



## **ANÁLISIS DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Y CRITERIOS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE DEL PROYECTO DE LEY FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE**

*Kantuta Vallenas  
Lucila Pautrat  
Catty Samaniego*

El presente informe tiene por finalidad analizar las pautas contenidas en la Autógrafa de la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio Núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo” (en adelante Autógrafa de Ley de Consulta), aprobada por el Congreso de la República, así como proponer criterios para la realización de un proceso de consulta del Proyecto de Ley N° 4141/2009-PE, Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

### **I. Antecedentes y situación actual**

El 31 de julio de 2009, mediante Resolución Ministerial N° 544-2009-AG, el Ministerio de Agricultura declara de interés prioritario el Proceso de Revisión y Actualización de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, en el marco de un proceso participativo y descentralizado a nivel nacional, encargando a la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre, la conducción de dicho proceso, articulándolo a los acuerdos del Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, y otorgándosele un plazo máximo de 120 días útiles contados a partir de esa fecha. A través de la Resolución Ministerial N° 0087-2010-AG dicho plazo fue ampliado hasta el 31 de marzo de 2010. Como producto de dicho mandato, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República, el Proyecto de Ley N° 4141/2009-PE<sup>1</sup> que contiene una propuesta de Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

En ese mismo periodo, se venía debatiendo en el Congreso de la República el Proyecto de Ley de Consulta Previa, Libre e Informada a los Pueblos Indígenas, en el marco de la implementación del Convenio 169 de la OIT, y cuya necesidad de aprobación surge como una de las principales demandas derivadas del conflicto de Bagua que acaeció el 5 de junio de 2009. Dicho debate dio lugar a la aprobación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, cuya autógrafa fue remitida por el Congreso a la Presidencia de la República con fecha 31 de mayo de 2010. Cabe señalar que los contenidos de dicha ley marco del proceso de consulta contaron con los aportes de las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas. Si bien no se aplicó un proceso de consulta *in stricto sensu*, sus contenidos fueron fruto del consenso entre el Estado –representado por el Congreso de la República- y los pueblos indígenas –representado por sus organizaciones nacionales.

Sin embargo, una vez enviada la Autógrafa de la Ley para su respectiva promulgación, mediante Oficio N° 142-2010-DP/SCM del 21 de junio de 2010, ésta fue observada por el Presidente de la República y el Presidente del Consejo de Ministros, en uso de su atribución constitucional de observar toda o una parte de una ley aprobada por el Congreso de la República; siendo remitido nuevamente a la Comisión de Constitución y Reglamento, y la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República.

<sup>1</sup> Presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República mediante Oficio N° 143-2010-PR de fecha 22 de junio del 2010.

La observación de la autógrafa de la Ley de Consulta por el Presidente de la República, en su condición de Jefe de Estado que personifica a la Nación, y que exige modificar la ley aprobada por el Congreso, debió estar precedida de un dialogo al menos con las organizaciones nacionales de los pueblos indígenas, en cumplimiento del Convenio 169 y en consideración a la demanda de dialogo de dichos pueblos. La observación presidencial ha representado una dilación en el proceso de aprobación de la ley de consulta y, por ende, en el cumplimiento de uno de los compromisos del dialogo instaurado post conflicto de Bagua, cual fue aprobar una ley marco que regule los aspectos esenciales de los procesos de consulta con los pueblos indígenas.

De acuerdo al procedimiento de aprobación de las leyes establecido en el artículo 108º de la Constitución Política del Perú, luego de la observación presidencial, corresponde que la ley sea reconsiderada por el Congreso. Si bien el tercer párrafo del referido artículo resulta impreciso, la *reconsideración* a la que alude dicho artículo se refiere a un procedimiento legislativo que obliga necesariamente al Congreso a volver a discutir un proyecto de ley cuando ha sido observado por el Presidente de la República. Ello no significa que el Congreso esté en la obligación de modificar la ley en los términos planteados por la observación presidencial<sup>2</sup>. En caso el Congreso acepte las observaciones del Presidente, correspondería aprobar la ley con una mayoría simple; sin embargo, cuando insista en su propuesta original se requerirá el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, es decir, más de 60 votos<sup>3</sup>.

Con fecha 12 de julio de 2010 la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología remitió a la Presidencia del Congreso de la República el Dictamen recaído en las Observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la Autógrafa de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios reconocidos en el Convenio Nº 169 de la OIT4, señalando que en su Décimo Primera Sesión Extraordinaria, de fecha 6 de julio de 2010, acordó por unanimidad aprobar la insistencia en el texto de la Autógrafa de Ley.

De otro lado, el 06 de agosto de 2010 la Comisión de Constitución y Reglamento remitió a la Presidencia del Congreso de la República el Dictamen de Allanamiento respecto a las observaciones del Poder Ejecutivo a la Autógrafa de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, señalando que en sesión del 13 de Julio del mismo año se sometió a votación el Allanamiento a las Observaciones del Poder Ejecutivo, siendo este aprobado mayoritariamente, y por tanto desestima la insistencia en el texto original de la Autógrafa aprobada por el Pleno del Congreso en sesión del 19 de mayo del 2010.

El 10 de agosto de 2010, mediante Oficio Nº 457-2010-JCEN/CR el Congresista Juan Carlos Eguren solicitó a la Presidencia del Congreso de la República que priorice en la sesión del pleno la aprobación del Proyecto de Ley de Derecho a la Consulta. Por su parte, la Presidencia de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología mediante los Oficios Nº 023/2010-2011/CPAAAAE-CR.3 del 31 de agosto de 2010, y Nº 042/2010-2011/CPAAAAE-CR.3 del 7 de setiembre de 2010 también solicitó a la Presidencia del Congreso priorizar en la Agenda del Pleno la aprobación de la Ley del Derecho a la Consulta, sin embargo, hasta la fecha el Congreso no ha sometido los Dictámenes emitidos por las Comisiones de Constitución y Reglamento, y de Pueblos Andinos, a debate en el pleno. Asimismo, en una reciente sentencia, el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta que la autógrafa de ley aun no ha sido aprobada debido a las observaciones del Presidente de la República, exhorta al Poder

<sup>2</sup> Bernalles Ballesteros, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado. Lima: ICS Editores, 1996, Segunda Edición, p. 449.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Proyectos de Ley Nº 413/2006-CR, Nº 427/2006-CR, Nº 2016/2007-CR, Nº 3648/2009-CR, Nº 2767/2008-CR, Nº 3370/2008-DP.

Legislativo a que, dentro de sus competencias establecidas en el artículo 108° de la Constitución, cumpla con su obligación de desarrollar legislativamente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio<sup>5</sup>.

Al respecto, cabe señalar que las observaciones presidenciales han sido objeto de diversas críticas tanto por parte de las organizaciones indígenas, organizaciones de la sociedad civil y académicos independientes internacionales, debido a que no se ajustarían a los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente, plasmados en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asimismo, en caso de plantearse la insistencia en la propuesta original, su aprobación no debería suponer mayor dificultad, teniendo en cuenta que la Ley, en su versión original, fue aprobada con 62 votos a favor, 7 en contra y 6 abstenciones de los congresistas.

El escenario a nivel nacional sobre la normatividad es incierto, debido a que actualmente la Ley de Consulta no se encuentra aprobada y hay en proceso de debate en el Congreso de la República diversos proyectos de ley que debieran ser sometidos a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, tales como el de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, el de la Ley de Servicios Ambientales, entre otros dispositivos legales que afectan los derechos de los pueblos indígenas. Si bien la inexistencia de una ley nacional que desarrolle la obligación de consultar a los pueblos indígenas las medidas legislativas o administrativas, no debe ser empleada por el Estado peruano como pretexto para no llevar a cabo la consulta de dichas medidas, es importante considerar que dicha ley marco cumplía un doble propósito: en primer lugar, dar pautas más precisas a las diversas instituciones del Estado para aplicar de manera adecuada su obligación de consulta<sup>6</sup>; en segundo lugar, dicha ley cumplía la función de devolverle credibilidad al Estado frente a la población indígena luego de un conflicto generado por la limitada transparencia y legitimidad en la aprobación de determinados decretos legislativos<sup>7</sup>.

En tal sentido, corresponde al Congreso y a la Presidencia de la República asumir su responsabilidad frente a un incumplimiento constitucional de implementar el derecho a la consulta y las obligaciones asumidas en el marco de los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, así como evaluar las posibles consecuencias de la demora en la aprobación de la ley de consulta, y la implementación de procesos de consulta sobre leyes que podrían afectar los derechos y la vida de los pueblos indígenas. La inobservancia de los estándares mínimos internacionales establecidos en las normas y jurisprudencia sobre la materia, podría dar cuenta de la ausencia de voluntad política de garantizar el respeto a los derechos de estos pueblos, y por ende, propiciar el incremento de su desconfianza en el Estado.

---

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional: EXP. N° 05427-2009-PC/TC presentado por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), fundamento 68-69.

<sup>6</sup> Ante la ausencia de una ley que regule la implementación del Convenio 169 de la OIT, el Tribunal Constitucional ha tenido que dar ciertas pautas sobre el procedimiento de consulta en el marco de las actividades de minería y energía, a fin de ordenar al Ministerio de Energía y Minas a reglamentar el proceso de consulta en su sector. Sentencia del Tribunal Constitucional: EXP. N° 05427-2009-PC/TC presentado por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP).

<sup>7</sup> Al respecto, en su Sentencia sobre el Exp. N° 05427-2009-PC/TC, de 30 de junio del 2010 (fundamento 46), el Tribunal Constitucional aprecia que las protestas de los pueblos indígenas contra la aprobación de determinados decretos legislativos sin la consulta previa e informada exigida por el Convenio 169, no constituía un reclamo solo en cuanto a la legitimidad formal de las medidas legislativas dispuestas por el Poder Ejecutivo, sino en cuanto a la legitimidad material de la actuación general del Estado que no generaba los cauces institucionales exigidos por el Convenio para escuchar el parecer y la voz de las comunidades indígenas. Es decir, la ausencia de desarrollo normativo del mecanismo de la consulta ocasionó en los hechos, el desconocimiento e ineficacia absoluta de este derecho.

## II. Fundamento del Derecho de Consulta de los Pueblos Indígenas

En reiteradas oportunidades los órganos de control de la OIT, al interpretar los alcances del Convenio 169, señalan:

*“[E]l espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio núm. 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”<sup>8</sup>.*

*“[L]os principios de la consulta y la participación establecidos en los artículos 6 y 7 deben ser entendidos en el contexto de la política general expresada en el párrafo 1 y en el párrafo 2, b) del artículo 2 del Convenio.”<sup>9</sup>*

En tal sentido, la consulta y la participación no son algunos derechos más de los reconocidos en el citado Convenio, sino constituyen principios que orientan y aseguran la realización de los demás derechos consagrados en dicho tratado; por tanto constituyen mandato imperativo para los gobiernos.

Como principios medulares del Convenio, son los instrumentos que permiten llevar a la práctica el cambio de concepción que supuso el Convenio 169 respecto del Convenio 107 en cuanto a la relación de los gobiernos con los pueblos indígenas. Es preciso recordar que cuando se adoptó este convenio, los pueblos indígenas eran considerados como sociedades “atrasadas” y transitorias, por lo que se creía indispensable fundirlas en la corriente nacional mayoritaria mediante la integración y la asimilación.

Con el Convenio 169, la protección de los pueblos indígenas continua siendo el principal objetivo, pero basado en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias. Asimismo, otro de los fundamentos de este convenio es la convicción de que los pueblos indígenas tienen derecho a continuar existiendo sin la pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo<sup>10</sup>.

Bajo esta perspectiva, puede decirse que el Convenio fue aprobado con cuatro objetivos:

1. *“Cambiar los derroteros integracionistas y asimilacionistas que existían en el Convenio 107 de la OIT.*
2. *Establecer, con la participación de los pueblos indígenas y tribales, la responsabilidad de desarrollar acciones para proteger los derechos de estos pueblos y garantizar el respeto a su integridad étnica y cultural.*
3. *Instaurar, como pueblos, la definición de su propio desarrollo, para garantizar su vida biológica y cultural (su hábitat y sus tierras como medio de vida, pero también su identidad distinta).*
4. *Participar efectivamente en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional [así como local] susceptibles de afectarles directamente.”*

<sup>8</sup> Consejo de Administración, 282ª reunión, noviembre de 2001, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB.282/14/2, párrafo 31; y Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, 73ª reunión, 2002, Observación, Paraguay, publicada en 2003, párrafo 4.

<sup>9</sup> Consejo de Administración, 282ª reunión, noviembre de 2001, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB.282/14/2, párrafo 33.

<sup>10</sup> Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un Manual. OIT, 2007, p. 4 y 5.

Por tanto es comprensible que se advierta que los artículos del Convenio referidos a la participación y la consulta deben ser entendidos y aplicados en el contexto de la política general expresada en el párrafo 1 y párrafo 2 b del artículo 2 del Convenio, que establecen lo siguiente:

*“Artículo 2*

1. *Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. (subrayado nuestro).*
  
2. *Esta acción deberá incluir medidas:*
  - b) *que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de estos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones.” (Subrayado nuestro).*

Como se advierte en la reciente publicación de la OIT *“Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT”*, dicha acción coordinada y sistemática debe ser entendida en el contexto particular de los pueblos indígenas, dado que su situación es el resultado de procesos de discriminación históricos que han influenciado todos los aspectos de sus vidas y que tienen un efecto transversal en todos los sectores y trascienden los límites administrativos y las estructuras institucionales. Por tanto, resulta fundamental que los gobiernos desarrollen una acción coordinada y sistemática para garantizar que todas las disposiciones del Convenio sean implementadas plena y debidamente.

En términos prácticos, señala la Guía, que la acción coordinada y sistemática conlleva a implementar revisiones integrales de leyes, políticas, programas y proyectos para garantizar que estén alineados con las medidas tendientes a velar por los derechos de los pueblos indígenas, como así también el establecimiento de mecanismos de monitoreo adecuados para evaluar continuamente la situación de los pueblos indígenas. Tal acción debería emprenderse con la participación de los pueblos indígenas y con el debido respeto a su identidad social y cultural, costumbres, tradiciones, aspiraciones y formas de vida. En ese sentido, las disposiciones sobre la acción coordinada y sistemática están vinculadas naturalmente a aquellas referentes a la consulta y la participación.

Los órganos de control de la OIT han enfatizado que esa acción coordinada y sistemática es la *“clave para superar la desigualdad de larga data y profundamente arraigada que afecta a los pueblos indígenas”* (Consejo de Administración, 289.a reunión, marzo de 2004, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3: párr.133). Este es un mensaje crítico ya que los derechos de los pueblos indígenas a menudo se interpretan mal en el sentido de que otorgan más privilegios y ventajas a los pueblos indígenas que a otros sectores de la sociedad. Por el contrario, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es un prerrequisito para que estos puedan participar y beneficiarse en equidad en la sociedad nacional, y como tal constituye un instrumento para eliminar la discriminación.

En ese proceso es previsible que existan dificultades de entendimiento y de armonización de intereses. Por ello, la consulta puesta en práctica de manera adecuada se convierte también en un instrumento para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, 76ª reunión, 2005, Observación, Guatemala, publicada el 2006, párrafo 6.

### **III. Alcances Generales de la Consulta**

El artículo 6º del Convenio contiene la disposición general sobre la consulta estableciendo que

*“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio los gobiernos deberán:*

- i. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*

*2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”*

La Autógrafa de Ley recoge, en diferentes partes de su texto, los elementos de la consulta establecidos en el Convenio; definiendo a la consulta como un derecho de los pueblos indígenas que opera sobre medidas que afecten directamente sus derechos colectivos, sea sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo<sup>12</sup>.

Asimismo, establece que la consulta también se efectuará respecto de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos pueblos. Si bien ello puede resultar positivo, no debe olvidarse que en virtud del artículo 6.1 b) del Convenio, la intervención de los pueblos indígenas respecto a dichos planes, programas y proyectos no solo debe garantizarse en su etapa de formulación, sino también en sus etapas de aplicación y evaluación, en el marco del derecho de participación consagrado en el Convenio.

En tercer lugar, en la misma lógica del Convenio, reitera que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas, al cual debe arribarse a través de un dialogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos. Esta descripción de la finalidad pone de relieve dos cuestiones sustantivas que están en la base del Convenio, la primera que la consulta en sí es un instrumento para la inclusión verdadera de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisión en todos los niveles del Estado, y la segunda que se trata de un proceso que busca garantizar que se respeten los derechos colectivos de dichos pueblos.

Por tanto, además de los aspectos procedimentales que son propios al proceso de consulta, para que ésta sea legítima deberá verificarse el cumplimiento de dichos aspectos sustantivos en cada etapa del proceso y, especialmente, en la decisión que finalmente adopte el Estado. La inclusión de los pueblos indígenas puede verse afectada, por ejemplo, cuando una entidad estatal determina unilateralmente a qué organizaciones consultar, o cuando la información que se brinda sobre la medida es incompleta y ambigua afectando la participación efectiva de los pueblos indígenas a través de sus representantes.

---

<sup>12</sup> Artículo 2º.

#### **IV. Obligación de Consultar subsiste aun sin una Ley Nacional sobre Consulta**

Si bien existe consenso en que la existencia de una ley marco sobre el derecho a la consulta coadyuvaría a concretar las obligaciones asumidas por el Estado en el Convenio, y es recomendable su pronta aprobación, no puede alegarse su falta de aprobación para postergar el cumplimiento de la obligación de consultar respecto de las medidas legislativas y administrativas que se sigan proponiendo y afecten a los pueblos indígenas.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional señalando que *“no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho”*.<sup>13</sup>

Por tanto, de acuerdo a lo descrito en el párrafo anterior, el Proyecto de Ley N° 4141/2009-PE, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, que viene siendo tramitado en el Congreso de la República debería ser consultado a los pueblos indígenas, por el impacto que tendría sobre los derechos de los pueblos indígenas, tales como su derecho a la integridad de los ecosistemas forestales, que forman parte del territorio que habitan, a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre existentes en sus tierras, el derecho a la vida, a la salud, al respeto de su cultura, a un ambiente adecuado para su desarrollo, entre otros.

Por tanto, recae sobre el Congreso de la República una doble responsabilidad, la de aprobar la ley de consulta respetando los parámetros establecidos en el Convenio, y la de consultar, entre otros, el Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Dado que la obligación de consulta no se debe encontrar supeditada a la aprobación de la respectiva norma legislativa, sí correspondería al Congreso elaborar un procedimiento específico para llevarla a cabo acorde con los principios ya adelantados en la Autógrafa de Ley. Dicho procedimiento debería elaborarse de manera conjunta con los representantes de los pueblos indígenas, a fin de cumplir con los términos del Convenio. Este procedimiento deberá incorporar los tiempos, modos y costumbres de los propios pueblos para sus procesos de toma de decisiones.

#### **V. Las Entidades Estatales Obligadas a Consultar**

Al ser una de las piedras angulares del Convenio en las que se fundamentan todas sus disposiciones, la realización del proceso de consulta constituye una responsabilidad exclusiva del Estado, porque en este radica a su vez la responsabilidad de garantizar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el referido Convenio.

Así lo ha establecido claramente también el Tribunal Constitucional, al señalar que puesto que el Convenio N° 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones, en este caso la obligación de llevar a cabo la consulta, siendo por tanto el Estado peruano el responsable del cumplimiento de este compromiso, y de la realización del proceso<sup>14</sup>.

Lo señalado, debe tenerse en cuenta debido a que existen numerosas experiencias en las cuales los procesos de consulta han sido encargados en todo o en parte a empresas concesionarias para

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 022-2009-PI/TC, fundamento 12.

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 022-2009-PI/TC, fundamento 34.

la realización de actividades extractivas en territorios indígenas. En tal sentido, habría que tener presente este hecho al momento de organizar el referido proceso, debido a que trasladar la responsabilidad de realizar la consulta a otra instancia o incluso a los propios pueblos indígenas o sus instituciones representativas sería en cierto modo trasladarles una responsabilidad que radica en el Estado.

Dicha situación habría que diferenciarla de aquella en la que se convoca la participación de los pueblos indígenas o sus instituciones representativas para la elaboración y organización del propio proceso, a efectos de que la metodología, los plazos y otros aspectos del proceso se realicen acorde con la cultura de cada pueblo consultado, así como con sus sistemas organizativos, dado que esta cuestión sí es un elemento esencial del proceso.

De acuerdo al artículo 17º de la Autógrafa de Ley las *“entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas”* son las competentes para llevar a cabo el proceso de consulta previa. Es decir, esta responsabilidad recaería en la entidad encargada de aprobar la medida, en este caso, la responsabilidad recae en el Congreso de la República. En este aspecto, aun no se tienen claridad sobre a qué instancia o instancias del Congreso les correspondería realizar el proceso de consulta. Sin embargo, en otros artículos de la Autógrafa de Ley, se emplea la frase *“entidades promotoras de la medida legislativa o administrativa”*; concretamente cuando se regula los aspectos relacionados a las etapas del proceso (artículo 8º), la identificación de las medidas objeto de consulta (artículo 9º), la identificación de los pueblos indígenas (artículo 10º) por citar algunos casos.

Si tenemos en cuenta que las leyes del Congreso no siempre surgen de iniciativa de sus miembros sino de la iniciativa legislativa de otros poderes del Estado, organismos constitucionales autónomos, entre otros, entonces este grupo podría considerarse dentro de lo que la Autógrafa de Ley denomina *“entidades promotoras de la medida legislativa”*. Ello no sería inapropiado si se tiene en cuenta que en diversos casos los proyectos de ley son promovidos precisamente por las entidades estatales que conocen ampliamente la temática que contiene tales proyectos o están referidos a las actividades de su sector. Por ejemplo, en el caso de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, el Proyecto de Ley N° 4141/2009-PE fue presentado por el Poder Ejecutivo, específicamente por el Ministerio de Agricultura, que tiene competencia en dicha materia.

En ese supuesto, cabe preguntarse si correspondía también al Poder Ejecutivo realizar un proceso de consulta sobre el proyecto de ley que es de su autoría. En el debate legislativo sobre el Proyecto de Ley de Consulta, éste no es un asunto que ha merecido mayor reflexión, dado que se ha venido asumiendo en consenso que la entidad estatal que debe consultar es aquella que tiene la potestad de aprobar la medida. Sin embargo, valdría la pena conocer lo que ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia respecto a este particular.

En efecto, ante la demanda de inconstitucionalidad planteada contra el Código de Minas en Colombia, por violación del derecho fundamental a la consulta debido a que se hizo nugatoria la participación de los pueblos indígenas en la discusión y preparación del proyecto de ley que dio origen al referido Código, dicha corte dejó sentado como pauta que *“no es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones”*, sin embargo, establece que en ese caso la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la presentación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que





ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso<sup>15</sup>.

Para la Corte ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso, su texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados<sup>16</sup>. Para dicha Corte, el espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar no se agota en el proceso llevado a cabo por el gobierno, sino que continúa en el Congreso de la República a través de los congresistas elegidos.

Sin perjuicio de las distancias que existen entre un país y otro, este caso invita a realizar una interpretación amplia de la obligación de consulta a los pueblos indígenas, acorde con el criterio de que la consulta es un *proceso* que compromete a todo el aparato estatal, más aun si las medidas legislativas o administrativas no tienen una única fuente de origen. En ese sentido, en referencia al proceso, se podría sostener que la consulta de una medida legislativa o administrativa puede comprometer a más de una entidad en diferentes momentos, pues de lo que se trata es que en cada decisión de promover o adoptar una medida, se dialogue previamente y lo más antes posible con los pueblos indígenas, lo cual es el espíritu del Convenio.

En el caso del Proyecto de Ley Nº 4141/2009-PE, la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre del Ministerio de Agricultura condujo un proceso de elaboración participativa de la citada propuesta normativa que duró 10 meses y contó con la participación de los representantes de las organizaciones nacionales y regionales de los Pueblos Indígenas, tanto en las Audiencias públicas nacionales como regionales, así como mediante la remisión de las opiniones escritas de dichas organizaciones a la Secretaría Técnica del proceso respecto a las versiones preliminares del Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre, como de la Política Nacional Forestal, esta última en proceso de aprobación. Si bien ello no constituye en rigor una Consulta a los Pueblos Indígenas, cabe señalar que los representantes de las organizaciones nacionales tenían conocimiento de los contenidos de la medida legislativa, los mismos que fueron también difundidos a nivel nacional y se hicieron públicos a través del Portal Institucional del Ministerio de Agricultura. Por tanto, de acuerdo a lo manifestado, cabe precisar que a la fecha las organizaciones representativas de los pueblos indígenas a nivel nacional han remitido también sus comentarios, aportes, y discrepancias respecto a la propuesta normativa materia de análisis, identificando algunos aspectos críticos del citado Proyecto de Ley a la Presidencia de la Comisión Agraria del Congreso de la República, la cual junto con la Comisión de Descentralización, emitirán los Dictámenes respectivos para su debate en el pleno.

Con fecha 7 de Noviembre del 2010, la Presidencia de la Comisión Agraria del Congreso de la República ha publicado en el Diario Oficial El Peruano una Convocatoria a los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada para Pueblos Indígenas en relación al Proyecto de Ley Nº 04141/2009-PE, considerando que dicho Proyecto contiene propuestas que involucran la gestión en territorios ocupados por los Pueblos Indígenas con disposiciones susceptibles de afectar sus derechos, de acuerdo a los lineamientos del Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para dicho proceso, el Congreso de la República ha convocado a la población indígena individualmente u organizada en comunidades, gremios o federaciones o sus representantes.

<sup>15</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-891 de 2002, fundamento 19.1.

<sup>16</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-30/08, fundamento 4.2.2.2.2.

## VI. **Proceso de Consulta: Etapas y Principios**

La consulta implica un proceso para el cual no existe ni debe existir un modelo único o estándar, aunque sí reglas generales mínimas orientadoras. Como proceso comprende un conjunto de etapas que podrían variar de acuerdo a las circunstancias particulares de cada contexto, sin embargo, de lo estipulado en el Convenio puede convenirse que los momentos esenciales de la consulta están constituidos por la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados, la identificación de las medidas legislativas o administrativas a ser consultadas, el establecimiento y consulta respecto de las reglas del proceso, la divulgación de información sobre la medida, el diálogo entre el Estado y las instituciones representativas de los pueblos indígenas, y el acuerdo o consentimiento.

La mayoría de estos momentos han sido contemplados de alguna manera por la Autógrafa de Ley que establece las siguientes etapas mínimas de la consulta:

- a. Identificación de las medidas legislativas o administrativas que deben ser objeto de consulta.
- b. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- c. Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- d. Información sobre la medida legislativa o administrativa.
- e. Evaluación interna en las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente.
- f. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
- g. Decisión.

Resulta positivo que la Autógrafa se refiera a etapas mínimas, dejando claro que se trata de un proceso flexible en el cual podrían preverse etapas adicionales. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que existen tres etapas elementales en el proceso de consulta:

- 1) determinación de la afectación directa,
- 2) la consulta en sentido estricto, y
- 3) la implementación de la medida.

Aunque en otro apartado de su sentencia detalla con más precisión las etapas 1 y 2, y otras etapas, debe destacarse que el Tribunal considera que la implementación de la medida legislativa o administrativa también constituye una etapa del proceso, lo cual tiene consonancia con la estrecha relación que existe entre la consulta y la participación de los pueblos indígenas en el marco del Convenio.

Adicionalmente cabe señalar que la Autógrafa de Ley incluye un conjunto de principios orientadores del proceso que tienen particulares efectos respecto a cada etapa. Su artículo 4º establece que los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

- a. **Oportunidad.** Reafirma la regla de que la consulta se realiza en forma previa a la adopción de la medida. Según el Tribunal Constitucional ello es así porque la consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Por tanto,

trasladar la consulta a un momento posterior elimina dicha expectativa, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe.<sup>17</sup>

- b. **Interculturalidad.** Señala que el proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas.
- c. **Buen fe.** Lo define como un deber del Estado y de los pueblos indígenas. De acuerdo con este principio, las entidades estatales deben valorar la posición de los pueblos indígenas en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. Incluye la prohibición de realizar proselitismo y conductas antidemocráticas. La cuestión del proselitismo es apropiada en tanto sirva para señalar que existe una diferencia entre promover un proyecto para convencer sobre su factibilidad y la consulta sobre el mismo<sup>18</sup>. Ello quiere decir que la buena fe supone rechazar todo acto que suponga una manipulación del proceso hacia un resultado determinado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que la buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta, señalando un conjunto de situaciones que configurarían la violación de dicho principio, por ejemplo<sup>19</sup>:
- Tratar de impedir o imponer trabas para que la información no sea conocida o que se concrete la consulta.
  - No tener en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, ni evaluar la mejor metodología para cada caso.
  - No tomar en cuenta las cuestiones relativas al clima y la accesibilidad de los miembros de los pueblos indígenas al lugar en donde se llevará a cabo la consulta.
  - La negación de las entidades representativas de los pueblos indígenas a participar en la consulta.
  - Hacer caso omiso a los compromisos asumidos en el marco del proceso de consulta, especialmente en aquello que forma parte de los consensos a los cuales se han arribado.
  - No contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que los pueblos indígenas puedan reflexionar acerca de la medida.
- d. **Flexibilidad.** Atendiendo al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar y a las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas involucrados.
- e. **Plazo razonable.** Para permitir a las instituciones representativas conocer, reflexionar y realizar propuestas sobre las medidas a consultar. Este principio es de fundamental importancia dado que, por lo general, se sacrifica el derecho de los pueblos indígenas a participar en igualdad de condiciones a la necesidad estatal de adoptar la medida en el tiempo más breve posible.
- f. **Ausencia de coacción o condicionamiento.** Referido a que no debe haber ningún tipo de coacción o condicionamiento alguno en la participación de los pueblos indígenas.

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia sobre el Exp. N° 0022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, fundamento 36.

<sup>18</sup> Elisa Cruz Rueda. Mecanismos de consulta a los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso mexicano. En: Consulta Previa. Experiencias y Aprendizajes. AAVV. Colombia, 2009, p. 150.

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia sobre el Exp. N° 0022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, ver los fundamentos del 27 al 30.

- g. **Información oportuna.** Por el cual los pueblos indígenas tienen derecho a recibir toda la información que sea necesaria para manifestar su punto de vista, y el Estado la obligación de entregarla con anticipación. Sin embargo, es preciso señalar que la información que se brinde a los pueblos indígenas deberá ser lo más completa posible y en sus propios términos (lenguaje y estructura organizativa), empleando palabras y conceptos culturalmente adecuados, planteando alcances, obstáculos, retos e implicaciones positivas y negativas, tanto para el Estado como para los pueblos<sup>20</sup>. Esto ha sido recogido por el Tribunal Constitucional cuando se refiere al principio de transparencia que bajo su consideración también debe guiar la realización del proceso de consulta<sup>21</sup>.

En conjunto los principios antes señalados permiten reafirmar que la consulta debe ser entendida como un proceso a desarrollarse en tiempos razonables para cada etapa con una visión de largo plazo<sup>22</sup>. En este sentido, es necesario que el Estado y los pueblos indígenas se pongan de acuerdo respecto a las reglas de cada etapa y los puntos de diálogo y negociación en las mismas.

❖ **Identificación de las Medidas Legislativas o Administrativas que deben ser objeto de consulta.**

Según la Autógrafa de Ley una de las etapas del proceso de consulta consiste en la identificación de las medidas legislativas que deben ser objeto de consulta (art. 8º), la cual estaría a cargo de la entidad del Estado encargada de emitir la medida (art. 17º).

La autógrafa no contiene criterios para llevar a cabo dicha identificación, sin embargo consideramos que debe tenerse en cuenta dos cuestiones en la implementación de esta etapa.

La primera de carácter procesal, tiene que ver con analizar con las instituciones representativas de los pueblos indígenas las medidas específicas que a criterio de la entidad estatal deben ser consultadas. Ello en virtud de que la obligación de consultar alcanza también a las reglas del propio proceso, siendo la identificación de las medidas legislativas un aspecto principal del mismo.

La segunda cuestión es de carácter sustantivo, es decir, relacionada a los criterios que se tendrán en cuenta para determinar el tipo de medidas a ser consultadas. En esta labor sin duda debe partirse por el principio general establecido por el Convenio, es decir, que se trate de medidas que vayan a afectar directamente a los pueblos indígenas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha buscado darle contenido al principio general comprendido en el Convenio y ha señalado que existen tres tipos de medidas legislativas:

- Aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Por ejemplo, la 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 (Ley N° 26505).

<sup>20</sup> Uphoff (1995) citado por Elisa Cruz Rueda. Op cit. p. 149-150.

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia sobre el Exp. N° 0022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, fundamento 35.

<sup>22</sup> Elisa Cruz Rueda. Op. Cit. p. 149.

- Normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas.
- Una medida legislativa en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta.

En concordancia con la tipología alcanzada por el Tribunal Constitucional, cabría definir dentro de qué tipo calza el Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Sin duda no es una ley que pretenda desarrollar los derechos de los pueblos indígenas por lo que no encajaría dentro del primer tipo. Tampoco puede considerarse dentro del segundo tipo, pues si bien es una ley que regula de manera general e integral todo lo relacionado con el aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre, tiene implicancias directas y particulares en la vida y los medios de vida de los pueblos indígenas por las consideraciones especiales que tienen dichos recursos para su existencia cultural, económica, social. Y por tanto, es una ley pasible de ser consultada. Finalmente, no puede ser considerada una ley del tercer tipo pues si uno revisa el Proyecto de Ley puede observar que a lo largo de su texto existen referencias explícitas a los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo, aun cuando en los demás artículos no hay tales referencias explícitas en sí tienen un impacto directo en los recursos ubicados dentro de los territorios de dichos pueblos o los que utilizan de una u otra manera para el desarrollo de su vida, por lo que toda la legislación en sí debería ser materia de consulta.

Por ello consideramos que, para efectos prácticos, resulta más amplio y adecuado los tipos de medidas legislativas que la Corte Constitucional de Colombia ha señalado deben ser consultadas a los pueblos indígenas. Así, en la sentencia referida a la demanda la inconstitucionalidad de la Ley Forestal, expresa la Corte que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales<sup>23</sup>.

Desde este punto de partida, la Corte colombiana argumenta que la Ley Forestal debió ser consultada con las comunidades, debido a que el carácter general e integral de la ley hace que resulte imposible excluir de su ámbito de aplicación a las comunidades indígenas y tribales, a las cuales se les ha hecho entrega formal de un número de hectáreas que representa el 32.2% del área total nacional. Además el 72% de los territorios de los resguardos indígenas, coinciden con áreas boscosas por lo que estas comunidades dependen casi en su totalidad de los recursos que le proveen los bosques.

En ese sentido, señala la Corte que no se entiende cómo un régimen general e integral en materia de manejo de bosques naturales y plantaciones forestales pueda adoptarse sin incluir en él la regulación de la situación de quienes tienen en el bosque su hábitat natural y donde se desarrolla su propia identidad.

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-30/08, fundamento 4.2.2.2.1.

De este modo, para esta Corte el carácter integral de la ley se manifiesta en aspectos tales como la incorporación de una definición de bosque natural; la previsión de un Plan Nacional Forestal; la inclusión de disposiciones en materia de conservación de los bosques y ecosistemas, aprovechamiento de los recursos maderables y no maderables, control de actividades ilegales, investigación científica, asistencia técnica, conservación y protección de conocimientos ancestrales y el diseño de un nuevo marco institucional para el manejo forestal.

Todo estas previsiones legales, según la Corte, son susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, si bien no han sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no han sido asignadas como propiedad colectiva de las comunidades negras, si hacen parte del hábitat natural de tales comunidades, de modo que su afectación puede alterar significativamente el modo de vida de las mismas. En ese sentido, deja sentado claramente que las comunidades establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y la ley forestal puede tener impacto importante en aspectos como la conservación de la biodiversidad, la presión sobre la tierra, el manejo de los recursos hídricos, entre otros.

Así lo han considerado también los integrantes de la Mesa 2 sobre “Discusión y Propuestas de solución respecto a los decretos cuestionados por las poblaciones indígenas amazónicas y propuestas concertadas de nuevas leyes a ser presentados al Ejecutivo, dando especial importancia a la Ley Forestal y de Fauna Silvestre” del Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos. En efecto, en algunos de los apartados de sus conclusiones se señala que para el manejo forestal debe tenerse en cuenta la cosmovisión indígena, así como los valores culturales y espirituales de los pueblos indígenas, según lo establece el Convenio 169, el Convenio de la Diversidad Biológica, el Convenio de Diversidad Cultural y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En consecuencia, todo lo que comprende el patrimonio forestal y de fauna silvestre no debería ser regulado únicamente desde el punto de vista ambiental y económico sino también y, en caso de los pueblos indígenas, fundamentalmente, desde la perspectiva de su integridad cultural y la posibilidad de su existencia como pueblos con identidades diferentes, por lo que la regulación de dicho patrimonio es una cuestión que involucra derechos fundamentales que el Estado tiene el deber de cautelar.

En esa medida, todas las disposiciones del Proyecto de Ley Forestal N° 4141/2009-PE deberían formar parte de la consulta a los pueblos indígenas, ya sean comunidades nativas o campesinas, tanto de la costa, sierra y selva del Perú.

❖ **Identificación de los Pueblos Indígenas u Originarios a ser Consultados.**

En virtud del Convenio, queda claro que los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas, a través de sus instituciones u organizaciones representativas. En el caso peruano, ello lleva a resolver dos cuestiones preliminares. La primera está relacionada con la identificación de quiénes son los pueblos indígenas a los cuales les afectaría la medida legislativa y, la segunda, consiste en identificar a las instituciones e instancias representativas de dichos pueblos a nivel local, regional y nacional.

– **Identificación de los pueblos indígenas a ser consultados**

Para el análisis de los alcances de la Autógrafa de la Ley respecto a la primera cuestión sirve compararla con lo establecido por el Convenio:

Convenio 169 OIT	Autógrafa Ley de Consulta
<p><b>Artículo 1</b></p> <p>2. El presente Convenio se aplica: (...) b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan <u>todas</u> sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o <u>parte</u> de ellas.</p> <p>3. La conciencia de su identidad indígena (...) <u>deberá considerarse un criterio fundamental</u> para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.</p>	<p>Artículo 7º.- Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios</p> <p>Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes:</p> <p>a) Descendencia <u>directa</u> de las poblaciones originarias del territorio nacional. b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. c) Instituciones sociales y costumbres propias. d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.</p> <p>El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.</p> <p>Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo.</p>

Si bien los criterios establecidos por la Ley recogen las ideas principales de lo estipulado por el Convenio, es preciso tener en cuenta algunas pautas que se dependen de éste. Por ejemplo, en la aplicación de los incisos b), c) y d) deberá considerarse lo señalado en el inciso b) del artículo 1º del Convenio, en el sentido de que se tratarán de pueblos que conservan todas o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Ello convendría que se precise en una eventual modificación de la autógrafa de ley.

Sin embargo, el Congreso introduce un concepto poco claro que no aparece en la normatividad internacional. Y es que señala que uno de los criterios para determinar si se es pueblo indígena o no es la descendencia *directa* de las poblaciones originarias del territorio nacional. Dicho concepto genera problemas de orden práctico y de orden legal. De orden práctico respecto a la dificultad o imposibilidad que significaría la verificación de la descendencia directa, ante la ausencia de un antecesor común como referente de la misma.

De orden legal porque al aplicarlo puede llevar a excluir a pueblos cuyos habitantes han sido parte del proceso de mestizaje producto del proceso de colonización y, sin embargo, han mantenido algunas instituciones y costumbres de la población originaria del país. Es el caso por ejemplo de las comunidades campesinas de la costa y la sierra. Aún cuando la Ley las señale expresamente como posibles sujetos de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, condiciona ese hecho al cumplimiento de los criterios establecidos.

Cabe señalar que incluso como se encuentra plasmada actualmente la Autógrafa, el Poder Ejecutivo ha cuestionado la inclusión de las comunidades campesinas como posibles sujetos del derecho a la consulta, argumentando, por ejemplo, que la comunidad andina, como institución española está sustantivamente vinculada a la ciudad, al comercio y a los servicios del Estado, superponiéndose en muchos casos los distritos con las comunidades, y que las comunidades costeñas aún existentes en lo formal, actúan como empresas inmobiliarias en beneficio de sus dirigentes en el negocio de terrenos y playas<sup>24</sup>. Ello da cuenta de lo delicado que es este asunto en el ámbito nacional.

No obstante, el argumento del Poder Ejecutivo no tiene en cuenta los criterios establecidos por el Convenio para la identificación de quiénes son pueblos indígenas, es decir, los criterios objetivos ya señalados y el criterio subjetivo.

En efecto, el criterio subjetivo se refiere a la *“autoconciencia que tienen los pueblos de su identidad indígena, esto es, el hecho de saber que ellos descienden de pueblos originarios y que tienen instituciones propias”*<sup>25</sup>. Al respecto, la Comisión de Expertos recuerda que el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio establece que la conciencia de su identidad indígena deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio<sup>26</sup>, por ejemplo, el derecho de consulta.

En tal sentido, al aplicarse el criterio referido a la descendencia deberá prestarse especial prioridad a la autoconciencia del propio pueblo de descender de dichos pueblos originarios. En todo caso, como señaló el Relator Martínez Cobo, sería importante plantearse la necesidad de consultar a las poblaciones indígenas mismas sobre los criterios que para ellas son válidos, ya que es un derecho de las mismas determinar quiénes pertenecen a esas poblaciones y quiénes no<sup>27</sup>.

De otro lado, a fin de determinar a quiénes se debe consultar el Proyecto de Ley Nº 4141/2009-PE, Ley Forestal y Fauna Silvestre, debe prestarse atención en primer lugar a la finalidad y el objeto de la ley a fin de conocer el campo de la regulación y en segundo lugar, el ámbito de sus alcances a fin de verificar si afecta directamente a los pueblos indígenas y qué pueblos indígenas. Ahora bien, tratándose de una ley que pretende regular aspectos relacionados con el territorio de los pueblos indígenas, es decir, con la tierra y los recursos forestales y de fauna que en éste se ubican, en dicho proceso deberá tenerse presente la especial relación cultural, social y económica que estos pueblos tienen con su territorio.

Según el texto del Proyecto de Ley, ésta tiene por finalidad:

*“promover la conservación, la protección, el incremento y el uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre dentro del territorio nacional, integrando su aprovechamiento con el mantenimiento y mejora de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación, así como impulsar el desarrollo forestal, mejorar su competitividad, generar y acrecentar los recursos forestales y de fauna silvestre y su valor para la sociedad”*.(artículo 2º)

<sup>24</sup> Observaciones del Presidente de la República a la Autógrafa de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio Núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, punto 6.

<sup>25</sup> Raquel Yrigoyen Fajado. Sobre los derechos de participación, consulta y consentimiento. Fundamentos, balance y retos para su implementación. En: Consulta Previa. Experiencias y Aprendizajes. Colombia, 2009, p. 103.

<sup>26</sup> Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, 77ª reunión, 2006, Solicitud directa individual, Paraguay, enviada en 2007, párrafo 1.

<sup>27</sup> Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Informe final (última parte) que presenta el Relator Especial, Sr. José R. Martínez Cobo. E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8, 30 de septiembre de 1983; párrafo 21.



De acuerdo con esta finalidad, el objeto de la ley sería el Patrimonio Forestal y de Fauna Silvestre que según el Proyecto de Ley está constituido por:

*“los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, los recursos forestales y de fauna silvestre mantenidos en su fuente, la diversidad biológica forestal y de fauna silvestre incluyendo sus recursos genéticos asociados y restos fósiles, los bosques plantados en tierras del estado, los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, y las tierras de capacidad de uso mayor forestal y tierras de capacidad de uso mayor para protección, con bosques o sin ellos.” (artículo 5º).*

Como se pueda apreciar, el patrimonio forestal y de fauna silvestre no se encuentra únicamente en zonas de la Amazonia, sino a lo largo de todo el país. En tal sentido, resulta evidente entonces que la legislación que se adopte con relación a este recurso impacta de manera directa en la vida de dichos pueblos, como de otros cuya integridad cultural depende de la conservación del patrimonio forestal.

#### ❖ **Instituciones Representativas a ser Consultadas**

Si bien los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas, de acuerdo con el Convenio, dicho derecho se ejerce a través de sus instituciones representativas.

Para la OIT, el principio de representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta. Las instituciones a las que se consulta deben ser el fruto de un proceso interno de los pueblos indígenas. Si bien es consciente de las dificultades que pudieran existir para determinar ello, ha remarcado en reiteradas oportunidades que si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta no cumpliría con los requisitos del Convenio<sup>28</sup>.

El artículo 6º de la Autógrafa de Ley sintoniza con el espíritu del Convenio dado que establece que las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas deben ser elegidas conforme a sus usos y costumbres.

En tal sentido, en el marco de un proceso de consulta, no le compete a la entidad estatal determinar unilateralmente a qué organizaciones va a consultar, sino que debe propiciar que los propios pueblos designen a sus representantes. Siendo la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, una ley que podría generar impactos diferenciados dependiendo de la situación particular de cada pueblo indígena, sería pertinente que la consulta se lleve a cabo con la mayor cantidad de organizaciones representativas de carácter regional.

#### ❖ **Publicidad e información sobre la medida legislativa**

Sobre este punto la Autógrafa distingue dos etapas, que preferimos abordarlas conjuntamente en la medida que se encuentran estrechamente relacionadas.

---

<sup>28</sup> Al respecto, ver Consejo de Administración, 282ª reunión, noviembre de 2001, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB.282/14/2, párrafo 44; Consejo de Administración, 289ª reunión, marzo de 2004, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, párrafo 102.

Respecto a la publicidad, la Autógrafa señala que la medida legislativa o administrativa debe ser puesta en conocimiento de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan (artículo 11º).

Con relación a la información establece que las entidades estatales deben brindar información a los pueblos indígenas y sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa.

Al respecto se sugiere que en lugar de considerarlas en etapas diferentes del proceso de consulta, se priorice la calidad del proceso de brindar información a los pueblos indígenas respecto a la medida a ser consultada. De la lectura de ambos artículos se colige que la entidad encargada de llevar a cabo la consulta tiene las siguientes obligaciones:

- Reunir toda la información relativa a la medida a ser consultada, inclusive en lo referido a los motivos, implicancia, impactos, consecuencias de la misma.
- Adecuar la información a la cosmovisión, cultura y las lenguas de los pueblos indígenas involucrados.
- Prever medios de difusión apropiados culturalmente.
- Difundir la información sobre la medida con la suficiente anticipación para que los pueblos indígenas y sus representantes se formen una opinión integral acerca de la medida consultada.

En efecto, es en este momento donde se hace más evidente la necesidad de que la entidad encargada de la consulta se guíe escrupulosamente por los principios de buena fe, interculturalidad, plazo razonable e información oportuna, dado que del cumplimiento de los fines de esta etapa depende el éxito de las etapas siguientes.

Si se trata de una medida legislativa como por ejemplo el Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre, el Convenio y la Autógrafa exigen algo mucho más que la distribución del texto del proyecto y un recuento de las normas que contiene. De por sí esto resulta insuficiente dado que estamos ante un texto redactado en términos netamente jurídicos y técnicos, lo cual representa ya un obstáculo para dialogar y lograr el entendimiento entre el Estado y los pueblos indígenas. El Convenio y la Autógrafa exigen realizar el esfuerzo de traducir desde una perspectiva cultural los enfoques, conceptos y las reglas plasmadas en el Proyecto. Sin duda no es una tarea fácil para un Estado que funciona bajo una sola mirada de la realidad desde el punto de vista cultural. Sin embargo, dar ese salto cualitativo y repensar las instituciones jurídicas y técnicas desde la diversidad cultural es el reto que impone el Convenio. Ello representa para las autoridades y funcionarios públicos el reto de reformular sus esquemas de participación, dialogo y acercamiento con los ciudadanos indígenas, y especialmente, replantear los enfoques de la temática de su sector. Este es el desafío de las normas nacionales que reconocen el principio de incorporar el enfoque de interculturalidad en la gestión pública. Se requiere formación en estos temas, no hay duda, y cuando se está empezando se requiere el apoyo de profesionales expertos en la comunicación intercultural, así como la orientación de los propios indígenas.

❖ **Evaluación interna en las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente**

Al respecto, la Autógrafa establece que las organizaciones de los pueblos indígenas deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de las medidas legislativas o administrativas y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos. Dicho plazo deberá determinarse en función a la dinámica y tiempo que toma la reflexión al interior de cada organización, de acuerdo a sus propias costumbres.

Tratándose de un proyecto de ley, y dado que actualmente los pueblos indígenas miran con desconfianza las decisiones que viene adoptando el Estado, sería conveniente promover que la reflexión y evaluación acerca del proyecto de ley se lleve a cabo tanto en las organizaciones nacionales como en las regionales, debido a que son éstas las que viven directamente los efectos de una regulación u otra, como por ejemplo, sucede en el caso de la regulación forestal.

❖ **Proceso de Diálogo Intercultural**

La Autógrafa de Ley define esta etapa en función a los asuntos que serán materia del diálogo; así, señala que éste se llevará a cabo sobre los fundamentos de las medidas, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, las sugerencias y recomendaciones que estos formulen.

Asimismo, establece que todos los actos y ocurrencias presentadas en el desarrollo del proceso quedarán contenidos en un acta. Al respecto, es importante que el acta refleje fielmente el parecer de los actores involucrados, y no solo lo que el relator o relatora consideren relevante, dado que ello podría invisibilizar la opinión de los pueblos indígenas.

Ahora bien, el dialogo intercultural, especialmente en el ámbito público, supone la interacción del Estado con los pueblos indígenas en un contexto de respeto y reconocimiento a la diversidad de pensar, sentir y actuar para propiciar una interacción horizontal y sinérgica. Asimismo debe reconocerse que ningún grupo social se encuentra por encima del otro, esto favorece la integración<sup>29</sup>, el dialogo y la concertación. En tal sentido, se debe entender que lo intercultural implica interacción, comunicación, e integración, aspectos básicos para construir una adecuada gestión intercultural desde el Estado.

La interacción entre el Estado y los pueblos indígenas se puede abordar desde dos aspectos: primero, desde la interacción, y segundo, desde el aspecto comunicacional<sup>30</sup>, es decir los discursos del Estado en el proceso de interacción con el pueblo.

Una adecuada integración de los diversos grupos sociales, especialmente de los pueblos indígenas, será posible si se exige una percepción más amplia del rol institucional; sin limitarse a las reglas de juego planteadas por el Estado u otro actor, por el contrario, debe incluir toda una gama de interacciones entre los diversos actores, lo cual implica tener en cuenta las construcciones culturales, ideológicas y éticas que explican el comportamiento de los actores, más allá de incentivos racionales. Así mismo, deben entenderse las rutinas, procedimientos, roles,

<sup>29</sup> La **integración social**, por su parte, es un proceso dinámico y multifactorial que supone que gente que se encuentra en diferentes grupos sociales (ya sea por cuestiones económicas, culturales, religiosas o nacionales), se reúna **bajo un mismo objetivo o precepto**.

<sup>30</sup> Un primer acercamiento a la definición de **comunicación** puede realizarse desde su etimología. La palabra deriva del latín *communicare*, que significa “compartir algo, poner en común”.

estrategias, formas organizativas, tecnologías, creencias, paradigmas, códigos, culturas y conocimientos<sup>31</sup> para poder gestionar y administrar adecuadamente un dialogo intercultural.

En ese sentido, en el marco de un proceso de consulta sobre una medida legislativa, antes del inicio del dialogo sobre los asuntos planteados en el Autógrafo de Ley, deberían identificarse aquellos aspectos del proyecto de ley que reciben una diferente valoración por parte de los actores del proceso –funcionarios del Estado y pueblos indígenas– desde sus paradigmas culturales, conocimientos y creencias, a fin de generar un adecuado entendimiento y reconocimiento de las diferentes concepciones que existen sobre los planteamientos centrales del proyecto. Por ejemplo, respecto del Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre, si bien se sabe que los pueblos indígenas tienen una valoración diferente de los recursos forestales y de fauna silvestre, el Estado, a través de sus funcionarios, debería hacer el esfuerzo por entender y comprender los fundamentos de esa valoración cultural del bosque, no solo porque constituye una obligación, sino especialmente porque significaría tomarse en serio el dialogo intercultural y ello facilitaría arribar adecuadamente a los acuerdos que plantea el Convenio.

#### ❖ Decisión o Consentimiento

La Autógrafo de Ley, en el artículo 15º regula la situación en que se arribe a un acuerdo así como aquella en la que esto no suceda.

Así, de llegarse a un acuerdo se establece que éste es de carácter obligatorio para ambas partes y, por tanto, exigible en sede administrativa y judicial. No queda claro sin embargo a qué tipo de procedimiento se vincularía un posible incumplimiento del acuerdo arribado en el marco del proceso de consulta. Sin duda, se trataría de una situación en la que sería demandada la entidad responsable del proceso, dado que éste comprende principalmente obligaciones para el Estado.

En caso no haya acuerdo respecto de la medida, la Autógrafo señala que la decisión de adoptar la medida debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteadas por los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de la medida tendría respecto de los derechos colectivos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados ratificados por el Perú.

Sin embargo, antes de ello, debería tenerse en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que si el pueblo indígena rechaza la propuesta precluye una primera etapa de negociación con la finalidad de hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad, con la consecuencia que la medida no podrá ser implementada. Para que esto suceda se iniciará una segunda etapa dentro de un plazo razonable. El Tribunal sostiene que si pese a los esfuerzos realizados por las partes en esta segunda etapa no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena<sup>32</sup>.

Es decir, si bien quien define finalmente la adopción de una medida es el Estado, esta circunstancia no avala la arbitrariedad y absoluta discrecionalidad en la decisión que adopte. Todo lo contrario, el Estado se encontraría en la etapa más delicada del proceso, dado que debe sustentar que la medida no implicará la afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

<sup>31</sup> March, J. & Olsen, J. 1989. *Rediscovering institutions. The organizational base of politics*. New York.

<sup>32</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, fundamento 41.



En el caso de una medida legislativa, por ejemplo, el Estado deberá demostrar que pese a los cuestionamientos de las organizaciones, la legislación que aprueba contiene salvaguardas concretas y precisas de los derechos de los pueblos indígenas, fundamentalmente en aquellos aspectos cuestionados por éstos. Dicha sustentación no puede ser en modo alguno general y abstracta, debe graficarse cómo en la práctica los derechos de los pueblos indígenas quedarán garantizados.

### **Conclusiones**

1. El inicio de un proceso de consulta respecto del Proyecto de Ley N° 4141/2009-PE cuenta con sustento jurídico, sin embargo, no debe perderse de vista la necesidad e importancia de brindar las garantías de transparencia, legalidad, buena fe e interculturalidad que requiere el dialogo entre los Pueblos Indígenas y el Estado, toda vez que este proceso se lleva a cabo en un contexto de alta desconfianza de los pueblos indígenas en el gobierno y el Estado en su conjunto.
2. En tal sentido, se recomienda al Congreso de la República priorizar el debate de los dictámenes de respuesta a las observaciones del Presidente de la República a la Autógrafa de la Ley de Consulta, con la finalidad de definir claramente su destino. Ello contribuiría a darle credibilidad al proceso de consulta de cualquier medida legislativa o administrativa que se prevea adoptar en adelante.
3. A fin de determinar el ámbito de los pueblos que deberán ser consultados se recomienda tener una visión integral de los procesos que se producen a nivel ecosistémico y, especialmente, se valore con seriedad la relación especial que representan la tierra, así como la flora y fauna silvestre para la vida e integridad cultural de los pueblos indígenas, amazónicos, andinos o de la costa.
4. Por ello, se recomienda que todas las disposiciones del Proyecto de Ley N° 4141/2009-PE deben ser materia de consulta.
5. Las reglas concretas del proceso de consulta deben ser a su vez planteadas conjuntamente entre el Estado y los pueblos indígenas.
6. Los plazos para llevar a cabo el proceso debe regirse principalmente por las dinámicas culturales de cada pueblo para reflexionar y adoptar una decisión o postura.