



**Centro Amazónico
de Antropología
y Aplicación Práctica**

**Análisis a las Observaciones del Poder Ejecutivo
sobre la Ley de Consulta Previa aprobada por el Congreso
de la República el día 19 de mayo de 2010**

**Hernán Coronado
Milagros Ortega
Ismael Vega**

DOCUMENTO DE TRABAJO

Junio, 2010

PRESENTACIÓN

El proceso de diálogo entre los pueblos indígenas y el Estado, que se inició a partir de la creación del Grupo Nacional de Coordinación y la instalación de las cuatro Mesas de Diálogo, constituyó sin duda, una oportunidad para producir un cambio sustancial en una histórica relación marcada por la exclusión, la discriminación y la confrontación. En realidad, este proceso debió ser el punto de partida para abordar las demandas de los pueblos indígenas en el reconocimiento de sus derechos.

En este proceso cobra relevancia el trabajo realizado por la mesa 3 y el consenso de las organizaciones indígenas en la elaboración de una propuesta de ley de consulta previa. El Congreso de la República a través de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología recogió en gran parte este trabajo, en tanto la Comisión de Constitución y Reglamento interpretó algunos puntos recogidos en la mesa 3; ambas propuestas fueron debatidas y aprobadas en el Pleno el pasado 19 mayo. Este acto constituyó un avance normativo sobre el derecho a la consulta previa en el país.

Era evidente que estábamos ante un frágil proceso amenazado por la escasa voluntad política del Estado para respetar los derechos de los pueblos indígenas y manejar los conflictos, sobre todo cuando están en juego las diferencias culturales.

A lo largo de la historia, el Estado buscó integrar a los pueblos indígenas mediante la inmigración o la invasión de territorios indígenas a través de la colonización y explotación de los recursos naturales. El imaginario de la Amazonía como un espacio vacío y fuente inagotable de recursos constituye un discurso permanente en nuestra historia republicana.

Consideramos que hay algunos temas de fondo que ayudan a explicar la actitud del gobierno y su negativa a reconocer el derecho a la consulta de los pueblos indígenas aún cuando está reconocido en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado peruano hace 15 años. Un aspecto está relacionado con los derechos de los pueblos indígenas, percibidos como un obstáculo que le impide al gobierno seguir adelante con un modelo de desarrollo basado en la inversión de grandes capitales privados y la extracción de recursos naturales que se encuentran principalmente en los territorios de los pueblos indígenas. El otro aspecto, tiene que ver con la discriminación que pesa sobre estos pueblos, siempre percibidos como sujetos salvajes e ingobernables y por lo tanto, desde el punto de vista del Estado no es necesario consultarles.

Esta Ley involucraba reconocer también que el Estado y los pueblos indígenas aseguren por una vía democrática y legítima como la Consulta, un diálogo basado en el respeto de los derechos, lo que a su vez otorgaba estabilidad democrática, prevención de conflictos sociales y seguridad jurídica para todas las partes involucradas.

En las últimas décadas, los pueblos indígenas se han involucrado en el debate público mediante propuestas que incorporan en la agenda nacional puntos sustanciales que suponen la defensa de sus derechos, y por lo tanto, su existencia como colectivo, en una sociedad marcada por una tendencia legal homogenizadora. Deben darse los pasos necesarios para superar la idea equivocada de derechos “preferenciales” y pasar a la idea de derechos “fundamentales” para colectivos culturalmente diferentes¹.

El espíritu de la Ley no era generar un único procedimiento, ello implicaría quebrar el principio de interculturalidad que da la norma. Se buscaba que estos sean principalmente abiertos a las formas cómo los pueblos indígenas toman y se involucran en decisiones que les podrían afectar en el marco de ley de Consulta y del Convenio 169 de la OIT. Ello en ningún caso, debía ser entendido como una forma de adecuar procesos unitarios que señalen parámetros por debajo de la norma nacional e internacional.²

La Ley planteaba la generación de condiciones para una cultura de diálogo intercultural. El respeto de ciudadanías diferenciadas, el rol de los funcionarios públicos -entre ellos operadores de justicia-, entre otras, son pautas esenciales que debían abordarse como algunos de los desafíos que planteaba esta nueva norma. Esperamos que el Estado peruano tenga en cuenta esta Ley, no cómo una amenaza, si no como una oportunidad a la generación de relaciones sólidas y legítimas entre el Estado y los pueblos indígenas.³

Creemos que fortalecer la gobernabilidad del país es uno de los retos más importantes para los peruanos. La ciudadanía efectiva y la democracia intercultural construyen gobernabilidad, porque promueve la corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos. Frente a la crisis del Estado-nación, se requiere de un nuevo pacto social y un proyecto nacional que trascienda a los pueblos indígenas, e involucre a todos los peruanos y peruanas en el desafío de construir una sociedad más justa con posibilidades de desarrollo para todos.

¹ Coronado, Hernán. 2010 “Reflexiones en torno a la aprobación de la Ley de Consulta en el Perú”. Fecha de Consulta: 27-06-10 www.servindi.org

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

INTRODUCCIÓN

El derecho a la consulta se encuentra vigente en el Perú desde el año 1995, al entrar en vigencia el Convenio 169 de la OIT. Es importante señalar que este derecho debe ser interpretado de manera extensiva y progresiva reconociendo todas las obligaciones del Estado en materia de Derechos Humanos. Por cuanto el Derecho a la Consulta no sólo cumple un aspecto procesal sino también tiene un aspecto sustantivo que tiene como propósito asegurar la participación de los pueblos indígenas en los espacios de toma de decisión para que puedan decidir cuáles son sus prioridades de desarrollo. (Art 6 y Art 7 Convenio 169 de la OIT).

En ese sentido, en materia de protección de derechos de pueblos indígenas se cuenta principalmente con dos instrumentos internacionales: el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, es importante señalar que existen normas internacionales y jurisprudencia vinculantes sobre derechos de pueblos indígenas donde se hace referencia al Derecho a la Consulta.

1. Obligaciones del Estado Peruano

En materia de protección de derechos humanos, la integralidad en la promoción de derechos supone una extensión progresiva de la norma a la luz de los instrumentos internacionales, la doctrina y la jurisprudencia relevante. Legislar por debajo de esos mandatos supone la oposición a los tratados u otros instrumentos internacionales que son fuente del derecho y por lo tanto obligación estatal.

El artículo 55 de la Constitución Política señala que **“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, Es por ello que los tratados internacionales sobre derechos humanos, no sólo forman parte del ordenamiento nacional, sino que además detentan rango constitucional.**⁴

*Del mismo modo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política señala 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”.***

*El artículo 35 del Convenio 169 de la OIT señala que **“la aplicación de las disposiciones del presente convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”.***

⁴ Sentencia de los Expedientes 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC acumuladas, fj 25.

El artículo 42 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas cuando se establece que *“Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente”*.

El artículo 27 de la Convención de Viena establece que *“El Estado no puede invocar disposiciones de su derecho interno para no cumplir un Tratado”*.

El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que *“el Estado tiene la obligación de adoptar medidas internas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*.

El artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la misma que ha sido interpretada por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, cuando se establece que *“ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

29. b Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Es importante señalar que las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el Tribunal Constitucional suponen según el artículo 82 de Código Procesal Constitucional **Cosa Juzgada, vinculan a todos los poderes del Estado y surge efecto al día siguiente de su publicación**. Hacemos referencia a este punto por lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional (**EXP. N.º 0022-2009-PI/TC**) que desarrolla el derecho a la Consulta, el cual además cuenta con el voto singular de 2 magistrados.

Si bien el Ejecutivo, de acuerdo al artículo 108 de la Constitución, puede observar una ley aprobada por el Congreso, también se establece en el artículo 118.1 que **corresponde al Presidente de la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales**. En ese sentido, es importante que las observaciones no contravengan disposiciones generales contempladas en otros instrumentos internacionales.

I. OBSERVACIONES FORMULADAS POR EL EJECUTIVO

1. **La autógrafa de Ley debe consignar de manera expresa que si no se logra el acuerdo o consentimiento al que hace referencia, ello no implica que el Estado renuncia al ejercicio del *ius Imperium* pues ello supondría la dispersión del carácter unitario y soberano de la República.**

Respecto del *Ius Imperii*

Argumentar que se afecta la soberanía y el carácter unitario del Estado, desconfigura la obligación estatal de implementar los tratados internacionales. Como parte de un Estado de Derecho que debe buscar garantizar derechos fundamentales, tal apreciación no sólo es lejana a la lógica jurídica sino que contraviene preceptos constitucionales de un Estado de Derecho, que incorporan en su Carta Fundamental: la Pluralidad Étnica y Cultural de la Nación (Art. 2 Inc. 19 de la Constitución Política).

Es por ello que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente EXP.N°0022-2009-PI/TC,⁵ ha señalado la necesidad de tutelar derecho, basado en la dignidad y la pluralidad del país, lo cual supone incluso una protección constitucional. Es por ello que plantear, de manera restrictiva, un modelo homogenizador o una supuesta amenaza a la unidad, contraviene los preceptos constitucionales, su interpretación por el Tribunal Constitucional y el Convenio 169 de la OIT.

El Tribunal Constitucional ha establecido la unidad a partir de la diversidad y se plantea medidas especiales para su defensa:

...Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. **Con ello se pretende construir una unidad sobre la base de la diversidad**, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. **Es por ello que la Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad.** Así, en la STC 0042-2004-AI/TC, este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y pluriétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” [fund. 1]. Pero no solo no desconoce, sino que **la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa.**⁶

Respecto de la supuesta ambigüedad planteada por el Ejecutivo sobre el Convenio 169 de la OIT y la Ley aprobada por el Congreso de la República

En ese escenario, la vigencia del Derecho a la Consulta no pasa por la aprobación de una ley específica; la ausencia de ley sólo denota falta de implementación pero en ningún caso puede ser un argumento para sostener que el Estado se exime de responsabilidad de

⁵ Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089 que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.

⁶ Sentencia de los Expedientes 0022-2009 PI/TC párrafo 3.

consultar ante la omisión de una Ley de Consulta, mucho menos sustentar su argumento en una supuesta ambigüedad.

El Tribunal Constitucional ha señalado el parámetro constitucional del Convenio y su obligatoriedad para todos los sectores del Estado:

*Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], **tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada.** De otro lado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, **ostentan rango constitucional**” [STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]”. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, **el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.**⁷*

El Estado en su función reguladora debe adecuar los tratados internacionales y en ese sentido garantizar derechos fundamentales.

En segundo lugar, 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 en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados poderes de Estado.

Respecto del Derecho al Veto

La observación del Ejecutivo de implementar de manera expresa que la consulta no otorga un derecho a veto de las comunidades, no puede confundirse con la finalidad del derecho a la consulta. La norma es clara al establecer que la finalidad es lograr un acuerdo o consentimiento, el Convenio no regula el derecho al veto, tal discusión es ajena a la filosofía del Convenio, pues éste ha sido definido como un instrumento de diálogo.

El Relator Especial lamenta que en muchas situaciones el debate sobre el deber de celebrar consultas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado se haya planteado en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo. El Relator Especial considera que plantear de esa manera el debate no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según, se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración.⁸

En ninguna parte del texto de la Ley se menciona el derecho a veto, pues se está legislando sobre consulta y no sobre veto. **Asimismo queda claro en el artículo 15 de la Ley**

⁷ Sentencia de los Expedientes 0022-2009 PI/TC párrafo 9.

⁸ James Anaya. *Una Cuestión Fundamental: El Deber de Celebrar Consultas Con Los Pueblos Indígenas*, párrafo 47 y 48.

aprobada que, de no llegar al consentimiento, la decisión final es del Estado, quien tendrá que tomar las medidas necesarias para garantizar los derechos de los pueblos indígenas; es decir la obligación del Estado no termina con la consulta, su principal obligación en garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

La buena fe es clave para la generación de un diálogo sobre decisiones que aun no han sido tomadas, caso contrario se convertiría en un acto informativo.

“...se hace más hincapié en que las consultas sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones”⁹

Según los términos del Convenio, la consulta se considera una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos. Al interrelacionar los principios de consulta y participación, la consulta no implica sólo el derecho de reaccionar sino también el derecho de proponer; los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.¹⁰

Tal discusión sobre el Derecho al Veto no es ajena a lo expresado en el Voto Fundamentado del Miembro del Tribunal Constitucional Peruano, Dr. Vergara Gotelli al afirmar:

***“Respecto a ello considero necesario expresar que dicha afirmación de ninguna manera puede significar que el Estado realice la consulta respecto de una medida que afecte directamente a las comunidades sólo por mero formalismo, sino que dicho derecho sea ejercido a cabalidad, siendo obligación del Estado brindar los mecanismos, legales o administrativos, de manera que el proceso de consulta se lleve con eficacia. Qué pretendo señalar con esto? que se evite una actitud estatal que traduzca el derecho de consulta en un saludo a la bandera y no sólo simple obligación estatal. Es en tal sentido que el señalar a rajatabla que los pueblos indígenas no tienen derecho a veto puede implicar que la balanza se vea inclinada a favor del Estado, puesto que por mero cumplimiento realizarían el procedimiento de consulta, sin que finalmente se lleve a cabo el objetivo constitucional establecido, como es el diálogo intercultural y la función pacificadora”.*¹¹**

La OIT ha señalado que de acuerdo con el Artículo 6 del Convenio núm. 169, el objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. **En otras palabras, es**

⁹ *Ibid*, párrafo 46.

¹⁰ *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo (Pág. 60)

¹¹ Voto Fundamentado del Miembro del Tribunal Constitucional Peruano, Dr. Vergara Gotelli (párrafo 8 - Sentencia de los Expediente 0022-2009 PI/TC).

necesario que los acuerdos o el consentimiento sean la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos para alcanzar acuerdos o lograr consentimientos¹²

Sobre el Bien Común, Derechos Preferenciales y Derechos Fundamentales

El Poder Ejecutivo ha planteado que el Convenio 169 de la OIT no confiere ninguna prerrogativa sobre los demás miembros de la nación. Tal afirmación es cierta sólo en el sentido de que **el Convenio no otorga prerrogativas, sino derechos fundamentales**, que deben ser coordinados de manera sistemática. Esta situación ha sido señalada por la OIT al establecer que esa acción coordinada y sistemática es la “clave para superar la desigualdad de larga data y profundamente arraigada que afecta a los pueblos indígenas¹³”. Éste es un mensaje crítico ya que los derechos de los pueblos indígenas a menudo se interpretan mal en el sentido de que se les otorgan más privilegios y ventajas que a otros sectores de la sociedad. Por el contrario, **el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es un prerequisite para estos puedan para participar y beneficiarse en pie de igualdad en la sociedad nacional**, y como tal, constituye un instrumento para eliminar la discriminación.¹⁴

Debemos señalar que el Ejecutivo ha reconocido la importancia de las decisiones del Tribunal Constitucional y la Jurisdicción Supranacional. Al respecto, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, de la cual el Perú es parte, ha establecido en la sentencia del pueblo indígena Saramaka vs. Surinam, un principio de Derecho Internacional, el cual es a su vez fuente de derecho, que no constituye discriminación el trato desigual a personas en condiciones desiguales.

Es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida¹⁵.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Art. 1.4: “[l]as medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial”.

2. El Estado debe privilegiar el interés de todos los ciudadanos. Pero debe garantizar que los pueblos más alejados y humildes como las comunidades nativas participen en los beneficios o “perciban indemnizaciones equitativas por los daños que puedan sufrir”.

¹² *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo (Pág. 63)

¹³ (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: párrafo133).

¹⁴ *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo (Pág. 30)

¹⁵ *Sentencia CIDH Caso Pueblo Saramaka vs Surinam*, párrafo 103.

Esta observación sugiere que el Art. 15 debería cambiar su redacción a fin de enfatizar que el Estado decidirá la ejecución de la medida, privilegiando el interés general y el de la nación; esto es innecesario porque ya el texto de la Ley aprobada establece que la decisión es del Estado, quien como es natural deberá justificar adecuadamente su decisión, previa evaluación de la opinión vertida durante el proceso de diálogo. El análisis de las consecuencias de la adopción de la medida es algo que tiene que ser producto del proceso de diálogo.

Sobre la Obligación de Garantizar Derechos Fundamentales de Pueblos Indígenas

Hemos señalado que la obligación del Estado va más allá, pues la obligación general es garantizar y promover derechos. Si bien el Estado puede en determinados casos tomar la decisión final, ella debe ser debidamente motivada y busque asegurar los derechos de los pueblos indígenas, pues **el acto de consulta no supone la renuncia de derechos fundamentales**.

El Convenio 169 de la OIT así lo ha establecido en el artículo 2.1 cuando establece que:

“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”,

Del mismo modo, se debe señalar que el Estado según el artículo 4.1 establece la necesidad de medidas para salvaguardar derechos de pueblos indígenas

“Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”.

Este punto está relacionado con la Observación N°1, con lo cual resulta innecesario legislar, asumiendo como garantía fundamental la reparación y no la prevención. Si bien la indemnización es un derecho que asiste a cualquier ciudadano, ésta se da ante la afectación de un derecho; el partir de ese supuesto no sólo se contradice con el espíritu de la norma que establece la Buena Fe, sino que puede reducir la consulta a un mero acto informativo.

La indemnización es el “resarcimiento o reparación de un daño producido”, el cual se tiene que cumplir cuando se produce un daño. Con respecto al tema de los beneficios, el Convenio establece el derecho de los pueblos interesados a beneficiarse de los beneficios que generen las actividades en sus territorios.

El ámbito de aplicación de la Consulta

La obligación de consultar a los pueblos indígenas **surge en un nivel general, en relación con la aplicación de todas las disposiciones del Convenio**. En particular, el Convenio exige que se permita la libre *participación* de los pueblos indígenas en todos los niveles de la formulación, implementación y evaluación de las medidas y programas que los afecten directamente¹⁶.

¹⁶ *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT, Organización Internacional del Trabajo (Pág. 61)*

Según el Convenio 169 OIT, el ámbito de consulta se establece en los siguientes casos:

1. Al prever medidas legislativas o administrativas (artículo 6(1)(a))
2. Antes que se realicen actividades relacionadas con la extracción de recursos naturales en territorios de pueblos indígenas (art. 15)
3. Antes de prever planes y programas de desarrollo que pudieran afectar derechos de los pueblos indígenas (art 7)
4. Al considerar la enajenación de las tierras de pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a terceros (art. 17)
5. Con anterioridad a la reubicación de los pueblos indígenas, que sólo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (art. 16)
6. En la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (art.22)
7. En las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma indígena (art. 28).

Respecto de la afectación, ella se entiende como aquella afectación que va más allá del impacto directo sino aquella que no pueda ser percibida por otros individuos de la sociedad. Tal como señalara James Anaya con relación al ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: ***“la consulta es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”***.¹⁷

3. El Convenio 169 de la OIT no prevé la obligación de consulta respecto de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional.

La observación se centra en una lectura sesgada del Art. 6 del Convenio 169 y pasa por alto lo establecido en el Art.7 del citado convenio, en donde se establece expresamente que *“los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte a sus vidas”* (Art. 7.1). Un proceso de desarrollo involucra planes, programas y proyectos de desarrollo tanto regional como nacional, los cuales generalmente siempre afectan a los pueblos; es decir un proyecto de infraestructura o un programa podría tener aparentemente beneficios inmediatos y tangibles; sin embargo, a la larga generarán un costo social muy elevado, lo cual lo hace desde ya insostenible.

La OIT ha señalado que la Consulta y la Participación son derechos conexos, por lo tanto no pueden interpretarse de manera restrictiva. En ese sentido, los artículos 6 y 7 deben leerse de manera conjunta y concordancia con al artículo 2 del Convenio 169 de la OIT.

El Convenio exige que los pueblos indígenas puedan participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses. El establecimiento de mecanismos de consulta es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones. Por ende, los artículos 6 y 7 referidos a consulta y participación resultan disposiciones clave del Convenio núm. 169 sobre las cuales “reposa la aplicación de las demás disposiciones”.

¹⁷ James Anaya. *Una Cuestión Fundamental: El Deber de Celebrar Consultas con los Pueblos Indígenas* (párrafo 43).

Si bien otros artículos también hacen referencia a la consulta y a la participación, deben leerse en forma conjunta con aquellas referidas a las medidas coordinadas y sistemáticas tendientes a implementar los derechos de los pueblos indígenas¹⁸.

Al interrelacionar los principios de consulta y participación, la consulta no implica sólo el derecho de reaccionar sino, también el derecho de proponer; **los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.**¹⁹

4. Sobre la identificación de las medidas administrativas y legislativas consultadas. El procedimiento propuesto por la autógrafa implica el riesgo de retrasar o detener el desarrollo del país.

La observación sugiere que podría haber un retraso o detener el desarrollo del país; sin embargo la experiencia ha demostrado que las decisiones tomadas a la ligera tienen consecuencias lamentables e irreversibles.

Los pueblos indígenas no pueden ser vistos como obstáculo al desarrollo, por el contrario se debe asegurar que ellos puedan participar de éste a partir de sus propias prioridades de desarrollo (Art 7.1).

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Los derechos de los pueblos indígenas en el contexto del desarrollo²⁰

El derecho a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural y a desarrollar sus propias instituciones e iniciativas. Los gobiernos deben brindar los recursos necesarios para facilitarlos.

El derecho a ser consultado y a participar en todas las etapas de los planes y programas pertinentes para el desarrollo en el ámbito local, nacional y regional. Deben tomarse en cuenta las tradiciones, los valores culturales y las necesidades de los pueblos indígenas a la hora de formular las políticas, los programas y los proyectos, no sólo en el caso de los proyectos locales del pueblo, sino también al preparar las políticas integrales de desarrollo de un país.

¹⁸ *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo (Pág. 59)

¹⁹ *Ibid* (Pág. 60).

²⁰ *Ibid* (Pág. 118)

El derecho a los estudios de evaluación de los efectos: Antes de llevar a cabo actividades de desarrollo, deben realizarse estudios para evaluar los posibles efectos sociales, culturales, espirituales y ambientales de tales actividades.

El derecho a los beneficios: Todos los proyectos y programas de desarrollo deben mejorar la situación socioeconómica de los pueblos indígenas y tribales. No deben perjudicar su bienestar.

El derecho a las tierras, los territorios y los recursos: Los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad, la posesión y el uso de sus tierras, territorios y recursos deben reconocerse y protegerse legalmente. Este es un criterio fundamental para que puedan desarrollar sus sociedades de acuerdo con sus propios intereses y necesidades.

Sobre la Responsabilidad

El Estado no puede renunciar a sus responsabilidades de implementar un tratado, ni mucho menos interpretar la norma en el sentido de una coacción a la administración pública. Los funcionarios están sometidos al control público ante responsabilidades que afecten derechos por omisión o por acción; esto puede verse en la vía administrativa o judicial. En este caso solo menciona la responsabilidad más no la norma que la establece, esas pueden ser determinadas por ejemplo en la Ley General de Procedimiento Administrativos que establece en su Título V la responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio

5. *Impugnación de la decisión del Poder Ejecutivo respecto de la participación de determinados pueblos indígenas. Aquí, la Autógrafa reconoce que en el caso de las medidas legislativas consultables no cabe su impugnación ante el Poder Judicial. Así coincide en que el Estado no renuncia al “Ius Imperium”.*

La observación sugiere un peligro de interpretación en el sentido de que se “estaría creando un nuevo procedimiento”; asimismo agrega que para el caso de las medidas administrativas relacionadas a los proyectos eléctricos, mineros y de irrigaciones, dicha impugnación implicaría paralizar los procedimientos administrativos de evaluación y aprobación de los EIA respectivos.

Consideramos que esta observación carece de fundamento en tanto que los referidos procedimientos, que ya existen, están muy alejados de los principios del Derecho de Consulta vigente en nuestro país desde el año 1995. Se percibe con ello la tendencia a mantener un *status quo* que no reconoce que nuestro sistema jurídico prevé ante la vulneración de derechos la posibilidad de plantear medidas judiciales o administrativas que según sea el caso incluyen medidas tendientes a cautelar derechos ante su inminente violación. Esta garantía de nuestro ordenamiento jurídico no puede ser contraria frente derechos vulnerados de pueblos indígenas.

La norma aprobada no establece ningún procedimiento nuevo, solo hace referencia a las nuevas atribuciones del OTE quien podrá pronunciarse en última instancia sobre este punto. Por otro lado, el artículo 9 de la Ley de Consulta Previa es coherente con el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT que establece:

“Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

Incorporar los procedimientos de consulta dentro del procedimiento administrativo de evaluación y aprobación de los EIA más bien contribuiría a promover por parte del Estado un mejor control de la actividad y a prevenir los conflictos socioambientales que se presentan en este tipo de actividades.

6. Definición de pueblos indígenas. La Autógrafa extiende la definición de pueblos indígenas y originarios a la comunidad campesina andina y costeña.

El Convenio 169 de la OIT establece en el artículo 1 cuáles son los criterios de identificación de pueblos indígenas, que pueden ser objetivos y subjetivos. Ningún Estado puede crear a los pueblos indígenas, ya que estos últimos preexisten a los primeros; razón por la que les corresponde indudablemente reconocerlos.

El Estado tampoco puede decidir quién es indígena o no, el pretender hacerlo constituye un acto de abierta discriminación. Negar este reconocimiento, constituye para el caso de aquellos Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT, como es el caso del Perú, un incumplimiento de sus obligaciones para con dicho tratado, el cual establece:

Artículo 1º

1.a) "A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;"

Artículo 1º

1.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**".

Asimismo el artículo 1º (numeral 2) señala que: "La **conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental** para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio".

El Estado peruano ha reconocido en la propia Constitución Política, la "**existencia legal**" de las comunidades campesinas y nativas y se han dispuesto regulaciones especiales, tales como la Ley de Comunidades Campesinas, la Ley de Conocimientos Colectivos, etc. Estas comunidades desde siempre han estado vinculadas al mercado; sin embargo mantienen vigente sus tradiciones, costumbres y sus instituciones propias. Por lo tanto, el cuestionamiento de la identidad de las comunidades andinas o de las comunidades costeñas que hace el Estado se fundamenta en argumentos inconsistentes.

Por otro lado, la observación bajo comentario sugiere que habría que precisar la diferencia entre los territorios de propiedad pública en la Amazonía y las áreas asignadas en propiedad a las comunidades nativas. Consideramos que aquí se está incurriendo en error al hablar de "áreas asignadas", en tanto que el título que el Estado otorga a las comunidades sobre sus tierras o territorios es declarativo y no constitutivo de propiedad.

Por lo tanto es un grave error entender el territorio desde una lógica de derecho de propiedad occidental, el mismo que ha llevado a situaciones graves de injusticia que a su vez vienen dando lugar a muchos conflictos cuya carga el Estado tiene que asumir. Si a la fecha existen comunidades cuyos procesos de titulación están pendientes es por responsabilidad del mismo Estado peruano, que no ha sabido implementar políticas eficientes de titulación rural y de reconocimiento de los derechos de sus minorías.

El Convenio 169 de la OIT ha reconocido los derechos de los pueblos indígenas y ha precisado las obligaciones de los Estados respecto de estos territorios:

Artículo 13

1. ***“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”***

Artículo 14

1. ***“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.***

2. ***“Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.***

7. Debe precisarse la definición del artículo 6º según la cual “los pueblos indígenas u originarios” participan a través de sus instituciones y organizaciones representativas “elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales”.

Con esta observación el Ejecutivo pretende que una institución pública como la ONPE (Oficina Nacional de Procesos Electorales) sea quien defina el criterio básico de representatividad y legitimidad de los “grupos amazónicos pertenecientes a una etnia”; pues ésta sería la mejor forma de conservar la esencia democrática de la consulta.

Esta observación viola abiertamente el Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política al afectar la autonomía de los pueblos indígenas. El Estado no tiene la atribución de regular los usos y costumbres de estos pueblos, mucho menos puede establecer formas para regular la organización propia de los pueblos indígenas.

El Estado peruano ya ha reconocido a nivel constitucional el derecho a la autonomía, tanto de las comunidades campesinas como de las nativas. Expresamente se habla de una autonomía organizativa, la misma que está vinculada con el trabajo comunal, con el uso y la libre disposición de sus tierras.

Constitución Política:

Artículo 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

“Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior”.

“El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

Esto es concordante con el artículo 5 literal a) y b) del Convenio 169 de la OIT que señala:

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) “deberán **reconocerse y protegerse** los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”;*
- b) “deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”;*

Recordemos que los Gobiernos, entre ellos el Perú, están obligados en virtud al Convenio 169 de la OIT a:

- ✓ **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 (Art 2).
- ✓ **Promover** la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.
- ✓ **Adoptar** las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados (Art 4).
- ✓ **Reconocer y proteger** los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente (Art 5).
- ✓ **Respetar** la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos (Art 5).

Por tanto la observación planteada por el Ejecutivo pone en evidencia, una vez más, la falta de voluntad política para implementar estas obligaciones en relación a los convenios y tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

- 8. Debe precisarse en el segundo párrafo del artículo 15º de la Autógrafa que el “acuerdo entre el Estado y los Pueblos”, se refiere exactamente al “acuerdo suscrito en el acta de consulta entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios”, en cual es exigible en sede administrativa y judicial.**

Entendemos que esta observación se refiere al contenido del acta de consulta que se suscribe entre el Estado y los pueblos indígenas, como resultado del proceso; sin embargo consideramos innecesaria la precisión que plantea el Ejecutivo, en tanto que, se entiende que en el artículo 14 de la ley aprobada existe las características del Acta y por lo tanto el artículo 15 de la norma sólo establece la obligatoriedad de los acuerdos y la posibilidad de exigirlo en sede judicial o administrativa.

Todo acuerdo, por principio general del derecho, es vinculante para las partes, en tanto tiene efectos jurídicos. En este caso, el acuerdo o acuerdos arribados como resultado de un proceso de consulta, con mayor razón, son vinculantes y por lo tanto exigibles en sede administrativa y judicial.

II. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El Derecho a la Consulta está vigente en el país, la ausencia de ley no faculta al Estado a implementar medidas sin consulta; el Estado esta obligado a implementar el derecho y hacer cumplir lo que establece el Convenio 169 de la OIT. Cualquier medida implementada sin la consulta debida, no sólo se opone al Convenio y su rango constitucional, sino produciría un efecto nulo en la medida implementada.
2. Consideramos que las observaciones planteadas por el Ejecutivo responden a un interés político de escaso análisis jurídico, opuesto a las obligaciones internacionales conferidas por tratados y es abiertamente contrario a lo establecido en nuestra Constitución Política.
3. Al margen de la definición legal que se utilice en el país para definir pueblos indígenas, la obligación del Estado es identificarlos pero con participación de los mencionados pueblos, en ningún caso tal atribución no puede suponer la creación de pueblos y mucho menos su discriminación aleatoria. Sobre este punto, el Estado debe guiarse utilizando los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT; en consecuencia las comunidades campesinas no pueden ser excluidas de la Ley de Consulta Previa.
4. El debate en el pleno superó varios temas muy sensibles en discusión, tales como: el veto, la afectación directa, las funciones del Organismo Técnico Especializado – OTE. El Estado debe ser coherente con sus compromisos y discursos en el plano internacional; no se puede promover derechos en el discurso y limitar procesos de consenso, que al margen de ser procesos de diálogo, son finalmente obligaciones claras a partir de instrumentos internacionales.
5. El Estado no puede otorgar facultades a una institución pública como la ONPE (Oficina Nacional de Procesos Electorales) para que defina el criterio básico de representatividad y legitimidad de los “grupos amazónicos pertenecientes a una etnia” porque viola abiertamente el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la Constitución Política al afectar la autonomía de los pueblos indígenas. El Estado no tiene la atribución de regular los usos y costumbres de estos pueblos.
6. Existe una interpretación errónea sobre los derechos de los pueblos indígenas, generalmente se cree que se les otorgan más privilegios y ventajas que a otros sectores de la sociedad. Por el contrario, el reconocimiento de sus derechos constituye un elemento fundamental para que puedan participar y beneficiarse, como los demás ciudadanos.

7. La Consulta y la Participación son derechos conexos, por lo tanto no pueden interpretarse de manera restrictiva. En ese sentido, los artículos 6 y 7 deben leerse de manera conjunta y en concordancia con al artículo 2 del Convenio 169 de la OIT.
8. El INDEPA requiere una transformación legislativa y administrativa para que actúe como Organismo Técnico Especializado, incorporando a los pueblos indígenas en el proceso y garantizando la materialización del derecho en políticas públicas transversales a todos los sectores del Estado en consulta y cooperación con los mencionados pueblos.