya con lo recabado por los técnicos durante todo el completo proceso de elaboración del EIA se podrá realizar una mejor entrega de información a los pueblos indígenas. Esto, además, no implica que ya no se realicen procesos de consulta sobre otros procedimientos relacionados, como la consulta de la adjudicación de los lotes hidrocarbúricos.

Si bien se puede argumentar que la aprobación del estudio de impacto ambiental no es susceptible de afectar derechos colectivos de pueblos indígenas, ello no es tan determinante como para excluir a los EIAs de la consulta previa. De esta forma, Camborda señala las razones por las que es conveniente consultar los EIAs:

- a) el proceso que se lleva a cabo para elaborar el contenido de la medida administrativa y evaluar su aprobación brinda diversas oportunidades, en un periodo de tiempo extenso, para construir mecanismos de diálogo y asegurar la eficacia de los principios de buena fe, diálogo intercultural y otros;
- b) las obligaciones que se generan con la medida administrativa, al aprobar la certificación ambiental, son las obligaciones que al ejecutarse incidirán sobre la tutela de los derechos de los pueblos indígenas;
- c) su naturaleza de requisito previo y contenido sustancial para la adopción de otras medidas administrativas, que permite anticipar los asuntos de interés relacionados a los derechos colectivos del pueblo indígena contenidos en esas otras medidas administrativas posteriores (Camborda, 2013).

También tendrían que mejorarse los estándares estipulados para la elaboración de estos IGAs. Actualmente, se sabe que la empresa concesionaria termina contratando otra empresa especializada en la elaboración de instrumentos ambientales, pero estos no terminan por realmente considerar la totalidad de los impactos ambientales y, sobre todo, culturales. Este es uno de los temas pendientes más serios relacionados a las industrias extractivas.

Problemas similares encontramos en el campo de minería, el cual analizamos a continuación.

5.2 La consulta previa en minería: los problemas en la ejecución

Hasta el año 2022 se han realizado treinta procesos de consulta previa en el sector minería: Aurora (Cuzco), Toropunto (Ancash), Misha (Apurímac), La Merced (Ancash), Apumayo I (Ayacucho), Puquiopata (Ayacucho), Guadalupe (Ancash), Apumayo II (Ayacucho), Corcapunta (Ancash), Anama (Apurímac), Pantería (Huancavelica), Capilla Central (Huancavelica), Ares (Arequipa), Corani (Puno), Pinaya (Puno), San Gabriel (Moquegua), Pablo-UM/Pablo Sur/ Cochaloma (Ayacucho), Tumipampa-Sur (Apurímac), Pilarica-Fase II (Ayacucho), Chacapampa (Apurímac), Antaña (Puno), Pucacruz (Ayacucho), Antapaccay Expansión Tintaya- Integración Corocchohuayco (Cuzco), Mónica Lourdes (Ayacucho), Lourdes (Ayacucho), Jasperoide (Cuzco), Tajo Pampacancha (Cuzco), Huacullo (Apurímac), Santo Domingo (Apurímac) y Yumpag Carama Fase 3 (Pasco) (Ministerio de Cultura).

Si bien treinta procesos de consulta previa en minería son importantes, no solo debemos quedarnos con la cifra aritmética, sino que también se debe analizar a fondo cómo se han dado los procesos de consulta previa. En ese sentido, una gran crítica se ha levantado: en la gran mayoría de procesos de consulta previa en minería no se llevó a cabo la etapa de diálogo.

El reglamento de la Ley señala en su artículo 19.4⁴ que, en caso los representantes de los pueblos idóneos se encuentran de acuerdo con la medida consultada, se concluye el proceso de consulta previa y se toma el acta de evaluación interna con acta de consulta. De esta forma, por lo que dice el propio texto de la normativa de la consulta previa peruana podríamos prescindir de la etapa de diálogo. Esto es lo que ha pasado con la mayoría de los procesos de consulta previa en minería.

Leyendo las actas finales de múltiples procesos de consulta previa, nos damos cuenta de que no se ha llevado al etapa de diálogo porque los pueblos indígenas consultados determinaron, en su etapa de evaluación interna, que estaban de acuerdo con la medida consultada y que no se debería llevar a cabo al etapa de diálogo. Las medidas consultadas en los procesos mineros son las

⁴ Artículo 19 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa – Decreto Supremo N° 001-2012-MC.
Etapa de evaluación interna:

19.4. En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas señalen que se encuentran de acuerdo con la medida, concluye el proceso de consulta. La autoridad toma el documento indicado en el numeral anterior, en que se señala el acuerdo, como Acta de Consulta. En caso de que los o las representantes de las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas presenten modificaciones, aportes o propuestas, tales servirán para iniciar la etapa de diálogo propiamente dicha.

autorizaciones para inicio de exploración o explotación o las autorizaciones de transporte de minerales.

La ausencia de una etapa de diálogo puede deberse a dos factores y tienen una gran consecuencia negativa. A continuación, veremos punto por punto estos enunciados.

La decisión de no tener una etapa de diálogo puede deberse a que, cuando se realiza el proceso de consulta previa, la actividad minera, a diferencia de la hidrocarburífera, se encuentra ya muy avanzada. Mientras que en hidrocarburos la consulta se realiza cuando ni siquiera una empresa ha recibido la concesión, en el campo minero la consulta se realiza muy después, no solo cuando ya existe una empresa minera concesionaria, sino cuando esa ya ha entablado relaciones sociales con la comunidad nativa o campesina.

La actividad minera se encuentra muy avanzada cuando se realiza la consulta previa. La empresa minera ya ha recibido la concesión minera y ha entablado un proceso de negociación con la comunidad dueña del suelo para acceder al mismo. Es decir, cuando llega el Estado a iniciar un proceso de consulta previa, ya existe una empresa que tiene una relación muchas veces cercana con la comunidad, con lo que se condiciona su predisposición con respecto a la medida consultada.

Imaginemos, si ya una comunidad tiene un contrato de servidumbre o arrendamiento por su predio con una empresa, ¿creemos realmente que se opondrán al proceso de consulta previa donde se consulta si dicha empresa podrá o no iniciar la exploración/explotación de la concesión? La forma en que está diseñada y programada la consulta previa en la actividad minera condiciona el juicio y posicionamiento de los pueblos indígenas consultados, haciendo muy complicado que ellos muestren alguna discrepancia.

La ausencia de una etapa de diálogo resulta complicada, debido a que, más allá del acuerdo al que puedan llegar los pueblos indígenas y el Estado, es la etapa de diálogo el momento indicado para llegar a acuerdos no necesariamente ligados a la medida consultada. Mientras otros pueblos indígenas aprovecharon la etapa de diálogo para arribar a acuerdos de entrega de bienes necesarios para la sobrevivencia o cumplimiento de servicios, los pueblos que suprimen su participación en la etapa de diálogo no obtienen mayores beneficios de parte de la actividad económica por desarrollarse.

Al igual que la actividad hidrocarburífera, la consulta del inicio de actividades de exploración o explotación minera tampoco ofrece información suficiente como para que los pueblos indígenas consultados tomen una deci-

sión adecuada sobre el caso concreto. De esta forma, al igual que lo sugerimos con las actividades de hidrocarburos, lo ideal sería que se someta a consulta previa no la resolución administrativa que autoriza la exploración/explotación minera, sino la resolución administrativa que aprueba el instrumento de gestión ambiental y que recoge todos los impactos ambientales, sociales y culturales de la actividad minera.

Como hemos visto, tenemos mucho por mejorar en materia de consulta previa en los campos de minería e hidrocarburos, en especial de la oportunidad de la medida a ser sometida a consulta (o es muy antes como en hidrocarburos o muy después como en minería). Lamentablemente, el principal problema de la consulta previa sigue siendo otro: la aplicación del acuerdo previo, figura que termina restando el contenido a la consulta previa. A continuación, analizaremos dicha figura.

6. EL ACUERDO PREVIO: ¿SOCAVA LA CONSULTA PREVIA?

Para hablar del acuerdo previo tenemos que remitirnos primero a la importancia fundamental de la tierra para los pueblos indígenas. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha desarrollado ampliamente el concepto de territorio indígena en su jurisprudencia. En específico, su sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua señala:

149. (...) Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; **la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.** Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (2001). [Énfasis agregado].

Asimismo, en su sentencia Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte IDH señala que el territorio es vital para que perduren los estilos de vida del pueblo indígena:

82. (...) **La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka.** Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral

y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos” (2007). [Énfasis agregado].

A pesar de la importancia del concepto de territorio de pueblo indígena, una serie de normas fueron emitidas en el Perú y, en teoría, han menguado la protección de esta tierra. Estas normas permitirían el establecimiento de la institución del acuerdo previo. A continuación, analizaremos el acuerdo previo y la forma en que esta figura socava no solo al territorio indígena, sino también a la consulta previa.

El acuerdo previo es una figura que nace a mediados de 1995, con la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, más conocida como la “Ley de Tierras”. Esta norma establecía en su artículo 7⁵ que la explotación minera requiere un acuerdo previo con el propietario de la tierra.

Al año siguiente, en 1996, la Ley N° 26505 fue modificada por la ley N° 26570, con la cual se ofrece otra opción al agente que quiere realizar actividad minera u obtener un acuerdo previo con el propietario del suelo o iniciar un proceso de servidumbre⁶. La necesidad del acuerdo previo se vio propulsada por el cambio constitucional que había ocurrido un par de años antes, en 1993, al catalogar las tierras de las comunidades nativas y campesinas como imprescriptibles, y ya no como inalienables. Con ello, las tierras de las comunidades nativas y campesinas se podían vender a cualquier postor.

Vale mencionar que el concepto de tierra y territorio indígena es muy complejo. Un mismo pedazo de tierra puede considerarse propiedad de una familia de comunidad y al mismo tiempo pertenecer a una extensión mayor de territorio de una comunidad o pueblo indígena. Según las autoras Ruth

⁵ Artículo 7 de la Ley N° 26505:

Sin acuerdo previo con el propietario de las tierras, no procede establecer derechos de explotación minera. En caso que el yacimiento sea considerado por acuerdo del Consejo de Ministros de interés nacional, previo informe del Ministerio de Energía y Minas, el propietario será compensado previamente, por el titular del derecho minero con el justiprecio y la indemnización correspondiente.

⁶ Artículo 7 de la Ley N° 26570:

La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley (...).

Meinzen-Dick y Rajendara Pradhan (2006), el territorio indígena recae en el concepto de *umbrella* o *sombrilla*, bajo el cual se consideran derechos de uso y derechos de toma de decisiones de control y regulación (p. 6).

Como el proceso de servidumbre administrativa es tan complejo (debe pasar por distintas instancias dentro del Ministerio de Energía y Minas), los concesionarios prefieren adquirir directamente las tierras (Gamarra, 2010, p. 52), es decir, el acuerdo previo termina convirtiéndose en una compraventa de la tierra indígena por cuestiones prácticas. Esta operación se da posteriormente a la obtención de la concesión, pero antes de la realización de la consulta previa (que, recordemos, está atado a la autorización de inicio de actividades de exploración y explotación), con lo que se abre la siguiente pregunta: si un pueblo indígena ya tiene un acuerdo civil (compraventa, servidumbre o alquiler) con una empresa por el acceso al suelo, ¿rechazará posteriormente la continuidad del proyecto mediante la consulta previa?

La respuesta a la pregunta de arriba es que obviamente no. Si un pueblo indígena ya está inmerso en una relación económica con una empresa, luego será muy complicado que manifieste un rechazo a la actividad económica en el proceso de consulta previa. En otras palabras, el acuerdo previo termina por restar de contenido e incluso sabotear a la consulta previa.

Esto se agrava aún más cuando consideramos que el acuerdo previo hace que entablen una relación contractual de años antes que la mayoría de veces presentan una situación desequilibrada. Por un lado, la empresa extractiva cuyo *know how* y experiencia gira en torno a cerrar acuerdos previos por actividades extractivas; mientras que, por otro lado, se encuentran las comunidades campesinas y nativas que muchas veces no tienen los conocimientos técnicos requeridos para entablar estas complicadas negociaciones mineras o hidrocarbúferas. El premio Nobel Joseph Stiglitz es claro en señalar que las empresas extractivas tienen “posición de ventaja debido a las asimetrías en términos de capacidad de negociación y en materia de información” (2008, p. 12).

La capacidad de negociación es lo que se conoce en el derecho anglosajón como *bargaining power* o en el derecho romano como “libertad de contratación”. Este derecho está reconocido en los artículos 62 de la Constitución⁷

⁷ Artículo 62 de la Constitución Política del Perú:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo

y 1354 del Código Civil⁸ y puede ser definido como el “derecho de regular el contenido de los contratos, o sea los derechos y obligaciones de las partes” (Kresalja y Ochoa, 2009, p. 280). En el contexto de actividades extractivas se resalta aún más las diferencias en la libertad de contratación entre empresas y comunidades. Así lo resalta adecuadamente el abogado Juan Carlos Ruiz Molleda del Instituto de Defensa Legal:

Las empresas, aprovechando la situación de miseria y el desconocimiento que las comunidades campesinas tienen del verdadero valor comercial de sus tierras, pagan precios ínfimos por las mismas, que en otras condiciones no pagarían. Es decir, si esas comunidades supieran el verdadero valor de sus tierras por los recursos mineros y la renta que estos generarían, venderían a un precio mucho mayor, pero al no tener la información necesaria, existe un aprovechamiento por parte de las empresas sobre esta situación y sobre la pobreza y la miseria en que viven estas comunidades, todo lo cual acarrea un vicio de nulidad respecto del contrato.

A pesar de que muchas veces el acuerdo previo puede resultar en un acuerdo desequilibrado para las partes, no encontramos un remedio dentro del derecho civil para reivindicar la postura más desprotegida. El desequilibrio contractual que puede derivar en un desconocimiento particular del lado del pueblo indígena podría conllevar a lo mucho a una indemnización, mas no a la anulabilidad del contrato. Otra opción podría ser el de la aplicación de la lesión⁹, pero este recurso resulta casi imposible de aplicar, debido a que es muy difícil probar los prerequisites de “estado de necesidad” del afectado (la comunidad), pero sobre todo el de “aprovechamiento de la parte beneficiada”.

se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

⁸ **Artículo 1354 del Código Civil:**

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

⁹ **Artículo 1447 del Código Civil:**

La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

Como vemos, mantener el concepto de acuerdo previo resulta altamente perjudicial. En primer lugar, porque promueve una negociación desequilibrada entre dos partes que claramente tienen diferentes niveles de libertad de contratación, por lo que se terminan consiguiendo acuerdos inadecuados y poco sostenibles en el tiempo. Prueba de ello son los conflictos mineros de Las Bambas y todo el Corredor minero del Sur.

Asimismo, el acuerdo previo resulta dañino porque termina por socavar el posterior paso de la consulta previa, restándole de contenido al crear ya una relación previa y muchas veces dependiente entre la comunidad y la empresa extractiva. Por ello, una real reforma que busque mejorar la aplicación de la consulta previa debe pasar por una real reforma de la figura del acuerdo previo.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Como la reforma de la figura del acuerdo previo no está en agenda, un paliativo para esta situación desfavorable con los pueblos indígenas puede ser el reenfoque del instrumento de gestión ambiental (IGA). Los IGAs son los estudios que permiten identificar los reales impactos ambientales, sociales y culturales de un proyecto extractivo.

Por ello, sería ideal que la consulta previa en actividades extractivas sea reconducida a consultar los instrumentos de gestión ambiental (como los EIA). Si se realizará esto, los pueblos indígenas consultados tendrían la posibilidad de recibir real y adecuada información sobre los proyectos y, así, tomar una decisión adecuada sobre el mismo o, en todo caso, tener una mejor posición para negociar acuerdos.

Este cambio, claro, tendría que pasar por un consenso entre dos sectores que parecen más en disputa que en coordinación durante los últimos tiempos: Energía y Minas, y Ambiente. El Servicio Nacional de Certificación Ambiental (SENACE) es el ente encargado de aprobación de los IGAs y tendría que ser el ente encargado de realizar los procesos de consulta previa de estos instrumentos. Para ello, se requiere un reforzamiento del SENACE, tanto a nivel de importancia de la institución como a nivel de los funcionarios con los que cuenta.

Tal como se ha visto a lo largo de este escrito, existe un avance en el tema de la consulta previa, pero es imperioso mejorar varios temas en torno a este proceso o procesos relacionados, como el acuerdo previo. Pero lo que tal vez resulta más importante es repensar nuestras instituciones. El Estado ha funcionado años, sino siglos de espaldas a los más vulnerables, como es el caso de los pueblos indígenas.

Por ello, toca encontrar nuevos mecanismos desde el propio Estado para reivindicar derechos de poblaciones minorizadas como los pueblos indígenas y conseguir una mejor defensa de los derechos que tienen pendiente por mejorar hace años como el de la consulta previa. Esto se marca a partir de realmente establecer una institucionalidad intercultural dentro del Estado peruano.

En los últimos tiempos se han dado avances, como el nombramiento de la dirigente shipibo-konibo Rocilda Nunta Guimaraes como viceministra de Interculturalidad, que es la dependencia del Ministerio de Cultura encargada de los asuntos referidos a los pueblos indígenas. Este ha sido un paso importante, aunque aún insuficiente. Esperamos que en los próximos años el Estado peruano tome medidas más asertivas y adecuadas para reivindicar los derechos de los más de cincuenta pueblos indígenas que viven en nuestro país.

8. LISTA DE REFERENCIAS

- Camborda, R. (2013). *Informe de inventario y análisis de las medidas administrativas del Ministerio de Energía y Minas - MEM, Subsector Minería, y del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico - INGEMMET, que deben ser consultadas en el marco de la Ley N° 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT*. CIES Consorcio de investigación económica y social. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1s7cc8k.18>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Sentencia C-79. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia del 31 de agosto.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Sentencia C-172. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre.
- Gamarra, C. (2010). Los problemas que enfrenta el concesionario minero ante el procedimiento de servidumbre minera. *Revista Derecho y Sociedad*, (35), 52-61.
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial PUCP.
- Meinzen-Dick, R. y Pradhan, R. (2006). Pluralismo legal y derecho dinámicos de propiedad. *Revista Debate Agrario*, 40-41. CEPES.
- Ministerio de Cultura. (s/f). Procesos. <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso>

- Ruiz, J. (s/f). *¿Son válidas las compras que las empresas mineras hacen de las tierras de comunidades campesinas a precios ínfimos?* <https://www.alainet.org/es/active/50953>
- Stiglitz, J. (2008). *Recursos Naturales, Desarrollo y Democracia*. Grupo Propuesta Ciudadana.
- Yrigoyen, R. (2012, 16 de abril). *¿En qué casos se requiere el consentimiento previo, libre e informado?* IUS 360, abril 2012. <https://ius360.com/en-que-casos-se-requiere-el-consentimiento-previo-libre-e-informado-parte-i/>