

Nota de Información y Análisis

La consulta previa y los derechos de los pueblos indígenas

Elaborado por: Javier Azpur
Programa de Incidencia

Después de dos años de iniciado el debate sobre la Ley de Consulta Previa con motivo de los lamentables hechos de Bagua, el Congreso ha aprobado por unanimidad el proyecto de ley que el anterior Parlamento había concertado con las organizaciones indígenas y había sancionado catorce meses antes. La observación de la autógrafa por el expresidente Alan García, en aplicación coherente de su política del perro del hortelano, retrasó un año más la dación de una ley trascendente para el país, que reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La ley entrará en vigencia noventa días después de su promulgación, plazo en el cual se debe dictar el reglamento que precise los procedimientos y ponga a disposición de las entidades estatales los recursos necesarios para hacer realidad este mandato.

Para comprender mejor este importante paso, es necesario ubicar la discusión en el marco del Convenio 169 de la OIT que le da origen y en los instrumentos normativos que buscaron debilitar su aplicación en los últimos años.

EL CONVENIO 169 DE LA OIT

El Convenio es un tratado internacional de derechos humanos creado en 1989. Fue aprobado en el Perú por el Congreso Constituyente Democrático en 1993 y ratificado en 1994. Entró en vigencia en 1995; por tanto, ha sido incorporado a nuestra legislación con jerarquía constitucional y tiene carácter vinculante.

El Convenio se aplica a los pueblos indígenas que descienden de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista, que conservan sus propias instituciones o parte de ellas y que tienen conciencia de su identidad indígena. El Convenio contiene normas y acciones que deben desarrollar los Gobiernos en diversos campos para garantizar el ejercicio de los derechos de estos pueblos.

Los Gobiernos deben consultar a los pueblos interesados las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos, a través de sus instituciones representativas y empleando procedimientos que les permitan participar libremente en las instancias en las que se adopten decisiones que les conciernen. El documento señala que las consultas deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada para llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento. Determina que los pueblos indígenas deben tener derecho a

decidir sus prioridades sobre el proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y las tierras que ocupan o utilizan.

El Convenio hace hincapié en que los Gobiernos deben respetar la importancia que tiene para estos pueblos la relación con la tierra y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación. Dispone el reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que ocupan tradicionalmente, así como la consulta previa en los casos en los que se quiera aprobar que los pueblos indígenas puedan enajenar sus tierras o transmitir las fuera de su comunidad, de una forma diferente de sus costumbres. Debe impedirse que cualquiera pueda arrogarse la propiedad, posesión o uso de las tierras, aprovechando sus costumbres o su desconocimiento de las leyes. Determina que los pueblos indígenas no deben ser trasladados de las tierras que ocupan y si, excepcionalmente esto fuera necesario, se requiere su consentimiento libre e informado.

El Convenio establece la protección de los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras, lo que incluye el derecho a participar en su utilización, administración y conservación. Deben participar en los beneficios que produzcan tales actividades y recibir una indemnización equitativa por cualquier daño que sufran. Si bien el Estado es propietario de los recursos del subsuelo, antes de emprender o de autorizar cualquier concesión, prospección o explotación, se deben establecer procedimientos de consulta a los pueblos.

LA LEY APROBADA

En consonancia con el Convenio, la ley aprobada precisa que la consulta es obligatoria para el Estado y define como sujetos del derecho a la consulta a los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos (existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo) pueden verse afectados directamente por una medida legislativa o administrativa, así como por planes, programas y proyectos de desarrollo nacional o regional.

Los pueblos indígenas u originarios son aquellos que se pueden identificar a partir de cuatro criterios objetivos: descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional; estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que usan u ocupan tradicionalmente; existencia de instituciones sociales y costumbres propias; patrones culturales y modo de vida distintos de los de otros sectores de la población nacional. Además, se considera un criterio subjetivo: la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

En la norma se afirma que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser consideradas como pueblos indígenas u originarios. Este es un paso de primera importancia en la perspectiva de ampliar los derechos políticos de un amplio sector de nuestra sociedad, que fue históricamente excluido.

La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o el consentimiento de los pueblos indígenas sobre las medidas que los afectan directamente. La ley aclara que el acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas es obligatorio para ambas partes, aunque la norma establece que la decisión final corresponde a la entidad estatal. Esta debe considerar los puntos de vista y las recomendaciones de los pueblos indígenas, así como las consecuencias de la medida sobre los derechos colectivos reconocidos en la Constitución y en los tratados ratificados por el Estado peruano. Si no se llegara a un acuerdo, las entidades estatales deben adoptar medidas para garantizar estos derechos.

La ley incluye como principios rectores de la consulta los siguientes: oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción e información oportuna.

La participación de los pueblos indígenas en los procesos de consulta se da a través de sus instituciones y organizaciones representativas, las cuales se eligen de acuerdo a sus usos y costumbres. Dispone que el medio para incluirlos en los procesos de decisión es el diálogo intercultural y el respeto de sus derechos colectivos. Asimismo señala la necesidad de tomar en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas y el empleo de intérpretes capacitados.

Las etapas básicas del proceso de consulta son: i) identificación de las medidas legislativas o administrativas; ii) identificación de los pueblos a ser consultados; iii) publicidad de la medida por medios culturalmente adecuados; iv) información sobre los motivos, impactos y consecuencias de la medida, con anticipación; v) evaluación interna en las organizaciones de las medidas que las afectan directamente, en un plazo razonable; vi) diálogo entre representantes del Estado y de los pueblos indígenas; vii) decisión concertada.

La ley determina que las entidades estatales deben garantizar los recursos que aseguren la participación efectiva de los pueblos indígenas. Señala que estos también tienen derecho a solicitar la aplicación de la consulta sobre determinada medida que consideren que los afecta directamente. Si la entidad desestima el pedido, pueden impugnar la decisión por la vía administrativa y, una vez agotada, pueden acudir ante los órganos jurisdiccionales. La ley define que los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles administrativa y judicialmente.

EL BLOQUEO AL CONVENIO 169

La aprobación de la ley no debe llevarnos a perder de vista que existen sectores en el país interesados en restringir al máximo la aplicación del Convenio 169 de la OIT, pues lo consideran una traba al flujo de inversiones orientadas a la explotación de los recursos mineros y energéticos ubicados en territorios de las comunidades campesinas y nativas.

Estos sectores buscarán influir fuertemente en la elaboración del reglamento de la ley para limitar sus alcances. Por ello es importante conocer sus principales argumentos, los cuales se expresan con claridad en las observaciones del expresidente Alan García a la ley que aprobó el Congreso en mayo de 2010, así como en el reglamento que dictó el Ministerio de Energía y Minas (Minem) para aplicar la consulta en las actividades de su sector. La ley

sancionada el 23 de agosto ha derogado el DS 023-2011-EM que autorizó dicho reglamento.

Las observaciones del expresidente Alan García

El Poder Ejecutivo buscó relativizar el resultado de la consulta, aduciendo que esta no podía limitar ni prohibir al Estado adoptar decisiones, ya que el Convenio no otorgaba derecho de veto a los pueblos indígenas, criterio que la anterior y esta ley aprobada en el Congreso reiteran.

En esa perspectiva, planteó que, si no se lograba el acuerdo o consentimiento, la ley debía consignar que la entidad estatal decidiría la ejecución de la medida conforme a sus atribuciones, “privilegiando el interés general y el de la nación, estableciendo la participación en los beneficios y la indemnización equitativa por los daños que puedan sufrir”. De esta manera, la consulta perdía sentido porque el Estado quedaba libre de adoptar la medida normativa o administrativa con absoluta discrecionalidad. Se cuestionó que el eje orientador de la ley fuera la búsqueda del consenso y se dejó de lado la obligación de adoptar acciones que protegieran los derechos de los pueblos indígenas, tal como manda el Convenio.

El Ejecutivo quiso restringir la consulta únicamente a las comunidades nativas, para lo cual objetó que se considerara como pueblos indígenas a las comunidades campesinas andinas —porque están “sustantivamente vinculadas a la ciudad, al comercio y a los servicios del Estado”— y a las comunidades de la costa —que “aún existen en lo formal [pero que] actúan como empresas inmobiliarias”—. Cabe reiterar que la OIT reconoce a las comunidades campesinas como pueblos indígenas, cualquiera que sea su situación jurídica, mientras estas conserven sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, y cumplan con la condición subjetiva de reconocerse como pueblos indígenas.

El expresidente Alan García buscó cuestionar la representatividad de las organizaciones indígenas si eligen conforme a sus usos y costumbres institucionales. Propuso que la ONPE estableciera su representatividad y legitimidad. En este tema el Convenio plantea el reconocimiento y la protección de los valores y prácticas sociales, culturales y religiosas propias de los pueblos indígenas. Seguramente este tema será parte del debate sobre el reglamento de la ley aprobada.

El Ejecutivo objetó también que la ley incluyera los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional como asuntos posibles de ser consultados. Asimismo intentó relativizar la obligación del Estado de realizar la consulta al observar que los funcionarios tuvieran que identificar las medidas sujetas a consulta “bajo responsabilidad”, aduciendo que esto burocratizaría la toma de decisiones. No se quiere entender que la consulta es un derecho y es un proceso social y política, por lo que no puede ser analizado como un procedimiento administrativo.

El reglamento del MINEM

En el reglamento, el Minem se atribuyó el rol de juez y parte, ya que ellos eran los que definían si se debía llevar adelante la consulta. Asimismo, excluyó todo procedimiento para que los pueblos indígenas pudieran plantear qué medidas debían ser consultadas; la potestad era exclusiva del Estado. El reglamento precisó también, que si no se alcanzaba un acuerdo, la entidad estatal involucrada decidía y comunicaba su decisión a los representantes de los pueblos indígenas. En estos casos, excluyó al Minem de la obligación de aplicar la medida considerando acciones que cautelaran la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas. Tampoco se estableció la exigibilidad administrativa y judicial en caso de incumplimiento de los acuerdos de la consulta

Para limitar el alcance de la consulta, la norma se atribuyó la definición del tipo de representación de los pueblos indígenas que podían participar en las consultas. Dispuso que las medidas normativas se consultaran solo a las organizaciones de carácter nacional. Señalaba como requisito la acreditación previa de las organizaciones ante el Ministerio de Cultura.

La norma establecía plazos muy cortos para favorecer el diálogo y buscar un acuerdo, sin tomar en cuenta la complejidad de algunas medidas, la dispersión de los pueblos involucrados y la escasez de medios para comunicarse. Más aún porque el reglamento no decretó la asignación de recursos para la participación informada de los pueblos indígenas. Finalmente, el reglamento otorgaba potestad al Estado para suspender el proceso de consulta si consideraba que no contaba con garantías para el diálogo, pero no dio una facultad similar a los pueblos indígenas, quienes no podían solicitar la suspensión de la consulta si consideraban que no estaban dadas las condiciones para garantizar una consulta plenamente democrática.

CONCLUSIÓN

La Ley de Consulta Previa es un paso trascendente en la reivindicación de derechos de los pueblos indígenas. Los alcances concretos de su aplicación estarán en juego en el texto del reglamento de la ley, en cuya elaboración tendrá un rol esencial el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura. La ley lo ha designado como el órgano técnico especializado en materia indígena.

Como tal, será responsable de crear la base de datos oficial de pueblos indígenas y de sus instituciones representativas, en función de lo cual debe determinar los criterios para definir el tipo de comunidades incluidas en la aplicación del Convenio 169, así como para establecer la representatividad de sus organizaciones. Otro aspecto que requerirá pautas precisas en el reglamento es la definición del tipo de medidas del Estado que amerita la consulta y de los pueblos indígenas que deban participar en el proceso, en cada caso.