



Congreso de la República
Comisión Agraria

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

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, por R.M. 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, encargando a la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre, la conducción de dicho proceso, otorgándosele un plazo máximo de 120 días útiles contados a partir de esa fecha. A través de la R. M. N° 0087-2010-AG dicho plazo fue ampliado hasta el 31 de marzo de 2010. Como producto de dicho mandato, el día 22 de junio de 2010 el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República, el Proyecto de Ley N° 4141/2009-PE Ley Forestal y de Fauna Silvestre, el mismo que fue derivado a la Comisión Agraria y a la Comisión de Descentralización, Regionalización y Gobiernos Locales con fecha 30 de junio del mismo año.

En ese 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. 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 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.**

El 21 de junio de 2010, ésta fue observada por el Presidente de la República; siendo remitida nuevamente a la Comisión de Constitución y Reglamento, y la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República.

De acuerdo al procedimiento corresponde que la ley sea reconsiderada por el Congreso. Ello no significa que el Congreso esté en la obligación de modificar la ley en los términos planteados por la observación presidencial. 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.

Con fecha 12 de julio de 2010 la Comisión de Pueblos Andinos remitió a la Presidencia el Dictamen recaído en las Observaciones a la Autógrafa de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios, señalando que se acordó por unanimidad aprobar la insistencia en el texto de la Autógrafa de Ley.



*Congreso de la República
Comisión Agraria*

De otro lado, el 06 de agosto de 2010 la Comisión de Constitución y Reglamento el Dictamen de Allanamiento respecto a las observaciones a la Autógrafa, por tanto desestima la insistencia en el texto original de la Autógrafa. Asimismo, en una reciente sentencia, el Tribunal Constitucional, exhorta se cumpla con su obligación de desarrollar legislativamente el derecho a la consulta; Exhortación que igualmente la efectúa la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensoría N°151

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, tales como el de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, el de la Ley de Servicios Ambientales, entre otros que afectan los derechos de los pueblos indígenas. Estos hechos puso en una situación delicada a la Comisión Agraria que acordó llevar adelante una Consulta Previa del proyecto de ley N° 4141/2009-PE Ley Forestal y de Fauna Silvestre, por lo que ésta Comisión remitió a la Presidencia del Congreso el Oficio N°575-2010-2011/CA-CR en la que su Presidente solicita se priorice en el Pleno de Congreso tratar el tema de la Ley de Consulta Previa a fin de que la Comisión Agraria pueda contar con mecanismos más claros para la realización de la Consulta y por ser un pedido expreso y el sentir palpado en la mesa de trabajo y las Audiencias Públicas Descentralizadas.

Si bien la inexistencia de una ley nacional que desarrolle la obligación de consultar a los pueblos indígenas, no debe ser empleada por el Estado peruano como pretexto para no llevar a cabo la consulta, 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; 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.

II. Fundamento del Derecho de Consulta de los Pueblos Indígenas

En reiteradas oportunidades los órganos de control de la OIT, señalan:

"El espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio núm. 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo"

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.

Bajo esta perspectiva, el Convenio tiene como objetivos:}



Congreso de la República
Comisión Agraria

1. 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.
2. Instaurar, 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).
3. Participar efectivamente en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

III. Alcances Generales de la Consulta

El artículo 6º del Convenio establece:

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

1. 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 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.”

Se 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.

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.

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



Congreso de la República
Comisión Agraria

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”.

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 lo que, recae sobre el Congreso la responsabilidad de consultar, el Proyecto de Ley Forestal y de Fauna Silvestre. 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

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 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.

Y convoca a 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.

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. En el caso de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, el



*Congreso de la República
Comisión Agraria*

Proyecto de Ley N° 4141/2009-PE fue presentado por el Poder Ejecutivo, específicamente por el Ministerio de Agricultura.

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. 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 negatoria 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.

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. **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.**

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 N° 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



*Congreso de la República
Comisión Agraria*

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.

Una vez ingresado el P.de Ley a la Comisión Agraria, ésta acordó formar en el mes de setiembre una mesa de trabajo compuesta por 27 organizaciones en donde participan las organizaciones indígenas, el ejecutivo, gremios de profesionales, gremios empresariales, la Comisión de Pueblos Andinos y Descentralización, entre otros, quienes en conjunto han tenido 8 sesiones y 5 Audiencias Públicas Descentralizadas, siendo el tema principal el de difundir el Proyecto de Ley y recibir sugerencias, aportes, críticas y análisis de la población en general, si bien es cierto no se trata del proceso en sí de la consulta previa a los Pueblos Nativos, es parte del espacio deliberativo en que los pueblos indígenas puedan tener conocimiento del contenido del Proyecto de Ley sujeto a consulta, convirtiéndose en una base sólida para llevar adelante la consulta en mejores condiciones para los consultados referente a al principio de la información oportuna.

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 y el Periódico La Republica, una Convocatoria a los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada para Pueblos Indígenas en relación al Proyecto de Ley N° 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. Con fecha 10 de noviembre en el Diario Oficial El Peruano y La Republica se publica el Cronograma de los Conversatorios con los pueblos andinos y anuncia la participación de la Defensoría del Pueblo en calidad de observadora de este proceso. Con fecha 14 y 15 de noviembre la Comisión Agraria publica un nuevo aviso en los mismos medios señalando ampliación de los plazos de los conversatorios así como la instalación de una Mesa de Consenso y Dialogo con las organizaciones representantes de los Pueblos Indígenas.

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



Congreso de la República
Comisión Agraria

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 dialogo entre el Estado y las instituciones representativas de los pueblos indígenas, y el acuerdo o consentimiento.

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. Su artículo 4º establece que los principios rectores 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.

b) Interculturalidad. Señala que el proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas.

c) Buena 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. 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:

- 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.



Congreso de la República
Comisión Agraria

- 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.

g) Información oportuna. 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.

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

Una de las etapas del proceso de consulta consiste en la identificación de las medidas legislativas que deben ser objeto de consulta, la cual estaría a cargo de la entidad del Estado encargada de emitir la medida, 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.

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.



Congreso de la República
Comisión Agraria

Según jurisprudencia y tratados 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

Convenio 169 OIT. Artículo 1

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 todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

3. La conciencia de su identidad indígena (...) deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

Autógrafa Ley de Consulta

Artículo 7º.-Criterios de identificación de los pueblo indígenas u originarios

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:

a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.



*Congreso de la República
Comisión Agraria*

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.

El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

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.

A fin de determinar a quiénes se debe consultar el Proyecto de Ley N° 4141/2009PE, 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".

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 5°).

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



*Congreso de la República
Comisión Agraria*

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, 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.

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.

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.

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.



*Congreso de la República
Comisión Agraria*

-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.

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,



Congreso de la República
Comisión Agraria

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, 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.

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



Congreso de la República
Comisión Agraria

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 termina 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.

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.

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 eco sistémico 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.



Congreso de la República
Comisión Agraria

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.

Lima, 10 de noviembre 2010.

La Comisión Agraria consultará a los representantes de los pueblos indígenas a fin de que sea parte de documento referencial en la consulta previa.

Documento Base: "Análisis de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y criterios para su implementación en el contexto del Debate del Proyecto de Ley Forestal y de Fauna" elaborado por la Sociedad Peruana de Ecodesarrollo.