

La Consulta Previa: avances y retrocesos



En este 2020 habrá pasado cerca de una década en que se aprobó la Ley de Consulta Previa (Ley 29785, 2011) y su reglamento (DS 001-2012-MC), producto del acumulado de reclamos de los pueblos indígenas, especialmente fruto directo del Conflicto de Bagua (2009). Luego

de estos años podemos decir que cada caso de Consulta Previa ha sido mejor que el anterior, pero no suficiente, tanto para las expectativas de los pueblos como para los estándares internacionales de derechos de pueblos indígenas que se han venido construyendo, por ejemplo, desde los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Entonces, hagamos una evaluación de los efectos prácticos y jurídicos de la institucionalidad de la Consulta Previa.

Uno de los primeros males que lleva consigo la experiencia en el Perú es que no es, desde lo formal, un diálogo político, sino meramente procedimental. La juridización de la Consulta en un procedimiento administrativo limitó el diálogo político que pudo, preventivamente, aumentar su eficacia en cada proceso; de hecho, cada caso nos muestra la necesidad de incumplir la ley y el reglamento para permitir el desarrollo de la misma Consulta.

Un segundo elemento institucional es su sectorización, es decir, no existe una autoridad ni un sistema de gestión pública de la Consulta, sino que cada sector es proponente e impulsor de la misma y, sin voluntad política -claro está- esta quizás nunca se vaya a realizar, concentrándose la experiencia en el sector extractivo. Es por ello que ha sido importante la judicialización de la Consulta Previa que, si bien no han respondido a una estrategia concertada de las organizaciones indígenas, sí a demandas concretas ante decisiones estatales que afectaron las

tierras de comunidades, especialmente.

Otro elemento central es que al tener una institucionalidad débil y sin capacidad práctica de rectoría (Viceministerio de Interculturalidad), no termina de tener un rol claro, siendo más que nada de asesoría a los sectores que proponen la Consulta Previa en el Perú. Ha habido casos en que los funcionarios del Viceministerio de Interculturalidad han pasado de mediadores o simple facilitadores, a asesores del Ministerio de Energía y Minas (caso lote 192), lo que ha conllevado a abandonar su función de promotores de los derechos indígenas. Otros casos han sido sus opiniones para ciertas inversiones, como la Línea de Transmisión Yurimaguas Iquitos o la Hidrovía Amazónica que, aplicando el infeliz legado del Reglamento de la Ley de Consulta sobre excepciones para proyectos de servicios públicos, ha mostrado que sus incentivos no están aparejados a que se desarrolle la Consulta sino, todo lo contrario, a resguardar un marco legal imperfecto de promoción de las inversiones. Esto generó, en el campo judicial, serias y cuestionadoras sentencias al rol del Viceministerio de Interculturalidad. Ciertamente que el Viceministerio ha aprendido en cada caso, pero no ha sido suficiente para lidiar con la claridad política de un rol en procesos tan importantes para las inversiones en nuestro país.

Desde el aspecto legal, consideramos que se defina quiénes son los consultados. Durante el gobierno de Humala se produjo la discusión de quiénes eran indígenas para excluir a las comunidades campesinas de la sierra y así evitar la aplicación de la Consulta a cientos de proyectos mineros o, al menos, regularizarlos. Lo cierto es que, si el sujeto de derecho está consciente de su naturaleza singular, y de lo pragmático en cuanto a la exigencia de su derecho, poco importante será una definición restrictiva porque será caso por caso que se dilucidará esta subjetividad, a pesar de estas ambigüedades de la ley y reglamento de quiénes son indígenas.

Más importante en la Consulta Previa es el “cuándo”. Como hemos señalado, es poco lo avanzado en el régimen sectorial de la Consulta Previa. Depende de cada sector en qué momento implementarla, y no se ha comenzado siquiera a diseñar el marco legal sectorial e institucional. De hecho, lo que debió haber hecho la ley o el reglamento es decir claramente -y no mediante interpretaciones de sus dos articulados, art. 3 lit. i y art. 6 - cuándo se realiza la Consulta para cada sector, y así darle un impulso regulatorio desde el inicio. Lastimosamente, esto no fue así; y se obligó a que los actores lucharan caso por caso para definir este “cuándo”, y

aumentar las posibles demoras de su aplicación y retrasos de proyectos que tuvieron que ser los conejillos de indias para los sectores, como es el caso de la Hidrovía Amazónica.

Avances de la Consulta Previa por sectores



La necesidad de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) adecuado es fundamental para la realización de una Consulta Previa transparente. Lamentablemente, este requisito fundamental no siempre ha sido respetado.

Los primeros casos de Consulta Previa se centraron en el sector de hidrocarburos. De hecho, uno puede concluir que no se han superado las barreras de la naturaleza de la Consulta Previa: un proceso de diálogo, de negociación entre Estado y pueblos indígenas, y no un taller donde se brinda mera información por parte de la autoridad encargada de negociar los lotes (Perupetro) y una pasiva recepción de información por parte de las comunidades. Consabido es que el punto más álgido de esta experiencia ha estado en el caso del lote 192.

Muy reticentemente el sector minero no ha tomado en cuenta la Consulta Previa más que como un límite para la inversión. Las discusiones dadas en el gobierno de Humala sobre quienes eran indígenas denotaban la resistencia del sector privado minero en incluir a las comunidades campesinas como sujetos de Consulta. Y esto ha limitado su desarrollo en la legislación, que recientemente ha incluido una reforma sectorial para introducir la Consulta después de aprobado el

Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para la explotación minera.

Sin embargo, historias exitosas de Consulta parecen ser -como en el pasado lo fueron algunos casos de creación de áreas protegidas- la creación del Área de Conservación Regional Maijuna - Kichwa, la Consulta de la ley forestal y su reglamento, así como del reglamento de la ley de cambio climático. Seguramente es necesaria una evaluación más profunda, con indicadores que integren una perspectiva política, jurídica y social, pero lo cierto es que el hecho de lograr acuerdos que las partes respeten e impulsen es un buen indicador.

Caso Hidrovía Amazónica

Vale la pena detenerse en la Consulta previa de la Hidrovía Amazónica^[1]. Este es un caso emblemático, no solo por el resultado de la Consulta, sino también por ser el primer proyecto del sector infraestructura en la Amazonia Peruana, y el reto que implicó la participación de decenas de comunidades de 14 pueblos indígenas asentados en los ríos Huallaga, Marañón y Ucayali, los que serían dragados.

Es cierto que el proceso de Consulta Previa de la Hidrovía Amazónica ha generado bastante debate, principalmente, desde los actores que no conocen del proceso o nunca han prestado interés a las demandas indígenas, o comprenden el enfoque de derechos en cuanto a la construcción de un modelo de desarrollo más inclusivo y menos instrumental.

En ese sentido, el trabajo realizado tuvo limitaciones no solo de recursos sino de ingresar a un proceso que implicaba, en un corto tiempo, realizar talleres y reuniones entre el Estado, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), y representantes indígenas en diferentes cuencas simultáneamente. Esto hizo imposible el construir un mensaje común entre estos pueblos; no obstante, se comprobó que era posible flexibilizar el proceso de Consulta porque los indígenas medianamente organizados solicitaron retrotraer el proceso al momento inicial para recibir más información. Este es un precedente que comprueba la necesidad de adecuar los procedimientos formales de Consulta a una perspectiva más intercultural.

Asimismo, la estrategia de las organizaciones indígenas y sus aliados, pese a las limitaciones en recursos para afrontar el proceso de Consulta, fue identificar obligaciones que garantizaran el cumplimiento de los acuerdos, aseguraran los

derechos indígenas, satisficieran sus preocupaciones y se redujera al máximo cualquier posible impacto. Todo ello incluido en el acta final de Consulta Previa, a la que mayoritariamente ya muchas comunidades estaban a favor por las promesas que las autoridades se comprometían a realizar. De hecho, después de la suscripción del contrato con COHIDRO[2], el MTC impulsó un proceso de diálogo multisectorial con las comunidades adyacentes a los proyectos para satisfacer sus históricas demandas en salud, educación, vivienda, infraestructura, etc. Desafortunadamente, este grupo logró acuerdos que años después fueron incumplidos. Este fue un intento institucional por responder a las necesidades locales, pero si aún no se incluyen de manera organizacional, es decir, burocrática, la función o los incentivos por satisfacer o entender la demanda local, estas respuestas serán infructuosas.



Un punto fuertemente cuestionado en el proyecto de Hidrovía Amazónica es el referente al dragado de los ríos, lo que afectaría la dinámica hidrológica y sería responsable de la elevación de sustancias tóxicas, como metales pesados, derivados de los derrames de petróleo de los últimos años.

Volviendo al proceso de Consulta, si se analiza el acta se podrán distinguir hasta 3 tipos de acuerdos: (1) los que afectan la regulación del sector y sus competencias ambientales, un elemento sin precedentes en los acuerdos de Consulta; (2) los que afectarían los derechos contractuales de las partes, estableciendo obligaciones tanto para el operador como para el Estado Peruano; y (3) las obligaciones generales que resguarden los derechos de los pueblos indígenas en el diseño, implementación y operación del proyecto.

Estos acuerdos se convierten en un precedente por varias razones: primero, es un proyecto concreto que impacta sistémicamente en las políticas públicas al comprometer a la autoridad a elaborar o reformar el marco legal ambiental que regula el transporte acuático; segundo, los acuerdos tienen un impacto en la inversión al incluir mayores obligaciones al Contrato de Private Public Partnership, que suscribiría con el concesionario por 30 años, lo que implicaba un precedente al marco regulatorio de las inversiones; tercero, se diseñaban garantías de protección de los derechos de los pueblos indígenas, más allá de las establecidas en el marco legal (anulación del contrato de concesión si el concesionario incumplía con cualquier obligación ambiental o del EIA), como que si se identifican nuevos impactos, debería producirse un nuevo proceso de Consulta Previa.

Después de estos últimos años, donde ya el concesionario ha desistido de presentar el EIA, el Estado Peruano no ha terminado por cumplir con los acuerdos de Consulta y existe una incertidumbre en un sector que poco conoce, como lograr cumplir con los acuerdos de Consulta y convivir con las comunidades adyacentes al proyecto. El desistimiento de COHIDRO de seguir con el proyecto se debe a que en el contrato el gobierno estaba obligado a proveer información para elaborar su EIA (estudios toxicológicos), lo que no se ha cumplido, por lo que deben estar negociando una enmienda al contrato, lo que implica una continuidad con el proyecto, pero volviendo a realizar el trámite administrativo de aprobación del EIA con nueva información. No obstante, lo cierto es que la presión local, nacional e internacional, producida por la sociedad civil y organizaciones indígenas sobre su inconsistencia económica (estudio de factibilidad deficiente), ambiental (EIA) y social (Consulta Previa) a través de diversas campañas, apabulló y apuró esta decisión.

[1] El proyecto Hidrovía Amazónica pretende facilitar el transporte de mercancías en la Amazonía peruana, ello implica el dragado de, al menos, 13 tramos de ríos de muy poca profundidad para garantizar un transporte permanente en los ríos Marañón, Ucayali, Huallaga y Amazonas, en cuyas riberas se asientan 424 comunidades nativas, de 14 etnias distintas. La obra estará a cargo del consorcio COHIDRO.

[2] Concesionaria HIDROVÍA AMAZÓNICA S.A (COHIDRO)

César Gamboa Balbín

Director Ejecutivo de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR).