

ALCANCES DE LA CONSULTA PREVIA EN EL CONVENIO 169 Y LA LEGISLACIÓN PERUANA

*César Guzmán-Barrón Sobrevilla con la colaboración de **Diana Alvarez Neyra

INTRODUCCIÓN

El Convenio 169 es un instrumento jurídico internacional adoptado por la Organización Internacional de Trabajo, aprobado en nuestro país por Ley N° 26253 del 2 de septiembre de 1993, luego ratificado por el Congreso el 17 de enero del 1994, y vigente a partir del 2 de febrero de 1995. Forma parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional y es de aplicación obligatoria.

Este Convenio tiene entre sus grandes aportes promover e impulsar la participación de las comunidades nativas y campesinas en el proceso de toma de decisión respecto de actividades productivas que se instalen en sus territorios. Aunque no da derecho a veto, deja en manos de los Estados regular esta intervención. Por eso es importante primero precisar cómo se regula en el Convenio dicha participación y en especial cómo se ha regulado recientemente en nuestro país, con la expedición de la Ley 29785 del 31 de agosto del presente año, publicada en el diario oficial "El Peruano" el pasado 7 de setiembre, cuyo objeto es desarrollar el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta de conformidad con lo establecido en el Convenio 169.

1. ALCANCES GENERALES DEL CONVENIO 169 Y LOS MANUALES DE LA OIT

El Convenio 169, crea obligaciones jurídicas para los Estados que lo han ratificado, estableciendo normas mínimas en relación con los derechos civiles, políticos, sociales y económicos de los pueblos indígenas y tribales. Las normas contenidas en el Convenio establecen un marco básico para la protección de los pueblos indígenas y tribales en armonía con el derecho internacional.

El Convenio 169, como instrumento internacional, es muy enfático en señalar la importancia de preservar los valores culturales propios de los pueblos nativos e indígenas, entendidos como aquellas poblaciones originarias en un país, que actualmente son minoritarias pues han sido superadas por poblaciones foráneas, que son finalmente mayoritarias, tal como es el caso de nuestro país.

Uno de los medios para preservar dichos valores contenidos en el Convenio es que se les otorga voz y capacidad para poder decidir sobre su propio desarrollo. En este sentido, el Convenio

*Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con maestría en Humanidades. Especialista en análisis, evaluación y gestión de los conflictos socio ambientales, así como en la aplicación de mecanismos de solución de conflictos no judiciales: negociación, facilitación, conciliación, arbitraje y creación de consenso para la búsqueda de soluciones integrales.

**Estudiante del décimo ciclo de derecho y asistente de Consultoría del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP

169 señala que es importante que, en caso que se quiera iniciar un proyecto extractivo - y en general ante cualquier acción del Estado - cercano a uno de estos pueblos, el Estado deberá proveer los mecanismos necesarios para que puedan, primero, ser respetados sus valores, y por ende su ambiente, así como para que se garantice su participación en el proceso de decisión acerca del proyecto y, además, participen de los beneficios del proyecto extractivo.

En relación específica con la participación ciudadana el Convenio 169, en el Artículo 7.1 se establece lo siguiente:

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

En el Manual relativo al Convenio 169, publicado por la OIT con la finalidad de facilitar la comprensión y el uso del Convenio (2003), se califica la participación como un principio fundamental del Convenio y señala

que para poder controlar el ritmo y la amplitud de su desarrollo, los pueblos indígenas y tribales deben participar plenamente en todos los procesos que puedan afectarlos. Sólo si lo hacen desde el comienzo hasta el fin de un proyecto o programa podrán ser responsables del mismo y contribuir activamente al establecimiento y consolidación de su propia autosuficiencia socioeconómica. (Manual, 2003:10)

Sobre el concepto de participación, expresamente se establece en el artículo 6.1 del Convenio 169 que al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán tener dos consideraciones. En primer término, se debe establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos; y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan. Y en segundo término se debe establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

A partir de este texto en el Manual de la OIT se señalan lo que se denomina elementos de la participación. Al respecto se indica que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de participar en todas y cada una de las etapas en un proyecto, política o programa. También se menciona que se permitirá dicha participación durante la concepción o diseño de

políticas, programas o proyectos hasta su aplicación y evaluación. Asimismo, que dichos pueblos participarán en la adopción de decisiones, a todos los niveles (local, nacional o regional), sea de instituciones políticas electivas, sea de administraciones nacionales y locales. Finalmente que la participación se efectuará a través de las propias instituciones tradicionales u organismos representativos de los pueblos interesados, y no mediante estructuras impuestas desde fuera de la comunidad, salvo que ésta las acepte. (Manual, 2003: 19)

Tendiendo en cuenta lo citado, podemos señalar que el concepto de participación que subyace en el Convenio 169, comprende necesariamente la inclusión o involucramiento de los pueblos indígenas en toda política, proyecto o programa que atañe a su desarrollo. Asimismo se vincula directamente los conceptos de participación con el de desarrollo. Y establece claramente que esta participación debe ser promovida por los gobiernos como un deber de aquellos. Y en este sentido en el artículo 2 de la ley de consulta previa se establece que "corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos", además de las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos.

Estos alcances del Convenio, reconocidos a su vez en la ley de consulta previa, reconocen en segundo lugar la participación como un legítimo derecho de los pueblos de participar en todas las etapas de un proyecto, en forma libre e

informada, inclusive desde su diseño y aplicación lo que llevado al campo de la actividad minera nos permite afirmar enfáticamente que el Convenio 169 reconoce el derecho de participar de los pueblos indígenas en el proceso de desarrollo de un proyecto minero en todas sus etapas, dada la directa vinculación que tiene con su vida.

Ahora bien, no solo es concebido como un derecho sino también como el ejercicio del poder en la adopción de decisiones, dando voz a los pueblos indígenas. Ejercicio que lo lleva a participar en las decisiones, incluso desde su derecho a participar en la decisión de determinar sus propias prioridades en lo que hace su derecho al desarrollo.

Adicionalmente, el Convenio establece que los gobiernos deben proveer a las comunidades de los procedimientos necesarios para ejercer este derecho, lo que implica una concepción política acertada y finalmente hace notar como el ejercicio de este derecho deberá realizarse a través de las instituciones tradicionales y organismos representativos de los pueblos indígenas. No cabe por tanto, pensar que los gobiernos puedan establecer fórmulas distintas a las propias de la cultura y formas de representatividad que dichos pueblos tienen. Alcance que ha sido recogido en la ley de consulta previa al establecer por una lado las etapas del proceso de consulta (art.8 y siguientes) donde además de identificar las medidas objeto de consulta deberá asimismo identificarse los pueblos indígenas y originarios a ser consultados.

Y es que como se señala en la Guía sobre el Convenio 169 de la OIT el objetivo principal de las disposiciones es que se garantice que los pueblos indígenas puedan tener una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos y en los procesos que puedan afectarles directamente (Guía OIT 169, 2009: 60).

Similares alcances se advierte en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007. En dicho documento se reconoce la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos.

Bajo estas consideraciones en el artículo 4° de esta Declaración se refiere a los mecanismos de consulta y participación y establece que el propósito de las consultas es alcanzar un consentimiento libre, previo e informado. Asimismo, la Declaración reconoce que los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales.

Resultan también especialmente interesantes de mencionar los artículos 18, 19 y 23. En el caso del artículo 18°

se pone en evidencia la importancia que se le asigna al que los pueblos indígenas participen en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

De otro lado, el artículo 19 señala como los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Finalmente en el artículo 23 se hace referencia a que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Es decir, el concepto de participación que dimana de estas normas se vincula al igual que en el Convenio 169 al derecho de los pueblos indígenas a definir su desarrollo y por ende el destino de sus recursos y de sus tierras, tema totalmente vinculado a sus derechos frente a la actividad minera.

2. ALCANCES Y FINALIDAD DE LA CONSULTA PREVIA EN EL CONVENIO 169 Y EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

El artículo 6° del Convenio 169 aborda uno de los principales aspectos regulados por este instrumento, la consulta a los Pueblos Indígenas y Tribales. Es así que, en este artículo se establece que al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán tener en cuenta tres consideraciones.

En primer lugar, consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

En segundo lugar, establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan.

Y en tercer lugar, establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Asimismo, las consultas llevadas a cabo en aplicación del Convenio, deberán efectuarse de buena fe y de una manera

apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Porque como se indica en la Guía OIT sobre el Convenio 169

“la consulta se considera una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos. Al interrelacionar los principios de consulta y participación, la consulta no implica sólo el derecho de reaccionar sino, también el derecho de proponer; los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.” (Guía OIT Convenio 169, 2009: 60)

Como se puede apreciar el Convenio 169 establece el derecho a la consulta obligatoria. Es decir, en primer lugar, en este artículo se prescribe que los Estados que lo ratifiquen, como el caso del Perú, deberán obligatoriamente consultar a los pueblos indígenas y tribales (comunidades campesinas y nativas), mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, y se dispone además que los Estados establecerán los medios a través de los cuales los pueblos interesados podrán desarrollar sus propias instituciones. Por tanto la

consulta es un principio fundamental del Convenio. Obligación que ha sido así prevista en la Ley de Consulta Previa en citado artículo 2. Vale decir, consultar es una obligación del Estado. Es más se señala expresamente “La consulta a que se hace referencia en la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado”.

A lo que debemos sumar el que la Comisión de Expertos, en la observación general sobre el Convenio 169, en su 79 sesión del 2008 señala que la participación de los pueblos indígenas y tribales es un asunto fundamental para garantizar la equidad y la paz social; a través de la inclusión y el diálogo. Más aún se considera que las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, que conlleve cohesión social y tenga un papel decisivo tanto en la prevención como en la resolución de conflictos. (Guía OIT Convenio 169, 2009: 60).

En esta línea, en el Manual antes citado se señala expresamente lo siguiente:

“Uno de los principales problemas de los pueblos indígenas y tribales es que tienen poca o ninguna oportunidad de expresar su opinión sobre la forma, el momento y la razón de medidas decididas o ya aplicadas que inciden o incidirán directamente en sus vidas.” (Manual, 2003:15)

Ahora bien, cabe preguntarnos frente a lo establecido por el Convenio 169, si la consulta implica un derecho a veto, vale decir, ¿las comunidades pueden negarse, por ejemplo, a que se realice

un proyecto extractivo? En el Manual citado así como en la Guía, el equipo de trabajo de la OIT señala expresamente:

“El Convenio dispone el marco para mantener debates y negociaciones entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales. El objetivo de una consulta de esta clase es alcanzar un acuerdo (consenso) o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados”.(Manual, 2003:16)

“Con miras a lograr un acuerdo o • consentimiento: De acuerdo con el Artículo 6 del Convenio núm. 169, el objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. En otras palabras, es necesario que los acuerdos o el consentimiento sean la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos para alcanzar acuerdos o lograr consentimientos”.(Guía Convenio 169 OIT, 2009:62)

Frente a este objetivo de la consulta, la respuesta es que el Convenio 169 no otorga a los pueblos indígenas y tribales el derecho de veto. Si bien el Convenio especifica que no debe tomarse ninguna medida contraria al deseo de los pueblos indígenas y tribales, esto no significa que en caso de estar en desacuerdo puedan evitar que el proyecto extractivo se lleve a cabo. Sobre este punto, en el Manual elaborado por el equipo del Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, se comenta el siguiente caso:

“Si bien cinco comunidades ubicadas en Cree de Manitoba (Canadá), que habían sufrido daños ecológicos y despojo de tierras como consecuencia de un gran proyecto hidroeléctrico, se opusieron al mismo, no pudieron impedir su realización. En 1977 negociaron con el gobierno federal un conjunto de compensaciones, conocido como el Acuerdo de las Aguas del Norte, en virtud del cual, además de tierras que compensaban las inundadas, los damnificados obtuvieron que la gestión de la fauna y la flora salvaje estuviese bajo la responsabilidad de los Cree, así como el control y la garantía de “suministrar disponibilidades continuas de agua potable”. (Manual, 2003:16)

Más aún Sanna Saarto (2008) en una exposición realizada por la OIT ante el Congreso de la República señaló expresamente, cuatro puntos a tener en cuenta. Primero, que los gobiernos no están obligados a ceñirse al resultado de la consulta, por tanto se infiere que el Convenio no otorga el derecho de veto. Segundo, el resultado de la consulta debe tener incidencia sobre la toma de decisión (buena fe). Tercero, la finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas. Y cuarto, el Convenio no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, pero sí se contempla que los pueblos indígenas tengan la oportunidad de participar libremente a todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente.

Y se señala adicionalmente que la consulta debe entenderse dentro de una cultura de consulta y participación. En tal sentido, se señala que debe ser considerada como un proceso constructivo y no defensivo. Y por tanto concluye que la consulta consiste en recabar la opinión, el asesoramiento y la asistencia de los pueblos indígenas y tribales. Añadiendo entre sus alcances para mayor precisión que el Convenio exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas tengan el derecho de expresar su punto de vista, y de influenciar el proceso de la toma de decisiones. (Saana Saarto, 2008)

Sobre este tema, la Defensoría del Pueblo (2009:8) ha precisado que le corresponde y es responsabilidad del Estado, adoptar la decisión final sobre las medidas administrativas o legislativas, lo que no debe realizarse sin agotar los procedimientos adecuados que busquen lograr el consentimiento o el acuerdo con los representantes de los pueblos indígenas. Para la Defensoría, la consulta es un proceso que se agota con la toma de decisión por parte de la institución de la administración pública responsable. Sin embargo, en caso que los pueblos indígenas no se encuentren de acuerdo con la medida adoptada por el Estado, deben contar con mecanismos legales para cuestionar tal decisión, en caso consideren que se vulneran sus derechos fundamentales.

El reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a poder presentar un recurso para cuestionar la decisión adoptada, sea por ejemplo de reconsideración o de apelación es considerado por la Defensoría como

algo de fundamental importancia para lograr la efectividad de los demás derechos humanos y por tanto, los considera uno de los pilares básicos de un Estado de Derecho (Defensoría del Pueblo, 2009: 9).

Adicionalmente, este derecho de los pueblos indígenas, se debe concordar con el artículo 7° del Convenio 169, que reconoce el derecho de los pueblos a decidir sus propias prioridades en su proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Al aplicar y reglamentar los alcances del Convenio no es posible dejar de concordar el artículo 6° con lo dispuesto en el artículo 7°.

En consecuencia, es obvio inferir que los pueblos ante un proyecto minero participan eligiendo sobre sus vidas, sobre su futuro desarrollo y estos son criterios y derechos fundamentales que las empresas y sus empresas consultoras; y a su vez la normatividad deberían tomar en cuenta al formular un EIA, un PAMA o un Plan de Participación. Asimismo, estos criterios y derechos deben ser tomados en consideración por el Gobierno, antes y durante el proceso de aprobación un EIA vinculado a la actividad minera.

Si no fuera así, será la oportunidad de proponer en este documento y con este fundamento jurídico, las modificaciones necesarias a las normas reglamentarias

de la participación ciudadana en la actividad minera. Estas apreciaciones las hacemos además con la seguridad que el Convenio promueve una cultura de diálogo, no impone uno u otro resultado y como bien lo señala la propia OIT los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a continuar existiendo sin pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo. Que es el espíritu y la letra de los objetivos del Convenio 169, que nuestro país ha ratificado y que en consecuencia es ley en el Perú.

Estos alcances están claramente definidos también en la ley de consulta previa en nuestro país, cuando en el artículo 3 se establece que “la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa”. Pero luego señala en el artículo 15 que “la decisión sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente”. Decisión que debe estar motivada, lo que implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones de los pueblos y el análisis de las consecuencias que la adopción de la medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

Entonces definamos que se debe entender por “acuerdo”, según los conceptos de la Real Academia Española, podemos concluir que lo que se busca en el Convenio con el acuerdo, es que las partes, es decir el Estado y los

Pueblos Indígenas, concilien y lleguen a determinar o resolver en consenso sobre un determinado tema que les atañe. Es decir, que la consulta tiene un carácter no solo informativo sobre las medidas y decisiones que puedan afectarles a los pueblos indígenas, sino que va más allá de un proceso comunicativo, es un diálogo en el cual se pondrán los intereses en juego de ambas partes sobre la mesa para poder llegar a un entendimiento en primer lugar de sus posturas, preocupaciones, entre otros, para luego tomar una decisión en base a lo expuesto y que esta decisión sea aceptada por ambas partes. Es así que el Convenio no menciona nada sobre qué es lo que sucede si no se llegará a un acuerdo, o sobre cuánto tiempo debemos esperar para llegar a un acuerdo, entonces, ¿podríamos interpretar que siempre se debe llegar a un acuerdo? ¿O, como se establece en nuestra legislación, se puedan tomar decisiones aún si no hay acuerdo? ¿Estaríamos evitando algún conflicto? O ¿solo estaríamos cumpliendo con consulta en papel?

Sin duda, si bien no hay derecho a veto, si queda claramente establecido que deberá procurarse llegarse a un acuerdo.

Por otro lado, el convenio hace mención a lograr un consentimiento acerca de las medidas a tomarse, ¿qué debemos entender por esto? Comencemos nuevamente con la misma dinámica, según las definiciones que podemos encontrar sobre consentimiento, diríamos que lo que busca el Convenio con esta expresión es que una de las partes permita o sea condescendiente

respecto de realizar algo, por otro lado, tenemos una definición más legal que se entendería más como una manifestación de voluntad por la que un sujeto se relaciona jurídicamente con otro. Es decir, en este supuesto, amerita una especie de aceptación, o aprobación de las medidas que se quieran adoptar. En el caso específico serían los pueblos indígenas los que deben dar este permiso o consentimiento. ¿En qué casos se desprende esta conclusión? Tenemos que cuando se trate de traslados poblacionales, medida que debe ser tomada solo como excepción, que se da cuando se considere necesario la reubicación de estos pueblos, ésta sólo se debe efectuar con su consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa. Sin embargo, aquí el Convenio si nos pone en el supuesto de qué pasa cuando no se logra un consentimiento, y nos dice que este traslado se dará pero respetando los procedimientos y siendo efectivamente representados, los pueblos indígenas afectados. Además deja claro que los pueblos pueden regresar a sus tierras una vez pasada la necesidad de la medida que los hizo reubicarse, pero de no poder hacerlo, se les debe dar una indemnización a las personas que fueron trasladadas.

Es así, que del análisis realizado debemos inferir que el derecho a la consulta no les permite tener derecho a vetar las decisiones que adopte el Estado, que en algunos casos no solo bastará con realizar un proceso en el cual ambas partes de pongan de acuerdo en la toma de una determinada decisión importante para ambos (consulta) sino que cuando haya intereses mayores (reubicación poblacional) se requerirá

una aprobación por parte de los pueblos involucrados (consentimiento).

Lo que podemos afirmar entonces, es que el Estado se debe ceñir a un proceso de diálogo, de construcción y de aprendizaje mutuo, en el cual ambas partes harán intercambio de conocimientos, de información, de intereses y de alguna manera harán concesiones y cambios a sus comportamientos o formas de ser, estar o pensar. Es decir consideramos que es un proceso de diálogo en tanto las partes no se limitan a dar información una a la otra y solo, hacer charlas o audiencias, sino que por el contrario se trata de un intercambio de escucha activa, participativa en la cual se expondrán las ideas e intereses intrínsecos de cada una de las partes, este proceso busca y tiene como finalidad llegar a una avenencia entre los participantes; por otro lado es un proceso de construcción de confianza, pues se basará o inspirará en crear relaciones directas de contacto cordial, generando representatividad y participación lo cual toma un proceso de mediano y largo plazo (es progresivo); finalmente decimos que se trata de un proceso de aprendizaje en tanto las personas se vuelven capaces de hacer algo distinto de lo que hacían antes (Schunk, 1997), entonces se requerirá que las personas adquieran conocimientos, habilidades y actitudes (incluiremos aquí creencias y valores) (Anchante, 2011).

3. QUÉ Y CUÁNDO SE DEBE CONSULTAR

De acuerdo con el Convenio 169 la consulta tendrá lugar siempre que se estudie, planifique o aplique cualquier

medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados. Entre las medidas se encuentran por ejemplo, la enmiendas a la Constitución nacional, la nueva legislación agraria, los decretos relativos a los derechos sobre la tierra o procedimientos para obtener títulos sobre las tierras, los programas y servicios nacionales de educación o de salud o toda política oficial que afecte a los pueblos indígenas y tribales.

Expresamente en la Guía sobre el Convenio 169 de la OIT (2009:61) se considera de especial relevancia la consulta en los siguientes casos:

- Al prever medidas legislativas o administrativas (artículo 6(1)(a));
- Antes de proceder a la prospección o explotación de los recursos del subsuelo (artículo 15(2));
- Al considerar la enajenación de las tierras de pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (artículo 17);
- Con anterioridad a la reubicación de los pueblos indígenas, que sólo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16).

Este alcance no solo está precisado en la norma sino que además ya la Comisión de Expertos de la OIT encargada de revisar el grado de cumplimiento de los Convenios, en el caso peruano en su informe 2009, señaló expresamente lo siguiente:

“La Comisión toma nota que el 19 de mayo de 2008 se aprobó

el decreto legislativo núm. 1015, mediante el cual se modificó el número de votantes que se requerían para disponer del territorio comunal. Ésta norma fue modificada el 28 de junio de 2008 por el decreto legislativo núm. 1073 que también flexibiliza las condiciones para disponer del territorio comunal. Indican que esta legislación no ha sido consultada. La Comisión llama a la atención del Gobierno que, según el artículo 6, 1), a), del Convenio, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que según el artículo 17, 2), del Convenio, deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. "(Informe Comisión de Expertos Convenio OIT, 2009: 747)

En consecuencia, antes de adoptar una norma legal o disposición administrativa que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas, así como proceder a realizar una prospección o explotación de los recursos del subsuelo, es obligatorio también para la actividad minera que los gobiernos deban iniciar una discusión abierta, franca y significativa con los pueblos interesados (Manual, 2003:15). En el Manual de la

OIT se cita el siguiente caso a manera de ejemplo sobre cuándo consultar:

"Al examinar la aplicación del Convenio núm. 169 con respecto al proyecto de embalse hidroeléctrico de la empresa Urrá en Colombia, que acarrearía la inundación de buena parte de las tierras ocupadas por la comunidad indígena Emberá Katio, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT expresó en sus comentarios que dicho proyecto se había iniciado sin consulta previamente a la comunidad indígena interesada y, en consecuencia, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio núm. 169." (Manual, 2003:15)

Precisando aún más, en que casos debe consultarse, Saana Saarto (2008) indica que el el proceso de consulta debe realizarse en caso de proyectos legislativos y administrativos que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, en caso de medidas especiales destinadas a salvaguardar su patrimonio material y cultural, frente a programas y proyectos de desarrollo económico, social, cultural, nacionales o regionales que puedan afectarles directamente, en casos de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras y en caso de traslado de comunidades de las tierras que ocupan y su relocalización.

Particularmente en caso de un proyecto extractivo el Artículo 15, párrafo del Convenio 169 es muy claro al establece

que “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.”

Este es un derecho de las comunidades y como bien se señala en la Guía del OIT sobre el Convenio 169:

“durante la consulta, los pueblos indígenas tendrán derecho a expresar sus preocupaciones. Por ejemplo, pueden exponer las razones por las que no deben extraerse los recursos o por las que deben excluirse ciertas áreas en virtud de cuestiones ambientales, de impacto sobre lugares sagrados, contaminación, problemas de salud, pérdida de la base para la subsistencia económica, etc. Teniendo en cuenta que las actividades de prospección y explotación por lo general son procesos a largo plazo en los que las empresas reciben concesiones por períodos de 30 a 50 años, es importante subrayar que la obligación de consultar no sólo se aplica al momento de tomar la decisión de explorar o explotar los recursos sino que también corresponde en un nivel más general, a lo largo de todo el proceso debido a que afecta

a los pueblos indígenas. En este sentido, el Artículo 15 debe leerse junto con los artículos 6 y 7 del Convenio, que exigen la consulta de los pueblos indígenas y su participación en la formulación, implementación y evaluación de los planes de desarrollo que los afecten.” (Guía OIT Convenio 169, 2009:107 y 108)

Así mismo este derecho de consulta incluye el derecho de conocer los impactos que tendrán las tareas de prospección y explotación, por lo que el titular minero deberá evaluar, en colaboración con los pueblos indígenas, los impactos sociales, espirituales, culturales y ambientales de las actividades de desarrollo, y los resultados de dichas evaluaciones se considerarán como criterio fundamental para la implementación de dichas actividades y, asegurar su participación a lo largo de todo el proceso. (Guía OIT Convenio 169, 2009:107 y 108)

Cabe mencionar que este mismo derecho está reconocido expresamente en el Artículo 32º, párrafo 2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la que se establece que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados a través de sus propias instituciones representativas; con miras a obtener su consentimiento libre e informado como paso previo a aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Es evidente, por tanto que los alcances de la consulta comprenden, entre otros, los procesos de exploración y explotación y por ello incluye también todo el procedimiento de aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental. Derecho que como veremos luego recoge expresamente la legislación peruana, señalándose a su vez los principios y características en las que debe desarrollarse dicha consulta.

En este aspecto la ley de consulta previa solo precisa que se deben consultar las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas u originarios en sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, dejando en manos de las entidades estatales, "bajo responsabilidad" identificar dichas medidas. Debe ser materia del reglamento hacer las precisiones sobre los alcances de las medidas a consultar, y para ello será muy valioso tomar en cuenta líneas señaladas por el Manual de la OIT antes comentado.

Asimismo será necesario precisar cuando consultar en el caso particular de los proyectos extractivos, en principio el Convenio se establece:

"Artículo 15.2.

Encaso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar

si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, **antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras."**

Es decir, debe consultarse antes de la llevar adelante la prospección? ¿Esto implica consultar antes de otorgar la concesión? En principio debemos entender que es así, pero será muy importante precisarlo en el Reglamento.

4. PRINCIPIOS Y REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA CONSULTA

Respecto a los principios, la participación ciudadana debe efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias del tema a consultar, buscando el llegar a un acuerdo con las poblaciones consultadas. En tal sentido, según el citado Manual de la OIT así como la Guía de la OIT del 2009, las consultas deben efectuarse teniendo en cuenta tres puntos.

En primer lugar, actuando de buena fe, respetando los intereses, valores y necesidades de la otra parte. Así, se señala que el proceso de consulta debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad. En tal sentido, se indica expresamente, y a manera de ejemplo, que una reunión en una lengua que no les sea familiar a sus participantes, no será considerada como una verdadera consulta. Esto implica a su vez que las consultas deben tener lugar en un clima de confianza mutua. Siendo necesario

además que los gobiernos procuren llegar a un acuerdo, llevando adelante negociaciones genuinas y constructivas, evitando demoras injustificadas y cumpliendo con los acuerdos pactados, implementándolos de buena fe. Por otra parte, los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información relevante y puedan comprenderla en su totalidad. Debe otorgarse tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales. (Guía OIT Convenio 169, 2009: 62)

En segundo lugar, las consultas deberán efectuarse respetando el principio de representatividad, lo cual es considerado como un asunto esencial de la obligación de consulta. Sin embargo, se deja claro que pudiera ser difícil determinar quién representa una comunidad en particular (Manual, 2003:16). Para ello, previamente a realizar cualquier tipo de consulta, las comunidades interesadas deberán identificar las instituciones que reúnan los requisitos de representatividad. Con respecto a la determinación de las instituciones representativas, en la Guía OIT se señala que "lo importante es que éstas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas". Sin dejar de reconocer que esta determinación puede resultar una tarea difícil en muchos casos dado que "si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta

encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio". (Guía OIT Convenio 169, 2009: 61)

En tercer lugar y en esta misma línea de ideas Saana Saarto (2008) precisa como requisitos de validez de una consulta el que se utilicen procedimientos apropiados, que se haga a través de sus instituciones representativas, que se actúe de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con el fin de llegar a un acuerdo o consentimiento previo, libre e informada.

Por tanto será necesario, que se advierta en qué medida nuestra legislación, en particular en el caso de la actividad minera, recoge estos criterios para que producto de este análisis se pueda determinar objetivamente si el proceso de consulta tal como está regulado es realmente válido o tiene vacíos o normas que se contraponen que ameritan modificaciones de fondo, que serán propuestas en esta tesis.

Estos principios están recogidos acertadamente en la ley de consulta previa en nuestro país al precisarse en el artículo 4 que los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

- a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.
- b) Interculturalidad. El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las

diferencias existentes entre culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.

- c) Buena fe. Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductos antidemocráticos.
- d) Flexibilidad. La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias de los pueblos indígenas u originarios involucrados.
- e) Plazo razonable. El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de la consulta.
- f) Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.
- g) Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la

información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación.

5. A QUIÉNES CONSULTAR

Más allá de la revisión normativa, si, por ejemplo, al proceso de consulta no se desarrolla con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio. De allí la necesidad de verificar sea en la norma sustantiva o en su reglamento cómo se define la representatividad de los pueblos indígenas.

En relación con la representatividad de las instituciones, el Manual de la OIT, indica que las instituciones representativas pueden ser tanto tradicionales (consejos de ancianos, consejos de aldea, etc.), como estructuras contemporáneas (parlamentos de pueblos indígenas y tribales, dirigentes locales electos y reconocidos como genuinos representantes de la comunidad o del pueblo interesado).

Asimismo, se señala que se deberá consultar a quienes se verán afectados por una determinada medida. Por ejemplo, al planificar una carretera cuyo trazado atravesase aldeas indígenas, se deberá consultar y dar la oportunidad a los pueblos interesados, de hacer saber

a las autoridades lo que piensan al respecto (Manual, 2003:17)

A nivel de nuestra realidad a quienes consultar sin duda será a las comunidades nativas y andinas que directamente este relacionadas al proyecto minero a realizar. Y ello se verá como consta en la reglamento sobre la materia.

En el Título II de la ley de consulta previa se señala igual que los sujetos del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios y que deben participar a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales. Para identificar a dichos pueblos como sujetos colectivos, se han adoptado criterios objetivos y subjetivos.

- “Criterios objetivos:
 - a Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional
 - b Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usa u ocupan
 - c Contar con instituciones sociales y costumbres propias
 - d Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional”

Consideramos que estos criterios no deben ser interpretados tajantemente, sino por el contrario bajo el mismo esquema de los principios de la ley,

utilizando así la flexibilidad, pues puede que existan algunas otras características que no se ajusten necesariamente a esta lista; podríamos así preguntarnos ¿qué se debe entender por descendencia directa? y así un sin número de preguntas.

- “Criterio Subjetivo:

Los pueblos indígenas deben tener conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria”.

El criterio subjetivo puede ser el más complicado de aplicar, pues se tienen el temor que un grupo al que no se quiere considerar indígena por temas principalmente de los imaginarios que manejan (como por ejemplo, que el indígena debe ser un sujeto viviendo en precariedad, en las zonas alejadas del país, con una lengua distinta, con indumentarias exóticas, etc.) argumente que manejan una identidad colectiva diferente, y que para ellos sí son indígenas pues tienen esta conciencia desde sus ancestros.

En el artículo 20 de la ley se encarga al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura llevar una base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios, que serán aquellos susceptibles luego de ser consultados de afectarse sus derechos colectivos. Asimismo debe mantener un registro de las organizaciones e instituciones representativas que deben ser las directamente consultadas.

Ahora bien, ¿Qué entendemos por derechos colectivos?, otra tarea que

nos parece fundamental ser precisada en el reglamento. Lo único que se señala en la ley es que se trata de los derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano como indicáramos anteriormente.

6. REGLAS O PROCEDIMIENTO PARA REALIZAR LA CONSULTA

La consulta se debe realizar según las circunstancias y las características propias de cada pueblo. Para ello se requiere mecanismos regulares, sistemáticos, institucionalizados y aceptados, en lugar de mecanismos impuestos. Por ello en el Convenio 169 se establece que deberá tratarse de “procedimientos adecuados”, y se señala además que la forma de consultar al pueblo interesado será de una “manera apropiada a las circunstancias”.

Se entiende por “apropiada” el que deberá ajustarse a las exigencias propias de cada situación y ser útiles, sinceras y transparentes. Se cita a manera de ejemplo, que en caso de ver alternativas al proyecto de carretera, no basta hablar con unos pocos habitantes de las aldeas. Una reunión cerrada de una selección de personas que no representa la opinión de la mayoría no es una “verdadera” consulta.” (Manual, 2003:17)

En relación al procedimiento adecuado en la Guía de la OIT se señala expresamente lo siguiente:

“Será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un

acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado⁷⁾. Con frecuencia, los procesos generales de audiencia pública no resultan suficientes. “La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión — con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas — de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes.”) (Guía OIT Convenio 169, 2009, 62)

Por tanto, el procedimiento de consulta debe permitir que los interesados expresen libremente y con conocimiento de causa sus puntos de vista. Lo que implica a su vez, que no se puede tratar la consulta en forma ad hoc, sino como un proceso de diálogo permanente.

En este sentido, el procedimiento debe permitir que antes de la consulta el pueblo a ser consultado, esté debidamente informado de modo tal, que esté en condiciones realmente de poder opinar sobre los alcances del proyecto a realizarse y sobre las implicancias que puede tener en su propia vida. Y sobre todo que no se trata de un mecanismo simple que se agote en un momento sino que el mecanismo debe permitir un diálogo constante; y es allí donde debemos verificar si los mecanismos previstos en nuestra legislación son tan abiertos

que permiten este diálogo permanente y no que realizada una determinada actividad (taller, audiencia pública etc.) y los interesados no tengan ya la oportunidad de no solo remitir observaciones de sino de dialogar con la empresa o el Estado.

Como bien señala la Defensoría del Pueblo (2009: 15) durante el desarrollo de un proceso de consulta, se deberán ejecutar acciones adecuadas para que la participación de los representantes de los pueblos indígenas sea real y efectiva en el proceso de toma de decisiones de la entidad, teniendo en cuenta que su finalidad es llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento.

Adicionalmente, la Defensoría del Pueblo (2009: 16) en el caso de los proyectos sobre aprovechamiento de recursos naturales, señala que la información que se suministre, debería abarcar mínimamente, la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto. Del mismo modo, debería considerar las razones, el objeto y duración del proyecto y/o actividad, los lugares de las zonas que se verían afectados, una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa. Finalmente, considerará las instituciones o sectores que probablemente intervendrán en la ejecución del proyecto y/o actividad propuesta y el procedimiento (s) que

puriere (n) traer consigo el proyecto y/o actividad.

Como señala Ruiz Figueroa (2007: 5) las consultas no deben reducirse a simples actos de información o difusión, sino que deben tender a la consecución de un acuerdo. Este mismo autor, citando a James Anaya¹, señala que los procedimientos de consulta deben ser diseñados de forma que se les conceda a los pueblos indígenas, la oportunidad de influir de forma efectiva en las decisiones que afectan a sus intereses. Esto requiere que los gobiernos entablen un diálogo con estos pueblos sobre las posibles consecuencias de esas decisiones antes de que éstas sean tomadas.

James Anaya también señala que se requiere una serie de garantías procedimentales que tengan en cuenta los propios mecanismos indígenas de toma de decisiones, incluyendo las costumbres y estructuras organizativas pertinentes, y garantizando que los pueblos indígenas tengan acceso a toda la información y a la asesoría que sean necesarias.

Este es un punto trascendente en el concepto de consulta y sus alcances, no es hoy pregunto y mañana ya no, sino debiera entenderse como un proceso de diálogo. Resulta importante analizar estos alcances en la reciente ley de consulta previa.

El procedimiento que se ha establecido para llevar a cabo la consulta se presenta en el siguiente gráfico:

¹ ANAYA, James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía, 2005, pp. 235.

6.1. Proceso de la Consulta Previa



Desarrollemos rápidamente cada una de las etapas del proceso:

1.- Identificación de las medidas objeto de la consulta.- Es la entidad estatal la que debe identificar, bajo responsabilidad, las medidas legislativas o administrativas que tengan una relación directa con los derechos colectivos, sin embargo organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden pedir que se les consulta alguna medida que crean les afecte directamente.

2.- Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.- La entidad estatal promotora de la medida a consultar identificará a los sujetos a consultar.

3.- Publicidad de la medida legislativa o administrativa.- Las entidades promotoras de la medida a consultar deben ponerla a conocimiento de los representantes de los pueblos indígenas a consultar.

4.- Información sobre la medida legislativa o administrativa.- La entidad estatal deberá brindar información de la medida a consultar a los pueblos indígenas desde el inicio del proceso.

5.- Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios.- Los representantes de los pueblos indígena deben contar con un plazo razonable para analizar la medida a consultar y los alcances que esta tiene con relación a sus derechos.

6.- Proceso de diálogo intercultural.- se deben tomar en cuenta las sugerencias y recomendaciones que los pueblos indígenas formulen, todas las opiniones del diálogo deben quedar en un acta de consulta.

7.- Decisión.- Finalmente, la decisión final sobre la medida consultada la tiene la entidad estatal competente, sin embargo, dicha decisión debe estar debidamente motivada. De haber llegado a un acuerdo entre las partes,

éste es de carácter obligatorio para ambas partes.

Este es, a grandes rasgos, el procedimiento de la consulta previa, cabe destacar que en todo momento se debe tener en cuenta la diversidad cultural y por ende lingüística de los pueblos indígenas, por ello estos procesos deben contar el apoyo de intérpretes. Por otro lado, nos parece imperativo reglamentar esta ley, para tener una mayor precisión de los alcances de esta norma, como por ejemplo en los plazos razonables que se darán a los pueblos indígenas para que analicen la norma, dado que plazos ajustados e irrazonables para llevar a cabo la consulta serán motivo mas bien de conflictos.

7. RETOS ANTE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA

1) **Contar con un Estado preparado para consultar.** Es decir funcionarios que entiendan el contexto de la cultura de los pueblos a ser consultados, que conozcan sus derechos colectivos, que estén familiarizados con sus usos y costumbres y formas originales de decidir.

2) **Contar con pueblos indígenas y originarios informadas** acerca de sus derechos y obligaciones y sobretodo de los verdaderos alcances y límites de la consulta previa. Que se encuentren capacidad de llevar adelante un diálogo como un proceso.

3) **Contar con un reglamento** que recoja entre otros aspectos los planteados en

este artículo en cuanto las precisiones necesarias acerca de:

- a) La legitimidad de los representantes para llevar adelante los procesos de consulta.
- b) En el artículo 13° de la ley se dice que las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para analizar los alcances e incidencias de las medidas a consultar, y la relación directa entre su contenido y la afectación a sus derechos colectivos. ¿Qué sería un plazo razonable para las comunidades campesinas?, ¿Cómo suelen analizar y tomar decisiones las comunidades campesinas en cuestiones cercanas a lo que dice la ley? (Anchante:2011)
- c) Cuál es el peso de las mujeres en las decisiones que se toman en las comunidades campesinas. Cómo asegurar su inclusión en la consulta previa (Anchante:2011)
- d) Cuándo debe realizarse la consulta, siendo previa a que se adopte la medida, en el caso de las actividades extractivas, ¿corresponde sea antes que se otorgue la concesión? ¿Debe aclararse que solo se consulta una sola vez?
- e) ¿Qué se debe entender por derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en

los tratados ratificados por el Estado peruano que eventualmente pueden ser afectados?

f) ¿Siendo la consulta un proceso y no una oportunidad que tiempo debe durar considerando las etapas descrita en el artículo 8? ¿Qué debe entenderse como el "debido proceso"? ¿En qué medida este plazo puede afectar el inicio de una inversión?

g) ¿Será necesario aclarar la relación entre la Consulta Previa y los reglamentos de participación ciudadana? ¿Con la consulta previa haya mecanismos o procedimientos que ya

quedarían superados por redundantes?

h) ¿Qué responsabilidad alcanza a los funcionarios que no cumplen con la ley de acuerdo a lo establecido en el artículo 9?

Estas y muchas otras interrogantes deberán precisarse en el reglamento, sin perder de vista la flexibilidad y el hecho que la consulta debe adecuarse a cada circunstancia y a cada situación del pueblo a ser consultado.

De este modo la consulta previa podrá ser un camino a la unidad de los peruanos o una nueva oportunidad para generar conflictos. Y esta es tarea de todos, no solo de los Estados, sino también de las empresas y de los ciudadanos.