



HAL
open science

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú

Amelia Alva Arévalo

► **To cite this version:**

Amelia Alva Arévalo. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles : congreso internacional, Sep 2010, Santiago de Compostela, España. pp.2600-2620. halshs-00532576

HAL Id: halshs-00532576

<https://shs.hal.science/halshs-00532576>

Submitted on 4 Nov 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ

Amelia Alva Arévalo
Universidad de Salamanca
España

El presente estudio tiene por finalidad describir el tratamiento de la consulta previa en el Perú, como mecanismo de participación de los pueblos indígenas en las medidas legislativas y administrativas que les afecten directamente. Para ello nos hemos fijado los siguientes objetivos: i. Determinar el progreso del reconocimiento constitucional y legal, nacional e internacional, de este derecho; ii. Fijar los mecanismos institucionales creados para su ejercicio; y iii. Explicar de qué modo se viene aplicando el derecho a la consulta previa en el Perú.

Introducción

El interés de este estudio se origina en los acontecimientos producidos durante el conflicto en la Amazonía peruana en junio de 2009, que tuvo como saldo la muerte de una treintena de personas y cuantiosos daños personales y materiales⁴⁰. Diversos informes intentan explicar sus causas, la principal conclusión de todos ellos es la desatención del pedido que hicieran las poblaciones indígenas al Congreso de la República para que derogue once decretos legislativos promulgados por el Ejecutivo para implementar el tratado de libre comercio con los Estados Unidos, sin

40. En el Informe de la Defensoría del Pueblo sobre su actuación en los acontecimientos en Bagua y Utcubamba, presentó un balance de las muertes y daños que dejó el conflicto, que es: treintaitrés personas muertas, veintitrés policías, cinco indígenas y cinco pobladores de Bagua; un desaparecido; doscientas personas heridas y cuantiosos daños materiales.

que se les haya consultado previamente, pese a que estas leyes inciden de modo directo sobre sus derechos e intereses, contraviniendo de esta forma lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, instrumento internacional vinculante para el Estado peruano.

En tal contexto, podrían pensarse diversas razones sobre el surgimiento de la violencia en este conflicto. A nuestro entender, la incapacidad de diálogo y concertación del gobierno peruano, la permanente exclusión de los pueblos indígenas o la falta de mecanismos claros para su participación constituyen razones que, muy lejos de justificar, podrían aportar algunas explicaciones que permitan entender porqué se llegó a este trágico desenlace. No obstante, más allá de los desaciertos de la gestión gubernamental o de algunas decisiones incorrectas que pudo haber tenido la representación indígena en el transcurso del conflicto, hay un problema necesario de atender que es establecer el tratamiento de la consulta previa en el Perú. Previamente, se debe aclarar que desde el derecho internacional la consulta previa está considerada como un derecho diferente al de participación, el Convenio 169 los regula como derechos complementarios entre sí y los define como la «piedra angular» para el cumplimiento del resto de sus disposiciones⁴¹. Sin embargo, desde el ámbito legal peruano, la consulta previa se ha entendido como especie del derecho de participación ciudadana, así lo demuestran los últimos instrumentos normativos aprobados en el sector de hidrocarburos, de minería y de ambiente. Por nuestra parte, sostenemos que la consulta previa es una forma en que los pueblos indígenas ejercen el derecho a participar, pero sus características especiales hacen de ella un derecho diferente y único.

Se pueden mencionar diferentes justificantes para este estudio, pero como el interés de realizarlo parte del conflicto amazónico, el principal motivo lo constituye la frecuencia cada vez mayor de los conflictos sociales en el Perú, especialmente de carácter socioambiental, en que los principales protagonistas son los pobladores rurales, en su mayor parte indígenas; que no cuentan con mecanismos eficaces de participación ni una verdadera voluntad política para permitírsela.

Al 31 de mayo último, la Defensoría del Pueblo presentó el 75° Reporte de Conflictos Sociales, en él se registraron 255 conflictos sociales: 172 (67%) activos y 83 (33%) en latencia; 132 de ellos son de tipo socioambiental. La mayor parte de estos conflictos responden a reclamos contra la actividad minera, contra el sector de hidrocarburos y contra la forma de tratamiento de los residuos sólidos⁴²; entre las razones se encuentran el temor de la

41. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en la Práctica. 1ª ed. Lima. 2009. Pág 59.

42. Defensoría del Pueblo del Perú, Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad. «75° Reporte de Conflictos Sociales».

población a una posible contaminación ambiental o porque ya se dio ésta, lo que se atribuye principalmente a la escasa información compartida con las comunidades y con su falta de participación en los procesos de concesión de proyectos. Lo resaltante es que los conflictos se presentan en lugares donde grandes o medianas mineras y petroleras desarrollan sus actividades y en los que el nivel socioeconómico de la población llega a la pobreza y a la extrema pobreza; por ello los protagonistas de estos conflictos son principalmente las comunidades indígenas.

Ahora bien, según el artículo 66 de la Constitución peruana vigente, los recursos naturales son patrimonio de la Nación, por lo tanto, el Estado es soberano en su aprovechamiento; sin embargo, las comunidades campesinas y nativas consideran que estos recursos les pertenecen porque están en sus territorios, la posición de los gobiernos ha sido antagónica y ante la inexistencia de mecanismos eficaces de diálogo, este esquema ha ido degenerándose en serios conflictos sociales. Además la percepción que tienen los pobladores es que junto a su pobreza y perjuicio a su salud y al medio que les rodea, las grandes empresas están obteniendo exorbitantes ganancias, por lo tanto, exigen al Estado que trabaje en mejorar sus estrategias para un adecuado manejo de los recursos provenientes del canon y del sobre canon, y oriente estas ganancias hacia el provecho y desarrollo de poblaciones aún marginadas. En este sentido, sostenemos que con una consulta previa planteada de manera seria y con buena fe se puede conseguir y mantener la paz social, la democracia y la gobernabilidad.

La primera parte de este estudio nos acercará a la consulta previa, mediante el análisis del marco jurídico universal y regional de este derecho, a fin de abordar su tratamiento en el Perú, para lo cual se analizarán sus antecedentes normativos, así como las normas vigentes de consulta y participación, y la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional. Por último, se analizará el trabajo estatal en relación al derecho a la consulta post conflicto amazónico, lo que nos permitirá vislumbrar cuáles son las perspectivas de su ejercicio. Lo que aun no está a nuestro alcance examinar es si los esfuerzos que vienen mostrando algunos sectores del gobierno son suficientes para atender la problemática indígena, no cabe duda que la aprobación de una ley marco de consulta previa es un primer paso para conseguir un cambio en las estructuras políticas, sociales y económicas del país, que permitan la movilidad y la mayor apertura del sistema político, lo cual significará a su vez lograr una democracia verdaderamente participativa.

La Consulta Previa, Libre e Informada desde el derecho internacional

Está previsto en los siguientes artículos del Convenio 169 de la OIT: 6, 15, 16, 17, 22, 27 y 28; el artículo 6 del Convenio establece una definición general del derecho a la consulta, que puede ser aplicada a los demás artículos, se trataría de una disposición básica, sobre el cual recae la normatividad e interpretación que al respecto se ha desarrollado, en términos de la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones - CEACR, se trata de un artículo medular sobre el cual reposa la aplicación de las demás disposiciones⁴³. Este artículo obliga a los Estados parte a implementar procedimientos apropiados que permitan a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, ejercer el derecho a ser consultados sobre los diversos aspectos que recoge el Convenio. Si bien no señala el procedimiento, su segundo párrafo establece debe realizarse de buena fe y que responda de forma apropiada a las circunstancias. Se señala que la consulta tiene como finalidad lograr un acuerdo o el consentimiento, y que deberá ser aplicada sobre cualquier medida legislativa o administrativa que afecte directamente a los pueblos indígenas; esta disposición es complementada junto a otras que el Convenio ha considerado resaltar en las siguientes disposiciones:

- El Estado debe efectuar la consulta antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras; con el fin de conseguir el acuerdo o consentimiento de la población, determinar si los intereses de estos pueblos resultarían perjudicados y establecer la medida de perjuicio (artículo 15.2).
- Los desplazamientos o las reubicaciones de los pueblos indígenas solo pueden darse si son necesarios y siempre que estos expresen su consentimiento libre e informado, obtenido a través de un proceso de consulta previa (artículo 16.2).
- El Estado por sí solo no podrá disponer de los territorios ocupados por pueblos indígenas, deberá consultar a los pueblos interesados cuando se considere enajenar sus tierras o transmitir otro título a terceros que no pertenecen a la comunidad (artículo 17).
- El Estado está obligado a consultar a los pueblos indígenas sobre la organización y funcionamiento de los programas de formación profesional (artículo 22.2)
- Los pueblos indígenas tienen derecho a crear sus propias instituciones y medios de educación, debiendo cumplir con estándares mínimos

43. Informe de la CEACR 2005/76ª Sesión. Observación individual sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Guatemala, párrafo 6.

establecidos por la autoridad competente, consentidas en consulta con estos pueblos (artículo 27.3).

- Ante la inviabilidad de enseñanza para leer y escribir a niños indígenas en su propia lengua, las autoridades competentes deben celebrar consultas con los pueblos con miras a adoptar medidas que permitan alcanzar este objetivo (artículo 28.1).

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas realiza importantes avances y ratifica disposiciones del Convenio 169 en los temas de salud, participación, libre determinación y consulta previa; este último, es abordado en los artículos 15, 17, 19, 30, 32 y 36. El artículo 19 de la Declaración tiene una redacción muy similar al 6.2 del Convenio 169, no obstante, la Declaración establece como objetivo de la consulta el «consentimiento libre, previo e informado». De acuerdo a las «Directrices sobre Asuntos de los Pueblos Indígenas» elaboradas el 2008 por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, estas características son definidas de la siguiente manera:

- Libre: En el sentido que no hay coerción, intimidación ni manipulación.
- Previo: Significa que la obtención del consentimiento se ha conseguido con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades a través de la consulta.
- Informado: Implica que la información suministrada debe abarcar un conjunto de aspectos relacionados directamente a la medida que se desea implementar.⁴⁴

Al ser el consentimiento el fin del proceso de consulta nos invita a preguntarnos ¿qué sucede cuando no se llega a conseguirlo? ¿Acaso la Declaración está otorgando poder de veto a las poblaciones indígenas?. No cabe duda, que el concepto de «consentimiento, previo, libre e informado» está relacionado a un aspecto controversial del ejercicio de la consulta que se debe abordar: el «poder de veto»; que muchos pueblos indígenas consideran tener y que se ha constituido en la razón principal para que los Estados rechacen cualquier compromiso a desarrollar este derecho en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

Por su parte, el Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la ONU, James Anaya, ha indicado en el Informe A/HRC/12/34 que la consulta no confiere poder de veto, aunque tenga la finalidad de obtener el consentimiento. Es un derecho que está orientado a evitar conflictos a través de la construcción de consensos logrados por la posibilidad de diálogo entre las partes. En

44. La totalidad de los aspectos que deben ser informados a los pueblos indígenas para que estos puedan brindar su consentimiento libre, previo e informado, están enumerados en las «Directrices sobre Asuntos de los Pueblos Indígenas», del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Febrero 2008. Pp. 32.

el mismo sentido, la CEACR señala que «la consulta es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos»⁴⁵. Por esta razón, es necesario que los Estados se comprometan a establecer mecanismos idóneos mediante los cuales los pueblos indígenas puedan participar y expresar sus intereses, se entiende que este proceso debe ir acompañado del fortalecimiento de las capacidades de estas poblaciones, a fin que sus exigencias tengan suficiente sustento en los espacios que se creen para exponerlos:

«(...) los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones.»⁴⁶

Los artículos de la Declaración referidos a la consulta, son una innovación con relación a los pertenecientes al Convenio ya referidos. Así, de forma complementaria regula aspectos que no explícitos en aquel documento, advirtiendo que la consulta deberá aplicarse, por ejemplo, para obtener su aprobación a fin de ocupar sus tierras o territorios para actividades militares (artículo 30) o para aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, en particular a proyectos relacionados al desarrollo, a la utilización o a la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (artículo 32).

Desde la vigencia del Convenio 169, se han realizado una serie de interpretaciones y aclaraciones sobre cómo debe ser entendido y aplicado este derecho, el Relator James Anaya ha sugerido algunos lineamientos ante el Consejo de Derechos Humanos en su 12º período de sesiones de setiembre de 2009. Uno de los principales obstáculos es saber el ámbito de aplicación de este derecho, debido a que la redacción del artículo 6º es demasiado general al señalar que la consulta se efectuará siempre que se traten de «medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente», es posible interpretar que cualquiera de estas medidas va a recaer sobre los pueblos indígenas, especialmente una ley, por ser de aplicación nacional; no obstante, tal como lo sostiene el relator, el ámbito

45. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR 2005/76ª Sesión. Observación individual sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Guatemala, párrafo 6.

46. ANAYA, James. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas «Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile». Abril de 2009. Párrafo 40.

de aplicación de la consulta será establecido «*siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad*»⁴⁷. Es decir, el deber de consultar solo se puede ejercitar cuando se trata de leyes o actos administrativos que tengan una *incidencia diferenciada* sobre los pueblos indígenas o cuando tengan un interés particular sobre estos asuntos, tal es el caso de las disposiciones sobre tierras o recursos naturales, que implican no solo la afectación de la relación del indígena con su hábitat sino la reubicación de las familias indígenas.

Asimismo, el modo de realizar la consulta está relacionado con la medida a adoptar, sea legislativa o administrativa, ambas tienen alcances diferentes y sus repercusiones son distintas, el ámbito de aplicación se diferencia de acuerdo al tamaño del grupo que afectará, por ejemplo, habría una diferencia en consultar entre una reforma constitucional y un acto administrativo, aquellas tendrían una cobertura más amplia, y el proceso implicaría a la totalidad de pueblos indígenas de un determinado Estado.

El documento «Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile» elaborado por el Relator James Anaya, se constituye en una fuente imprescindible para entender el derecho a la consulta; en él se proponen seis principios, los cuales pueden ser atendidos por los países de acuerdo a sus propias condiciones, tal como lo establece el artículo 34 del Convenio 169. Los principios de la consulta previa que se sientan en el citado informe son los siguientes: 1. Debe realizarse con carácter previo; 2. No agotarse con la mera información; 3. Debe ser de buena fe; 4. Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 5. Debe ser sistemática y transparente; y 6. Debe determinarse su alcance.

La aplicación de estos principios significa involucrar en todas las etapas a los pueblos indígenas, desde el inicio de cualquier medida que se pretenda realizar y no solo al momento de obtener el consentimiento, esta apertura implica a su vez brindar la suficiente información para que puedan expresar su voluntad⁴⁸. En tal sentido, la información – en especial, en uso de su propia lengua - es imprescindible para establecer la igualdad entre las partes en el conocimiento del fondo del asunto y en la generación de confianza y buena fe en el diálogo. Se debe tener en cuenta que los pueblos indígenas han sido históricamente marginados y su desconfianza hacia las

47. ANAYA, James. Informe A/HRC/12/34. Párrafo 43.

48. Al respecto, el Relator llama la atención de la naturaleza de las audiencias públicas, que muchas veces son confundidas con las consultas, advirtiendo que no son en sí procesos de consulta, debido a que si bien es cierto constituyen espacios de participación de representantes indígenas, no llegan a cumplir la finalidad de aquel que es la de lograr acuerdos u obtener el consentimiento.

instituciones públicas es una realidad, necesaria de cambiar, la consulta se constituye así en una oportunidad para revertir esta injusta situación.

Cuando el Relator señala que la consulta debe darse a través de *procedimientos apropiados e instituciones representativas indígenas*, en realidad está tomando nota de la diversidad cultural existente y de la imposibilidad de establecer una regla general para todos sobre cómo aplicarla, ya que los procedimientos dependerán de la materia que se pretende consultar, así como de las propuestas de los propios pueblos sobre los modos de su realización. Con relación a las instituciones representativas, el Informe sugiere cuatro criterios mínimos de representatividad:

*«(i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; (ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; (iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y (iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género.»*⁴⁹

Por otra parte, en relación a los esfuerzos que a nivel regional se están realizando para configurar un derecho de protección a los pueblos indígenas, no cabe duda que el trabajo más significativo lo vienen realizando la Comisión y, en especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH, las cuales se han pronunciado reiterativamente sobre casos que entrañan conflictos entre los Estados y los pueblos indígenas por no consultar a estos en las concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales que se encuentran sus territorios⁵⁰. La Comisión planteó en el Caso *Awas Tingni Vs. Nicaragua* que la omisión de los Estados a consultar deriva en la violación de otros derechos humanos:

*«(...) al ignorar y rechazar la demanda territorial de la Comunidad y al otorgar una concesión para aprovechamiento forestal dentro de la tierra tradicional de la Comunidad sin consultar su opinión, «el Estado violó una combinación» de los siguientes artículos consagrados en la Convención: 4 (Derecho a la Vida), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), 16 (Libertad de Asociación); 17 (Protección a la Familia); 22 (Derecho de Circulación y de Residencia); y 23 (Derechos Políticos).»*⁵¹

49. ANAYA, James. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. Naciones Unidas. 2009. Párrafo. 31

50. Organización Internacional del Trabajo. Aplicación del Convenio N° 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. 2009. Lima. Pag. 13

51. Caso Comunidad Mayanga (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Párrafo 156.

Asimismo, la Corte ha sentado jurisprudencia sobre el derecho de consulta, sosteniendo que:

«(...) [El Estado] debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones (...).»⁵²

Existen varios casos en los que la CIDH reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, especialmente en lo relacionado al uso de los territorios ocupados por ellos o a los traslados forzosos que deben realizar una vez que las empresas de actividades extractivas ingresan a estos territorios, tales como el caso de las Comunidades Mayas del distrito de Toledo Vs. Belice; el de la comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay (2006) o el Caso de la comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (2005). Lo resaltante es que en todos estos casos las decisiones de la CIDH se fundamentaron en la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretada en base al Convenio 169 de la OIT.

El Derecho a la consulta previa en el Perú

En el Perú no existe un reconocimiento constitucional del derecho a la consulta previa, tampoco se cuenta con una disposición legal que sirva de marco para su ejercicio. Su desarrollo es reciente y a través de normas diseminadas en el ordenamiento jurídico, que han tomado forma de reglamento que la trata como una especie de derecho a la participación ciudadana. Por esta razón, nos referirnos brevemente sobre este derecho, a fin de establecer la diferencia de estos derechos.

Deslindando con la participación ciudadana

El reconocimiento constitucional del derecho a la participación de los ciudadanos data del siglo XIX, pero solo para el ejercicio de la democracia representativa. En aquellos años el concepto de ciudadanía fue restringido, eran pocos quienes cumplían con los requisitos legales para ser considerados como tales; la evolución del constitucionalismo a través del reconocimiento de derechos y de la amplitud del concepto de ciudadanía fue lento, y después de un siglo y medio de iniciada la república, con la aprobación de la Constitución de 1979, tal vez la más progresista de la historia constitucional peruana, se atribuye por primera vez la calidad de ciudadanos a los analfabetos (en su mayor parte indígenas), reconociendo

52. Caso Saramaka Vs. Surinam. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párrafo 177.

además la participación ciudadana en diferentes ámbitos y no solamente para cuestiones electorales.

Mediante el artículo 2.17 de la Constitución⁵³ se reconoce a la ciudadanía el derecho de elección, remoción y revocación de autoridades; así como de presentar proyectos de ley y decidir a través de referéndum. La Ley 26300, sobre los Derechos de Participación y Control Ciudadano (1994) es una norma de desarrollo constitucional que parte distinguiendo entre «participación» y «control». Así, los derechos previstos para la participación son: a. iniciativa de reforma constitucional (parcial o total); b. iniciativa de formación de leyes; c. referéndum; d. iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y ordenanzas municipales. Sobre el control ciudadano, se establecen la: a. revocatoria de autoridades; b. remoción de autoridades; y c. demanda de rendición de cuentas. Se advierte que ante la falta de tratamiento del derecho a la consulta previa en las leyes y en la Constitución y al ser tratada como una especie de participación ciudadana, podría al menos esperarse su inclusión en el artículo 2.e. de la Ley 26300, que reconoce «otros» mecanismos de participación ciudadana, pero respecto a esta referencia, el artículo 4 nos remite a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y de Gobiernos Locales, las cuales se refieren a la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos, esto es, en los presupuestos participativos o en la elaboración de planes de desarrollo regionales y locales, sin hacer referencia alguna al derecho de consulta previa.

En consecuencia, la consulta previa tiene matices especiales que la hacen un derecho diferente al de participación ciudadana. Sus mecanismos son fundamentales para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones⁵⁴. Ambas son tratadas en el Convenio 169 de manera complementaria, haciendo de su interrelación la base de aplicación de las demás disposiciones de este instrumento internacional; tiene un contenido esencial que implica obtener el consentimiento o el acuerdo previo a la adopción de cualquier medida legislativa o administrativa de parte del Estado⁵⁵. A continuación se detallará su tratamiento legal en el Perú, a fin de conocer los elementos que se están utilizando para definirla y configurarla.

53. Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

54. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Los derechos de los Pueblos Indígenas y tribales en la Práctica. 1ª ed. Lima. 2009. Pp 59-60.

55. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe N° 011-2009-DP/AMASPPI-PPI. El Derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Lima. 2009. Pp 27.

Antecedentes del tratamiento normativo de la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú

Sin duda el mayor desarrollo normativo sobre participación y lo que se ha entendido por consulta previa en el Perú se ha dado en el sector de energía y minas. El antecedente más antiguo es la Resolución Ministerial (RM) N° 335-96-EM/SG del 25 de julio de 1996, que aprobó el Reglamento de participación ciudadana mediante el procedimiento de audiencias públicas en el trámite de estudios de impacto ambiental; en ella las condiciones de intervención de la población indígena son muy limitadas, debido a que los pueblos indígenas se encuentran regularmente a gran distancia de los centros urbanos donde se realizan estas audiencias o porque los plazos para acceder y comprender la información son cortos, razones que hicieron que este procedimiento se constituya en la práctica en un recurso de utilidad para dar viabilidad a los proyectos de inversión de las empresas⁵⁶.

Esta norma fue derogada por la RM N° 728-99-EM/VMM del 30 de diciembre de 1999, que aprobó el reglamento de participación ciudadana en los procedimientos de aprobación de los estudios ambientales, cuyo objetivo era ampliar y mejorar lo dispuesto en la norma anterior; no obstante, también limita la participación a la disposición de la información y al desarrollo de una audiencia pública con las mismas características: plazos cortos para el análisis de la información y hasta cobro por su obtención, proceso de audiencia pública limitado a intercambiar preguntas y respuestas; observaciones y sugerencias de la ciudadanía consideradas solo a discreción de la autoridad competente.

Posteriormente, se daría el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, con la RM N° 596-2002-EM/DM del 21 de diciembre de 2002, su objetivo era regular la intervención de los ciudadanos en el procedimiento de evaluación de la documentación legal y técnica en materia ambiental necesarias para la autorización de actividades que regula y supervisa el referido sector; los mecanismos de participación que se fijaron en esta norma son informativos, limitándose también a la recepción de las propuestas, sin prever un proceso de diálogo e intercambio de opiniones sobre la actividad a realizarse.

56. ROLDÁN, Roque y TAMAYO, Ana María. *Legislación y Derechos Indígenas en el Perú*. Lima: Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica y Consolidación Amazónica. 1999. Pp 156.

Normativa vigente de la consulta previa a los pueblos indígenas

Como se mencionó, concretamente en el Perú no existe una ley general que regule el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas; la legislación interna sobre «participación y consulta» es diversa, no se dirige de forma específica a la población indígena y la mayor parte está directamente vinculada a actividades mineras e hidrocarburíferas. Esta diversidad genera confusión, no solo en cuanto a la determinación de la competencia para llevarlas a cabo sino por los mecanismos y materias que a primera vista parecen repetitivas; a esto se suman las prácticas de los organismos encargados de realizar estas consultas, que reducen su proceso a un rol meramente informativo (como talleres o audiencias públicas), sin que exista un procedimiento que permita facilitar el diálogo ni la recepción de aportes y propuestas de la comunidad que formen luego parte de la decisión final.

En su presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Directora de la Dirección General de Asuntos Ambientales y Energéticos -DGAAE del Ministerio de Energía y Minas- MINEM como parte de la representación del gobierno peruano⁵⁷, informó que desde el 2004 hasta noviembre de 2009 se realizaron 1,026 talleres y 241 audiencias públicas solo en relación al tema de hidrocarburos, con la finalidad de propiciar el diálogo tripartito entre el Estado, las comunidades y las empresas⁵⁸. Sin embargo, en la citada sesión informativa ninguno de los representantes del gobierno peruano logró explicar porqué, pese a estos mecanismos de consulta y participación vigentes e implementados, aún no se han logrado mitigar las numerosas tensiones y conflictos sociales, especialmente socioambientales.

Estas normas tratan a la consulta como una especie del derecho de participación ciudadana, están apoyadas principalmente en el derecho a acceder a la información pública; y solamente se encuentran vinculadas a las industrias extractivas y a asuntos de protección medioambiental, dejando de lado la multiplicidad de temas que los implican directamente. Estos reglamentos son cuatro, dos de ellos tienen además otras normas complementarias:

- a. *Reglamento de participación ciudadana para las actividades energéticas dentro de los procedimientos administrativos de evaluación de los estudios*

57. Transcripción propia. El audio completo de la Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos efectuada el 3 de noviembre de 2009 en Washington D.C. está disponible en: <http://www.cidh.org/audiencias/137/18.mp3>

58. La representante del MINEM señaló que hasta noviembre del 2009 se han capacitado a 261 jóvenes y líderes comunales pertenecientes a las regiones de Amazonas, Loreto, San Martín, Ucayali, Pasco y Junín.

ambientales (RM N° 535-2004-MEM/DM): El objeto de este reglamento es normar la participación y promover la información y diálogo entre todos los intervinientes y afectados en la realización y desarrollo de las actividades hidrocarburíferas y eléctricas. La autoridad competente para realizarlo es el MINEM, a través de la DGAAE, y los Gobiernos Regionales, a través de sus Direcciones Regionales de Energía y Minas (DREMs), se prevén dos mecanismos de participación: i) Talleres informativos elaborados por el Estado y el responsable del proyecto, y que deberán desarrollarse antes, durante y después de la elaboración de los estudios ambientales (EA); ii) Audiencias públicas ejecutadas por el responsable del proyecto, de la DGAAE y de la DREM respectiva. El proceso de participación para actividades energéticas, previsto en este reglamento se limita a sesiones informativas y de absolución de preguntas; las observaciones no son formuladas de manera directa, se presentan con posterioridad a la audiencia y tanto las inquietudes de los ciudadanos como sus propuestas podrán ser evaluadas y meritadas por la DGAAE. No se menciona la obligación real de parte del Estado y de la empresa de tomar en cuenta las posibles observaciones.

- b. *Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos (DS N° 012-2008-EM), complementado con la RM N° 571-2008-MEM-DM, que establece los lineamientos para la participación ciudadana en las actividades de Hidrocarburos*: En las consideraciones de la norma, se hace mención al Convenio 169 y a la obligación del Estado de establecer procedimientos de consulta a los pueblos interesados cuando se pretendan desarrollar actividades de prospección o explotación de hidrocarburos existentes en sus tierras, el cual deberá involucrar a la población desde la suscripción de los contratos de concesión. En tal sentido, entre los objetivos propuestos por esta norma se encuentran el fortalecimiento del derecho de acceso a la información, a la participación en la gestión ambiental y social y de los derechos de los pueblos indígenas; así como la promoción de las relaciones armoniosas entre las poblaciones, el Estado y las empresas. Se define a la consulta como un tipo de participación ciudadana, con el objetivo de determinar la posible afectación de los intereses de las poblaciones que habitan el área de influencia directa del proyecto de hidrocarburos. Se prevé la aplicación de este reglamento en tres etapas: a) En la suscripción de los contratos de exploración y/o explotación de hidrocarburos; b) En la elaboración y evaluación de los EA; y, c) con posterioridad a la aprobación del EA. Los responsables de su realización varían en cada uno de estos momentos, y los mecanismos obligatorios previstos también son diferentes, la mayoría tiene como principal característica la proporción y acceso a la información, tales

como los talleres y audiencias públicas, complementándose con otros opcionales como el buzón de opiniones y observaciones. No obstante, no se encuentra disposición que implique el deber tanto del Estado como de la empresa de incluir las observaciones y opiniones de los ciudadanos en los procesos participativos; solo se menciona la remisión de éstas por PERUPETRO S.A. a la DGAAE para que las evalúe para incluirlas en el estudio ambiental presentado por las contratistas.

- c. *El Reglamento de participación ciudadana del Subsector Minero (Decreto Supremo (DS) N° 028-2008-EM), complementado por la RM N° 304-2008-MEM/DM*: Al igual que el anterior reglamento, no está dirigido de manera exclusiva a la población indígena, sino a toda la población que habita en el área de influencia. Es innegable que el derecho a la consulta es un tema tangencial para la reciente normativa relacionada a la participación ciudadana en las actividades extractivas, motivo por el cual, este reglamento advierte que el ejercicio e implementación del derecho a la consulta se realizará a través del proceso de participación ciudadana, y de conformidad al Convenio 169, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, en las siguientes etapas: i) Con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera; ii) En los proyectos de exploración minera; iii) En los proyectos de explotación y beneficio; iv) En la ejecución del proyecto minero; v) En la etapa de cierre de minas.

Conforme a este reglamento, la obtención de acuerdos se debe realizar mediante mecanismos de carácter mayormente informativo, asimismo, se menciona la posibilidad de presentar aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente, aunque la norma no menciona si ésta las tomará en cuenta; finalmente, se deja a criterio del titular del proyecto minero proponer otros mecanismos que considere conveniente incluir dentro del plan de participación ciudadana para el procedimiento de evaluación del estudio ambiental.

Con relación a la eficacia del proceso de participación y a lo que se está entendiendo por consulta en el Perú, debemos precisar que la palabra «acuerdo», implica un proceso de diálogo y negociación entre el Estado, la empresa y la comunidad desde antes de la disposición de sus territorios, no obstante, se desprende de esta norma que la participación se inicia con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera, entonces, ¿de qué tipo de «acuerdo» se está hablando, cuando las condiciones del contrato de concesión ya se fijaron entre el Estado y la empresa?. Del mismo modo, la norma establece que el proceso de consulta no otorga a la población un derecho de veto a las actividades mineras ni a las decisiones de la autoridad; con esto queda claro que pese a las observaciones de la población – tal vez contrarias a

las condiciones de la concesión minera— la última palabra será de la autoridad competente, quien en todo caso optará por declarar de interés público dicha actividad en determinada zona.

Por su parte, la RM N° 304-2008-MEM/DM señala que los aportes que se deriven de la participación ciudadana serán ser tomados en cuenta, solo si la autoridad competente lo crea conveniente. Los requisitos previstos para su presentación varían de acuerdo al tipo de actividad minera a realizarse; los lineamientos la clasifican en Categorías I y II, y no dan una definición sobre estas «categorías», para entenderlas se tiene que recurrir a las guías sobre la explotación minera elaboradas por el MINEM, que tienen un lenguaje complejo, al menos para la mayor parte de ciudadanos, lo cual dificulta el ejercicio de sus derechos⁵⁹.

En su último informe dirigido al Perú en febrero de 2010, la CEACR ha advertido que este reglamento prevé de manera limitada la finalidad de la consulta, con relación a lo establecido en el Convenio 169, porque la restringe a lograr el entendimiento de la población de los alcances y beneficios del proyecto; aclara que aunque el Convenio 169 no se refiera expresamente a la obtención de un *acuerdo*; la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta son tales que permiten la plena expresión de las opiniones de los pueblos interesados para que puedan influir en los resultados y conformar consensos.

En tal sentido, puntualiza que las «*meras reuniones de información o socialización no cumplen con los requisitos del Convenio*»⁶⁰; esta observación también la aplica al Decreto Supremo N° 020-2008-EM, indicando que esta norma prevé tardíamente la participación de la población, a partir del otorgamiento de la concesión minera. La CEACR instó al gobierno a adoptar medidas necesarias para implementar la legislación y los mecanismos pertinentes que permitan el ejercicio pleno de los derechos previstos en los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio 169 en un clima de respeto y confianza. Finalmente, solicitó suspender las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio, mientras el Estado peruano no cumpla con esta recomendación.

d. Reglamento sobre transparencia, acceso a la información pública ambiental y participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales (DS N°

59. Como ejemplo, transcribiremos lo señalado en la Guía del MINEM sobre los proyectos de explotación minera Categoría I, el cual comprende los siguientes aspectos: Un máximo de 20 plataformas de perforación; Un área efectivamente disturbada menor a 10 hectáreas considerando en conjunto dichas plataformas, trincheras, instalaciones auxiliares y accesos; La construcción de túneles de hasta 50 metros de longitud, en conjunto.

60. CEACR (2010) Información de la CEACR sobre el Convenio 169. Observación, CEARC/80ª Reunión

002-2009-MINAM): Esta norma tampoco se dirige exclusivamente a la población indígena, tiene por finalidad regular los mecanismos y procesos de participación y consulta en los temas de contenido ambiental para la ciudadanía en general. No define la consulta ni los mecanismos que establece para llevarla a cabo, tales como las audiencias públicas, talleres participativos, encuestas de opinión, buzones de sugerencias, comisiones ambientales regionales y locales, grupos técnicos y comités de gestión. Al ser aplicable solo al sector ambiental, los responsables de su supervisión son las autoridades ambientales, con participación de los gobiernos locales y regionales de la zona. Por último, es conveniente señalar que los aportes y sugerencias que resulten del proceso de consulta solo tendrán carácter informativo, y no serán vinculantes.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la consulta previa

A pesar que el demandante no invocó la protección del derecho a la consulta previa en su demanda, el TC peruano se pronunció sobre éste en el expediente N° 03343-2007-PA/TC⁶¹, debido a que en el área protegida habitan 64 comunidades nativas pertenecientes a los grupos étnicos Cocama Cocamilla y Chayahuita. Reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en base al derecho a la identidad étnica, a las sentencias de la CIDH sobre los casos de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua y el pueblo Saramaka vs. Surinam y al Convenio 169 de la OIT, referidos a la consulta y a la obligación de los estados de tomarlos en cuenta cuando afecten sus tierras y su propio desarrollo. El TC afirma que la identidad étnica comprende el derecho de los pueblos indígenas:

«a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles [y el] derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles.»⁶²

61. Proceso de amparo iniciado por el ciudadano Jaime Hans Bustamante Johnson, quien demandó a las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú, Repsol Exploración Perú, sucursal del Perú y Petrobras energía Perú S.A., por atentar contra su derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. El demandante solicitó se repongan las cosas al momento en que se inició la amenaza de violación de sus derechos y se suspenda la exploración y eventual explotación de hidrocarburos en el área conocida como «Cordillera Escalera», declarada área protegida mediante DS N° 045-2005-AG, por ser fuente captadora y almacenadora de agua, naciendo de ella tres cuencas hidrográficas que proveen a la población aledaña.

62. Fundamento Jurídico N° 30.

Estos argumentos están reforzados por la invocación del derecho a la libre autodeterminación y a la concepción que tienen los pueblos indígenas sobre su territorio⁶³. La obtención del consentimiento a través de este procedimiento, otorgaría legitimidad tanto al Estado como a los particulares para efectuar cualquier actividad de explotación de los recursos naturales sobre territorios indígenas, debido a que, por un lado, el Estado cumplirá sus obligaciones internacionales y promoverá el respeto de los derechos humanos y por otro, se vislumbrará ante la sociedad la responsabilidad social de la empresa⁶⁴.

Finalmente, el Tribunal insta al Congreso a otorgar una ley general de consulta previa *«que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad (...) en todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas»*⁶⁵, esta última aclaración es importante porque el razonamiento jurídico del tribunal se ha orientado al reconocimiento del derecho a la consulta en base al derecho a la tierra y al derecho a la libre determinación, comprensible porque el caso lo ameritaba, sin embargo, al aclarar que el derecho a la consulta se extiende a *«todos los ámbitos»* de intervención de los pueblos indígenas, está reconociendo que es un derecho que no solo debe agotarse en cuestiones territoriales, sino que debe abarcar una multiplicidad de temas (como la salud, educación, lengua o identidad).

Perspectivas del ejercicio del derecho a la consulta en el Perú. La respuesta del Estado Peruano post conflicto de Bagua.

A los pocos días del «Baguazo»⁶⁶ el gobierno peruano formó un Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, orientado a atender los reclamos coyunturales de las poblaciones indígenas – entiéndase la derogatoria de los decretos legislativos inconsultos – y a formular un Plan Integral de Desarrollo Sostenible para estos pueblos que abarque sus problemas en la educación, salud o formalización de tierras⁶⁷. La creación de este Grupo fue una respuesta estatal frente a los acontecimientos de Bagua, a fin de contrarrestar el impacto negativo que

63. Fundamento Jurídico N° 33.

64. Fundamentos Jurídicos N° 36 y 39.

65. Fundamento Jurídico N° 40.

66. El conflicto amazónico también es conocido como Baguazo, porque los hechos más violentos se sucedieron en la provincia de Bagua, departamento de Amazonas.

67. Este Grupo Nacional fue constituido por la Resolución Suprema 117-2009-PCM del 11 de junio de 2009, fue modificada posteriormente por la Resolución Suprema 211-2009-PCM del 25 de agosto; en esta última se incluyen como nuevos miembros a representantes de los gobiernos regionales que cuentan con comunidades nativas; se crea una Secretaría Técnica a cargo del Ministerio de Agricultura y se precisa que el gasto que demande la elaboración del referido Plan será asumido por la cartera de Agricultura.

estos hechos habían generado en la opinión pública nacional e internacional y en la gobernabilidad del país⁶⁸. Los invitados a conformarlo fueron los principales actores de esta movilización, es decir, las organizaciones de la Amazonía, no hubo una presencia destacada de la población andina en las manifestaciones; por ello entendemos que se les excluyó de este proceso. Aunque posteriormente el gobierno pudo incluirlos, al ser la consulta uno de los puntos más importantes y de interés para todos los pueblos indígenas peruanos; lo que posteriormente se intentó corregir en el debate que se presentó en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos y de Ambiente y Ecología.

Al interior de este Grupo se crearon mesas de trabajo⁶⁹, cada una con un comité coordinador conformado por un representante del gobierno nacional, regional y de los pueblos indígenas; la Mesa 3 se encargaría de elaborar un texto consensuado sobre la ley marco de la consulta previa⁷⁰, su redacción se haría en base a la propuesta legislativa N° 3370, presentada por la Defensoría del Pueblo en julio de 2009. En noviembre de 2009 se aprobó un texto consensuado⁷¹ el cual fue remitido al Congreso de la República para su debate, tanto en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos y de Ambiente y Ecología. Comisión de Constitución y Reglamento como en la de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos. Finalmente, el 19 de mayo el Pleno del Congreso aprobó esta ley, remitiéndose al Presidente de la República para su promulgación, quien la observó. A la fecha, el Congreso decidirá si promulga el texto aprobado en mayo último o si toma en cuenta estas observaciones.

El debate del congreso se centró en dos puntos controvertidos relacionados a la incorporación del consentimiento y a la eliminación de la referencia del derecho a veto a los pueblos indígenas. El texto final recogió estos planteamientos, en el sentido que se colocó el término «consentimiento» y se eliminó la referencia al derecho de veto sosteniendo

68. Ver: «Encuesta revela que violencia en la selva debilita al régimen» del diario «El Comercio» del 21 de junio de 2009; recoge el sondeo de opinión elaborado por Ipsos Apoyo en que el 84% desaprueba el desempeño de presidente durante la crisis; el 57% de la población responsabiliza al jefe de Estado y un 39% a la ministra del Interior por las muertes en Bagua; y que la aprobación presidencial bajó nueve puntos, con respecto al mes anterior (de 30% a 21%).

69. Fueron cuatro mesas de trabajo, distribuidas de la siguiente forma: Mesa 1: Diseño y composición de una comisión investigadora de los sucesos de Bagua; Mesa 2: Discusión y propuestas de solución respecto a los decretos legislativos cuestionados; Mesa 3: Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas; y Mesa 4: Propuesta Nacional de Desarrollo Amazónico.

70. SEVILLANO ARÉVALO, María del Rosario. Informe El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú - últimos avances. 1ª ed. Lima: Asociación Derecho Ambiente y Recursos Naturales. 2010. Pp 34.

71. El texto Consensuado de la Mesa N° 3 «sobre el Derecho de Consulta» está disponible en: http://www.minag.gob.pe/download/pdf/especiales/pueblos_amazonicos/gruponac-coorddesarrollo-pueblosamazonicos.pdf. 56p.

que así se le daba mayor valor a los acuerdos y al consentimiento otorgado por la población.

A continuación nos referiremos a los principales alcances del texto aprobado por el Pleno del Congreso en mayo último en una perspectiva con el texto consensuado de la Mesa 3:

- Ambas coinciden en que la consulta será aplicable sobre cualquier medida administrativa o legislativa, y sobre planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente los derechos de los pueblos indígenas, lo que constituye un avance.
- Tanto el texto consensuado en la Mesa 3 como los dictámenes de las Comisiones del Congreso señalan que la consulta «no otorga derecho a veto»; sin embargo, en el debate del Pleno se decidió, por diversos motivos, prescindir de colocarlo en el texto final. Unos afirmaban que incluirlo significaría colocar en indefensión a los pueblos indígenas frente al Estado; otros sostenían que se restaría importancia al acuerdo o consentimiento como finalidad de la consulta.
- El texto aprobado en el Pleno recoge los lineamientos del texto consensuado en la Mesa, estableciendo criterios subjetivos y objetivos para identificar de los pueblos indígenas.
- El texto del Pleno deslinda entre el derecho de consulta y el de participación ciudadana. Con ello entonces se aclara que toda la legislación aprobada hasta la fecha en tema minero, energético, hidrocarburífero y ambiental está referida a un tipo de participación ciudadana, pero no se trata de un proceso de consulta previa en estricto.
- En los dos documentos se confiere a la entidad responsable llevar adelante la consulta con dos obligaciones sumamente importantes: Determinar Las medidas que serán objeto de consulta e identificar a los pueblos indígenas a los cuales se deben consultar. En el supuesto que la entidad no lo hiciese, se reconoce la facultad de los pueblos indígenas de solicitar el inicio de un proceso de consulta, así como ser incluidos en procesos ya iniciados; sin embargo, la entidad será la encargada de evaluar la procedencia del petitorio.
- Sobre las etapas de realización de la consulta, debemos indicar que el texto consensuado solo menciona que el reglamento de la ley u otras normas especiales se encargarán de establecerlas; contrario al aprobado por el Pleno que inclusive las desarrolla.
- Al ser obligatorios, se establece que los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles vía administrativa y judicial.

Aunque esta Ley de Consulta Previa no incluyó aspectos importantes que sí estaban en el texto consensuado como los desplazamientos de las poblaciones indígenas o la indemnización por los daños que pueda

ocasionarles, no cabe duda que su aprobación significa un paso histórico para la inclusión de los pueblos indígenas en la definición de la agenda del Estado.

Conclusiones

- Las leyes y reglamentos vigentes aprobados durante los últimos quince años en el Perú, y que están siendo aplicados como «procesos de consulta a los pueblos indígenas» por el gobierno no cumplen con los estándares internacionales, tanto normativos como jurisprudenciales, porque no están dirigidos en estricto a los pueblos indígenas, es decir, no hacen ninguna precisión respecto a cuestiones étnicas y culturales. Asimismo, sus procedimientos no están previstos para regir en la fase de otorgamiento de las concesiones a empresas que pretenden explotar recursos ubicados en territorios indígenas, ni prevén las indemnizaciones ante eventuales daños medioambientales o posibles desplazamientos. Estas normas están apoyadas en el derecho a acceder a la información pública, se encuentran vinculadas a las industrias extractivas y de protección medioambiental, excluyendo una multiplicidad de temas.
- Durante los últimos quince años se han aprobado y derogado normas de manera expresa y tácita, lo cual termina por generar mayor confusión, no solo en cuanto a la determinación de la competencia para llevarlas a cabo, sino por los mecanismos y materias que a primera vista parecen repetitivas. A esto se suman las prácticas de los organismos encargados de realizar estas consultas, que reducen su proceso a un rol meramente informativo.
- El derecho a la consulta previa se constituye en uno de reciente reconocimiento internacional, lo que no significa que este derecho no haya existido antes. Fijar los mecanismos para su aplicación no parece una tarea fácil. En el estudio se ha tomado nota de los lineamientos elaborados por el Relator de las Naciones Unidas y la CEACR, que podrían dar algunas luces para su implementación en el Perú. Cabe señalar que estos organismos han desarrollado solo lineamientos, en el entendido que, según el Convenio 169, los mecanismos deben observar los usos y costumbres de cada pueblo indígena.
- La elaboración de una ley de consulta previa se constituye en un primer intento de adecuación de este derecho en la legislación peruana al Convenio 169 de la OIT, lo cual es también relevante para la experiencia latinoamericana, ya que en ningún caso ha sido implementado de manera adecuada. En este sentido, el Perú se colocaría a la vanguardia convirtiéndose en un precedente para los demás países de la región.

- Se espera que la ley de consulta previa que está a la pendiente de ser promulgada, sea el primer paso para incluir de modo efectivo a los pueblos indígenas, su importancia es indudable, pero hay otras cuestiones que en la práctica se deben resolver, como el fortalecimiento de las capacidades de dirigentes indígenas para mantener el diálogo en estos procesos, la sincera disposición de los intervinientes en estos procesos de consulta para cumplir con los acuerdos; o el compromiso estatal de fortalecer los mecanismos previstos para la consulta, por contar algunos de los desafíos.