



MEMORIA, POSCONFLICTO Y NUEVOS CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES

Aportes y reflexiones del II Congreso Peruano y
I Congreso Latinoamericano de Derechos Humanos

01 al 04 de octubre 2013



**EXPERIENCIAS DE
CONSULTA PREVIA A LOS
PUEBLOS INDÍGENAS EN
LATINOAMERICA**

Experiencias y desafíos de la Consulta Previa a los pueblos indígenas en América Latina

Marco Huaco Palomino

Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos
Ex Asesor Parlamentario. Especialista en Pueblos Indígenas.

Ciertamente no voy a hacer una exposición pormenorizada sobre la regulación jurídica ni la situación política de los países que conforman esta gran patria grande que es América Latina. Sí vamos a intentar dar algunas pinceladas generales sobre las etapas históricas que atraviesa la implementación y cumplimiento del derecho a la consulta previa en América Latina y de manera especial sobre cuáles son los rasgos político-jurídicos actuales que caracterizan la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina.

Básicamente comentar lo que prácticamente muchos y muchas conocemos, que de la etapa de aniquilamiento y persecución hasta el exterminio, esa política deliberada genocida de parte de los estados coloniales con la finalidad de desaparecer todo vestigio de cultura y de pueblo indígena originario, es notorio que se pasa a una nueva etapa política de asimilación. De la política del exterminio a la política de asimilación en toda la línea, por la cual se trata de que los Estados, los nuevos Estados republicanos, los Estados herederos de las formaciones políticas coloniales, pasan a una política principal de asimilación caracterizada por el intento de integrar a los cánones de la cultura dominante del sistema económico-político a las economías, a las visiones culturales, a las visiones religiosas y a los modelos de desarrollo de los pueblos autóctonos y originarios. Aunque no hay que olvidar tampoco que también en las etapas republicanas de la historia continental se han visto episodios de exterminio y de genocidio.

Esta ideología y esta política de la asimilación, es decir, convertir al indígena, a la sociedad indígena en parte de la sociedad principal o sociedad nacional, anulando su identidad cultural propia, anulando sus instituciones jurídicas, políticas, económicas, culturales y religiosas propias para asimilarla a la cultura dominante, es una expresión sociocultural que se plasma a nivel jurídico en el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo,

que es el convenio predecesor del Convenio 169 de la OIT que actualmente está vigente en gran parte de los países de Latinoamérica para reconocer los derechos de los pueblos indígenas.

El Convenio 107 es un convenio paternalista, que trata de instar a los Estados a que adopten políticas con corte paternalista, protector de los pueblos indígenas entendidos como pueblos atrasados que tienen que ser modernizados, los cuales deben adaptarse a los cánones culturales y políticos de la sociedad hegemónica. Este Convenio 107 de la OIT que se da en 1957, también es ratificado por buena parte de los países Latinoamericanos, pero cede paso en el año 1989 al Convenio 169 de la OIT, el cual es un convenio que ha sido ratificado por la práctica totalidad de países en Latinoamérica, por otros países también del Asia, algunos países de África, algunos países europeos, básicamente del norte de Europa –porque existen también pueblos indígenas en esas áreas geográficas– y se pasa del esquema de la asimilación a un reconocimiento de los derechos de participación política de los pueblos indígenas. Ya no paternalista ni asimilacionista, sino en clave de participación igualitaria. Hay un enfoque de derechos humanos detrás del Convenio 169, de los pueblos indígenas y tribales, en el cual ya no está vigente el modelo asimilacionista, sino un modelo de colaboración, un modelo de relaciones bilaterales entre el Estado y pueblos indígenas en pie de igualdad y, respetando el derecho a la consulta previa libre e informada e incluyendo algunos supuestos también de derecho al consentimiento.

Se pasan, en resumen, de un modelo de persecución y de exterminio a un modelo de asimilación – absorber hasta tratar de hacer desaparecer la identidad cultural indígena–; y de la asimilación se pasa a un modelo ahora de colaboración, de consulta previa, de participación política, como modelo de relación entre el Estado y los pueblos indígenas: Convenio 169.

En el año 2007 se pasa de la consulta previa y de la participación política de los pueblos indígenas, al reconocimiento de un derecho mucho mayor, mucho más fundante y en realidad es el derecho matriz, es decir, el derecho madre del derecho a la consulta previa, del derecho a la participación: es el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Este derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se reconoce con decisión en la *Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas* del año 2007. No es un cambio de enfoque, sino es una profundización del enfoque del Convenio 169 de la OIT. Presenta con mucha más amplitud del derecho al consentimiento libre previo e informado, ya no solamente de la consulta previa, y desenvuelve una serie de aspectos y dimensiones de en qué consiste en la práctica este derecho a la libre determinación, entre otras cosas el derecho a que los pueblos indígenas persigan su propia visión de desarrollo.

Eso a grandes rasgos, digamos, el decurso histórico: de la persecución a la asimilación, de la asimilación a la consulta previa y la participación y de la consulta previa y participación a la libre determinación de los pueblos. Son cambios cualitativos, son realmente importantes en la historia de los derechos de los pueblos indígenas, en la historia del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional. Este es el marco general, el marco internacional en el cual se inscribe en nuestros países el reconocimiento de los derechos indígenas.

Lo que vamos a ver es que a partir de las diferentes fechas en las que se aprueba el Convenio 169 en nuestros países vecinos, por ejemplo: en el año 1990 México se incorpora, ratifica el Convenio 169; en 1991 lo hace Bolivia y Colombia; en el 1993 lo hace Costa Rica y Paraguay; en 1994 lo hace Perú; en 1995 lo hace Honduras; en 1996 lo hace Guatemala y Dinamarca; en 1998 lo hace Ecuador, Holanda y Fiji; en el 2000 lo hace Argentina; en el 2002 lo hace Brasil, Venezuela y República Dominicana; en el año 2008 lo hace Chile y en el año 2010 lo hace Nicaragua, etc. Vemos que una vez entrado en vigor el Convenio 169 de la OIT que habla de la necesidad y del deber del Estado de consultar previa, libre y de forma informada toda medida legislativa o administrativa que afecte a los pueblos indígenas, lamentablemente los diferentes estados latinoamericanos no aplican el Convenio 169, no lo respetan y pasan muchos años antes de aplicarlo poco a poco.

Entonces, a nivel latinoamericano lo que vemos es el paso de una etapa de violación absoluta, de desconocimiento total, de pasar por encima de manera plena del Convenio 169 de la OIT a una etapa nueva de implementación de la consulta previa. En mi punto de vista de mala fe, entre comillas, que no quiere decir un atributo necesariamente moral, aquí no estamos refiriéndonos a una calificación necesariamente, estamos hablando de que los estados comienzan a elaborar una serie de argumentaciones pretendidamente legales para eludir, evitar y escapar de la implementación efectiva de los derechos de los pueblos indígenas garantizados en el Convenio 169. Elaboran una suerte de argumentación para defender y justificar su incumplimiento del Convenio a pesar de que ya está vigente en sus territorios.

Decimos que se trata de una implementación “de mala fe” porque según el derecho internacional los Estados tienen que conducirse con buena fe, de acuerdo al principio de buena fe que significa hacer todo los esfuerzos necesarios para aplicar un tratado internacional en su propio territorio sin implementar argumentos o medidas que busquen eludir el cumplimiento de ese tratado, sin invocar razones de derecho interno. Es decir, sin pretextar que la legalidad, que la legislación del país le impide cumplir con el tratado. Un argumento de mala fe típico de los Estados es que su propio ordenamiento jurídico interno no le permite cumplir el tratado.

A eso nos referimos con que estamos pasando de una etapa histórica de desconocimiento total del Convenio 169 a una etapa en la que los estados ya no pueden seguir ignorando la aplicación del Convenio 169 y tienen que comenzar a aplicarlo. Sin embargo, esta aplicación tiene características restrictivas, reduccionistas y diríamos en pocas palabras, es una nueva etapa histórica de aplicación reduccionista, restrictiva, de mala fe del Convenio 169 de la OIT, que se está caracterizando también por propiciar la judicialización de los derechos de los pueblos indígenas. Eso quiere decir que en la medida que el Estado no está dispuesto, no tiene voluntad política suficiente para implementar de buena fe el Convenio 169 y el derecho de consulta previa con todas sus implicancias, aparte de buscar argumentos políticos y jurídicos para justificar por qué no lo hace, también está planteando o empujando a los pueblos indígenas y a sus organizaciones representativas a que judicialicen el ejercicio del derecho. Esto quiere decir: “bueno, si no estás de acuerdo con mis normas legales, si no estás de acuerdo con mis argumentos de la forma en que yo aplico la consulta previa, pues, adelante, allí tienes a tu disposición a los tribunales para que hagas valer tus derechos”.

Eso es cínico, en un contexto en el que los pueblos indígenas atraviesan situaciones de discriminación de muchos derechos, uno de los cuales es el derecho de acceso a la justicia. Estando los pueblos indígenas y sus organizaciones discriminados del acceso a la justicia, resulta una broma de mal gusto que los Estados le digan a los pueblos indígenas que si no están de acuerdo con la forma que se aplica el Convenio, adelante, anda a los tribunales, contrata tus abogados, litiga y a ver si me derrotas en el sistema judicial, y como la mayoría de veces no lo vas a lograr ante los tribunales judiciales, pues nos iremos al sistema interamericano si tienes dinero o si consigues una ONG con sede en Washington o Costa Rica que pueda financiar tu defensa, y si no tienes el dinero, mala suerte, perdiste tu derecho.

Esa es la etapa de la mala fe de la aplicación del Convenio, la judicialización del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Las características básicas de esta etapa histórica de implementación de la consulta previa podemos enumerarlas rápidamente, consistiendo en lo siguiente:

- Es una aplicación reduccionista. El Convenio 169 se aplica a una gama amplia de derechos: derechos culturales, derechos territoriales, derechos de participación política, derechos económicos, derechos políticos, educativos, laborales. Una amplia gama que tiene que ver con educación intercultural, salud intercultural, temas de género y de mujer indígena, temas de niñez, de infancia indígena, tiene que ver también con conocimientos colectivos, con temas jurisdiccionales, la coordinación entre la jurisdicción de los pueblos indígenas y la jurisdicción del Estado o tal vez también temas judiciales, administrativo-judiciales. Pero, actualmente, la implementación de la consulta previa solo se está realizando desde el ángulo de las actividades extractivas, es decir, aquella parte de la política pública del Estado que le interesa promover: la promoción de las industrias extractivas, minería, gas, petróleo, etc. Esto es lo que está mereciendo una regulación de la consulta previa por parte del Estado. Solamente se emiten decretos de poder ejecutivo para regular el ejercicio de la consulta previa en relación a minería, a hidrocarburos, a gas o a recursos forestales, recursos naturales en general, pero no se aplica la consulta previa para otros derechos de los pueblos indígenas que también son importantes. Hay un enfoque extractivista de la consulta previa: importa la consulta previa porque importa para impulsar los proyectos extractivos, pero de los demás derechos no se habla demasiado.
- También es restrictiva. Por ejemplo, el Perú cuando emite su ley de consulta previa o su reglamento, u otros países como Bolivia, Ecuador, México, éstos países emiten decretos, normas reglamentarias del poder ejecutivo para implementar el Convenio 169 que es un tratado internacional, esta implementación legal termina solamente basándose o pretendiéndose basar únicamente en el Convenio 169 –al menos sería bueno que lo hicieran realmente pero no es así–, no se basan en la *Convención Americana de Derechos Humanos* que también es una fuente jurídica del derecho a la consulta previa, no se basan en la jurisprudencia de Naciones Unidas que supervisa el cumplimiento de pactos internacionales de derechos humanos, ni en la *Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial*. Se reducen las fuentes del derecho a la consulta solamente al Convenio 169, o sea, también hay una reducción de las fuentes de aplicación. En el Perú, la Ley de consulta, se titula Ley de consulta que desarrolla el Convenio 169. ¿Y la Convención Americana, la Convención contra la Discriminación Racial, los Pactos

de derechos internacionales? No cuentan. Sin embargo, en esas fuentes también hay reglas importantes que tienen que ver por ejemplo con el consentimiento. Ahí está el tema estratégico de por qué reivindicamos esas otras fuentes del derecho a la consulta previa: la regulación del derecho al consentimiento más allá de la consulta previa.

- Está el tema también de que esta regulación legal de la consulta previa implementada en América Latina solamente enfoca el tema de la consulta previa y no el del consentimiento porque el discurso dominante es que “no hay derecho a veto”. Es decir, se consulta pero finalmente el Estado toma todas las decisiones y adopta la decisión que bien le parece y muchas veces la decisión final ni siquiera la motiva, no la explica. A veces también la consulta se implementa de una forma meramente informativa y no con base a un diálogo intercultural. Se hacen talleres de información, audiencias de información y se dice que eso es la ejecución de la consulta previa.
- Otro rasgo de la implementación en América Latina que encontramos es el concebir estos procesos de consulta previa como procesos burocráticos, formalistas, con plazos rápidos para sacar adelante el proyecto extractivo bajo consulta. Tenemos reducción de los plazos, quema de etapas, procedimientos orientados a la aprobación de la medida pero no orientados a la obtención del consentimiento indígena.
- También tenemos que en esta política de reducir la consulta previa, se reduce el ámbito de aplicación. El concepto de “afectación directa” encuentra una interpretación muy reductiva.
- Después también tenemos el concepto de las medidas a consultar, el concepto de “medida legislativa” y el concepto de “medida administrativa”: también se reducen en la regulación legal de la consulta previa en varios países.

En resumen, se produce entonces una suerte de expropiación del derecho de consulta previa, porque en el Perú lo que se está produciendo en este momento histórico es una suerte de expropiación estatal del derecho a la consulta previa a manos de un contingente de burócratas, de técnicos, de “expertos” que se vuelven los gurúes o los únicos autorizados para decirnos cómo se realiza la consulta previa. Con la emisión de leyes, de normas reglamentarias que están básicamente elaboradas con base a la complejidad jurídica del lenguaje del Estado, por más que estas normas legales se traduzcan a idiomas de los pueblos indígenas, siguen siendo normas legales que pertenecen a un enfoque cultural determinado. A veces estas normas de consulta previa, estas leyes, estos reglamentos, son tan extensas o son tan detallistas o son tan complicadas que aún los propios expertos leen estas normas y encuentran nuevos contenidos en dos, tres o cinco lecturas. Entonces, imaginemos a poblaciones o a pueblos no expertos en temas jurídicos occidentales que necesitarían no solamente la norma traducida en su idioma, sino todo un proceso intercultural para poder comprender todos los entresijos y todos los recovecos de la aplicación de estas normas, muy aparte del tema procedimental y del tema político. En la práctica tenemos la situación absurda de que se les viene a enseñar a los pueblos indígenas cómo se les hace la consulta previa a ellos, se tiene un esquema unidireccional, monocultural. Este

concepto que he denominado la “expropiación de la consulta previa” lo he desarrollado en un artículo publicado en Servindi¹.

Este diseño de mala fe de la consulta previa ha originado una suerte de triple estrategia por parte de los pueblos indígenas a nivel latinoamericano: autoconsultas, rechazando la aplicación de las normas legales del Estado sobre consulta previa y negándose a participar del proceso de consulta. Autoconsulta que puede tener dos variantes, autoconsultas en las que el Estado está completamente ausente, no está invitado, y la comunidad decide a solas; o bien, autoconsultas en las que se invita al Estado, se invita a la empresa interesada para que den informes, pero finalmente son los espacios autónomos propios de los pueblos indígenas los que deciden con sus propias normas de manera absoluta; y una tercera estrategia es la de participar en los procesos de consulta previa convocados por el Estado y desde adentro de dichos procesos –dependiendo de la fuerza que tenga el movimiento indígena en su caso particular– se busca reformular el proceso de consulta, reconducir las normas vigentes a prácticas realmente interculturales de gestión pública de la consulta previa. Es lo que pasa por ejemplo en el caso del Lote 192 en el Perú: las organizaciones indígenas en un primer momento dijeron no vamos a participar, luego dijeron sí participamos, pero desde adentro vamos a reformular el proceso de consulta previa. Fue muy bueno, con diferentes resultados a nivel de experiencias locales.

1 Enlace al artículo: <http://servindi.org/actualidad/97142>