



Imprimir artículo Exportar a PDF
Volver

Perú: Convenio necesario y ley innecesaria

Por Bartolomé Clavero, Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, Ambiente y Ecología del Congreso de la República del Perú ha ultimado y suscrito el día once de noviembre su dictamen sobre el proyecto de "Ley que regula el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas".

Aun a falta todavía del preceptivo dictamen de la más importante Comisión de Constitución y Reglamento, el proyecto parece contar con posibilidades, si no lo impiden razones de derecho, de acabar por convertirse en ley. Procede de la refundición de diversas propuestas y de la evacuación de consultas con instituciones políticas y con la sociedad civil, incluida alguna organización indígena.

No ha habido proceso específico de consulta con "los pueblos indígenas". No resulta esto último una incongruencia si se advierte que el proyecto mismo no entiende necesaria tal consulta para el ejercicio del poder legislativo. Esto lo veremos luego.

El dictamen ha de definir ante todo el "marco normativo" en el que el propio proyecto se produce. Sus principales referentes son, por este orden, la Constitución Política del Estado y la "Resolución Legislativa N° 26253 que ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales".

Se puntualiza a continuación que, "conforme al artículo 55^o de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor, como es el caso, forman parte del derecho nacional". Efectivamente, y algo más. La disposición final cuarta de la Constitución añade que "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Esto incluye al Convenio 169.

¿Qué sentido tiene en este contexto
hablarse de que alguna de las dos
otra? La cuestión ni c
"conformidad o disconformida
actividades a realizar", sin
acuerdo bilateral cuyo resultado
obli

El Convenio 169 no ha de quedar a nivel de "resolución legislativa" por debajo de la Constitución pues constituye un tratado cuya ratificación vincula al Perú hasta el grado, conforme al derecho internacional, de tener que proceder a reformas constitucionales en el caso de que no cupiera otra forma de darle cumplimiento.

El dictamen, por ejemplo, recurre al párrafo primero del artículo 66 de la Constitución ("Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El estado es soberano en su aprovechamiento") con el fin de desactivar el alcance de la consulta indígena.

El Convenio 169 no está obligando a una modificación de ese principio constitucional, pero requiere



una interpretación que permita la participación indígena en las decisiones correspondientes de disposición de recursos.

Dígame lo mismo del ejercicio del poder legislativo una vez que el mismo Convenio requiere que se consulten con los pueblos indígenas las leyes que les afecten. No tiene por qué cambiarse la Constitución si se puede de otro modo dar entrada a tal consulta, lo cual este proyecto, como vamos a ver, ni siquiera se plantea.

Si la ley interpreta rígidamente la Constitución tras colocar por debajo suya la "resolución legislativa" de ratificación del Convenio 169 a los efectos de neutralizar el alcance de la consulta indígena, entonces, sólo entonces, lo que correspondería plantear es una reforma constitucional en cumplimiento del Convenio. Tal ha de ser el valor de un instrumento internacional ratificado.

Valor también han de tener los instrumentos de derechos humanos que no son objeto de ratificación. Para el caso, en el "marco normativo" del proyecto debiera también figurar la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por sí misma y también, muy en particular, porque el Perú la impulsó y votó en Naciones Unidas. Tanto la omisión de la Declaración como la subordinación del Convenio entre las referencias normativas alcanzan consecuencias prácticas negativas en el diseño de la ley de consulta indígena.

La cuestión más debatida en tal diseño ha sido la del carácter vinculante o no del resultado de la consulta. El dictamen levanta acta de que se han opuesto categóricamente a su alcance vinculante una serie de Ministerios, los de Relaciones Exteriores, de Agricultura, de Energía y Minas, de Trabajo y Promoción del Empleo y de Transporte y Comunicaciones, así como la Sociedad Peruana del Derecho Ambiental.

Y añade el dictamen como argumento decisivo por cuenta propia en tal dirección: "De la lectura del Convenio 169 se puede determinar que tal carácter vinculante no está previsto". El proyecto de ley parece entonces guardar consecuencia al sentar que "la decisión de los pueblos indígenas respecto a su conformidad o disconformidad con las actividades a realizar no tiene carácter vinculante" (art. 6). A este efecto se hace valer el citado artículo 66 de la Constitución. He aquí un planteamiento interesado para una conclusión predeterminada.

El Convenio 169 no se pronuncia sobre el carácter vinculante de la consulta porque la cuestión misma no tiene sentido en su contexto. Se contemplan por el Convenio consultas "a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas", consultas que han de conducirse "de buena fe" y con la natural "finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas" (art. 6).

¿Qué sentido tiene en este contexto de bilateralidad hablarse de que alguna de las dos partes vincule a la otra? La cuestión ni cabe. Se trata, no de "conformidad o disconformidad (indígena) con las actividades a realizar", sino de un proceso de acuerdo bilateral cuyo resultado naturalmente ha de obligar a ambas partes. Negar de entrada valor a la posición de alguna de ellas atenta sencillamente de antemano contra la "buena fe" requerida.

El proyecto de ley no considera la consulta como un proceso interlocutorio bilateral respecto a "medidas legislativas o administrativas" que lo requieran por poder afectar a los pueblos indígenas (Convenio 169, art. 6.1.a), sino que la contempla como encuesta unidireccional en relación a actos de ejecución de políticas decididas previamente sin consulta formal. Respecto a lo primero, al fin y cabo lo esencial, lo que se prevé es un "deber de información previa" que no da lugar todavía a consulta y cuya omisión "es causal de nulidad del acto administrativo" (art. 9).

Nada se dice del legislativo. No sólo la Constitución, sino también la ley se sitúan así por encima de las obligaciones contraídas con la ratificación del Convenio 169.

Incluso para el desarrollo reglamentario de la ley no se hace previsión específica de consulta indígena:

"El Poder Ejecutivo, a propuesta del INDEPA, aprueba el Reglamento de la presente Ley dentro de los



ciento veinte días calendario siguientes a su vigencia, recogiendo los aportes y comentarios de la sociedad civil, para lo cual pre-publicará el texto" (disposición complementaria tercera).

El INDEPA, Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, es un organismo esencialmente interministerial con una representación indígena minoritaria y no decisiva. No es en absoluto "institución representativa" indígena (Convenio 169, art. 6.1.a), aunque tienda de hecho a actuar como tal.

En general, según el proyecto, "la autoridad competente para aplicar y fiscalizar el cumplimiento de la presente Ley es el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano" (art. 11.1). Conviene recordar que la Ley del INDEPA abriga el concepto más anquilosado y dependiente del derecho indígena, pues entre sus funciones figura "estudiar los usos y costumbres de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano como fuente de derecho buscando su reconocimiento formal" (art. 4.h), tal y como si las comunidades y los pueblos no tuvieran voz propia ni capacidad de actuación autónoma.

A la reducción sustancial del ámbito de aplicación de la consulta, con la exclusión tanto de las "medidas legislativas" como de las administrativas de carácter general, responde ahora, en el actual proyecto de ley, la forma como se le organiza y el órgano al que se le encomienda su realización (art. 12.2).

(La ONPE) "No es un órgano político con capacidad de proponer, escuchar, dialogar ni negociar nada. No está capacitado para conducir un proceso significativo de consulta."

Se trata de la ONPE, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el organismo autónomo encargado de la administración electoral (Constitución, art. 182). Es la instancia especializada en recabar confianza y opinión ciudadanas mediante los mecanismos democráticos de los procesos electorales. No es un órgano político con capacidad de proponer, escuchar, dialogar ni negociar nada. No está capacitado para conducir un proceso significativo de consulta.

La inadecuación de la ONPE para este nuevo cometido ha podido apreciarse en el mismo proceso de debate del proyecto. No sólo intervinieron ministerios del gobierno con su oposición al alcance vinculante de la consulta. Según figura en el propio dictamen de la comisión, también lo hizo la ONPE, proponiendo en su caso "extender el ámbito de la consulta misma a todos los ciudadanos de los distritos involucrados" y no sólo a los indígenas. Difícilmente cabe una incomprensión mayor de los requerimientos del Convenio 169.

En manos de la ONPE, la consulta definitivamente se reduce a la aceptación o el rechazo de propuestas dadas, nada más lejano del procedimiento que contempla el artículo sexto del Convenio 169. Incoherentemente, el propio proyecto de ley presenta su objeto en los términos que serían los procedentes y que brillan por su ausencia:

"El derecho a la consulta previa comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre las partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común" (art. 4).

Ante la propia evidencia, para una incapacidad tan visceral, el proyecto pone el manido remedio del adiestramiento funcional:

"La ONPE realizará un proceso de capacitación a funcionarios del Estado para la implementación de la presente Ley. Dicho proceso puede contar con la asistencia de organizaciones de la sociedad civil



especializadas en el tema, así como organismos internacionales cuya función sea la promoción de los derechos humanos" (disposición complementaria segunda).

Se busca hasta la connivencia de organismos de derechos humanos para este verdadero fraude de un tratado internacional, el Convenio 169, por no hablar de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Con este proyecto de ley el Perú se mantiene en una línea de doblez política de defensa en el ámbito internacional de los derechos que atropella en el orden interno, como si lo uno pudiera encubrir sin más lo otro.

Impulsar y respaldar en Naciones Unidas la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no parece que excuse de su promoción y aplicación internas, sino que más bien constituye un compromiso constitucional semejante a la ratificación de un tratado en la dirección de adoptarlo como derecho propio de forma eficaz. Si hace falta al efecto una reforma constitucional, es entonces lo que procede.

En lo que toca al objeto del proyecto, lo importante es en definitiva, haya ley o no la haya, la práctica de la consulta conforme a las indicaciones del Convenio 169: con instituciones representativas, de buena fe y para fraguarse acuerdos. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas refuerza con el requisito de consentimiento libre, previo e informado (arts. 10, 11.2, 19, 28.1, 29.2 y 32.2).

¿Hacen falta más reglas de carácter general? Parece que no, pues no es lo mismo, por ejemplo, la consulta del Congreso para una ley, del Gobierno para una concesión o de una dependencia administrativa para una acción determinada. Y sobran para todo tipo de consultas instituciones falsamente mediadoras como el INDEPA.

Dada la batería de sus componentes, este proyecto de ley de la República del Perú lo que permitiría es la prosecución de sucedáneos de consulta con instituciones no representativas, de mala fe y para establecer filiales, alimentar clientelismo y practicar chantaje con comunidades. En fin, desafortunadamente, poco nuevo hay bajo el sol andino y amazónico por parte del Estado en el caso del Perú.

* Bartolomé Clavero es jurista e historiador español, especialista en historia del Derecho. Es catedrático de la Universidad de Sevilla y miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas en representación de los estados de la Unión Europea.

Tags relacionados: [Consulta](#) [1]

[convenio 169](#) [2]

[convenio 169 OIT](#) [3]

[derecho a la consulta](#) [4]

[derecho a la consulta en Peru](#) [5]

Valoración: 0

Sin votos (todavía)

Source URL: <https://www.servindi.org/actualidad/5211>

Links

[1] <https://www.servindi.org/etiqueta/consulta>

[2] <https://www.servindi.org/etiqueta/convenio-169>

[3] <https://www.servindi.org/etiqueta/convenio-169-oit>



[4] <https://www.servindi.org/etiqueta/derecho-la-consulta>

[5] <https://www.servindi.org/etiqueta/derecho-la-consulta-en-peru>