



Mesa Redonda con Luis Carlos Rodrigo Prado<sup>(\*)</sup>,  
Antonio Peña Jumpa<sup>(\*\*)</sup> y Ramón Huapaya Tapia<sup>(\*\*\*)</sup>

# Debate en torno a la **Ley de Consulta Previa**<sup>(\*\*\*\*)</sup>

Finalmente, en noviembre del año 2011, se promulgó la esperada Ley 29785 - Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Ley de Consulta Previa). Dicha norma nace con el objetivo de solucionar los constantes conflictos que se han venido produciendo entre los diversos sectores económicos (especial, más no exclusivamente, en el sector minero) y los denominados “pueblos originarios” por los proyectos de inversión que los primeros desarrollan en territorio de los últimos, afectándolos directa o indirectamente. Se busca, pues, crear un equilibrio entre los intereses de ambos, en sintonía con los intereses del país.

No obstante, se ha discutido mucho respecto de la verdadera utilidad de la norma, cuestionándose su objetivo y su posibilidad de funcionar como una verdadera herramienta en la solución de conflictos.

Conscientes de lo actual y relevante del tema, IUS ET VERITAS ha reunido a tres expertos quienes, desde su especialidad, agitarán el debate y nos comentarán las diversas problemáticas surgidas en torno a esta controvertida norma.

## **1. Mucho se ha criticado la incidencia práctica de la Ley de Consulta Previa, cuestionándose su eficacia para dar una real solución a los conflictos. Desde su perspectiva, ¿cuál es el impacto que ha generado la Ley de Consulta Previa y**

---

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho por Yale University, Beca Fulbright. Beca Ford Foundation para Investigación de Arbitraje Internacional. Vicepresidente del Comité Minero de la Internacional Bar Association. Profesor de Derecho Minero en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio Decano de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

(\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Antropología por la misma casa de estudios. Estudios de postgrado en Refugee Studies Programme en University of Oxford. Doctor por Katholieke Universiteit Leuven en Bélgica. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(\*\*\*) Abogado *summa cum laude* por la Universidad de Lima. Estudios de postgrado en Regulación por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

(\*\*\*\*) La presente Mesa Redonda fue realizada y grabada por Juan Carlos Girao, Natalia Mori y Carlos Ríos, miembros de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Agradecemos a Rodrigo, Elías & Medrano Abogados por la amable cesión de un espacio para llevar a cabo su grabación y a los participantes por el tiempo y las facilidades brindadas.

## **cómo influirá tanto en los agentes económicos como en la población?**

**Ramón Huapaya Tapia (RHT):** En primer lugar, quiero agradecer la cordial invitación de IUS ET VERITAS para participar en esta mesa. Yo intervengo aquí a título de profesor de Derecho Administrativo más que desde un punto de vista del ejercicio profesional. Después de mucho tiempo de práctica en el Ministerio de Energía y Minas, me he incorporado al estudio Rodrigo hace dos meses, por un cambio y una forma de ver la profesión desde su propio lado, perspectiva que es muy distinta a la visión que se tiene desde el sector público y eso, definitivamente, aunque uno no lo desee, influye en la forma en cómo se ven las cosas. Agradezco también la oportunidad de estar junto al doctor Peña Jumpa y al doctor Rodrigo Prado, especialistas en sus campos respectivos; pues me honra bastante.

En cuanto al tema de la primera pregunta, creo que existen dos niveles. Tal vez una respuesta muy cómoda o muy fácil puede ser que, debido a que la Ley ya está dada, hay que tratar de darle efectividad práctica. Sin embargo, tenemos dos caras. Lo primero es que aquella tiene incidencia no solo en el Perú, sino en todo Latinoamérica. Ya hay países como Colombia o Chile que tienen experiencias bastante importantes en la aplicación de esta normativa de consulta previa vinculada al Convenio 169 de la OIT, lo cual tiene influencia no solo en el tema ambiental, no solo en el tema de los derechos de los pueblos indígenas; sino también en la legislación sectorial. El impacto normativo a nivel latinoamericano es bastante fuerte.

Desde dos puntos de vista, esta Ley puede ser vista tanto de forma positiva como negativa. Existen sectores que prefieren un *statu quo* bastante conservador y, por tanto, para ellos la Ley es negativa *per se*. Por otro lado, existen personas para quienes la Ley trataría de dar soluciones a todos los problemas y conflictos, lo cual a considero es una posición bastante irreal.

La norma pretende crear un nuevo escenario de relaciones que tengan que ver con la afectación probable o no de los derechos de pueblos indígenas, con relación a medidas legislativas o administrativas de los estados, que puedan afectarlos. Hay que puntualizar también que el Convenio 169 es una norma que, desde mi inexperto punto de vista y habiendo revisado los manuales de la misma OIT, ha sido pensada para pueblos que no están realmente integrados en

un modelo jurídico-cultural occidental, que no se sienten parte, por ejemplo, de la nación peruana, sino de una nación distinta y por ello necesitan un medio especial para canalizar su voz. Lo digo porque, desde el punto de vista de participación administrativa, las leyes peruanas ya contemplan, antes del Convenio, bastantes mecanismos de participación; por ejemplo, dentro los estudios de impacto ambiental, dentro del ejercicio de derecho de petición; además, los ciudadanos tienen a su disposición acciones legales como el Amparo o la acción de cumplimiento para tutelar sus derechos. Si son ciudadanos peruanos, ellos tienen todas estas posibilidades. Entonces, hay que tener un plano bidimensional para ver que esta norma ha sido pensada para cierto tipo de pueblos indígenas, para cierto tipo de realidades en que estos no están insertos dentro de la estructura jurídica occidental, que es la impuesta por el Estado de todos los países.

Sin embargo, existe otro tema. Es que la Ley, de por sí, no genera impacto negativo por sí misma y tampoco es una panacea. Lo que genera es un espacio adicional de evaluación de los impactos que las decisiones legislativas y administrativas del Estado ocasionen en los pueblos. Entonces, lo que temo es que, con todo lo positivo que pueda tener la norma, esta pueda crear un escenario más complejo de los procedimientos administrativos vinculados a los distintos sectores y las medidas legislativas asociadas. Porque el escenario de indefinición creado a partir de la Ley, tiene un carácter negativo y es que, al igual que el borrador del reglamento que está circulando, no llega a establecer con claridad diversos temas, va a generar conflictos posteriormente y va a generar incertidumbre. Entonces, al margen de lo positivo que pueda ser, en el marco del 169, creo que no se está midiendo el impacto que esta norma va a causar no solo en las inversiones, sino en la capacidad del Estado para administrar sus normas, que van a ser



## Mesa Redonda con Luis Carlos Rodrigo Prado, Antonio Peña Jumpa y Ramón Huapaya Tapia

sometidas a este filtro. Por ejemplo, desde mi experiencia en el Ministerio de Energía y Minas, ya había reglamentos de participación ciudadana específicos y aplicables, que eran considerados por el Tribunal Constitucional como suficientes, con ocasión de una acción de cumplimiento interpuesto por el AIDSESP; entonces se dictó el Reglamento de Consulta de la Actividad Minero Energética y a partir de ahí sale esta ley, que creo yo no ha sido muy bien planificada, de tal forma que pueda encajar con todo el marco normativo existente. Probablemente tendrá *encontrones* con la legislación sectorial. Desde el punto de vista normativo, el impacto será muy fuerte, a pesar de que, quizás, aún no se percibe. Por tanto, más que sobre los ciudadanos, la repercusión sobre las inversiones y sobre el desarrollo del aparato administrativo será muy importante.

**Antonio Peña Jumpa (APJ):** Yo también quiero agradecer a IUS ET VERITAS por esta invitación y por compartir la mesa con Luis Carlos y con Ramón. También agradezco las palabras de Ramón, aunque no creo que sean pertinentes, en tanto que probablemente él sepa mucho más que nosotros sobre este tema. Yo quiero responder tal vez de forma más directa la pregunta, ya que Ramón ha tratado muchos otros temas que seguramente se verán más adelante.

Particularmente, considero que la Ley de Consulta Previa va a ser muy eficaz, debido a que el sistema de justicia y el sistema económico de nuestro país no han hecho válido el derecho a la consulta previa que está en el Convenio 169 desde el año 1994, ratificado por nuestro país y en vigor desde el año 1995. No lo han hecho posible, no lo han hecho eficaz por falta de una norma específica. Se ha dado la ley y, por tanto, se dice que ya es posible la aplicación de este derecho a la consulta previa; sin embargo, ahora se está esperando el reglamento para que se haga posible el derecho, lo cual me parece absurdo en términos jurídicos y de Teoría General del Derecho. Entonces, en ese sentido, la norma es eficaz, y ese es un derecho reconocido a nivel constitucional, ya que este convenio tiene rango constitucional, por lo que va a tener viabilidad práctica. Al margen de esto, resulta discutible determinar desde cuándo puede ser exigido el derecho a la consulta previa, mas se trata de otro tema.

En cuanto al nivel de impacto, ciertamente podemos hablar de dos extremos. Hay un extremo que acepta la norma como bienvenida, así como el derecho para los pueblos a los que les es aplicable. Hay otros que la consideran una torpeza,

para las inversiones privadas sobre todo. Ahí encontramos los dos extremos y, en el medio, muchos que buscan conciliar esos dos puntos de vista. Entonces, a nivel de impacto, para los empresarios ciertamente la Ley no es muy conveniente, ya que se tienen que ajustar a una nueva manera de proceder para hacer posible su inversión y, a nivel de la población, esta se encuentra en una posición más favorable; pues, si reparamos en los procedimientos que ya estaban estatuidos en la legislación administrativa, estos no hacían eficaz un derecho a la consulta previa, simplemente informaban. Si se pregunta a las personas que han tomado parte en dichos procedimientos de consulta o información a la población, se notará que, por ejemplo, un estudio de impacto ambiental que se hace presente en la población en un idioma que no conocen o se conocen muy poco y, además, utilizando conceptos que entienden, no puede ser objeto de discusión o de aprobación. Esto es lo que ocurría anteriormente. Con la nueva Ley de Consulta Previa y su reglamento, esperemos el derecho sea mejor entendido y mejor elaborado y pasemos a mejorar la situación.

**Luis Carlos Rodrigo Prado (LCRP):** También agradezco la invitación de IUS ET VERITAS. Me parece una excelente idea poder compartir, de distintas formas, opiniones o visiones que realmente ayudan a aclarar diversos aspectos que, creo yo, contribuyen a buscar soluciones a este tema. Yo realmente tengo una visión un poco distinta a la de Antonio y, creo, también distinta a la de Ramón.

Creo que partimos de un mundo existente en el que, como parte de la democracia, es importante escuchar a todos y el derecho de consulta está vinculado a esa visión del mundo, que implica la participación de distintos actores con sus opiniones. Pero esto no quiere decir que todos los actores puedan tener capacidad de decisión. Justamente el

## Debate en torno a la Ley de Consulta Previa

Estado se organiza para que la sociedad pueda convivir, estableciendo determinados tipos de agentes de decisión y agentes de acción en diversas actividades, materias, etcétera. Entonces, la discrepancia de origen que tengo es cómo se está entendiendo la Ley de Consulta Previa y cómo se está entendiendo el Convenio 169. Es sintomático que este último solo haya sido suscrito por países sudamericanos y algún país europeo del norte, con la idea de facilitar la canalización de la ayuda económica a los países del tercer mundo; pero la mayoría de países que han utilizado sus recursos naturales de origen para impulsar el desarrollo del país, no han suscrito, ni piensan suscribir, algo como dicho convenio, porque la visión que plantea es bastante retrógrada, bastante divergente de lo que es el mundo hoy en día.

Y, ¿por qué digo esto? Porque, para empezar, impone en el Estado una carga inmensa, que es financiar y llevar adelante consultas respecto de medidas legislativas y administrativas. Sobre las primeras, efectivamente, me parece que es pertinente escuchar, implementando mecanismos para que ciertos actores que tradicionalmente han estado excluidos que no tienen oportunidad de emitir o comunicar su opinión, puedan hacerlo. Personalmente sí tengo mucho más dudas respecto de las medidas administrativas que se cubren en el Convenio 169 y también en la Ley de Consulta Previa.

Entonces, siguiendo este punto de partida, en el que la Ley de alguna manera impone al Estado una nueva carga; desafortunadamente, nuestro país no tiene las capacidades ni económicas, ni de preparación, competencia, ni especialización para poder cumplir adecuadamente con un procedimiento de esta naturaleza, lo que va a determinar que la eficacia real de la norma sea muy pequeña. En su lugar, creo que está generando expectativas inmensas que no van a contribuir a resolver los problemas, sino que, probablemente, y lamentablemente, ocasionen su aumento. Yo coincido con Antonio en que, en el pasado, los mecanismos que se han utilizado no han sido perfectos, no han tenido la eficacia adecuada, pero creo que estábamos en el camino correcto para corregirlos, para concretizar los mecanismos que no existían y volverlos más prácticos y más eficaces; en lugar de buscar un mecanismo distinto, que es encargarle al Estado estas consultas, porque, en general, este es menos eficiente.

Entonces, junto a este incremento de expectativas, tenemos por el otro lado una confusión en los objetivos que persigue

este mecanismo de la consulta previa y, obviamente, en la forma y detalles en los cuales debe realizarse. Esa es la razón por la cual el proyecto del reglamento que existe es uno muy abstracto y se va a dejar a los sectores que elaboren reglamentos adicionales; lo cual es muy peligroso y no es la manera más adecuada de solucionar este tema, puesto que van a existir discrepancias y diferencias entre sí. Esto genera incertidumbre y demoras, no en la inversión privada exclusivamente, sino en la inversión pública; puesto que, finalmente, este mecanismo debe ser aplicado para cualquier tipo de medida administrativa y esto impacta en la inversión privada y en la inversión pública. Yo creo que la empresa privada, en general, sobre todo la vinculada a recursos naturales, entiende que lo que se hizo en el pasado no puede continuar ocurriendo. Es indispensable que exista una interacción positiva con su entorno, con los grupos de interés vinculados a su actividad y que para eso es necesario brindar información, tal como ocurría con los mecanismos anteriores, lo cual es indispensable y escuchar las opiniones de las personas que puedan sentir que pueda haber un impacto directo en ellos.

Honestamente, yo no sería capaz de discutir aspectos técnicos de proyectos muy sofisticados como son la mayoría de casos de conflictos que deberían llegar a consulta; pero también hay que hacer una diferencia, puede ser una inversión de \$100,000, como una de \$3 mil millones la que genere una necesidad de consulta previa y eso va a hacer que el Estado tenga la necesidad de mil, cinco mil, tres mil consultas previas al año. Entonces, aquí veo un problema práctico muy grande. En consecuencia, me parece que el enfoque, tanto del Convenio 169 como de la Ley de Consulta Previa, no es el adecuado. Sí creo que se debe buscar un mecanismo de participación que permita lograr un verdadero intercambio de opiniones y la posibilidad de explicar a las poblaciones que tienen preocupaciones,



## Mesa Redonda con Luis Carlos Rodrigo Prado, Antonio Peña Jumpa y Ramón Huapaya Tapia

temores o dudas respecto de la actividad o inversión que se va a realizar en su entorno y que conozcan esos detalles y den su opinión. Es muy difícil buscar un mecanismo cuyo objeto sea determinar si se lleva o no un proyecto.

### **2. Respecto del contenido de la norma, ¿qué tipo de medidas legislativas o administrativas son objeto de consulta previa? Y, ¿deberá el reglamento de la norma identificar claramente los tipos de medida a ser consultadas o, quizá, la intención sea la de someter a todo tipo de medida administrativa?**

**RHT:** Lo que determina la norma es que todo tipo de medidas van a tener que ser consultadas. Desde el punto de vista legislativo, habría consulta en materia de leyes, de proyectos de ley, de decretos legislativos, incluso. No queda claro si es que la legislación de urgencia también estaría incluida, lo cual sería un tema bastante complicado. Se supone que la legislación de urgencia es una que permite al Ejecutivo salir fuera del procedimiento legislativo para normar materias que necesiten algún tipo de celeridad, algo totalmente imprevisto. La norma no define con claridad cuáles van a ser los supuestos. Y desde el punto de vista administrativo tampoco. Hay una generalidad indeterminada, cualquier medida administrativa que pueda afectar o que pueda llegar a causar incidencia en los pueblos, cualquier acto administrativo estaría incluido.

¿Cuál es el tema relevante? Yo considero, de acuerdo con lo señalado por Luis Carlos Rodrigo, que este es uno de los puntos sobre los cuales la norma va a generar mayor polémica y discusión. Es justamente donde la norma tiene bastante peligro de no llegar a ser lo que ella prometía. Hacer un procedimiento de consulta previa es bastante costoso y bastante largo. Aun cuando tenga plazos aparentemente breves, este va a ser un tipo de procedimiento en el que habrá actores con distintos orígenes, diferentes intenciones, diferentes historiales, grupos pacíficos, grupos violentos; en general, va a ser bastante complicado canalizar esa voluntad que está dentro de la comunidad. Entonces, la norma debería haberse centrado en tratar de hacer un sistema de dos niveles en los que se consulte a los pueblos indígenas solo para algunos tipos de medidas legislativas y administrativas y dejar al resto de un modo que se entienda que la consulta se cumple

con la legislación sectorial. Sin embargo, la Ley no distingue la magnitud de la medida, sino pareciese que todo acto administrativo del Estado pueda ser consultado. Esto va a generar problemas de falta de recursos, falta de medios para poder realizar la consulta y, lo peor de todo, no va a haber legitimidad.

Si bien el objetivo de la Ley era crear legitimidad para las decisiones administrativas, tal vez aquella esté en crisis; pero no porque el Estado no siga la voluntad popular, sino que la gente muchas veces no cree y eso es un problema muy grave, un problema de institucionalidad del Estado. No puede ser posible que un estudio de impacto ambiental que haya sido evaluado por muchas personas, que tenga opiniones de muchas autoridades transectoriales, que tenga el apoyo de poblaciones enteras y demás, sea cuestionado y tenga que realizarse nuevamente, conjuntamente con una revisión, un peritaje. Esto implica que las personas, en general, no creen en el resultado de las acciones estatales. Es por ello que en el procedimiento decisorio de estas medidas legislativas o administrativas, deben existir espacios para la participación ciudadana efectiva; pero no como un derecho de veto, no como un derecho de restringir o prohibir la actividad, sino como lo que es la participación ciudadana, que es expresar las opiniones, darles cabida y reflejarlas en los resultados finales. Si las personas plantean observaciones, compromisos y demás, lo pueden hacer formalmente en los procedimientos y quizás llegar a acuerdos consensuales, como en otros países que se prevé esto y que las autoridades administrativas reconozcan estos acuerdos contractuales y que los incorporen, por ejemplo, a los estudios de impacto ambiental, vinculando a las partes que han participado. Si existen demasiadas divergencias, la consulta simplemente no servirá para nada, lo cual solo ocasiona el menoscabo a la legitimidad. Por lo tanto, el Estado debe ser muy cuidadoso para

## Debate en torno a la Ley de Consulta Previa

determinar qué tipo de medida va a ser consultada. Si se lleva a cabo con cualquier acto administrativo, la norma va a ser un fracaso, generando más conflicto cuando lo que planteaba inicialmente era una solución.

**APJ:** Esto se trata más bien de un reto. Primero, de comprender qué quiere este derecho de consulta previa, sobre el contenido que se consulta, objeto de discusión. Entonces, cuando se habla de medidas legislativas y administrativas se incluye un conjunto de actos del Estado y cuando se trata del agregado “que afecte directamente a las comunidades o al grupo bajo protección”, en realidad sí se está cubriendo casi todo el universo de normas posibles del Estado vinculadas a estos grupos. Sobre eso, hay que partir de ese entendimiento; a partir de allí hay que comenzar a establecer los criterios, los procedimientos, las etapas, la riqueza que significa el derecho a la consulta, puesto que si no lo entendemos y lo vemos como un riesgo (como decía Ramón que podría venir un desastre legislativo o administrativo), entonces ya tenemos un prejuicio y es uno que no va a ayudar a mejorar nuestras relaciones humanas, porque al final, lo que está de por medio en ese tema, no es solamente la inversión privada, no es solamente la inversión pública, no es la vigencia o la legitimidad formal del Estado; sino que se trata de un derecho material, es una sociedad democrática, es lo que todos ansiamos, una sociedad bajo un sistema económico de mercado social, como lo establece la misma Constitución; entonces, eso es lo que debemos contemplar.

En la relación con estos grupos históricamente ha existido maltrato, en esto coincidimos con Luis Carlos, no ha habido un buen trato. Las empresas tuvieron la oportunidad de hacerlo en la década de 1990 y en el 2000 tuvieron la brillante oportunidad, con un gobierno más democrático, de poder hacerlo. Yo estuve fuera del país durante la última década; pero, de lo que logré enterarme es que las empresas no se adaptaron a la situación. Esa fue la oportunidad para evitar, precisamente, que viniera un *cargamontón* contra ellas. Allí existe un prejuicio ante todo, y lo que debemos hacer en estos momentos es superarlo. No debemos tenerle miedo a esta posibilidad de consultar las medidas legislativas y administrativas.

Yo no creo que deban ser especificadas. Esto generaría muchos problemas y sería inconstitucional. El reto está en determinar qué actos serán consultados en la práctica.

Por ejemplo, cuando se emiten los famosos decretos de urgencia que generaron conflictos como el de Bagua y pudieron ser previstos, eso demuestra que dichas normas no deben darse. Eso resulta evidente. Pero, ni el Gobierno, ni los grupos de poder económico, que están presentes alrededor de aquel, lo comprendieron. Entonces, de esta situación, se va al otro extremo y, entonces, lo que ahora debemos buscar es cómo entender a este último y cómo avanzar a una etapa posterior de concesiones. Es cierto, de un extremo se llega al otro, ¿por qué? Por las mismas causas de aquel. En uno de ellos existen grupos revoltosos, extremistas, hay de todo; pero por sobre ellos, hay una población y es una que ha sufrido muchísimo; entonces, hay que ver cómo escuchar a esas comunidades, a esos grupos sociales vulnerables como las víctimas de la economía o de la política social. Desde este punto, hay que buscar entender mejor las medidas legislativas y administrativas. No es necesario precisarlas, puesto que la práctica lo irá logrando con el tiempo.

**LCRP:** Yo discrepo. La Ley, tal como está redactada y también el Convenio 169 admiten perfectamente que se hagan diferencias entre las medidas administrativas y legislativas que deban ser objeto de consulta y las que no. Y esto parte de un criterio de realidad. Si se permitiera que cualquier acto administrativo se considerara como una medida posible de ser objeto de consulta, yo no creo que sería siquiera un riesgo, creo que sería un absurdo. El Estado no puede consultar cada acto administrativo que pueda tener un efecto directo en algún pueblo originario. En esa medida, creo que es indispensable que los reglamentos establezcan con claridad (puesto que lo que se busca aquí es evitar incertidumbres y evitar que se generen costos inmensos derivados de esa incertidumbre) qué actos deben ser consultados y debe establecer con absoluta precisión que, en el caso de medidas administrativas (actos administrativos



## Mesa Redonda con Luis Carlos Rodrigo Prado, Antonio Peña Jumpa y Ramón Huapaya Tapia

en muchos casos) no se trata de realizar consultas sucesivas respecto de una misma, para poner un ejemplo, inversión, sería absurdo y esto no puede ser buscado por una ley o un reglamento, generando costos inmensos, no solo para el Estado, no solo para las empresas o los inversionistas; sino para la población, porque yo coincido con aquí de lo que se trata es de buscar cómo logramos que esa interacción entre los pueblos que han estado abandonados durante muchísimas décadas y siglos, puedan ser incorporados a las oportunidades que el crecimiento del país está generando a muchos peruanos. Además, cómo conciliamos sus opiniones, sus preocupaciones y temores.

Aquí debemos partir de la premisa de que, por un lado, definitivamente nadie puede tener un derecho de veto por el simple hecho de estar ubicado en un determinado lugar. Es como si la gente que hoy viviera en la Vía Expresa hubiera podido decidir si es que se iba a expropiar sus inmuebles o no, lo cual los iba a afectar de manera directa y muy fuertemente, pero cuando para la ciudad era indispensable tener dicho corredor vial. Evidentemente esa gente iba a decir que no; pero hay un interés superior, un interés mayoritario, de justamente una población mayor que requería eso. Esto no quiere decir que se desatienda la situación de los afectados. En la mayoría de actividades mineras (que por lo menos yo si conozco con detalle), la afectación potencial de los derechos o intereses de las poblaciones aledañas, son mayoritariamente positivos y en pocos casos negativos.

Yo no concuerdo con Antonio en que las empresas no hayan sabido aprovechar su oportunidad. En la década de 2000, aquellas han hecho más por esas poblaciones en cinco o seis años de lo que ha hecho el Estado en cientos de años y la mayoría de poblaciones que han tenido la suerte de tener los recursos naturales, han logrado crear las oportunidades y el desarrollo para sus poblaciones inmensamente mayores a los que no los tienen. ¿Cuál es el problema en la mayoría de casos? Que las poblaciones un poco más alejadas quieren ser incluidas en los beneficios. Por ello, los habitantes más cercanos a la actividad son quienes la apoyan y quienes se oponen son los de la periferia. Creo que las empresas han sabido aprovechar la oportunidad ya ahora le toca al Estado establecer, con extrema precisión, qué medidas deben ser consultadas teniendo en cuenta lo que en la práctica se pueda realizar y lo que no se pueda.

**3. Se ha criticado la Ley tanto la misma no precisa si la Consulta Previa se debe llevar a cabo respecto de cada acto administrativo de manera independiente (como lo son, por ejemplo, la concesión o la autorización de exploración). Los críticos apuntan a que la Consulta debiere de realizarse como una autorización integrada, entendiéndose que cada acto administrativo pertenece a un único proyecto de inversión. ¿Qué opina respecto a lo señalado por la norma y de esta “autorización integrada”?**

**APJ:** De pronto la respuesta de Ramón va a ser la más pertinente en cuanto a cómo trabaja la Administración; pero yo voy a dar mi apreciación según lo que conozco de la realidad. Probablemente Luis Carlos conoce ambas perspectivas. En primer lugar, debe plantearse una consulta general y luego una consulta específica. Hay una consulta general que es sobre el proyecto y, por otro lado, la decisión administrativa o legislativa vinculado a él. Pongamos un ejemplo, una empresa ha descubierto que en un espacio territorial hay oro y sobre él, hay comunidades, quienes son las propietarias. ¿Cómo hace la empresa para ingresar a explotar dicho yacimiento? En este caso, la decisión administrativa que habría que consultar, es el otorgamiento de la concesión y, con el conocimiento y el interés de esta empresa; así como la información específica que se tenga, entonces debe haber una consulta general. Aquí vamos a discrepar con los colegas, pero estoy tratando de aproximarme a la realidad de cómo se

## Debate en torno a la Ley de Consulta Previa

podría negociar. Luego vendrán las etapas, que son las más importantes y deben ser objeto de consulta también; puesto que en la apreciación general, se requiere que la comunidad comprenda cuál es el efecto que va a tener la explotación minera y la exploración previa. Eso es un proceso y hay que entenderlo de tal manera. Si llega esa consulta general, es muy probable que las consultas específicas que vengan a continuación sean como complementos. Eso es lo que habría que saber en una apreciación si se quiere inicial a esta pregunta.

**LCRP:** Nuevamente discrepo con mi querido amigo Antonio. Yo creo que el momento de la consulta debe ser uno. Esto es debido a que nadie va a invertir millones de dólares si va a estar sujeto a la posibilidad de que le digan que no. Si yo voy a construir una casa, no voy a estar sujeto a que luego de invertir los primeros \$20,000; después le tenga que preguntar a la municipalidad si es que puedo continuar. Es absurdo. Si voy a hacer una consulta, la hago de manera integrada. Pero, más allá de eso, me parece que el argumento esencial es el momento en que hay que hacer la consulta; puesto que, a diferencia de lo que ha dicho Antonio, nadie descubre que hay oro y después empiezan los procedimientos. Para descubrir si hay oro hay que invertir durante unos siete años y luego hay que seguir invirtiendo para saber si lo que se ha descubierto es económicamente viable para la extracción. No hay proyecto de mediana o mayor envergadura que no haya demorado menos de veinte años en ser estudiado y desarrollado en su construcción. Y esta inversión que ha demorado tanto tiempo, no puede estar sujeta a constantes posibilidades de cuestionamiento. Entonces, la consulta tiene que ser una sola e integrada y tiene que ser al inicio de la posible actividad; pero en la minería eso es imposible, porque cuando yo solicito la concesión, no sé qué hay. Recién después de siete años de tenerla y explorarla, puedo saber si hay algo razonable e interesante. Como una anécdota, en la colonia británica y en Nueva Escocia en Canadá, los procesos de consulta se hacen recién cuando la etapa de construcción se va a iniciar, nunca cuando se va a otorgar la concesión o el derecho a explorar.

**RHT:** Voy a actuar como los jueces y adherir mi voto. Yo discrepo del doctor Peña Jumpa. Aquí nos encontramos frente a un tema muy concreto: los proyectos de inversión. Estos suponen, desde el punto de vista minero, energético y demás, una decisión que va a generar un gran impacto en el tema económico, pero también debe ser apreciada como

un conjunto; puesto que ningún inversionista o banco financiero va a poder permitir un esquema en el cual hayan tantos pasos y pueda estar sujeto a tantas contingencias. Lo que debería haber es un solo proceso de consulta. El tema que probablemente cause más polémica es el de la próxima pregunta; es decir, el momento en que se deba realizar la consulta. Por ejemplo, por citar el reglamento de consulta que estuvo vigente hasta hace poco en el sector energético, sí distinguía, para las concesiones energéticas o hidrocarburíferas, en las que sí se realizaba antes de la actividad; sin embargo, en el caso minero era prácticamente imposible. Con lo cual, hay que analizar la naturaleza de cada actividad extractiva, pues cada una tiene sus propias singularidades.

### **4. En torno al momento en el cual se debe realizar la Consulta, la Ley no precisa si esta se debe llevar a cabo antes o después del título habilitante, existiendo una clara indefinición. Desde su especialidad, ¿cuál es su perspectiva?**

**LCRP:** Coincido en que debe analizarse sector por sector. En ese caso, sí hay diferencias importantísimas en cada cual. En cuanto al sector minero, que es el que yo más conozco, me parece evidente que no es posible hacer la consulta antes de otorgar la concesión. Como dije antes, uno solo puede realizar actividades de exploración contando con la concesión. En consecuencia, en el momento de solicitarla, a lo que se está dispuesto es a arriesgar cantidades de dinero muy importantes para ver si se encuentra algo y la estadística mundial establece que de cada 1000 proyectos de inversión, solo uno o dos llegan a la etapa de explotación. En consecuencia, hacer una consulta por los 998





## Mesa Redonda con Luis Carlos Rodrigo Prado, Antonio Peña Jumpa y Ramón Huapaya Tapia

proyectos que no seguirán adelante es una pérdida de dinero para el Estado y una ineficiencia absoluta; pues, además, no se sabe qué se le puede ofrecer a la población. Todas esas posibilidades que mencionaba Ramón de realizar acuerdos, que puedan llegar a ser vinculantes y analizar qué es lo que va a afectarse en los pueblos aledaños es imposible si no se ha explorado, no se sabe qué tipo de proyecto habrá, qué tipo de mineral será, cómo se va a realizar la actividad, no hay manera de lograrlo; entonces, me parece clarísimo que la consulta debe hacerse en la etapa de construcción y, repito, una sola vez.

**RHT:** Desde el punto de vista energético, al cual estoy más cercano profesionalmente, hay que tener en cuenta, por ejemplo, en cuanto a hidrocarburos, el Estado organiza los lotes, de manera que ya se sabe que dentro de un área determinada va a tener que haber actividad sí o sí. Antes de analizar el conjunto, por ejemplo, podría hacerse la consulta. Lo estoy diciendo desde el punto de vista especulativo, no soy especialista en hidrocarburos; por la manera de otorgar los lotes en el Perú. Nuestro país, por más que se diga lo contrario, no es uno tan destacado en materia hidrocarburífera; entonces, tal vez es más sencillo el que se puedan hacer procesos de consulta en lotes más limitados.

Esto varía desde el punto de vista de la electricidad; pues aquí sí hay una complejidad adicional, dependiendo del medio que se use para la generación. De repente es mucho más fácil llevar a cabo un procedimiento de consulta previa (aunque no sé si en la práctica realmente lo sea, por ejemplo, proyectos termoeléctricos están causando mucha conmoción social), dependiendo del recurso utilizado. En estos casos, el momento indicado es la etapa en la cual hay un estudio de impacto ambiental aprobado, solo en ella. La razón es que, generalmente, para poder pedir una concesión definitiva se necesita tener dicha aprobación; pues ahí se sabe si se cuenta con el recurso del Estado y la medición de los impactos. Solo ahí sabes si podrás hacer o no hacer el proyecto. La consulta tendría que hacerse de manera integrada; porque, por ejemplo, los proyectos eléctricos no solo requieren generación; sino, también, líneas de transmisión, que van a conectar la futura central con el Sistema Interconectado Nacional, ahí tendría que hacerse la consulta integrada, aun cuando no sea la misma empresa. Ello teniendo en cuenta el recurso empleado, no será lo mismo si es agua, gas, si es una energía renovable; hay que estudiarlo con mucho más precisión.

**APJ:** Me parece interesante la discusión. Tal como señalan Luis Carlos y Ramón, hay que partir de la actividad concreta. Sin embargo, en general, debe haber una relación entre la consulta previa y el daño que posiblemente pueda ocurrir. Si no hay daño, no habrá necesidad de realizar la consulta; pero, si lo hay, tendrá que operar. Pongo un ejemplo bastante sencillo. Yo soy propietario de mi vivienda y, bajo el suelo, hay un yacimiento de metal o mineral precioso. Hay información previa, hoy en día las empresas cuentan con mucha información previa, saben por dónde tienen que investigar. Desconozco las cifras de Luis Carlos, mas yo creo que la proporción entre los proyectos en exploración que alcanzan la explotación debe ser mucho mayor; puesto que la tecnología ha avanzado mucho. Sin embargo, si fueran ciertas, la situación sí es diferente. Volviendo a la situación planteada, no es posible que existan negociaciones sin tenerme en cuenta. Con un Estado delineando sobre mi vivienda una cuadrícula para su explotación y la empresa ya investigando y solicitando la intervención para una investigación más seria, es importante tener en cuenta al propietario. Y ese es el caso de la mayoría de problemas que tenemos de conflictos, por no tener en cuenta a la persona que está ahí desde antes, por ello la consulta puede partir desde antes.

**5. La Ley no pareciera tomar el mismo concepto de “pueblo originario” establecido en el Convenio 169 de la OIT; agrupando a colectivos que no calificarían bajo dicha denominación, al ser grupos occidentalizados y que no responden a la idea de “pueblos-estado”. La Ley señala que la identificación se debe realizar usando criterios**

**objetivos y subjetivos. Sin embargo, quedan algunas interrogantes. ¿Se requiere cumplir todos los requisitos objetivos o solo basta cumplir alguno, tomando en cuenta que son excluyentes uno de otro? ¿No permitiría ello que grupos que no necesariamente entran en el supuesto de la norma se amparen en la misma? ¿Se aleja la Ley de lo señalado en el Convenio 169 de la OIT?**

**RHT:** No soy un experto en el tema de los pueblos indígenas como el doctor Peña Jumpa. Sin embargo, para replantear esta pregunta, que de por sí es bastante compleja, creo que la extensión original del 169 no era comprender a todos los pueblos que puedan calificarse como indígenas en un país tan pluricultural como el nuestro. Sobre todo porque ya tenemos instituciones como las comunidades campesinas y nativas, las cuales muchas veces no son *per se* un pueblo indígena. Tenemos grupos en la costa y en la sierra que están totalmente adaptados e integradas dentro de la sociedad y el sistema jurídico. Entonces, ellos no podrían ser un pueblo originario. Considero que deberían aplicarse todos los criterios de manera conjunta, para identificar de manera adecuada qué pueblos son considerados dentro de la norma; puesto que si se considerara un criterio aislado, cualquiera podría serlo y con ello se perdería nuevamente la finalidad de la consulta. Por ejemplo, en una comunidad por la que va a pasar una servidumbre o una línea eléctrica, pero aquella está occidentalizada totalmente, todos hablan español. Podría ocurrir que sean descendientes de un pueblo originario, o tal vez ellos se sienten identificados como un pueblo indígena, con lo que podría plantearse la realización de la consulta previa. Con ello se perdería nuevamente la funcionalidad, ocasionando muchos problemas. Caso contrario sería el de un pueblo no contactado, que no se sienten parte de la sociedad peruana. A estos sí habría que hacerles la consulta. Seguramente, estoy pecando de ignorancia, especialmente frente al doctor Peña Jumpa. Sin embargo, creo que el sentido original de la norma es que no todos los pueblos, por ser indígenas, puedan ser considerados originarios; sino que, por el contrario, hay que discriminar quienes realmente deben llevar esa calificación.

**APJ:** Esta pregunta es compleja, cuenta con muchos elementos y subtemas. Sin embargo, en términos generales, hay que distinguir a las comunidades amazónicas y comunidades andinas, que son los grupos más importantes. Ramón ha mencionado las comunidades de la costa. Estas casi no juegan dentro de los parámetros que entendemos para las demás. Sin embargo, eso es lo que entendemos mediante conceptos antropológicos y sociológicos. En términos reales, tenemos a las comunidades nativas y a las comunidades campesinas. Las primeras más orientadas a las comunidades amazónicas y las últimas, a las comunidades andinas; aunque, también pueden involucrar a las comunidades de la costa. No quiero entrar a una discusión más profunda o a especificar mayores detalles, pues no vienen al caso. Sin embargo, hay que insistir en lo que dice el Convenio 169 de la OIT, que es el que otorga el derecho a la consulta previa. Si uno analiza el artículo 1, que establece cuáles son estos pueblos indígenas o tribales; no habla de comunidades campesinas, nativas, andinas o amazónicas; habla de pueblos indígenas y pueblos tribales. Si analizamos estos conceptos, en cualquiera de ellos entran todos los grupos que mencionamos. Por tanto, si ingresan las que mencionamos, también entran las que no son comprendidas en la ley como comunidades campesinas o nativas.

Yo me pongo a pensar en aquellos grupos que actúan como tales, pero no están reconocidos. Un ejemplo clarísimo es el de las parcialidades en el sur andino. Cuando trabajé ahí, me quedé sorprendido de las parcialidades aymaras, muy distintas a las comunidades aymaras. Estas últimas están reconocidas como comunidades campesinas, mientras que las otras no. ¿Qué las distingue? Fundamentalmente una autoridad de gobierno. Las comunidades cuentan con un presidente, mientras que en las otras está el teniente gobernador; pero su funcionamiento y dinámica es muy semejante.



## Mesa Redonda con Luis Carlos Rodrigo Prado, Antonio Peña Jumpa y Ramón Huapaya Tapia

Entonces, ¿tendríamos que excluir a las parcialidades? Bajo el convenio 169 sí están incluidas. Es un tema interesante de discusión. Ahora, es cierto que habrá grupos que se pueden beneficiar, porque cuentan con el elemento objetivo; sin embargo, lo que prima es el elemento subjetivo. Esto nos lleva a preguntarnos: ¿quiénes son indígenas hoy en día en el Perú? ¿Quiénes pueden considerarse de esa manera? Es sorprendente el que la mayoría de quechua-hablantes se encuentren en Lima, cuando la característica esencial para identificarlos es el idioma. Entonces, el tema es bastante complejo. Mi apreciación es que no deben haber límites y debe seguirse el Convenio 169 y esto está vinculado con la posibilidad de entendernos todos, no solo por ser indígenas (no me gusta este término) se tiene este derecho. En realidad todos los ciudadanos tenemos un derecho semejante.

**LCRP:** Yo no creo que todos tengamos el derecho a la consulta previa. Tenemos un derecho de participación en las situaciones que nos afectan, sin duda. Pero la consulta previa debe ser un mecanismo excepcional, no puede ser lo usual aquello que involucre los costos de esta norma. Personalmente creo que el concepto de pueblo originario o de pueblos nativos a los que se refiere la decisión 169 de la OIT definitivamente no abarca a las comunidades campesinas u otros grupos organizados; porque está referida a grupos que preexistieron a la colonia. En el Perú todos somos mestizos. El 95% de la población es mestiza. En consecuencia, hablar de población indígena no me parece adecuado, pero sí de población originaria. Pero esta debe mantener su estructura, su organización, sus elementos culturales tradicionales antiguos y vigentes, para poder ser objeto de este beneficio excepcional y eso es algo que se está perdiendo de vista. Yo estoy totalmente de acuerdo con Antonio en que las poblaciones, las personas y, en general, todos tenemos derecho a la participación en la dinámica de la toma de decisiones; pero nadie puede tener derecho de veto, pues para ello existe el Estado, quien tiene que tomar la decisión final. Por eso, la consulta tiene que ser un mecanismo excepcional y, dentro de esa idea, el concepto de pueblo originario tiene que ser restrictivo. Tiene que ser algo que realmente cumpla con lo que buscaba el Convenio 169, que es permitir a pueblos preexistentes a la colonia, que no están insertados en el mundo occidental y que permanecen hasta el día de hoy, tener este derecho excepcional.

### **6. En relación a la pregunta anterior, ¿Es una opción más transparente**

### **para el inversionista el tener un registro de pueblos originarios a quienes les corresponde el derecho a la consulta?**

**APJ:** Todo inversionista quiere seguridad jurídica, que es un concepto muy moderno. Entonces, si sabe a quién tiene que consultar previamente, le va a dar seguridad a los actos que va a practicar. Entonces, es evidente que la respuesta es positiva. Es importante que sepa con quién va a tener que conversar para materializar su gran proyecto de inversión. Sin embargo, aquí debemos discutir la excepción de nuestra querida realidad. ¿Hasta qué punto es posible tener un registro de estos pueblos? Es que esta pregunta está conectada con la anterior, pues si supiéramos cuáles son los grupos que deben ser sujetos de consulta, como si se pudiera distinguirlos claramente con un papel, una hoja y otra, sería fácil responder la pregunta. El gran problema es que no podemos establecer esa lista. Es muy difícil.

Yo les conté el tema de las parcialidades, pero si nos vamos a las comunidades amazónicas, vamos a encontrar aquellas reconocidas, con grandes extensiones de tierra, como las Aguarunas de Amazonas, Bagua y Condorcanqui, que tienen 1500 hectáreas reconocidas; pero, si nos trasladamos a Loreto, cerca al Marañón, nos encontramos con los Candoshi y los Chiapas, que solo tienen una pequeña parte reconocido de todo el territorio que ocupan y el resto lo tienen como concesión para su uso, que son los bosques. Entonces, en ese contexto, por el lado del bosque, no se consultaría, ¿o sí? Aparte, hay comunidades que van apareciendo y hay otras que se van apartando, se autoexcluyen, buscan liberarse del Estado y de las relaciones que nosotros vamos generando; porque hay espacio para hacerlo en nuestra Amazonía.

Además, tenemos el caso de los colonos. ¿Quiénes son? Es también un tema muy interesante, son andinos migrantes. Son personas de comunidades andinas que viajan para formar sus comunidades *amazónicas* en proceso y que pueden ser anexos o caseríos, antes de convertirse en comunidades. Por lo tanto, el tema no es tan fácil. Hay que tener en cuenta este criterio general de que, en realidad, todos deben ser respetados en esta posibilidad de participación en una consulta de algún tipo, para evitar que se produzca el conflicto y, en el caso de las comunidades donde no hay discusión, el procedimiento pueda realizarse como supone la ley o las normas correspondientes.

**LCRP:** Yo creo que la dificultad está en definir cuáles son los pueblos originarios y, una vez definidos, evidentemente el objetivo debe ser tener un registro integral. Evidentemente es difícil. Creo que es complejo tanto establecer cuáles son, aun definiendo el concepto de pueblo originario que se quiera aplicar; mas ese debe ser el objetivo. Para utilizar un ejemplo de Antonio, los aymaras están sumamente occidentalizados, son los principales comerciantes de la zona de Puno y hacen comercio internacional. Creo yo que esos grupos, estén organizados o no, no deben tener un derecho especial. Ellos tienen mucha mayor integración con el mercado, quizá mayor de la que inclusive pueda tener yo. En consecuencia, no hay ninguna razón para darles un beneficio especial; porque sería como decirles a los colonos alemanes que llegaron a Pozuzo que también tienen un derecho especial porque están organizados como una comunidad. Pero no necesariamente, también son personas que están vinculadas totalmente al mundo occidental. Ese es el tema que hay que definir, que no todo grupo organizado tiene este derecho, sino aquellos que realmente preexistieron al ordenamiento colonial de los españoles y que además mantienen su acervo cultural, totalmente alejados del mundo occidental.

**RHT:** Ya lo dijeron las dos opiniones anteriores, este registro va a ser necesario. Es importante que se logre la identificación de los pueblos originarios de manera muy clara y objetiva. Sin embargo, va a ser un reto muy difícil que se tiene que realizar, para darle plena aplicación a la Ley.

### **7. La norma intenta delimitar el rol del Estado dentro de la Consulta Previa. Sin embargo, quedan algunas interrogantes sueltas: ¿es correcto**

**asumir que el Estado tiene un papel preventivo cuando, en la práctica, pareciese que el mismo actuara sólo en situaciones de emergencia? Y, en esa misma línea, ¿Qué rol le corresponde al inversionista? ¿También debiere entrar en la consulta?**

**LCRP:** Yo del esquema que concibo como más eficiente en la práctica es que la labor de información debe ser de un lado evidentemente cumplida por el Estado básicamente a nivel del desarrollo de la educación general pero también de forma específica respecto de los derechos que tienen los pobladores y los impactos que pueden tener determinadas actividades.

En segundo lugar, creo que el Estado debe estar a cargo de la consulta previa en el ámbito excepcional y restrictivo que he venido mencionando, para casos muy especiales con respecto a situaciones muy especiales y en el momento en el que se pueda saber que impactos le van a generar a esas comunidades o a esas poblaciones especiales. En todos los demás casos como si creo que compartimos con Ramón, tiene que haber una labor de participación e interacción entre sea inversionista público o privado que quiere desarrollar un proyecto y las poblaciones entorno al que este se va a desarrollar. Pero, eso debe estar a cargo ya sea de la empresa privada o del sector público en función a quien va a ser el inversionista tal como está diseñado en el Proceso de participación ciudadana. Yo sí creo que en la gran mayoría de proyectos de inversión, sea porque su impacto va a ser menor, sea porque su envergadura va a ser pequeña o sea porque no hay pueblos originarios en la zona, lo que corresponde es mejorar, profundizar los procesos de



## Mesa Redonda con Luis Carlos Rodrigo Prado, Antonio Peña Jumpa y Ramón Huapaya Tapia

participación ciudadana pero no activar la excepcionalidad de una consulta previa. Para los casos de verdadero impacto donde haya, además, poblaciones verdaderamente originarias es que debe reservarse el servicio de consulta previa a cargo del Estado. En el fondo, yo creo que es una visión de mecanismos estatutarios que lo que deben buscarse es estructurar lógicamente para resolver, orientadas a lograr el objetivo común que es armonizar la interacción entre el Estado, inversionistas y la población.

**RHT:** Bien, yo considero que el enfoque debe, como lo decía el doctor Rodrigo es prevenir. Es un enfoque que no se debe quedar en buenas intenciones, de hacer propaganda a la consulta o de repente sindicarlo como si fuera una panacea. Yo creo que, más que ello debería buscarse que el Estado informe adecuadamente cuáles van a ser los alcances porque si ahora estamos en un estado de indefinición de varias cosas que van a ser complementadas posteriormente por otras normas. El Estado debe tener de una vez un rol preventivo advirtiendo y señalando cuáles van a ser los alcances reales sobre todo más bien previo cumpliendo escrupulosamente las disposiciones a las cuales normativamente está obligado. Creo que esto va a quedar nuevamente olvidado si el Estado no cumple con los requisitos para hacer la consulta, si no cumple con los plazos. Realmente creo que la pregunta que no está acá pero creo seguramente va a generarse en los debates que haya posteriormente cuando se apruebe el reglamento, seguramente. Qué pasa cuando los pueblos, de repente, dicen que no, no quieren; y finalmente, el Estado dice, bueno al final, lo voy a hacer, voy a hacer el proyecto porque es relevante para la nación, buscando el interés superior. Ese va a ser el debate. El Estado debería tener ese rol preventivo más que un rol de emergencia. Esto de acá debería ser adecuado. Esto inclusive va con una disposición suelta que he visto en el reglamento: el Estado también va a poder hacer procedimientos de urgencia. Esto va a ser medio complicado porque seguramente la norma dice: que va a haber la posibilidad de hacer consultas de urgencia pero respetando los plazos mínimos del reglamento. Hasta que punto va a ser operativo eso. No lo sé. Entonces, el rol más importante del Estado es difundir adecuadamente esto y usar mecanismos complementarios que decía el doctor Rodrigo, antes que actuar de una manera desordenada o desorganizada, que muchas veces en la práctica lo hace.

Ahora, finalmente el tema del inversionista creo que el responsable de hacer la consulta, me queda claro,

que es el Estado.; siempre el Estado. El inversionista podrá coadyuvar al mismo, podrá dar facilidades de repente o podrá apoyar estos procesos. Pero, él no debería hacerse responsable de la consulta porque, me queda claro que, quien toma las decisiones de consulta, como carácter previo a su toma de decisiones legislativas o administrativas, solamente puede ser el Estado. El inversionista no puede subrogarse al Estado porque digamos tendríamos una suerte intervención errónea: el inversionista tomando la política pública, cuando el Estado debería hacerlo.

**APJ:** De hecho el papel preventivo es lo más importante, pero en este caso, yo diría, más que prevención en este tipo de problemas o de temas importa la precaución. ¿Por qué podemos hablar de precaución? Porque lo preventivo es cuando se tiene conocimiento de que puede ocurrir algún daño. Pero, el Estado debe ser más cauto, la autoridad estatal debe ser más cauta. Entonces, en el supuesto que no solamente se tenga certeza que va a haber un daño o personas que pueden ser afectadas; que haya por precaución la decisión a tomar: es que debe actuar el Estado.

Por otro lado, es el rol de los inversionistas. Ellos deben tomar parte cuando ocurra el conflicto. Allí, por ejemplo, yo discrepo, lo que está ocurriendo en estos momentos en nuestro país. El inversionista aparentemente no interviene. Aparentemente, porque sí interviene en la práctica. Pero es el Estado el que está negociando y haciendo posible que el proyecto de inversión continúe. El Estado está tomando partido y allí se malogra la relación. El Estado debe ser el ente neutral. Por eso la prevención en vez precaución. Si con su precaución no funcionó entonces se va a suscitar en el proceso el conflicto. Cuando ocurra esto va a ser el conflicto entre la parte afectada y el interesado en invertir. Esas son las dos partes, y el que debe lidiar, el que debe buscar como resolver ello es el

## Debate en torno a la Ley de Consulta Previa

Estado. Entonces, el rol del inversionista es muy importante en este proceso de consulta cuando no ha habido prevención ni precaución. Por eso, es interesante si creemos en la precaución y en la prevención este tema de que las decisiones administrativas o legislativas, previamente, deberían ser objeto del derecho a la consulta.

### **8. Para concluir: ¿Cuál podría decirse que es la filosofía de la norma? ¿Apunta a dotar de un derecho de veto o meramente es un derecho de participación? ¿Considera que ésta desvirtúa la tesis que señala que el Estado es el único que puede legitimar la explotación de recursos naturales?**

**RHT:** Yo creo que la norma no debe ser entendida, bajo ninguna circunstancia, como un derecho de veto; sino es un mecanismo más sofisticado de participación. Me parece muy interesante, la postura del doctor Rodrigo: si somos un país que aspira a una igualdad de todo ciudadano, no se deben establecer grupos especiales o privilegiados dentro de un mismo Estado, salvo que sean pueblos realmente originarios. Como le digo, mi entendimiento de la norma es que solamente para ciertos actores esta norma especial de participación va a ser la aplicable. Participación, en el sentido que puedan informarse adecuadamente de los alcances de los proyectos, que va a asentando las medidas legislativas o administrativas y que se escuche su voz y su decisión bajo sus costumbres y tradiciones. Eso me parece lo más importante, una norma de participación especial.

Ahora, respecto al tema del sistema de dominio del Estado y los recursos naturales. Es importante ver eso nuevamente, nuestro sistema de dominio público del Estado de los recursos naturales, tal vez, esta norma se resiente. Porque está entendida bajo el Convenio 169. Entendida para ciertas naciones nativas e indígenas que creen tener también soberanía no solamente sobre la tierra, sino sobre el plano de los recursos. Entonces, para no afectar sus derechos, sale el Convenio 169 y les da esta posibilidad de tener una voz antes de la adopción de una medida. El Estado lo que tiene que hacer, siendo soberano en el aprovechamiento del dominio público, luchar y valorar esta participación y seguramente adoptar medidas para mitigar los daños o un enfoque

preventivo. No de un enfoque en términos de precaución porque la precaución es en un escenario de incerteza. Queda claro que un proyecto, enfoquémonos en un proyecto de inversión (una de las cosas más importante actualmente), necesariamente va a tener que decir cuáles son sus alcances y va a legitimar la consulta. Entonces, la población consultada y el proyecto de inversión es claro entonces no va a haber problema en aprobarlo o tomar una decisión concreta sobre el mismo. El Estado siendo soberano sobre el aprovechamiento de los recursos (artículo 66 de la Constitución) ciertamente va a legitimar la decisión con un buen proceso de consulta. Pero, eso no implica que el Estado vaya a subrogar sus potestades en mérito de la consulta; sino volvámonos un estado plebiscitario y consultemos todo; para qué Administración, para qué Poder Ejecutivo, para qué autoridades del sistema del Estado de Derecho; no podemos consultado todo. Creo que eso es una exageración de mi parte. Pero, la norma es una norma que dentro del Estado de Derecho, dentro de las instituciones de la división de poderes, lo que busca es que haya una mejor legitimación de las decisiones administrativas y legislativas; con ese paso previo de la consulta, acotada debidamente y realizada adecuadamente. Además, cumpliendo los enfoques del Convenio 169.

**APJ:** Agradezco esta invitación y espero dar respuesta a la última pregunta formulada; y agradezco a Luis Carlos y a Ramón por compartir este debate. Yo creo que muchos puntos siempre van a ser objeto de discrepancia y en el camino se van a ir aclarando. Y esta pregunta justamente tiene ese horizonte; cuando se habla del derecho de veto en las comunidades, se considera como una situación de hecho inaceptable en realidad, más por un grupo. Mientras que por el otro grupo, lo consideran como parte de su derecho de consulta. Ahí tenemos los dos extremos. Creo yo que en el Convenio no se habla del derecho de veto de las



## Mesa Redonda con Luis Carlos Rodrigo Prado, Antonio Peña Jumpa y Ramón Huapaya Tapia

comunidades, pero tampoco se prohíbe, tampoco se limita. Entonces, la respuesta va a depender de cada caso concreto; hay casos donde ese consentimiento de la población va a ser requerido. Es importante, porque sino el Estado no va a poder marchar, donde las mismas empresas no van a poder invertir. Hay otras situaciones donde el grupo como comunidad no parece claramente identificable, basta solamente con la participación, entonces puede avanzarse bajo esos criterios, pero dependerá del caso concreto.

Y para terminar justamente cito la decisión de la Corte Interamericana en el caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Ahí hay una respuesta importante a tener en cuenta y que es un precedente frente a esta situación; y es, creo yo, la respuesta que estaba adelantando. Dice esta decisión de la Corte: "Cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka (la comunidad andina o amazónica entiéndase), el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones".

**LCRP:** Yo definitivamente creo que ni el Convenio 169 ni la Ley de Consulta Previa otorgan un derecho de veto. No debe existir un derecho de veto porque definitivamente en una democracia lo que debe prevalecer es el interés público, lo que diga la mayoría y no el interés particular de un grupo o una minoría. En consecuencia, nadie puede definir si determinada medida legislativa o administrativa, que por naturaleza son decisiones del Estado, deben o no producirse. Esa es una decisión del Estado y efectivamente

dentro de ellas cae la situación de los recursos naturales. En definitiva, creo que adecuadamente así lo señala la Ley de Consulta Previa: una vez que se ha producido la consulta y se ha escuchado la opinión, la posición de los pueblos que pueden tener este derecho especial y excepcional a ser consultados por esta vía, el Estado tiene que tomar una decisión; la cual tiene que ser soberana que busque el interés público o mayor. Y en algunos casos, efectivamente, la decisión puede ser que no se vaya a adelante con el proyecto de inversión o el proyecto sobre el que se esté consultando. Pero tiene que ser de una decisión del Estado y no derivada de un veto de las comunidades o poblaciones afectadas. La cita que lee Antonio es muy interesante, pero justamente se refiere a planes de desarrollo o inversión general, no es un proyecto de inversión particular; es un diseño de política pública de inversión. Evidentemente, eso es algo que va muchísimo más allá de un proyecto de inversión y ahí creo que es indispensable un consentimiento para legitimar esa política pública de inversión. Pero, esa resolución no se refiere a un proyecto de inversión, se refiere a planes de desarrollo o inversión generados por el Estado, que es totalmente distinto a un proyecto de inversión; y esto es algo que me parece fundamental. En Canadá, por ejemplo, han logrado en muy poco tiempo revertir la situación de emergencia que era muy parecida a la peruana. Estuve hace poco tiempo con la encargada sobre los temas de consulta en una región de Canadá. Y ella me decía: "nosotros consultamos solo en determinados casos. Esa decisión de cuándo se consulta y cuándo no, la toma el Estado. Y de los miles de casos que yo he manejado durante los doce años teniendo a cargo este tema, menos del 2% de las veces, hemos dicho que un proyecto no va para adelante". Creo que es una experiencia muy interesante y justamente para evitar caer en dogmatismos políticos, conceptuales excesivos, por lo menos; deberíamos más bien aprovechar la experiencia de países que han logrado aprovechar sus recursos naturales para impulsar el desarrollo como Nación: Canadá es uno de ellos, Australia es otro, donde las experiencias creo que son muy ricas, pero todas apuntan a que no debe existir un derecho de veto. Hay que fortalecer al Estado para que sea capaz de tomar sus decisiones y en algunos casos imponémoslas, sea a quienes dicen sí o a quienes dicen no, pero tiene que tener esa capacidad.