

revista española de
**desarrollo
y cooperación**

**PUEBLOS INDÍGENAS
Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

Presentación	F. GONZÁLEZ Y Y. CAMPANARIO
Neoconstitucionalismo para la paz: una mirada desde el Sur	V. M. ÁVILA
Ötö Yunomarop Atrile. El cambio climático desde una mirada holística misak en procesos de educación propia	J. F. HURTADO
Pensamiento ancestral y plantas sagradas: palabra, cantos y conjuros de vida en las epistemologías indígenas	E. N. AGUDELO
Los nodos neurálgicos del 'buen vivir': construcción de proyectos para la praxis	J. VIAÑA
Conocimiento y educación indígena	P. GARCÍA
Perú: estado de la implementación de la primera experiencia de regulación parlamentaria del deber de consulta previa en América Latina	M. HUACO
Del caucho al petróleo: el extractivismo en la región amazónica de Loreto (Perú)	F. BARCLAY
Sistema multilateral de Naciones Unidas y derechos de los pueblos indígenas	P. BORRAZ
Más allá de 2015: el debate sobre la agenda de desarrollo y la cooperación internacional	K. UNCETA
La Agenda de Cooperación Internacional para el Desarrollo y el advenimiento de la Agenda de Desarrollo post-2015	J. P. PRADO
La AOD española ante la Agenda de Desarrollo post-2015 y los presupuestos de 2014	K. CASCANTE
Seguimiento de la Cooperación Sur-Sur (mayo a septiembre de 2013)	J. SURASKY

Perú: estado de la implementación de la primera experiencia de regulación parlamentaria del deber de consulta previa en América Latina

Peru: Implementation advances on the first prior consultation of the duty parliamentary regulation experience in Latin America

MARCO HUACO PALOMINO*



PALABRAS CLAVE

Pueblos indígenas; Consulta previa; Perú; Convenio 169; Interculturalidad.

RESUMEN El Perú, al igual que muchos países de América Latina, suscribió y ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, solo después de 16 años se han adoptado algunas medidas normativas e institucionales a fin de cumplir e implementar dicho Convenio en el ordenamiento jurídico nacional, entre ellas, la aprobación de la Ley de Consulta Previa, primera en su género en el hemisferio americano. El presente artículo examina los avances y contradicciones de dicho proceso.

* **Marco Huaco Palomino** es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima), magíster en Ciencias Sociales de la Religión por la Facultad de Ciencias Sociales de dicha Universidad, máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Estrasburgo (Francia), diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad de Verano de Derechos Humanos del Collège Universitaire Henry Dunant en Ginebra. Investigador del Centro Andino Bartolomé de las Casas. Exbecario del Consorcio Latinoamericano de Ciencias Sociales y del Premio François Bourricaud al Investigador en Ciencias Humanas y Sociales (2007). Actualmente es asesor en el Congreso de la República y doctorando en la Universidad de París (Panthéon Sorbonne) y la Universidad de Sevilla.

KEYWORDS

Indigenous Peoples; Consultation; Peru; Convention 169; Intercultural.

ABSTRACT Peru, as many other countries in Latin America, subscribed and ratified ILO Convention 169 on indigenous people's rights. However, only after 16 years it has been adopted certain normative and institutional measures in order to implement that Convention in the Peruvian juridical order, *alter alia*, the approval of the Prior Consultation Law, first in its genre in the American hemisphere. This article examines the progress and contradictions of that process.

MOTS CLÉS

Peuples indigènes; Consultation; Pérou; Convention 169; Interculturel.

RÉSUMÉ Le Pérou, à l'instar de plusieurs autres pays d'Amérique latine a signé et ratifié la Convention 169 de l'OIT portant sur les droits des peuples indigènes. Cependant, c'est seulement seize (16) ans plus tard qu'ont été adoptées des mesures légales et d'ordre institutionnel afin de respecter et mettre en œuvre ladite Convention au sein de l'ordre juridique national; parmi lesquelles, l'adoption de la Loi de Consultation Préalable, première en son genre au sein de l'hémisphère américain. Le présent article examinera les avancées et contradictions de ce processus.

Desde que fuera aprobada por unanimidad en el Congreso de la República, en septiembre de 2011, y promulgada en la significativa ciudad amazónica de Bagua¹, por el presidente de la República Ollanta Humala, la Ley n° 29785 de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios se constituyó en la primera experiencia nacional de regulación parlamentaria especializada del deber de consulta previa en América².

- ¹ Bagua es muy significativa, pues habiendo promulgado la Ley de Consulta en dicha ciudad el presidente Humala buscaba desagrar a los pueblos indígenas, y en especial a los Awajún y Wampís que habitan en dicha región, quienes fueron reprimidos violentamente por el Gobierno del presidente Alan García en el infausto "Baguazo" con un nefasto saldo de víctimas policiales y civiles que originó gran rechazo a nivel nacional e internacional. Luego de ello la consulta previa quedó legitimada en la conciencia nacional como instrumento para evitar conflictos socio-ambientales entre comunidades y proyectos extractivos.
- ² Cabe precisar que en otros países existen disposiciones constitucionales sobre la consulta previa, estándares fijados por tribunales judiciales o constitucionales, reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo o normas aisladas en leyes relativas a temas ambientales o extractivos. Bolivia ha aprobado recientemente (agosto de 2013) también su Ley de Consulta Previa. Es ilustrativa al respecto la síntesis efectuada por la Corte Interamericana de

Sin embargo, no era la primera vez que en el ordenamiento jurídico peruano se regulaba dicho deber de consulta, pues este entró en vigencia el 2 de febrero de 1995 gracias al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en virtud del cual —al igual que en otros países del hemisferio— se emitieron algunas normas reglamentarias sectoriales y se realizaron algunos procesos de consulta previa, cuestionados en su aplicación y resultado³.

Lo realmente novedoso con la aprobación de la Ley de Consulta Previa no es que se trate de la primera norma jurídica aprobada al respecto ni que esté dando lugar “al primer proceso de consulta previa en Perú”⁴, sino que es la primera norma especializada en el hemisferio americano que desarrolla el deber de consulta previa emitida por un cuerpo parlamentario de alcance nacional. Originándose como fruto de la movilización indígena amazónica de 2008 y 2009 contra una serie de decretos legislativos del Poder Ejecutivo promulgados en el Gobierno de Alan García, que buscaban, entre otros objetivos, flexibilizar aún más el régimen de propiedad de las tierras de comunidades nativas y campesinas (amazónicas, andinas y costeñas).

El incumplido deber de consulta previa por parte del Estado se esgrimió entonces como uno de los más eficaces argumentos políticos de origen técnico de la resistencia indígena. A partir de ese momento, la opinión pública podría estar dividida sobre la pertinencia o no de los decretos del Gobierno, pero lo que no podía refutar era su origen autoritario al carecer de consulta previa con las comunidades afectadas. Estos hechos marcarían los términos del debate que vendría después sobre los derechos de los pueblos indígenas en Perú.

A partir de entonces, el discurso oficial, académico, mediático, político y de la sociedad civil se concentra en la necesidad de implementar el deber de consulta previa en normas y políticas públicas relativas a industrias extractivas. Observándose un escaso debate sobre otros grandes asuntos pendientes de la agenda indígena como por ejemplo: la inadecuación de normas y políticas sobre seguridad territorial, titulación de tierras, pueblos indígenas en aislamiento, institucionalidad estatal en materia

Derechos Humanos en *Sarayaku vs. Ecuador*, 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párrafo 164.

- 3 Nos referimos por ejemplo, a la consulta realizada en 2006 durante aproximadamente 30 meses con comunidades amazónicas Awajún y Wampís del Cenepa (frontera con Ecuador) a fin de establecer el Parque Nacional Ichigkat Muja, al amparo de la Resolución Presidencial n° 205-2010-SERNANP (consulta cuyo resultado fue un acuerdo incumplido por el Estado a fin de favorecer intereses mineros privados), a la consulta realizada para categorizar la zona reservada Güeppí desde 2005 (con resultado consensuado y respetado por las partes) y al proceso de consulta previa legislativa en 2011 de la Ley Forestal por la Comisión Agraria del Congreso de la República, que entonces fuera muy criticado por las organizaciones indígenas y de la sociedad civil.
- 4 De acuerdo al discurso gubernamental peruano, la próxima consulta previa de la adjudicación del lote petrolero 192 en la selva de Loreto sería una fehaciente muestra de la voluntad política favorable a los derechos indígenas, al promover “el primer proceso de consulta previa en el Perú”, lo cual no es exacto como ya hemos explicado *supra*.

indígena, relación entre justicia estatal y justicia indígena, régimen de propiedad y posesión indígenas ante la legislación extractivista, lenguas originarias, educación y salud intercultural, etcétera.

A contracorriente de los esfuerzos de las principales organizaciones indígenas nacionales por plantear una agenda de mayor alcance, el Estado peruano concentró sus esfuerzos en la implementación del deber de consulta previa en el sector cultura (encargado de su rectoría técnica) y energía y minas (hidrocarburos, minería, gas, electricidad). Ante lo cual, tanto la sociedad civil como la academia han estado produciendo una amplia variedad de reflexiones, análisis y balances (sin precedentes) sobre la consulta previa. Contribuyendo así a abandonar la generalizada impresión de que la consulta previa es el derecho de los pueblos indígenas y no solo un derecho angular; que el Convenio 169 de la OIT es el tratado (el único) que reconoce tal derecho (y solo ese) y; que el tal derecho opera principalmente ante el desarrollo de proyectos extractivos en tierras indígenas.

En nuestra opinión, estos son los términos predominantes del actual debate sobre los derechos de los pueblos indígenas en Perú. Más que intentar una profundización armónica e integral de los derechos indígenas se trata de garantizar el desarrollo de los proyectos extractivos con el mínimo posible de conflictividad social (ya que el recuerdo del “Baguazo” planea sobre los decisores permanentemente). Para lo cual, la consulta previa se convierte —bajo la óptica oficial— en una herramienta fundamental para el programa económico extractivista.

No obstante lo anterior, este discurso optimista, que utiliza la consulta previa como instrumento de legitimación de los proyectos extractivos, ha dado paso a uno escéptico, en el que se predica la necesidad de “destrabar” o de “exceptuar” a los proyectos mineros —que se desarrollan en zonas andinas donde habitan comunidades campesinas— del “procedimiento administrativo” de la consulta previa en aras de facilitar las inversiones⁵.

¿Cómo se llegó a este punto? En nuestra opinión, se han atravesado tres etapas para pasar de un “optimismo de implementación” a uno de pesimismo (a nuestro criterio, gratuito, toda vez que el Gobierno en realidad no ha desarrollado un solo proceso de consulta previa que pudiera alimentar su escepticismo):

- 5 Numerosos han sido los gestos oficiales en esa dirección: la aprobación de una “Comisión Multisectorial encargada de elaborar propuestas normativas y políticas orientadas a mejorar condiciones ambientales y sociales bajo las que se desarrollan las industrias extractivas”, la aprobación de los Decretos 55 y 60 para flexibilizar los plazos de aprobación de estudios de impacto ambiental, el veto del sector Energía y Minas a la publicación de la Base de Datos de Pueblos Indígenas del sector Cultura la que identificaba a comunidades indígenas andinas como sujetos de consulta, la decisión de no consultar ciertos proyectos mineros en ámbito indígena-andino como San Juan de Cañaris, las declaraciones del presidente Humala de que la consulta previa era un derecho aplicable solamente a los indígenas amazónicos en estado de aislamiento voluntario y no a los demás, y las declaraciones del primer ministro de que el Gobierno se encontraba estudiando medidas para “destrabar proyectos mineros de la consulta previa”...

- a) La primera etapa, entendida como un periodo de optimismo inicial de todos los sectores por la aprobación de la Ley de Consulta Previa, al cual siguió
- b) una segunda etapa, comprendida por un periodo de rápida implementación de algunas normas y herramientas necesarias para la gestión pública de la consulta previa (poco comprometedoras para el modelo económico extractivista por parte del Viceministerio de Interculturalidad), y
- c) una tercera etapa, caracterizada por una grave crisis y estancamiento de la consulta previa así como de las perspectivas de lograr una institucionalidad estatal en asuntos indígenas (etapa actual).

El periodo de entusiasmo de la implementación, se dio entre la aprobación por unanimidad en el Congreso de la República de la Ley n° 29785 de Consulta Previa y la aprobación, en medio de críticas generalizadas, del Decreto Supremo n° 1-2012-MC Reglamento de la Ley de Consulta (del Poder Ejecutivo). En esta etapa, el Gobierno nacionalista entrante cumplió con una de sus promesas sociales al aprobar una Ley de Consulta celebrada por todos los actores, salvo algunas aisladas pero acertadas críticas⁶. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatoría Especial sobre Libertades y Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, así como las organizaciones indígenas felicitaron al unísono la aprobación de la norma⁷.

Pero pronto llegaría el desencanto con el proceso de reglamentación de la norma para el cual se constituyó una Comisión Multisectorial, compuesta por 17 viceministerios y 6 organizaciones indígenas nacionales⁸, que presentara un proyecto de Reglamento aplicable únicamente a los distintos niveles de Gobierno del Poder Ejecutivo (Ministerios que conforman el Gobierno Central y Gobiernos Regionales y Locales). Se realizaron diversos encuentros en varios puntos del país, propiciados por el Ministerio de Cultura, a fin de que los representantes indígenas discutieran y expresaran su posición ante el proyecto del reglamento de consulta previa del Poder Ejecutivo.

- 6 Los especialistas Raquel Yrigoyen Fajardo y Bartolomé Clavero se contaron entre quienes temprana y públicamente cuestionaron dicha ley por no haber considerado los supuestos de obtención del consentimiento previo, libre e informado, por definir la categoría "pueblos indígenas" en contravención al Convenio 169 de la OIT y por dejar incólume las medidas administrativas y legislativas no consultadas aprobadas entre la entrada en vigor del Convenio para el Perú (1995) y la aprobación de la Ley de Consulta (2011). El tiempo les daría la razón con creces. Consúltese por ejemplo: <http://despernado.blogspot.com/2011/09/ley-de-consulta-previa-un-engano.html> (última consulta 2 de septiembre de 2013).
- 7 Consúltese, para lectura de los diversos pronunciamientos positivos: <http://servindi.org/actualidad/50080>, <http://servindi.org/actualidad/50328>, y <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/099.asp> (última consulta 7 de septiembre de 2013).
- 8 AIDSESEP (amazónicos), CNA, CONACAMI (estas dos representando a comunidades campesinas andinas) y ONAMIAP (mujeres indígenas) conformando el bloque "Pacto de Unidad". Fuera de dicho bloque estaba la CONAP (amazónicos rivales de AIDSESEP) y la CCP (andinos). Posteriormente, luego de la reglamentación, la CCP y la UNCA (aymaras) se incorporarán al "Pacto de Unidad".

En dichos encuentros las bases de las principales organizaciones indígenas nacionales hicieron serias observaciones y críticas a la Ley de Consulta Previa fundamentadas, principalmente, en que ella no les reconocía el derecho al consentimiento (y no solo a la consulta) en todos los casos que las medidas afecten sus territorios. Exigían por tanto, que la Ley fuera modificada antes de proseguir la discusión de su Reglamento a fin de dar cabida al derecho al consentimiento y a la anulación de numerosas concesiones mineras y petroleras, aprobadas en décadas precedentes sin consulta previa, entre otras demandas.

Tales exigencias surgieron de nutridas contradicciones entre organizaciones indígenas nacionales andinas y amazónicas, entre dirigencias regionales y sus representantes nacionales, así como entre las mismas organizaciones locales, a lo cual se añadieron también algunos planteamientos maximalistas como el cambio del modelo económico y de una Asamblea Constituyente para aprobar una nueva Constitución. Pero lo fundamental fue el retiro de la confianza al nuevo Gobierno así como a las dirigencias indígenas nacionales, que habían saludado la aprobación de dicha ley, lo cual les obligó a un cambio de timón político ante el proceso de reglamentación de la consulta previa.

Pero el proceso de reglamentación no se detendría. El Viceministerio de Interculturalidad, órgano administrativo del Ministerio de Cultura responsable de las relaciones con los pueblos indígenas y de dirigir técnicamente el proceso de reglamentación de la consulta previa, venía por aquel entonces de salir de una pequeña crisis (que se repetiría en los mismos términos pero con mayores consecuencias un año y medio después) que puso en tensión intereses petroleros privados y derechos de los pueblos indígenas en aislamiento⁹. La lección estaba aprendida y el Viceministerio de Interculturalidad tenía claro que debía lograr la aprobación de dicho Reglamento de Consulta Previa en los términos impuestos por la Presidencia del Consejo de Ministros, pues la Ley de Consulta comenzaba a ser socavada por sectores empresariales privados como una amenaza a la estabilidad de sus inversiones y por los poderosos Ministerios de Energía y Minas y de Economía como un factor de inestabilidad para la principal fuente de ingresos para la economía peruana: la minería.

Las organizaciones indígenas nacionales agrupadas en el "Pacto de Unidad" rehusaron continuar participando en el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta

⁹ Nos referimos a la destitución de la entonces jefa del Instituto de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) Dra. Raquel Yrigoyen, conocida experta en temas indígenas, quien días antes había anulado una irregular resolución aprobatoria de un Estudio de Impacto Ambiental de actividades petroleras en el Lote 88, ubicado dentro de la Reserva Kugapakori, Nahua, Nanti para pueblos aislados y en contacto inicial. Poco después sería "renunciado" su superior, el viceministro de Interculturalidad Vicente Otta y reemplazado por el entonces funcionario de la Defensoría del Pueblo Iván Lanegra Quispe. Lanegra ocuparía dicha posición durante un año y medio cuyo fin de mandato confirmó un periodo de grave crisis y estancamiento de la consulta previa que ya se manifestaba silenciosamente durante su gestión.

Previa hasta que no fueran atendidas las demandas de sus bases (básicamente la modificación de la Ley de Consulta Previa) y finalmente se retiraron del mismo, antes de que la Comisión Multisectorial culminara el proceso con un proyecto de Reglamento de Consulta Previa consensuado¹⁰. El proyecto final de Reglamento fue cuestionado inclusive por las dos organizaciones indígenas que no se retiraron de la Comisión Multisectorial, la CCP y la CONAP y, semanas más tarde, fue aprobada por la Presidencia del Consejo de Ministros como el Decreto Supremo n° 1-2012-MC con un texto que no solo no había tenido en cuenta las principales propuestas indígenas sino que inclusive había agregado nuevas normas nunca antes consultadas durante el proceso de reglamentación¹¹ y modificó textos de normas que sí habían sido objeto de acuerdo entre las partes¹². La evidente incompatibilidad del Reglamento de Consulta Previa tanto con la Ley de Consulta Previa como con el mismo Convenio 169 de la OIT era evidente¹³, pero eso no impidió su publicación y entrada en vigencia.

Durante este primer periodo de “entusiasmo inicial” y progresivo desencanto concentrado en la reglamentación de la Ley de Consulta Previa, el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) siguió aprobando concesiones y dando continuidad a proyectos extractivos ya existentes bajo la misma postura institucional contradictoria desde que entrara en vigor el Convenio 169 de la OIT en 1995. Ellos no podían realizar la consulta previa hasta que no fuera aprobado un reglamento operativo que les obligase explícitamente, pero los mecanismos de difusión informativa entre la población en general de los estudios de impacto ambiental (llamados de “participación ciudadana”) eran ya un cumplimiento de dicho deber¹⁴. En cuanto a los proyectos en ejecución,

- ¹⁰ Cabe precisar que dichas dos organizaciones no se retiraron del proceso de reglamentación pero formularon varias críticas y observaciones de fondo a las normas en discusión.
- ¹¹ Se agregaron normas sin consulta previa en los siguientes artículos: artículos 3° inciso i) y n), 8.2°, 9.2°, 10.4°, 21.1°, 24°, y se agregaron completamente nuevas disposiciones finales y transitorias décimo segunda, décimo tercera, décimo cuarta, décimo quinta y décimo sexta.
- ¹² Artículos 5° a), 9° 2, 20° 6, 23° y 27° 4 del Reglamento.
- ¹³ Nos referimos al artículo 3° inciso j) segundo párrafo —limitando unilateralmente el nivel de organizaciones indígenas a participar en la consulta— 16° —no consulta del Plan de Consulta—, 27° inciso 4 —no consulta de normas reglamentarias de leyes ya consultadas—, 12ava. Disposición final —no consulta de medidas complementarias de medidas ya consultadas a criterio del Estado—, y 15ava. Disposición final —no consulta de cierto tipo de medidas de afectación positiva a criterio del Estado.
- ¹⁴ Solo por citar un ejemplo, el Informe n° 862-2012-MEM-AAM/ACHM adjunto al Oficio n° 1972-2012-MEM/SEG de fecha 22 de agosto de 2012 del Viceministerio de Minas el cual afirma que el artículo 4° del D.S. n° 28-2008-EM “Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero” “contempla e implementa el derecho de consulta” tal como lo afirma dicho decreto (enfaticado nuestro). En el subsector hidrocarburos, el Oficio n° 2065-2012-MEM/AAE de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos de fecha 21 de septiembre de 2012 que adjuntó el Informe n° 115-2012-MEM-AAE-NAE/MEM respondiendo una solicitud de la organización indígena FENAMAD (que solicitaba la suspensión de los Talleres Informativos en el Lote 76 hasta que no se realice un proceso de consulta previa, libre e informada), denegó dicho pedido expresando que en el momento de aprobación del EIA del Lote 76 no se encontraba vigente la Ley de Consulta Previa por lo que seguía siendo válida la aplicación de los mecanismos generales de participación ciudadana de la Resolución Ministerial n° 571-2008-MEM-DM sobre Lineamientos para la Participación Ciudadana en las Actividades de Hidrocarburos.

que necesitaban actos administrativos de renovación, el MINEM señaló que la aplicación de la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa le impediría efectuar la consulta previa de medidas aprobadas antes de la entrada en vigencia de la Ley, tal y como lo denunciaban las organizaciones indígenas.

Estos argumentos desconocían que la obligación de consultar estaba vigente desde 1995 y que el Convenio 169 era de aplicación directa tal como lo demostraron, en la práctica, los procesos de consulta previa realizados en el Ministerio del Ambiente y en el Congreso de la República sin necesidad de ningún reglamento de consulta.

Por otro lado, en el sector energía y minas se continuaba propiciando que las empresas mineras emprendieran tratativas directas con las comunidades indígenas dueñas del suelo bajo del cual se pudieran encontrar yacimientos minerales, a fin de que adquiriesen su propiedad o la titularidad de su uso mediante “acuerdos previos”. De este modo, si la propiedad de la tierra era transferida a un titular minero, o si era cedida en uso por arrendamiento, desaparecía la obligación estatal de hacer la consulta “previa”. Todo ello mientras se insistía en la posición de que el primer acto administrativo que daba lugar a todo proyecto minero, el de otorgamiento de una concesión, no era susceptible de consulta previa dado que no era una afectación directa ni concreta a los intereses indígenas.

Todo ello, solo podría significar una gran decepción para las organizaciones indígenas ya que no se estaba consultando previamente ningún proyecto extractivo mientras que, en el plano normativo, el Reglamento de consulta empeoraba los aspectos objeto de la Ley de Consulta Previa y, en el plano institucional, se atestiguaban atisbos de que el Gobierno tuviera claro qué forma adoptaría la estructura estatal especializada en asuntos indígenas.

En ese clima adverso, el ente rector de la consulta previa, el Viceministerio de Interculturalidad, continuó desarrollando las herramientas para la gestión pública de la consulta. Lo que dio paso al segundo momento, *el de implementación de herramientas para la gestión pública de la consulta previa no comprometedoras del modelo extractivista*.

En este periodo se aprobaron una serie de herramientas que fueron elaboradas y aprobadas sin participación de las organizaciones representativas indígenas: la polémica¹⁵ Directiva n° 3-2012/MC que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas, la Guía Metodológica de Consulta a los Pueblos Indígenas, el Registro de Intérpretes (mediante Resolución Viceministerial n° 1-2012-VMI-MC y su Directiva n° 6-2012/MC), el Registro de Facilitadores (mediante Resolución

¹⁵ Polémica, pues su texto añadió requisitos para identificar a un pueblo indígena al señalar que deben concurrir dos elementos objetivos para su reconocimiento como sujeto de consulta previa: 1° la lengua indígena y 2° tierras comunales de los pueblos indígenas. Esta directiva ha sido cuestionada judicialmente y a la fecha aún no existe pronunciamiento jurisdiccional.

Viceministerial n° 1-2012-VMI/MC), el Libro de Registro de Resultados de Procesos de Consulta (mediante Resolución Viceministerial n° 1-2012-VMI/MC), el Módulo virtual de capacitación “El Quipu de la Consulta” destinado a las Direcciones Generales del Poder Ejecutivo, el Listado de Pueblos Indígenas del país y el Listado de Intérpretes y Traductores.

Indudablemente todo ello significó un importante esfuerzo institucional por parte del Ministerio de Cultura y su Viceministerio de Interculturalidad que no se había visto en anteriores Gobiernos, sin embargo todo ello se circunscribió a actos preparatorios de la gestión pública de la consulta previa y en ningún momento amenazó o cuestionó la agenda extractivista promovida por los ministerios de Economía y Finanzas o de Energía y Minas. Es más, ni aún el propio Ministerio de Cultura realizó consulta previa alguna en su propio Sector.

Confrontado en diversos escenarios (en diálogos con organizaciones indígenas, en reuniones de rendición de cuentas en el parlamento, etcétera), el Viceministerio de Interculturalidad nunca se pronunció en defensa de la realización de la consulta previa ante casos socio-ambientales críticos que demandaban su opinión autorizada para definir una controversia pública que a dicho órgano le competía en cuanto “ente rector” y organismo técnico especializado. Tal fue el caso de los silencios institucionales ante el conflicto entre la minera Candente Cooper y la comunidad San Juan de Cañaris, en el que el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) negó el carácter indígena de dicha comunidad quechua, el reclamo Achuar y Kichwa de que sus tierras sean previamente tituladas antes del proceso de consulta para la continuidad del Lote 1AB (requisito de todo proceso de aprobación de proyectos extractivos conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) o de que la consulta previa se realizase antes de la licitación para encontrar nuevo operador del Lote y no después, si las rondas campesinas de Cajamarca que se oponían al mega-proyecto minero Conga eran sujetos o no del derecho a la consulta tal como ellos lo reclamaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y otros importantes debates.

Sin dudarlo, pesaba en este silencio institucional un propósito de avanzar en la elaboración de aquellas herramientas administrativas que no amenazaren la política del sector energía y minas. Sin embargo, tuvo su propio límite en el caso de la no publicación de la Base de Datos de Pueblos Indígenas, un instrumento que la propia Ley de Consulta señaló que no tenía efectos “constitutivos” sino solo “declarativos”; esto es, que dicha base de datos enunciaría a los pueblos indígenas con derecho a la consulta pero sin pretender ser una lista cerrada ni de crear derechos, solo de reconocerlos como ya existentes.

A pesar de esta reserva, el Ministerio de Energía y Minas lo consideró una grave amenaza a la actividad minera en los Andes ya que las comunidades campesinas quechuas y aymaras se encuentran ampliamente distribuidas en zonas concesionadas

a la gran y mediana minería y a que sus organizaciones representativas reclamaban que la categoría jurídica de “comunidad campesina” era parte integrante de la categoría “pueblo indígena”. Ello sucedió por supuesto, porque la base de datos había identificado a cuatro pueblos indígenas andinos: los Quechuas, los Aymaras, los Uros y los Jaqarus los cuales fueron nombrados como tales en un documento posterior (la Guía Metodológica de la Consulta Previa). Sin embargo, hasta la fecha se desconoce si dicha base identificó a las comunidades campesinas específicas que formaban parte de dichos pueblos. Esto fue una poderosa ilustración del cómo aún una herramienta administrativa de tipo no vinculante podía generar tales reacciones en el sector extractivo y en el político.

Durante este segundo periodo, en el que ya existía un Reglamento de consulta previa y en el que teóricamente no podría oponerse más argumentos al inicio de procesos de consulta para proyectos extractivos, el Ministerio de Energía y Minas implementó una nueva estrategia legal a fin de continuar evitándolo: la falta de publicación de la Base de Datos de Pueblos Indígenas ordenada en la Ley de Consulta Previa no permitiría la identificación de los sujetos de la consulta y por ende ellos no podían comenzar dichos procesos. Aplicando dicho novedoso criterio casuístico que dejaba de lado el referirse a la base de datos, sucedió que en el caso del Proyecto Angostura, el cual fue identificado como el primer proyecto minero a ser consultado según el propio Ministerio, fue la misma comunidad indígena la que declaró unilateralmente que no se consideraban afectadas en sus derechos colectivos por el proyecto minero en sus tierras y que renunciaban expresamente a ser identificadas como pueblos indígenas... por lo cual ya no sería posible realizar allí un proceso de consulta previa.

En este contexto sobreviene la tercera etapa: *el momento de crisis y estancamiento*. En paralelo a estos conflictos en torno a la implementación de la consulta previa, la determinación de quién era indígena y quién no, qué medidas se deberían consultar y cuáles no, etcétera, el Ministerio de Cultura afrontó también reclamos para crear una nueva institución estatal que se ocupara —con suficiente autonomía, capacidad técnica, autoridad legal y política para obligar a los diferentes niveles de Gobierno— de promover políticas sistemáticas de respeto a los derechos indígenas. Pero de forma mucho más determinante, estaba también la cuestión de la ampliación del importantísimo Lote 88 (Gas de Camisea) superpuesto a la Reserva Kugapakori, Nahua, Nanti de pueblos aislados y en contacto inicial, caso en el cual le competía dar una “opinión previa vinculante” al Viceministerio en torno al Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del Consorcio Camisea liderado por la empresa Pluspetrol.

La sensación de *déjà-vu* era inevitable: año y medio antes la gestión predecesora de la Dra. Raquel Yrigoyen en el INDEPA había sido fulminantemente destituida por haber anulado una resolución que aprobaba un previo EIA de la empresa Pluspetrol en dicho mismo Lote 88. Ahora, había llegado el momento que el Viceministerio emitiese opinión técnica sobre un EIA de ampliación de operaciones en ese mismo Lote en uso de sus atribuciones de protección a los pueblos indígenas aislados, proyecto

gasífero que por esos días era objeto de cuestionamientos por parte del Comité de Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, por parte de organizaciones internacionales de derechos humanos y conservacionistas y de organizaciones indígenas nacionales.

Es precisamente en esas circunstancias que durante una entrevista televisada el presidente Ollanta Humala declaró que tenían derecho a la consulta previa solamente las ancestrales comunidades nativas (amazónicas) en aislamiento y no las comunidades campesinas andinas quienes eran creación de una contemporánea reforma agraria¹⁶. El viceministro de Interculturalidad renunció pocos días después y la opinión pública vinculó dicho gesto a las declaraciones presidenciales¹⁷. Dos meses después, su reemplazante en el cargo emitió una opinión técnica desfavorable con 83 observaciones al EIA del lote 88, pero la dejó sin efectos en la misma semana que fuera emitida, luego de lo cual él renunció también del cargo.

Con ello, no solamente la agenda de los pueblos indígenas (que incluye la reivindicación del derecho a la consulta previa) sino también la propia institucionalidad estatal en asuntos indígenas se encuentra seriamente comprometida por una crisis de difícil superación. En el fondo existen definiciones políticas de hondo calado: ¿se someterán los proyectos extractivos (especialmente los mineros) a procesos de consulta previa mientras el Gobierno se encuentra en su momento de mayor debilidad política y acusado de ser ineficiente en la administración de la economía nacional por parte de sectores empresariales privados y políticos de oposición?

La actual situación de implementación evidencia que la aprobación de la Ley de Consulta Previa en el Congreso de la República, norma aprobada por unanimidad y muy celebrada, fue un hecho político del que no se tenía cabal conciencia¹⁸. No solamente lo demuestra todo lo expuesto, sino que tras mucho tiempo de aprobada la Ley de Consulta Previa, ningún Gobierno regional, local ni Ministerio del Poder Ejecutivo

¹⁶ Sobre el cambio de discurso sobre el sujeto indígena del presidente Humala operado entre su discurso de aprobación de la Ley de Consulta Previa en Bagua y esta entrevista televisiva, véase Illizarbe, Carmen, "El Gobierno de Ollanta Humala y el discurso sobre los pueblos indígenas" en: <http://servindi.org/actualidad/87719> (última consulta 8 de septiembre de 2013).

¹⁷ Respecto a las comunidades campesinas y su derecho a la consulta, empero, el viceministro renunciante no tenía una posición jurídica tan alejada a la del presidente: sistemáticamente sostuvo que del universo de comunidades campesinas peruanas, una parte de ellas sí podía ser reconocida como indígena y por lo tanto tenía derecho a la consulta previa, pero no todas. Para ilustrarlo se refería usualmente a ciertas comunidades campesinas de la costa pero no arribaba jamás a explicar si su razonamiento se extendía también a las comunidades andinas. Consultado oficialmente por el Congreso de la República si consideraba que la comunidad andina de San Juan de Cañaris era indígena, el Viceministerio no dio respuesta a la pregunta a pesar de que la Defensoría del Pueblo sí lo había reconocido públicamente y que abundaban las pruebas a favor.

¹⁸ Ello parece una repetición de lo sucedido en el año 1993 en el Congreso Constituyente Democrático, elegido luego del autogolpe de Estado del expresidente Alberto Fujimori, el cual aprobó por unanimidad la ratificación del Convenio 169 de la OIT que es la primera fuente del derecho a la consulta previa en el Perú.

han adecuado sus normas administrativas a dicha Ley. Tampoco han realizando ningún proceso de consulta previa en sus respectivos ámbitos de gobierno¹⁹. El propio Congreso de la República tampoco ha adaptado su Reglamento de procedimientos legislativos para incorporar normas que reglen la consulta previa de las normas legales que vayan a expedir, a pesar de existir informes y proyectos de ley proponiendo mecanismos concretos para ello²⁰, los cuales simplemente no han merecido interés de las bancadas parlamentarias.

Todo momento de crisis tiene un desenlace. Los tiempos venideros nos permitirán apreciar en qué sentido se verificará el mismo.

19 Salvedad hecha del Área de Conservación Regional Maijuna en el departamento amazónico de Loreto que es objeto de consulta en estos momentos en medio de cuestionamientos por haber excluido del proceso a unas comunidades indígenas afectadas por dicha Área. Para un análisis y revisión del estado actual de la situación consúltese el "Informe final del Grupo de Trabajo de Seguimiento a la Implementación de la Ley de Consulta Previa" del Congreso de la República en: <http://veronikamendoza.blogspot.com/2013/08/la-consulta-previa-sigue-siendo-una.html> (última consulta 8 de septiembre de 2013).

20 Véanse el "Informe de la Comisión Especial Multipartidaria sobre problemática indígena" y el proyecto de ley n° 3344/2008-CR del periodo legislativo 2006-2011, y el proyecto de resolución legislativa n° 1183-2011/CR, el Informe del Grupo de Trabajo sobre "Reglamento e Implementación de la Ley de Consulta Previa en el Congreso de la República", y el proyecto de resolución legislativa n° 2391-2012/CR del periodo legislativo 2011 a 2013.