

CONSULTA PREVIA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN PROYECTOS EXTRACTIVOS. LOS LÍMITES DE LA GOBERNANZA AMBIENTAL

Roger Merino, Profesor investigador de la Universidad del Pacífico
Carlos Quispe, Asistente de investigación de la Universidad del Pacífico

Octubre, 2018

RESUMEN

A pesar de los avances internacionales para el reconocimiento del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, distintos países de Latinoamérica se han resistido a una implementación efectiva de este derecho y, en su lugar, han implementado un estándar menos exigente de “consulta previa”. Este estándar muchas veces se traslapa con mecanismos generales de participación ciudadana, generando confusión en la gestión pública y profundización de las tensiones y los conflictos sociales alrededor de proyectos extractivos y de infraestructura. Sobre la base de un análisis comparado sobre el diseño y la implementación de la consulta previa en cuatro países de la región (Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia) y el estudio de procesos específicos de consulta previa en el Perú, en el presente documento se explica cómo los espacios institucionales de consulta buscan ser apropiados por las organizaciones indígenas para la inclusión de demandas sociales que van más allá de un proyecto en concreto. Como la institucionalidad existente es insuficiente para responder a tales demandas, se resalta la necesidad de formular propuestas de política pública más comprehensivas, donde los propios pueblos indígenas puedan ser agentes de cambio.

I. CONTEXTO E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

Desde 1990 distintos países de Latinoamérica han dado pasos significativos para la protección, la garantía y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, a partir de la adopción de estándares internacionales sobre derechos humanos. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (C169)¹, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)² y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (Corte IDH)³ configuran un marco internacional que, en su conjunto, ofrece el derecho al consentimiento libre, previo e informado (en adelante, el CLPI). Este consiste en la obligación de los Estados de buscar el consentimiento de los pueblos indígenas respecto a leyes, políticas o decisiones administrativas que pueden afectar sus derechos colectivos.



Es importante considerar que Latinoamérica alberga entre 42 y 45 millones de personas indígenas, quienes representan entre el 10% y 12% del total de la población, aproximadamente (IWGIA 2017). Sin embargo, en los 4 países que han dado mayores pasos en la implementación del CLPI (Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia) se ha regulado un estándar mucho más débil, denominado “consulta previa”, el cual, como regla general, no requiere obtener el consentimiento de los pueblos indígenas sino solo su consulta. Incluso en países como Ecuador y Bolivia, que han realizado cambios estructurales en el nivel constitucional, reconociendo el carácter plurinacional del Estado y los “derechos de la naturaleza” y el principio de “buen vivir” (inspirado en cosmologías indígenas) como paradigma de desarrollo, se mantiene una institucionalidad indígena y ambiental débil, acompañada por constantes conflictos socioambientales que cuestionan la efectividad de los derechos reconocidos.

1. El C169 fue aprobado en la 76.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (27 de junio de 1989) y entró en vigor el 5 de setiembre de 1991. Ha sido ratificado por los 4 países estudiados: Bolivia (11 de diciembre de 1991), Colombia (7 de agosto de 1991), Perú (2 de febrero de 1994) y Ecuador (15 de mayo de 1998).

2. La DNUDPI fue aprobada en la 61.ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas (13 de setiembre de 2007). Contó con 143 votos a favor (entre ellos los de Perú, Bolivia y Ecuador), 4 en contra y 11 abstenciones (entre ellas la de Colombia, que posteriormente reversionó su voto). Solo Bolivia ha reconocido a la DNUDPI con fuerza de ley interna (Ley N.º 3760 de noviembre de 2007), mientras que Ecuador, en su Constitución vigente (2008, art. 57), ha señalado que la protección de los derechos indígenas también se brinda conforme a las declaraciones sobre derechos humanos que hubieren sido suscritas.

3. La decisión más importante de la Corte IDH sobre el derecho al consentimiento es el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Corte IDH 2007, 28 de noviembre). Posteriormente, la Corte IDH ha emitido nuevas sentencias que no logran incrementar los estándares fijados en Saramaka: Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (Fondo y reparaciones; 2012, 27 de junio); Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (Fondo, reparaciones y costas; 2015, 8 de octubre); Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Fondo, reparaciones y costas; 2015, 8 de octubre); Caso de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (Fondo, reparaciones y costas; 2015, 25 de noviembre).

Cuadro 1. Diferencias entre participación, consulta y consentimiento

PERÚ	DEFINICIÓN	FUENTE INTERNACIONAL	FUENTE NACIONAL
Participación en materia ambiental	Derecho ciudadano que tiene toda persona con interés en los procesos de planificación y en el desarrollo de proyectos que puedan generar impactos ambientales. Se ejerce por medio de los canales institucionales establecidos por el Estado y la empresa involucrada, y se da durante la elaboración y aprobación del EIA.	Declaración Universal sobre Derechos Humanos (art. 21); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25); Convención Americana de Derechos Humanos (art. 23); C169 (art. 5, inc. C; art. 7, inc. 2); DNUDPI (art. 5); Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Principio 10, sobre Acceso a la Información, Participación Pública, y Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe; y Principio 22, sobre participación indígena en la ordenación del medio ambiente).	Constitución 1993 (art. 2, inc. 17); Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245 (2004), y Reglamento, DS 008-2005-PCM (2005); Ley del Sistema Nacional de Evaluación e Impacto Ambiental, Ley 27446 (2001), y Reglamento, Decreto Supremo 019-2009-MINAM (2009); Ley General del Ambiente, Ley 28611 (2005); Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Ley 28245, y su Reglamento (DS 009-2005-PCM); Reglamento sobre Transparencia, acceso a la información pública ambiental, participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales, Decreto Supremo 002-2009-MINAM.
Consulta previa	Proceso de “diálogo” entre el Estado y los pueblos (sin intervención de las empresas) mediante el cual el Estado consulta a los pueblos respecto de su opinión sobre dispositivos legales o administrativos que puedan afectar derechos colectivos indígenas. Aunque el proceso de consulta debe buscar el consentimiento, este último no es necesario, salvo en casos excepcionales, como el desplazamiento de poblaciones.	C169 (art. 6.1.a y 15); DNUDPI (art. 19 y 32); World Bank Operational Policy 4.10 [2013(2005)]; International Finance Corporation (2012), Performance Standard 7: Indigenous Peoples; Inter-American Development Bank (2016), Operational Policy on Indigenous Peoples and Strategy for Indigenous Development.	Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios (Ley 29785) y Reglamento (DS 001-2012-MC).
Consentimiento	Derecho fundamental de los pueblos indígenas mediante el cual el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado, en todos los casos en donde proyectos de gran escala puedan afectar una parte significativa del territorio y los recursos de poblaciones indígenas. El consentimiento reivindica el principio de autodeterminación, que es la base para el ejercicio de los demás derechos indígenas.	DNUDPI (arts. 3, 19, 32, inc. 2, interpretación fuerte); Jurisprudencia de la Corte IDH (Caso Saramaka vs. Surinam).	—

II. IMPLEMENTACIÓN DEL ESTÁNDAR DE “CONSULTA PREVIA” EN PERÚ, COLOMBIA, ECUADOR Y BOLIVIA

En el ámbito internacional no existe un estándar único sobre el derecho de CLPI. El C169 establece que el consentimiento solo es necesario ante situaciones de desplazamiento. La DNUDPI añade como supuestos de consentimiento a los casos de almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en territorio indígena, y el uso u ocupación de la propiedad material e inmaterial indígena. La Corte IDH ha señalado que el consentimiento es necesario ante proyectos de inversión o desarrollo de gran escala con un impacto importante en gran parte del territorio indígena (Caso Saramaka versus Surinam). Por otro lado, organizaciones multilaterales como el Banco Mundial (Hanna y Vanclay 2013; MacKay 2005), la Corporación Financiera Internacional (2012), el Banco Interamericano de Desarrollo (2016), y organizaciones del sector privado, como el Consejo Internacional de Minería y Metales, han aprobado directrices sobre “consulta previa” como un tipo de derecho de participación, antes que como un derecho de los pueblos indígenas a brindar su consentimiento.

En dicho contexto, los países que han implementado este derecho en América Latina han desarrollado el estándar más débil de consulta previa, ofreciendo mecanismos generales de participación entrampados en marañas burocráticas, donde se presentan relaciones asimétricas y tensiones entre las visiones de desarrollo. Todo ello limita y fragmenta el poder de decisión de los pueblos indígenas.

A continuación, en el cuadro 2, se presenta una comparación sobre el nivel de reconocimiento e implementación del derecho a la consulta previa, libre e informada en cuatro países (Perú, Ecuador, Colombia y Bolivia) que tienen en común una historia de exclusión social hacia los pueblos indígenas y cuentan con experiencia en el desarrollo e implementación del derecho a la consulta previa.

Cuadro 2. Implementación del derecho de consulta previa en Perú, Colombia, Ecuador, y Bolivia (Parte 1)

País	Ratificación C169	Alcance	Gobernanza de la consulta	Sujetos de la consulta	Naturaleza y duración	Objeto de la consulta	(N°) Procesos
PER	Res. Legislativa 26253 (05/12/93) Aplicable desde 02/02/95	Regulación legal y administrativa general. Ley 29785 (07/09/11), Reglamento, DS 01-2012-MC (03/04/12).	A cargo del proceso: entidad promotora Supervisión: Dirección de Consulta Previa (Viceministerio de Interculturalidad). Las compañías no asumen ningún rol.	Solo pueblos indígenas (comunidades nativas y campesinas). Cada organización indígena elige de manera directa a sus representantes.	Procedimiento administrativo: 7 fases. Duración: máximo 120 días (DS 01-2012-MC, art. 24).	i) Decisión administrativa que autoriza el inicio de la actividad o proyecto (minería), o decreto supremo que autoriza la firma del contrato de concesión (hidrocarburos); ii) Medidas legislativas, normas con rango de ley (leyes, resoluciones legislativas, decretos legislativos, ordenanzas regionales o municipales) (Reglamento, art. 3, j).	Hasta setiembre de 2018, 41 procesos: hidrocarburos (13), minería (14), conservación (8), infraestructura (2), políticas y normas (4).
COL	Ley 21 (07/08/91)	Regulación administrativa. Alcance limitado, centrado en hidrocarburos, infraestructura, y minería. También utiliza estándares jurisprudenciales de la Corte Constitucional.	A cargo del proceso: Ministerio del Interior (MI) Supervisión: Dirección de Consulta Previa (adscrita al MI) Las compañías: financian y participan en las consultas (Directiva Presidencial 01/2010).	“Grupos étnicos nacionales” (indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y Rom) (Directiva Presidencial 01/2010).	Procedimiento administrativo: 7 fases (Directiva Presidencial 01/2010). Duración: 4-6 meses, aproximadamente.	Medidas legislativas y administrativas que puedan afectar de manera directa a grupos étnicos. Incluye actividades de prospección para la explotación de recursos, decisiones sobre el uso de la tierra, entre otros (Directiva Presidencial 01/2010).	Entre los años 2011-2014 se han realizado 4.042 procesos.

Cuadro 2. Implementación del derecho de consulta previa en Perú, Colombia, Ecuador, y Bolivia (Parte 2)

País	Ratificación C169	Alcance	Gobernanza de la consulta	Sujetos de la consulta	Naturaleza y duración	Objeto de la consulta	(N°) Procesos
ECU	Decreto Ejecutivo 1387 (06/05/98)	Reconocimiento constitucional y legal. También utiliza estándares jurisprudenciales de la Corte Constitucional.	A cargo del proceso: entidad promotora: i) Hidrocarburos: Secretaría de Hidrocarburos (SHE) (Decreto 1247); ii) Prelegislativa: Asamblea Nacional (Instructivo, 05/27/12). Supervisión: Ministerio del Medio Ambiente y la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana.	Comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias (Constitución, art. 57).	Procedimiento administrativo. En hidrocarburos consiste en 5 fases. La consulta no es mayor a 30 días. Consulta prelegislativa: 4 etapas (Instructivo, arts. 3, 7-21). Duración: aproximadamente, 150-180 días.	Decisiones administrativas que aprueban planes y programas para la prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables (Constitución, Art. 57.7), y actos legislativos (Art. 57.17).	Entre 2012-2015: Se realizaron 4 procesos de consulta en hidrocarburos. No se cuenta con información de otros sectores
BOL	Ley 1257 (11/06/91)	Reconocimiento constitucional y legal. Alcance limitado: centrado en hidrocarburos (Ley 3058) y minería (Ley 535).	A cargo del proceso: i) Hidrocarburos: Ministerio de Hidrocarburos y Energía (Decreto Supremo 29033); ii) Minería: Autoridad Jurisdiccional Administrativa Minera (Ley 535). Supervisión: Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático del Supremo Tribunal Electoral (adscrita al Órgano Electoral Plurinacional) (Ley 26/2010).	Naciones y pueblos indígenas originario campesinos (Constitución, art. 352). Hidrocarburos: "comunidades, pueblos campesinos, indígenas y originarios". Minería: "naciones y pueblos indígenas originarios, campesinos, comunidades interculturales y pueblo afro-boliviano".	Procedimiento administrativo. Hidrocarburos: 4 fases (DS 29033). Duración: 45 días, posible extenderlos hasta un mes (DS 29574). Minería: 7 fases. Duración: 4 meses (Ley 535/2014).	Hidrocarburos: decisiones dirigidas al desarrollo de proyectos hidrocarburíferos que afecten territorio tradicional. Minería: solicitud para suscripción de contratos mineros que afecten de manera directa derechos colectivos de los pueblos indígenas y afrobolivianos (Ley 535, art. 207).	Entre 2015-2016 se completaron 96 procesos de consulta en minería. Hasta 2017, en hidrocarburos culminaron 70 procesos.

Elaboración propia

Las cuatro experiencias reflejan profundas diferencias en el diseño de la política, el tipo de regulación implementada, la gobernanza, los temas de consulta, el objeto de consulta y las reglas de procedimiento. Mientras que el Perú no tiene respaldo constitucional ni jurisprudencia sólida sobre la consulta, es el único país que cuenta con una ley general aplicable a todos los sectores económicos y sociales. Aunque todo el proceso se encuentra diseñado para informar y convencer a la población acerca de una decisión pública que ya ha sido tomada, no se cuenta con disposiciones legales para la consulta pre legislativa y el número real de consultas es mucho menor con relación a los demás países.

En Colombia, si bien la consulta no tiene reconocimiento constitucional, sí ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial. Incluso, el número de consultas ha sido más significativo en comparación con los otros países. Sin embargo, la mayoría de los casos de consulta parecen ser una etapa más en el proceso de otorgamiento de licencias ambientales, en lugar de un mecanismo que empodere a los pueblos indígenas.

Ecuador tiene un reconocimiento constitucional de consulta y regulación sectorial en el sector de hidrocarburos, y es el único país con un reglamento específico

para consultas prelegislativas. Sin embargo, no ha implementado consultas reales sobre este ámbito o en sectores distintos al de hidrocarburos. Bolivia también tiene un reconocimiento constitucional de consulta, pero no cuenta con una ley general; la consulta se ha desarrollado básicamente para actividades de hidrocarburos y minería.

A pesar de los problemas señalados, muchos pueblos indígenas se han apropiado del mecanismo de la consulta y lo utilizan como parte de su agenda de reivindicación de derechos. Para ilustrar este proceso social, a continuación, se analizan dos procesos emblemáticos de consulta realizados en el Perú. El primero (Proyecto minero Aurora) muestra deficiencias en la forma en que se viene llevando a cabo los procesos de consulta, así como su semejanza con mecanismos de participación ciudadana. El segundo proceso (Lote 192) muestra cómo los procesos son adaptados para incluir demandas sociales no atendidas y que trascienden a la discusión sobre la viabilidad de un proyecto concreto.

Consulta previa y participación en proyectos extractivos Discusión sobre el momento de la consulta

Tanto la ley de consulta previa (Ley N.º 29785) como su Reglamento (Decreto Supremo N.º 001-2012-MC) establecen que las medidas administrativas y legislativas (leyes, resoluciones legislativas, decretos legislativos, ordenanzas regionales o municipales) que afecten, de manera directa, derechos colectivos son objeto de consulta previa. Sin embargo, su aplicación en procesos concretos ha demostrado que las instituciones encargadas de la implementación de este derecho actúan de modo disperso, llegando a situaciones en las que cada sector productivo (hidrocarburos, minería, electricidad, por citar algunos) cuenta con formas y procedimientos distintos para llevar a cabo los procesos de consulta previa.

Si bien en el sector de hidrocarburos la consulta se realiza sobre la base del decreto supremo que aprueba el contrato de exploración y explotación de un lote (no se consulta el contenido de las cláusulas del contrato ni la aprobación del EIA)⁴, en el sector de minería la consulta recae en la decisión administrativa que autoriza el inicio de la actividad o proyecto, es decir, actos administrativos ubicados entre los últimos lugares de la cadena de decisiones,

dando poco margen de poder/decisión a los pueblos indígenas sujetos de consulta⁵.

Las entrevistas con funcionarios/as públicos, representantes de la sociedad civil y organizaciones indígenas permitieron identificar la existencia de un acuerdo en cuanto a la necesidad de uniformizar los criterios sobre cómo deben llevarse a cabo los procesos. Sin embargo, algunos de ellos tienen poca claridad respecto de cuál debe ser el momento adecuado para realizar la consulta⁶ o cuán previa debe ser esta. Incluso, en algunos casos se teme que pueda tomarse como algún tipo de veto hacia las acciones del Estado⁷. Para otros entrevistados, la consulta debe realizarse sobre el acto administrativo que aprueba el EIA, pues recién en ese momento se conoce en realidad cuáles serán los impactos de la actividad; a diferencia de la concesión, que se ubica en un momento muy anterior, donde ni siquiera se cuenta con información sobre dónde se establecerá la servidumbre, actividad sísmica, entre otros⁸.

Representantes de instituciones de la sociedad civil, quienes trabajan con organizaciones indígenas, coinciden en que reducir la consulta al momento de la concesión implicaría decidir a ciegas, pues no se cuenta con la información suficiente⁹. En su lugar, plantean la existencia de un “macro proceso” de consulta que incluya tres etapas interconectadas entre sí: la primera, antes de la concesión; la segunda, al momento de aprobar el EIA; y la tercera, en los planes de cierre¹⁰. De hecho, a pesar de las críticas formuladas por las organizaciones indígenas respecto al marco legal y reglamentario de la consulta previa (entre varias razones, por ejemplo, por no reconocer de manera adecuada el derecho al consentimiento o exonerar de consulta a los proyectos de infraestructura cuyo objetivo es brindar servicios públicos), estas organizaciones exigen el desarrollo de más procesos de consulta previa porque es un canal disponible para exponer sus demandas. A pesar de ello, también hay situaciones en donde comunidades específicas son indiferentes a la consulta, pues lo consideran una repetición de los mecanismos de participación ciudadana, como veremos en el siguiente caso.

4. La Resolución Ministerial N.º 350-2012-MEM/DM, del 20 julio de 2012, establece que los actos administrativos consultables son los siguientes: (i) concesión de transporte de hidrocarburos por ductos; (ii) concesión de distribución de gas natural por red de ductos; (iii) modificación de la concesión (solo si se trata de ampliación); (iv) autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal; (v) modificación o transferencia de autorización de instalación y operación de ducto para uso propio y principal (solo si se trata de ampliación de terreno para la operación del ducto); (vi) decreto supremo que aprueba la suscripción de contratos para la exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos; y (vii) Informe Técnico favorable para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos, y estaciones de servicio. Asimismo, mediante la Resolución Ministerial N.º 209-2015-MEM/DM, del 4 mayo de 2015, se dispuso que el ente responsable de llevar a cabo los procesos de consulta de este sector es la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos.

5. La Resolución Ministerial N.º 362-2015-MEM/DM, del 31 de julio de 2015, modifica y actualiza el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Energía y Minas (MEM), y establece que la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros es la encargada de llevar a cabo los procesos de consulta en dicho sector. La última modificación al TUPA se ha realizado mediante la Resolución Ministerial N.º 514-2017-MEM/DM, del 4 de diciembre de 2017, que modifica y actualiza algunas disposiciones referidas al momento de la consulta.

6. Entrevista con funcionaria de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos de MEM (Lima, 31 de mayo de 2017).

7. Entrevista con funcionario/a de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Cultura (Lima, 15 de marzo de 2017).

8. Entrevista con funcionario de la Defensoría del Pueblo (Lima, 6 de marzo de 2017).

9. Entrevista con Juan Carlos Ruíz, del Instituto de Defensa Legal (IDL) (Lima, 15 de febrero de 2017).

10. Entrevista con Henry Carhuatoccto, del Instituto de Defensa Legal del Ambiente y Desarrollo Sostenible (IDLADS) (Lima, 10 de marzo de 2017).

Caso Aurora: confusión entre consulta y participación

En muchos casos se ha identificado que la “consulta” no pasa de ser un mecanismo procedimental muy similar a un proceso de participación ciudadana, donde solo se comunica información con el objeto de persuadir al interlocutor (énfasis en los múltiples beneficios que acarrearía iniciar un proyecto).

El proceso de consulta para el proyecto minero Aurora fue el primer proceso de consulta previa del sector minero realizado a una comunidad campesina, aspecto relevante porque el discurso dominante en dicho sector indicaba que estas no tenían el derecho de consulta por no ser pueblos indígenas. El proceso fue realizado a la comunidad campesina de Parobamba (distrito de Yanatile, provincia de Calca, región de Cusco)¹¹, con una representación mayoritaria de quechua-hablantes, entre los meses de setiembre y noviembre del año 2015. Distintos funcionarios del Estado¹², encargados de su supervisión, han resaltado que nos encontramos ante un proceso de consulta exitoso; sin embargo, su evaluación –mediante documentos y entrevistas¹³– deja muchos aspectos cuestionables relacionados con:

- El momento de la consulta y la forma en que las comunidades consultadas entienden qué les están consultando. La minera Focus había adquirido los terrenos de la comunidad bajo la figura del “acuerdo previo”¹⁴. Es probable que esta situación fuera asumida por la comunidad como un compromiso inquebrantable; aún más, habiéndose realizado talleres participativos (como parte de la aprobación de un instrumento de gestión ambiental previo al inicio del proceso de consulta), en donde la comunidad manifestó su conformidad con el proyecto. Por ello, cuando se inició el proceso de consulta previa, muchos miembros de la comunidad se preguntaban por qué las actividades no habían comenzado, si ya habían dado su venia para su inicio. Según indicó un entrevistado¹⁵, los referidos talleres participativos fueron asumidos como acuerdos irrevocables, razón por la cual el proceso de consulta posterior era asumido como una carga negativa, pues retrasaba el inicio de actividades. A su vez, estos les traería beneficios económicos (como puestos laborales).

- Ausencia de un enfoque intercultural para llevar a cabo el proceso. Según las observaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo (2016) y con base en la revisión videográfica del desarrollo de la etapa de información, se advirtió: i) ausencia de materiales que faciliten la comprensión de la información brindada; ii) carencia de un lenguaje sencillo y comprensible; iii) escasa asistencia técnica; iv) sesgos del facilitador, quien apelaba a los beneficios de la actividad; entre otros.

Además de lo señalado, según otra funcionaria¹⁶, se identificó situaciones en las que se entregaban concesiones sobre espacios habitados por comunidades con tasas de lengua originaria de 80% sobre el total, aproximadamente, negándose su condición de indígena sobre la base de actas escritas en castellano. Por ello, se omitía realizar procesos de consulta y, en su lugar, solo se efectuaban procesos de participación ciudadana.

Caso Lote 192: Consulta previa como mecanismo de inclusión de demandas estructurales

En distintos procesos de consulta las comunidades participantes aprovechan para incluir agendas y/o exigencias relacionadas con demandas sociales postergadas que, de manera evidente, trascienden la discusión sobre un proyecto concreto. Según un exasesor del Ministerio de Cultura, esto se debe a que no se ha explicado bien qué es un proceso de consulta, en qué consisten los derechos colectivos, entre otros. Por ello, se ve a la consulta “como un mecanismo para pedirle al Estado asuntos pendientes”¹⁷.

Un ejemplo relevante de este fenómeno es el proceso de consulta respecto al Lote 192 (ex Lote 1AB), llevado a cabo entre mayo y agosto del año 2015, y cuya área de influencia abarca las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes y Tigre, distrito de Andoas, provincia Datem del Marañón, y los distritos del Tigre y Trompeteros, provincia y región Loreto¹⁸.

11. Esta comunidad se encuentra registrada en la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI) del Ministerio de Cultura, como parte del pueblo indígena quechua, asentada en una extensión de 2.580 ha, de las cuales 400 ha fueron requeridas para el desarrollo de actividades de exploración del Proyecto Aurora.

12. Entrevista con funcionario/a de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Cultura (Lima, 15 de marzo de 2017).

13. Entrevista con funcionaria de la Defensoría del Pueblo (Lima, 29 de mayo de 2017) y con un exmiembro de la ONG Cooperacción (Lima, 21 de julio de 2017).

14. Figura contemplada en la Ley 26505/1995, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, que consiste en la suscripción de un contrato entre el titular del proyecto y el/los propietarios del territorio.

15. Entrevista con un exmiembro de la ONG Cooperacción (Lima, 21 de julio de 2017).

16. Entrevista con funcionaria de la Defensoría del Pueblo (Lima, 29 de mayo de 2017).

17. Entrevista con un exasesor del Ministerio de Cultura (Lima, 07 de agosto de 2017).

18. Se trata de un territorio habitado por pueblos quechua, achuar, kichwa, urarina y kukama, del cual se extrae petróleo desde hace cuarenta años, aproximadamente, bajo endebles estándares ambientales.

Si bien el objeto de la consulta era el decreto supremo que aprobaba el contrato de licencia para la explotación de hidrocarburos en el lote, a distintas organizaciones indígenas se les presentaba una oportunidad para dialogar de manera directa con agentes estatales y exigir la atención inmediata a las múltiples consecuencias de la explotación petrolera por décadas¹⁹.

En el desarrollo del proceso se realizaron cuestionamientos al accionar del Estado:

- Cambios en la entidad responsable de la consulta. Se cuestionó la variación del ente promotor cuando el proceso ya había iniciado (Perupetro fue reemplazado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas), según lo dispuesto por la RM N.º 209-2015-MEM/DM).
- Ausencia de un enfoque intercultural y de buena fe estatal. Dada la complejidad del proceso y las limitaciones geográficas, era necesario contar con mayores plazos para garantizar la participación de las organizaciones indígenas de cada cuenca. Sin embargo, los plazos fueron aplicados de manera inexorable. Además, las negociaciones finales se realizaron en Lima, donde representantes del MEM habrían impuesto sus condiciones y suscrito acuerdos con algunas federaciones de participación marginal²⁰ y otras como la Organización Interétnica del Alto Pastaza (ORIAP), que se encontraban predispuestas a aceptar las propuestas del Estado sin mayor cuestionamiento, relegando las propuestas de otras federaciones (Fediquep, Feconaco, OPIKAFPE²¹).
- Suscripción de actas, acuerdos y compromisos sin fuerza vinculante. Las federaciones que no firmaron el Acta de Consulta suscribieron actas posteriores al proceso (Teniente López²² y José Gálvez²³), que incluían nuevos compromisos como Proyectos de Electrificación Rural, fortalecimiento de la Educación Intercultural Bilingüe, entre otros, y cuyo seguimiento y efectividad ha sido deficitario.

En cuanto a la participación de las organizaciones indígenas, también se presentaron problemas. El principal se refiere a la crisis de representatividad y legitimidad de las autoridades y organizaciones participantes en el proceso. Las principales observaciones fueron las siguientes:

- Acusaciones de beneficio personal y corrupción entre los líderes²⁴.
- Presiones y promesas de parte de terceros, ajenos a la comunidad (por lo general, la misma empresa operadora), provocando que algunas personas cedan en sus pedidos y se genere el fraccionamiento interno²⁵.
- Problemas de legitimidad, pues por cada cuenca existen distintas federaciones, no necesariamente articuladas entre sí y/o con una misma agenda²⁶.

En la actualidad, es posible identificar dos posiciones encontradas:

- Por un lado se encuentran las federaciones que no suscribieron el Acta de Consulta: Feconacor²⁷, Fediquep y OPIKAFPE (agrupadas en la plataforma de Pueblos Indígenas Amazónicos Unidos en Defensa de sus Territorios-Puinamudt), cuya agenda apunta a declarar la invalidez de lo denominado como “consulta fraudulenta”, así como la convocatoria de un nuevo proceso. Los ministerios de Energía y Minas, Cultura, y Justicia y Derechos Humanos han respondido que la consulta realizada fue pensada para un contrato de treinta años, razón por la cual no corresponde la convocatoria a un nuevo proceso de consulta.²⁸



19. Esta comunidad se encuentra registrada en la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI) del Ministerio de Cultura, como parte del pueblo indígena quechua, asentada en una extensión de 2.580 ha, de las cuales 400 ha fueron requeridas para el desarrollo de actividades de exploración del Proyecto Aurora.

20. Entrevista con funcionario/a de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Cultura (Lima, 15 de marzo de 2017).

21. Entrevista con funcionaria de la Defensoría del Pueblo (Lima, 29 de mayo de 2017) y con un exmiembro de la ONG Cooperación (Lima, 21 de julio de 2017).

22. Figura contemplada en la Ley 26505/1995, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, que consiste en la suscripción de un contrato entre el titular del proyecto y el/los propietarios del territorio.

23. Entrevista con un exmiembro de la ONG Cooperación (Lima, 21 de julio de 2017).

24. Entrevista con los líderes de Feconacor y de Feconat (ambas realizadas en Lima, el 13 de setiembre de 2017).

25. Entrevistas con Henry Carhuatocto (Lima, 10 de marzo de 2017), Juan Carlos Ruiz (Lima, 15 de febrero de 2017) y con el líder de Fediquep (Nauta, 12 de junio de 2017).

26. Entrevistas con los líderes de la Federación de Pueblos Indígenas Achuar y Urarinas del Río Corrientes-Fepiaurc (Lima, 6 de junio de 2017) y de Feconat (Lima, 13 de setiembre de 2017), y con el asesor de la Comisión de Pueblos Indígenas, Andinos, Amazónicos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República (Lima, 11 de julio de 2017).

27. La Federación de las Comunidades Nativas de la Cuenca del Corrientes (Feconacor) surge de una división al interior de Feconaco.

28. Entrevistas con funcionarias/o de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Cultura (Lima, 15 de marzo de 2017). Ver también: Viceministerio de Interculturalidad [Perú] 2017.

En otro lado se encuentra la Federación de Comunidades Nativas del Alto Tigre (Feconat), cuyos dirigentes han acompañado los levantamientos de otras organizaciones indígenas reunidas en el Lote 8 (ubicado en las cuencas del Marañón y Corrientes, distrito de Trompeteros y Yanayacu, provincia y región de Loreto) y en zonas atravesadas por el oleoducto Norperuano (principalmente las comunidades indígenas de Saramuro, Nueva Alianza, distrito de Urarinas, provincia y región de Loreto), que también se han visto afectadas por la crisis ambiental y sanitaria provocada por los reiterados derrames de petróleo.

Luego de distintas protestas, los días 14 y 15 de diciembre de 2016 se logró la suscripción del “Acta de Saramurillo”, que abordó temas relacionados con la atención de pasivos ambientales; implementación de sistemas de salud; reglamentación de la Ley del Fondo de Remediación Ambiental; titulación y creación de una Comisión de la Verdad, destinada a estudiar los impactos tras cuarenta años de explotación petrolera. Sin embargo, al igual que las demás actas suscritas, su implementación no ha sido efectiva y solo ha incrementado la desconfianza a las “promesas” del Estado, restándole legitimidad a la constitución de mesas de diálogo, mesas multisectoriales o suscripción de actas.

III. CONCLUSIONES

- En América Latina se está implementando la consulta previa como un estándar más débil que el estándar internacional del consentimiento libre, previo e informado. Además de reducir el poder de decisión de los pueblos indígenas al limitar los supuestos de consentimiento, la consulta previa suele terminar absorbida por procedimientos burocráticos que limitan los alcances de este derecho. Esto sucede porque, en muchos casos, la consulta se confunde con los canales de participación ciudadana en los proyectos extractivos.
- Esta maraña institucional hace que, algunas veces, los pueblos indígenas traten de evitar la consulta porque ya han realizado un proceso tedioso de participación ciudadana y requieren, con urgencia, acceder a los derechos económicos prometidos por la actividad (caso Aurora) o buscan realizar más consultas sobre el mismo proyecto, pues no se sienten conformes con el resultado del proceso (caso Lote 192). Al final, la consulta muestra la existencia de cuestiones de fondo más importantes que las organizaciones buscan discutir.
- De hecho, en general, las organizaciones indígenas son muy críticas del marco legal sobre la consulta previa porque limitan el poder de decisión de los pueblos indígenas. Sin embargo, al mismo tiempo,

exigen más procesos de consulta previa, pues muchas veces estos procesos constituyen los únicos canales institucionales disponibles para expresar aquellas demandas históricas que van más allá de proyectos específicos.

- Otro problema de fondo está relacionado con el momento de la consulta. Los funcionarios públicos no conciben el desarrollo de los proyectos como un ciclo sino como un conjunto de etapas fragmentadas, que deben ser separadas con el fin de identificar el momento adecuado para realizar la consulta. De esta manera, como cada sector define la etapa específica que desea consultar (como el otorgamiento de la concesión en hidrocarburos o la resolución de inicio de actividades en minería), muchas veces las preocupaciones de los pueblos indígenas quedan relegadas, generando tensiones sociales y judicialización de las demandas de consulta.

IV. RECOMENDACIONES

- Debe revisarse el marco normativo de la consulta previa y evaluar la necesidad de establecer un régimen legal especial para el caso de industrias extractivas y proyectos de infraestructura. En estos casos, la consulta no puede realizarse sobre un acto administrativo específico, como si se tratara de la consulta de una ley o una política, donde la consulta es la etapa final de un proceso de formulación normativa. En el caso de las industrias extractivas y los proyectos de infraestructura, tenemos un ciclo en el cual existen múltiples etapas y actos que tienen la potencialidad de afectar derechos colectivos. Lo importante aquí no es dar legitimidad a los proyectos, sino establecer los términos de convivencia entre el desarrollo de la actividad y los pueblos que se verán impactados por esta.
- Por ello, es preciso también revisar el marco legal de aquellos “otros derechos” que si bien trascienden los procesos de consulta previa sobre proyectos específicos, se encuentran implícitos en la mayoría de demandas indígenas cuando se desarrollan estos procesos. En ese sentido, es particularmente importante asegurar el derecho al territorio indígena. Debe revisarse el marco legal sobre titulación de tierra comunal y evaluar la posibilidad de garantizar derechos territoriales más comprensivos. De esa manera, los pueblos tendrán real poder de negociación con las empresas y el Estado.

- Los otros derechos a tener en consideración son los derechos económicos y sociales, tales como el trabajo, la compensación por daños ambientales, la salud intercultural, entre otros. Es preciso elaborar una línea de base sobre la situación de los pueblos indígenas respecto a estos derechos e implementar planes focalizados para atenderlos, antes de realizar procesos de consulta previa. De lo contrario, la consulta termina siendo desbordada, pues a partir de ella el Estado recién toma conocimiento de las necesidades y aspiraciones de los pueblos indígenas. Además, esta situación demuestra que el Estado solo tiene interés en estos pueblos cuando pretende promover actividades económicas y no porque tiene la obligación de garantizar sus derechos.
- Es necesario potenciar la institucionalidad en materia intercultural con mayores recursos humanos, presupuesto y capacidades en el viceministerio de Interculturalidad. De esta forma, se fortalecerá el rol rector de este viceministerio para establecer lineamientos y parámetros normativos y procedimentales para todos los actores públicos involucrados en los derechos indígenas. Se debe resaltar el rol de este subsector como clave para el desarrollo sostenible.

REFERENCIAS

- Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH (2015a, 8 de octubre). Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Fondo, reparaciones y costas). Costa Rica: CIDH..
- Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH (2015b, 8 de octubre). Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (Fondo, reparaciones y costas). Costa Rica: CIDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH (2015c, 25 de noviembre). Caso de los pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (Fondo, reparaciones y costas). Costa Rica: CIDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH (2012, 27 de junio). Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (Fondo y reparaciones). Costa Rica: CIDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH (2007, 28 de noviembre). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Costa Rica: CIDH.
- Defensoría del Pueblo [Perú] (2016, 5 de febrero). Informe N.º 001-2016-DP/AMASPPI-PPI. Evaluación de la etapa informativa del proceso de consulta previa al proyecto de exploración minera Aurora. Lima: Defensoría del Pueblo.

- Hanna, P. & Vanclay, F. (2013). "Human rights, Indigenous peoples and the concept of Free, Prior and Informed Consent". Impact Assessment and Project Appraisal, vol. 31 (2), pp. 146-157.
- Inter-American Development Bank-IADB (2016). Operational Policy on Indigenous Peoples and Strategy for Indigenous Development. Washington, D.C.: IADB.
- International Financial Corporation-IFC (2012). Performance Standard 7: Indigenous Peoples. Washington, D.C.: IFC.
- International Work Group for Indigenous Affairs-IW-GIA (2017). The Indigenous World 2017. Copenhagen, Dinamarca: IWGIA.
- MacKay, F. (2005). "The Draft World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples: Progress or more of the same?". Arizona Journal of International & Comparative Law, vol. 22 (1), pp. 65-98.
- Viceministerio de Interculturalidad [Perú] (2017, 14 de setiembre). Resolución Viceministerial N.º 027-2017-VMI-MC. Lima: Ministerio de Cultura.
- World Bank [2013(2005)]. "Operational Policy 4.10 – Indigenous Peoples". World Bank Group.

RESEÑAS

Roger Merino

Jefe del Departamento Académico y Profesor investigador en la Escuela de Postgrado de la Universidad del Pacífico. Ph.D. en Ciencias Sociales y Políticas por University of Bath (Reino Unido); M.Sc. en Políticas Públicas Internacionales y Globalización por University of Bath; M.Sc. en Derecho Comparado, Economía y Finanzas por University College of Turin (Italia). Ha sido Visiting Scholar en el Institute for Global Law and Policy de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (2016) y Fellow del Institute for Advanced Study de Princeton (2018).

Carlos Quispe

Asistente de investigación en la Unidad de Posgrado de la Universidad del Pacífico en temas relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, medioambiente y políticas públicas. Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). En la actualidad, se encuentra cursando una especialización en Política, Gestión y Gobernanza Ambiental en el Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energía Renovables (INTE-PUCP), y Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR).

La Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico (EGP)

La EGP tiene como objetivo contribuir con la mejora de la gestión pública en nuestro país, a través de la formación de funcionarios en el diseño, formulación, implementación y evaluación de políticas, programas y proyectos de alta rentabilidad económica y social; el asesoramiento de iniciativas de los agentes que estén involucrados en la toma de decisiones públicas; y el desarrollo de investigación y consultoría aplicada. Todo ello en el marco de una cultura ética y responsable.

Escuela de Gestión Pública (EGP) Universidad del Pacífico

Jr. Sánchez Cerro N° 2050 · Jesús María, Lima, Perú

Teléf.: (+51) 1 219-0100 · <http://www.up.edu.pe/egp> · informesegp@up.edu.pe