

La evaluación de la política pública de la consulta previa

IVÁN LANEGRÁ¹



Los conflictos sociales ocurridos entre los años 2008 y 2009 en la Amazonía peruana dieron visibilidad a la agenda indígena. Aunque esta es amplia en sus alcances y diversa territorialmente, distintas instancias estatales, así como las principales organizaciones indígenas, enfatizaron la importancia de la consulta previa. Los trágicos hechos de Bagua fueron vinculados –entre otros factores– al incumplimiento por parte del Estado al deber de consultar un conjunto de normas legales antes de su promulgación, conforme al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), vigente en el Perú desde febrero de 1995.

Tras un largo proceso de discusión pública y parlamentaria sobre la materia, en setiembre de 2011 se promulgó la Ley N° 29785 –Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)–, la que entró en vigencia en diciembre del mismo año. Pocos meses después, en abril de 2012, fue promulgado su reglamento. Ambas normas son el punto de partida de una política pública orientada a facilitar y garantizar el ejercicio del indicado derecho indígena. Las principales herramientas que conforman dicha política estuvieron culminados a mediados de 2013 (Ruiz 2015), siendo

utilizadas por primera vez en una consulta previa a mediados de 2013. Habiendo transcurridos ya cuatro años desde dicho momento, ¿qué balance puede hacerse de la política de consulta previa?

Los resultados del proceso

A julio de 2016, al finalizar el período gubernamental del presidente Ollanta Humala, 25 procesos de consulta previa (24 realizados tras la dación del Reglamento de la Ley de Consulta Previa), habían culminado su etapa de diálogo. Todos ellos llegaron a acuerdos, en la gran mayoría plenos –es decir, sin desacuerdos– y unos pocos con acuerdos parciales –como en el caso del Lote 192 en Loreto–. Otros dos procesos no llegaron a concretarse² Estas acciones no se han detenido y nuevos procesos de consulta se han desarrollado en la nueva administración del presidente Pedro Pablo Kuczynski, acercándose, en total, a la cuarta decena.

No obstante, diversos especialistas e informes oficiales han dejado constancia de las importantes diferencias existentes en el desarrollo y en los logros de los distintos procesos de consulta (O’Diana y Vega 2016; O’Diana, Chuecas y Vega 2015, Anaya 2014, Ministerio de Cultura 2014a, 2014b, 2014c, Presidencia

1 Abogado, Exviceministro de Interculturalidad del Ministerio de Cultura

2 Uno de los procesos no culminó debido al cambio de las intenciones del gobierno con relación al desarrollo de un proyecto hidrocarburífero. Esto a raíz de la oposición de las comunidades nativas del área al uso de sus tierras para dicho fin. El otro, un lote petrolero, no pudo continuar debido a la falta de acuerdo sobre el Plan de Consulta. La información que ofrece el Ministerio de Cultura sobre los procesos de consulta se encuentra disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/> (consultado el 28 de julio de 2016). Dicho portal no incluye los detalles del proceso de consulta del Reglamento de la Ley de Consulta.



Fuente: Ministerio de Cultura

del Consejo de Ministros 2015). A pesar de los diversos desafíos políticos y de gestión que ha encarado la política pública de implementación de la consulta previa en el Perú (Gálvez y Sosa 2013, Damonte y Barrio de Mendoza 2013, Damonte y Glave 2014, Lanegra 2014, 2015, Sanborn 2014, Sanborn, Hurtado y Ramírez 2016, Banco Mundial 2016), esta ha podido avanzar y lograr un cierto nivel de consolidación. Los principales hitos en el desarrollo de esta política –además de su ley y reglamento– son:

- La culminación de la publicación de la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI), a través de un portal web bajo la administración del Ministerio de Cultura. Esta base reconoce la existencia de 55 pueblos indígenas en el Perú, 51 de ellos en el ámbito amazónico y 4 en el andino. La BDPI consideraba a julio de 2016 a 2545 comunidades nativas y a 2938 comunidades campesinas como parte de dichos pueblos indígenas. No obstante, el proceso no está cerrado, quedando abierta la posibilidad de incorporar a nuevas comunidades o hacer distinciones entre los pueblos indígenas ya considerados. Existe, además, una directiva del Ministerio de Cultura del año 2012 que regula su desarrollo.
- La publicación de la Guía Metodológica para la Consulta Previa, así como otras guías complementarias para distintas fases del proceso, como por ejemplo, para la identificación de los pueblos indígenas.
- La identificación y formación de intérpretes de lenguas indígenas a través de un programa público, así como la constitución de un registro oficial de los mismos. Estos intérpretes, ahora, no solo actúan en procesos de consulta sino que también han intervenido en otras tareas de la gestión pública y de la administración de justicia.
- El desarrollo de un programa de formación de funcionarios y de líderes indígenas.
- La puesta en funcionamiento de una plataforma web con información sobre la consulta previa, en donde están a disposición del público los distintos recursos para la aplicación de la consulta previa en el Perú. También está disponible –cuestión destacable– información detallada sobre las incidencias y resultados de los procesos de consulta, incluyendo las actas de los procesos de consulta, documentos en los cuales están consignados los

- acuerdos respectivos alcanzados entre los representantes estatales y los pueblos indígenas.
- Además, durante el período bajo análisis, el Ministerio de Cultura emitió diversas normas para regular varios aspectos del proceso de consulta, regulando detalles del procedimiento. El Ministerio de Energía y Minas también emitió normas específicas para regular los procesos de consulta en el sector minero-energético.

Las 25 consultas previas culminadas durante el gobierno de Ollanta Humala se han desarrollado en áreas tan diversas como respecto a políticas y normas de alcance general, incluyendo proyectos extractivos (hidrocarburos y minería), proyectos de infraestructura (hidrovía) y de creación de áreas naturales protegidas –tanto nacionales como regionales–. Su ámbito de aplicación ha incluido tanto a comunidades nativas como campesinas, participando también organizaciones indígenas de alcance regional y nacional. A la fecha ya existen procesos de consulta previa en minería, tanto en fases de exploración como en las de explotación.

Por otro lado, aún persisten prácticas elusivas del proceso de consulta, como el intento de desconocer el carácter indígena de buena parte de las comunidades campesinas del país, la dación de directivas que buscan evitar la consulta previa al desarrollo general de la infraestructura de servicios públicos, o la pretensión de desconocer la existencia de la obligación de consulta desde febrero de 1995, fecha de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. También debe relevarse el caso de consulta de la hidrovía amazónica, cuyo proceso fue impulsado a través de acciones judiciales, así como la presión que, gracias al carácter vinculante de los acuerdos, llevó a la aprobación de las normas de creación del área de conservación regional Majuna-Kichwa y del Parque Nacional Sierra del Divisor. Existen, además, diversas demandas para la aplicación de la consulta previa. Recientemente, el actual gobierno ha anunciado medidas para mejorar el seguimiento de los acuerdos derivados de los procesos de consulta previa.

Los juicios sobre los resultados de esta política son diversos. Las críticas al contenido de las normas legales (la ley y el reglamento), que dominaron el período inicial del proceso, han ido dando paso a los cuestio-

namientos sobre la implementación de la política y sobre la calidad de los procesos de consulta. La posición de James Anaya, ex relator especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, es ilustrativa de este giro. En el 2014, Anaya indicó, en un informe sobre el Perú, que «mientras existen aspectos positivos sobre el proceso de consulta enmarcado en la Ley de consulta y su Reglamento, el desafío ahora consiste en implementar la consulta previa de manera que se instrumentalice y se salvaguarde todo el espectro de derechos humanos de los pueblos indígenas» (2014: 11). En este orden de ideas, aunque es destacable el hecho de que se hayan llevado a cabo las consultas, también han quedado en evidencia distintas deficiencias en los procedimientos llevados a cabo. El contenido de los acuerdos también ha sido objeto de crítica –en particular en el ámbito minero–, sin olvidar las preocupaciones sobre el seguimiento y cumplimiento de los mismos, aspecto no previsto inicialmente en la política de consulta.

De todos los aspectos a evaluar –más allá del estudio detallado del contenido de las normas, de los instrumentos y las herramientas desarrolladas–, es evidente que el análisis de los procesos de consulta en sí mismos constituye un elemento central. Para ello es necesario, sin embargo, establecer un marco conceptual que nos permita realizar una evaluación comprensiva del ejercicio del derecho a la consulta previa. Berraondo (2015) recoge algunos insumos para la construcción de indicadores a fin de medir el «éxito» de los procesos de consulta, enfocándose en su dimensión procedimental (preparación, realización, acuerdos). No obstante, no incorpora una propuesta acabada sobre cómo evaluar el proceso de consulta. ¿Qué aspectos debería considerar dicha evaluación?

Consulta y democracia deliberativa

Suele confundirse la consulta previa con un mecanismo análogo al referéndum o al plebiscito. Sin embargo, su funcionamiento no sigue un sistema de votación o de regla de mayoría. Siendo su objetivo el logro de un acuerdo entre las partes –o el consentimiento– a través del diálogo intercultural, las características del proceso se encuentran mucho más cerca a la deliberación. El acuerdo o consentimiento resultaría la expresión de una suerte de bien común intercultural el cual solo se obtendría «tras un intercambio

de razones y opiniones mantenido en el foro público político, respetando las reglas de lo que Rawls ha llamado «razón pública», las cuales excluyen la defensa puramente sectaria o corporativa de los propios valores e intereses» (Montero 2005: 120).

La finalidad de los procesos de consulta previa es garantizar los derechos de los pueblos indígenas, en particular el derecho a la autodeterminación. Por lo tanto, presupone que las decisiones que adopte el Estado tras el proceso de consulta deban satisfacer este primer requisito. Pero no es todo. La deliberación también debe permitir a las partes identificar los mejores caminos para –considerando lo anterior– alcanzar los objetivos públicos de las entidades estatales. Es decir, el éxito de la consulta previa deriva no solo del respeto irrestricto de sus reglas, sino también del alcance de sus acuerdos, y sus beneficios tanto para los pueblos indígenas como para el Estado.³

Por lo tanto, es necesario enfocarse tanto en el procedimiento como en los resultados, teniendo como eje central la garantía de los derechos de los pueblos indígenas. Son estas dos dimensiones las que nos permitirán construir un marco para evaluar la calidad de los procesos de consulta previa. Tomando como referencia el concepto de calidad utilizado por Morlino para evaluar la calidad del procedimiento democrático, podemos identificar tres significados de dicho concepto:

- La calidad de los procedimientos asociados a la producción del «producto». De esta manera la calidad «es el resultado de un proceso controlado y exacto, llevado a cabo de acuerdo con métodos y tiempos precisos y recurrentes».
- La calidad del contenido «producto». La calidad se refleja aquí en «las características estructurales de un producto, ya sea el diseño, los materiales o el funcionamiento del bien, u otros detalles que contiene».
- La calidad como el resultado que genera el «producto» en su destinatario. Es decir, el grado de

satisfacción con el «producto». La calidad «deriva indirectamente de la satisfacción expresada por el consumidor [del producto], por su demanda reiterada del mismo producto», de forma independiente a los procedimientos de producción, al contenido del producto o a su forma de acceso a él. (Morlino 2014: 39).

De forma análoga a lo hecho por Morlino con relación a la calidad de la democracia, podemos preguntarnos ¿cuáles son las nociones normativas más relevantes con relación a la consulta previa y cuáles son las cualidades de esta en términos de procedimientos, contenidos y resultados? (Morlino 2014: 40). Así, un proceso de consulta previa será de buena calidad cuando contribuya a lograr que la decisión estatal que se adopte garantice los derechos de los pueblos indígenas, en particular el derecho a la libre determinación. Esto implica que un proceso de consulta previa de buena calidad es aquel en donde las partes del proceso de consulta –pueblos indígenas y autoridades estatales– se encuentran satisfechos con el resultado; en donde se alcanzan acuerdos que garantizan los derechos de los pueblos indígenas; y en donde se ha respetado el estándar procedimental legal de la consulta previa en el Perú.

Una evaluación general

Este artículo no tiene por propósito un análisis exhaustivo de todos los procesos de consulta. En cambio, busca identificar los que considero son los temas esenciales para una evaluación de esta política –y la vigencia efectiva del derecho indígena–. De un lado, son evidentes los logros alcanzados en la dimensión procedimental de los procesos de consulta tras la dación de la ley y el reglamento de consulta previa. No obstante, aún la asimetría en las capacidades e información entre las partes –desfavorable para los pueblos indígenas– no permite en muchos casos aprovechar al máximo la herramienta. Experiencias como la consulta del Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, así como la consulta del proyecto de la Hidrovía Amazónica, han mostrado que es posible reducir esta asimetría –pero no eliminarla– cuando

3 Es por ello que consideramos que la consulta responde al modelo denominado «procedimentalismo epistémico» (Estlund 2011). Así, «[...] la índole del procedimiento que produjo las decisiones –y no el hecho de que sean correctas– justifica su obligatoriedad y su legitimidad. Con todo, si el procedimiento tiene tanta importancia es por un aspecto central: su valor epistémico». Las decisiones que adopte el Estado tras el proceso de consulta «[...] están investidas de autoridad y son legítimas porque son el resultado de un procedimiento que tiende a tomar decisiones correctas [o justas]». (Estlund 2011: 33)

existe el tiempo y recursos mínimos para dicha tarea. Por otra parte, no puede dejarse de lado la posibilidad que han abierto las normas de consulta para iniciar demandas judiciales a fin de exigir el cumplimiento de los estándares procedimentales de la consulta previa. Sin embargo, la disputa sobre cuándo, cómo, con quién y dónde consultar sigue abierta, como queda claro ante demandas de consulta previa en el proceso de evaluación de impacto ambiental, así como ante nuevas autorizaciones en proyectos actualmente en operación.

La segunda dimensión, más sustantiva, vinculada con la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, muestra un carácter más ambivalente. Aunque es aún muy temprano para evaluar estos resultados, es muy claro que la consulta previa ha abierto opciones reales para la defensa de los derechos indígenas –incluyendo el derecho a la autodeterminación–, pero no siempre con igual éxito. Es evidente que una visión puramente procedimental de la consulta previa puede terminar ignorando esta dimensión sustantiva. La consulta previa aparece como un mero trámite o formalidad y no como una garantía de derechos. En este mismo sentido debe considerarse los casos en que los pueblos indígenas aceptan las decisiones estatales en vista que poseen acuerdos previos con los actores empresariales. Por dicha causa, estos procesos terminan siendo más negociaciones y transacciones, antes que espacios que, a través de la garantía de los derechos indígenas, abran oportunidades de prosperidad y bienestar para los pueblos indígenas.

La tercera dimensión, de la satisfacción de las partes tras el proceso de consulta, es más difícil de evaluar en estos momentos. En general, las consultas previas, en tanto han alcanzado niveles de acuerdo muy altos,

revelan cierta satisfacción con los resultados alcanzados. Por el contrario, como es natural, los desacuerdos están acompañados con la insatisfacción de las partes. No obstante, incluso en dichas circunstancias, las organizaciones de los pueblos indígenas valoran –y defienden– los acuerdos parciales y exigen nuevos procesos de consulta, sin que eso signifique dejar de lado sus críticas tanto a las reglas como a los procesos, lo cual puede ocurrir en un contexto de conflictos sociales, como es el caso del Lote 192. Es aquí precisamente donde la persistencia del conflicto social y nuevas protestas, así como las dificultades del gobierno para poder asegurar la gestión de la operación petrolera, muestra una clara insatisfacción de las partes.

Finalmente, quisiera resaltar un último punto: la consulta abre un espacio para discutir una agenda más amplia que la planteada por el Estado al consultar. Las organizaciones indígenas no limitan su accionar a los linderos formales de la consulta planteados por las autoridades estatales. Por el contrario, dentro de lo que permiten sus capacidades, usan la consulta previa como un punto de apoyo para otras demandas sustantivas. Esto, no obstante, puede conllevar también a una frustración, si el Estado no puede o se niega a lidiar con esa agenda más amplia.

En suma, necesitamos construir nuevas herramientas analíticas para examinar al detalle los procesos de consulta efectivos y sacar lecciones que nos permitan mejorar el diseño, implementación y evaluación de la política de consulta previa. Todo esto sin perder de vista la agenda indígena en su conjunto. La participación de los propios pueblos indígenas y sus organizaciones resulta esencial para tal fin.

BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, James. «La situación de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, en relación con las industrias extractivas. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas», James Anaya. Ginebra, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. A/HRC/27/52/Add.3. 2014.

BANCO MUNDIAL. *La consulta previa en el Perú. Aprendizajes y Desafíos*. Washington D.C., Banco Mundial. 2016.

BERRAONDO, Mikel. «El Derecho a la Consulta Previa en la práctica: Desafíos y Oportunidades para los actores en la Región Andina. Memoria del III Encuentro Internacional. Cartagena de Indias», 11 y 12 de diciembre de 2015. Disponible en:

<http://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Publicaciones%20AECID/III%20Encuentro%20Internacional.%20El%20derecho%20a%20la%20consulta%20previa.%20Desaf%3%ADos%20y%20oportunidades.%202015.pdf>. 2015.

DAMONTE, Gerardo y Rafael Barrio de Mendoza. *Los dilemas del Estado peruano en la implementación y aplicación de la Ley de Consulta Previa en los Andes peruanos*. En: *Anthropologica*. Año XXXI, N.º 31, 2013, pp. 127-147. 2013.

DAMONTE, Gerardo y Manuel Glave. *¿Cómo incluir a los pueblos indígenas andinos? Avances, desafíos y lecciones aprendidas del otorgamiento de derechos de consulta en el Perú y Bolivia*. En: *Iniciativa Latinoamérica de Investigación para las Políticas Públicas (ILAIPP)*. (2014) *América Latina hacia la Inclusión Social: Avances, aprendizajes y desafíos*. Ciudad de Guatemala, ILAIPP. pp. 103-140. 2014.

GÁLVEZ, Álvaro y Paolo Sosa. «El problema del indio»: una mirada a la implementación de la consulta previa desde la lógica del Estado y sus funcionarios. En *Revista Argumentos*, año 7, n.º 5. Diciembre 2013. Disponible en: http://www.revistargumentos.org.pe/mineria_conflictividad_politica.html. 2013.

LANEGRA, Ivan. «Consulta previa: el difícil camino hacia la implementación de una nueva política pública». En Oxfam. (2014) *Buscando el cambio: apuestas para un Perú más inclusivo informe anual Perú 2013 / 2014*. Lima, Oxfam. pp. 50-63. 2014.

LANEGRA, Ivan. «¿Cómo decide el Gobierno quién es indígena y quién no? ». Disponible en: <http://ojo-publico.com/46/como-decide-el-gobierno-quien-es-indigena-y-quien-no>. 2015.

MINISTERIO DE CULTURA. (2014a). *La consulta previa al área de conservación regional Majjuna-Kichwa. Lecciones de la primera experiencia de consulta previa en el Perú*. Lima, Ministerio de Cultura.

MINISTERIO DE CULTURA. (2014b). *La implementación de la consulta en el sector hidrocarburos: La experiencia de los procesos de consulta de los Lotes 164, 189 Y 175*. Lima, Ministerio de Cultura.

MINISTERIO DE CULTURA. (2014c). *La implementación de la consulta en el sector hidrocarburos: La experiencia de los procesos de consulta de los Lotes 169 y 195*. Lima, Ministerio de Cultura.

MONTERO, Julio. «¿Qué criterio de igualdad requiere una democracia deliberativa?». En *Diánoia*, volumen L, número 55 (noviembre 2005). Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM y FCE, México D.F. pp. 119-135. 2005.

MORLINO, Leonardo. «La calidad de las democracias en América Latina. Informe para IDEA Internacional». San José, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional). 2014.

O'DIANA, Richard e Ismael Vega. *¿Cómo va la aplicación de la Consulta Previa en el Perú?: Avances y retos*. Lima. Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP). 2016.

O'DIANA, Richard; Adda Chuecas e Ismael Vega. *Reporte de la aplicación de la consulta previa*. Lima. Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP). 2015

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS . *Logros y lecciones del proceso de diálogo. Comisión Multisectorial de Desarrollo de las Cuencas del Pastaza, Tigre, Corrientes y Marañón del Departamento de Loreto. (R.S. N°119-2014-PCM)*. Lima, PCM – Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad. 2015.

RUIZ, Gabriela. «El diseño institucional del derecho a la consulta previa tras el proceso de reglamentación de la Ley (2011-2012)». Lima, Tesis para optar el Título de Licenciada en Ciencia Política y Gobierno en la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2015.

SANBORN, Cynthia A, Verónica Hurtado y Tania Ramírez. *Consulta Previa in Peru: Moving Forward*. Lima. Research Center of the Universidad del Pacífico (CIUP). April 20, 2016. Report prepared for Americas Society/Council of the Americas with support from the Ford Foundation.

SANBORN, Cynthia A. y Álvaro Paredes. *Consulta previa: Perú*. Americas Quarterly. Disponible en: <http://www.as-coa.org/sites/default/files/ConsultaPreviaPeru.pdf>. 2014.

SANBORN, Cynthia, Verónica Hurtado y Tania Ramírez. *La consulta previa en el Perú: avances y retos*. Lima, Universidad del Pacífico, Documento de investigación; 6. 2016.