

## **Comentarios al Texto de Allanamiento de la Ley de Consulta**

### **(Documento del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la CNDDHH)**

El último dictamen de la Ley de Consulta Previa a Pueblos Indígenas aprobado por mayoría en la Comisión de Constitución, que se presenta como un allanamiento a las observaciones del Poder Ejecutivo para ser discutido en el pleno, **no puede considerarse como tal, por cuanto incluye puntos que no estaban contemplados en el texto de las observaciones que se hicieron llegar al Congreso de la República.**

Es el caso de la integración en el artículo 2 del tercer párrafo que establece “**La consulta en materia de territorio sólo procede sobre las áreas asignadas en propiedad a los pueblos indígenas mas no sobre los territorios de propiedad pública en la Amazonía**”, el que no estuvo incluido en las observaciones del Ejecutivo, y por tanto nunca fue puesto en consideración en la Comisión de Constitución para su aprobación.

En tal razón el dictamen presentado al pleno, constituye un nuevo documento que debe pasar previamente por la discusión, consulta y aprobación en la Comisión de Constitución al incorporar aspectos de fondo que dan un nuevo sentido al texto de “Allanamiento” de la Ley de Consulta.

**En ese sentido es importante retomar a la formula planteada por la autógrafa de Ley de Consulta aprobada el 19 de mayo en el Congreso de la República en los artículos 2, 3, 6, 7 y 15 los cuales se han dado en coherencia con el Convenio 169 de la OIT**

#### **1. Sobre el artículo 2 del dictamen de la Comisión de Constitución**

Como se ha señalado, el artículo 2 incorpora aspectos que afectan derechos fundamentales de Pueblos Indígenas establecidos en el Convenio 169 de la OIT y sentencias vinculantes sobre la materia dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas por los siguientes motivos.

El artículo 2 del texto de allanamiento en su tercer párrafo señala:

*La Consulta en materia de territorio sólo procede sobre las áreas asignadas en propiedad a los pueblos indígenas, mas no sobre los territorios de propiedad pública de la amazonía.*

Esta propuesta es contraria al Convenio 169 de la OIT al establecer que la consulta se realizaría sólo sobre las áreas entregadas en propiedad las Comunidades sin considerar que los artículos 13 y 14 del Convenio 169 reconocen el concepto de “Tierras”, el cual abarca lo relativo al “Territorio” y en ningún caso está limitado por la propiedad. Por el contrario, se reconoce el Derecho a la Posesión y la Propiedad de los territorios de los Pueblos Indígenas.

No menos grave es el hecho que la intención de este artículo reduce la consulta respecto de territorio sólo a las Comunidades Nativas excluyendo la consulta para Comunidades Campesinas.

Los derechos de los pueblos indígenas respecto de sus territorios no pasan por su titulación, son derechos preexistentes, por lo tanto no sólo se reconoce el derecho a la propiedad sino también el derecho a la posesión, así como a la preservación administración y utilización de sus recursos naturales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado lo siguiente:

*1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado...*<sup>1</sup>

Además, el **artículo 2 excluye la Consulta ante planes, programas y proyectos de desarrollo**, aspectos que habían sido incluidos en la autógrafa de ley de Consulta aprobada el 19 de mayo.

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. 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 indígenas.<sup>2</sup>

## **2. Sobre los artículos 3 y 15 del dictamen de la Comisión de Constitución**

A la redacción del **artículo 3 de la autógrafa se le ha añadido un segundo párrafo. Este nuevo párrafo desnaturaliza no solo ese artículo, cuyo sentido es definir la finalidad de la consulta, sino toda la Ley**, que busca precisamente llegar a un acuerdo o consentimiento. El añadido es el siguiente:

*Si, realizado el proceso de consulta objeto de la presente Ley no se arriba a un acuerdo o consentimiento respecto de la medida legislativa o administrativa propuesta, la entidad estatal competente decide conforme a sus atribuciones constitucionales y legales.*

El artículo 15 de la autógrafa, luego de señalar la forma de concretar el acuerdo, se ponía en el supuesto de que no se llegara a un acuerdo o consentimiento: “En caso que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios”. Ese es el lugar lógico para ubicar el supuesto de que los intentos de llegar a un acuerdo fallasen.

Era claro que la Ley no consagraba ningún derecho de veto a los pueblos indígenas al ser consultados y por el contrario, reconocía la facultad del Estado, en aplicación del *Ius Imperium*, de decidir llevar adelante la iniciativa respectiva. Sin embargo, en este supuesto se ponían condiciones para garantizar los derechos de los pueblos indígenas, consignando además la motivación de dicha decisión.

Todo lo anterior queda desvirtuado con el agregado que se ha hecho en el artículo 3, pues se afirma que la entidad competente “decide conforme a sus atribuciones

---

<sup>1</sup> Caso *Sawhoyamaxa*, párr. 128.

<sup>2</sup> Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2010. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. Lima: OIT. En <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)>, pag. 59.

constitucionales y legales”. Esa disposición no hace ninguna diferencia con la situación actual, para lo cual no se requiere ninguna ley de consulta.

El agregado que se ha hecho al segundo párrafo del artículo 15 además faculta al Estado a decidir “*la ejecución de la medida, privilegiando el interés general y de la Nación...*”. Ello significa dotar de una excesiva discrecionalidad al Estado, el cual definirá en cada caso –sin tener ningún contrapeso– lo que es el interés general y el interés de la Nación.

### **3. Sobre el artículo 6 del dictamen de la Comisión de Constitución**

El artículo 8 del Convenio 169 establece que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener sus propias instituciones sociales, políticas y culturales, siendo una expresión de dicha institucionalidad indígena la representación de dichos pueblos a través de representantes elegidos de acuerdo a sus usos y costumbres. Asimismo, este derecho a la autonomía organizativa se halla reconocido en nuestra Constitución Política en el artículo 89.

La institucionalidad indígena cobra importancia para garantizar una efectiva protección del derecho a la consulta; así, el artículo 6 del Convenio 169 establece que la consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus instituciones representativas. Es decir que el derecho a la consulta implica asegurar que los pueblos indígenas puedan participar en los procesos mismos de consulta a través de las instituciones u organizaciones designados por ellos mismos.

No obstante, lo expuesto en el proyecto de la comisión de Constitución se establece que “***el criterio básico de representatividad y legitimidad será establecido y verificado por el organismo técnico especializado en materia indígena del poder ejecutivo***”. Este agregado a partir de las observaciones hechas por el ejecutivo significaría una vulneración no sólo al Convenio 169, sino además a la propia Constitución por cuanto los poderes del Estado no pueden establecer los criterios de representatividad de los pueblos indígenas, pues como hemos señalado esta es una prerrogativa reconocida como propia de los pueblos indígenas en atención a sus costumbres propias. Aceptar este agregado significaría permitir que el Estado pudiera manipular la representatividad de los pueblos indígenas en los procesos de consulta, lo cual haría que estos procesos sean apenas un cumplimiento formal contraviniendo preceptos constitucionales y obligaciones internacionales contraídas por el Estado.

### **4. Sobre el artículo 7 del dictamen de la Comisión de Constitución**

En el dictamen allanado a las observaciones del Ejecutivo, la Comisión de Constitución ha optado por remover de la autógrafa de Ley de Consulta aprobada el 19 de mayo el párrafo del artículo 7 que decía: “***Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos podrán ser identificados como pueblos indígenas conforme a los criterios señalados en el presente artículo***”.

Si bien, en principio, a pesar de este cambio, el nuevo dictamen, leído al pie de la letra, no restringiría la posibilidad de las comunidades campesinas de ser sujetos del derecho a consulta, sí preocupa el que el cambio ejercido responda a la motivación de desprover a dichas comunidades de la facultad de acceder a dicho derecho. Era ese pues el espíritu de la sexta observación del Ejecutivo, según el cual la autógrafa de Ley de Consulta aprobada extendía “la definición de pueblos indígenas y originarios a la comunidad campesina andina y costeña”. En caso la Ley se apruebe sin la aclaración que tenía la versión anterior y en caso se operativice de modo que excluya

a las comunidades andinas del universo de sujetos consultables, **se estaría socavando lo establecido del Convenio 169, pues se estaría legislando por debajo de lo estipulado en su artículo 1.**

Hay a quienes les puede parecer lógico, desde la Antropología, no definir al campesinado como pueblo indígena.<sup>3</sup> En términos jurídicos, sin embargo, es bastante claro que, en su artículo 1, “El Convenio **no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales** sino que describe los pueblos que pretende proteger”.<sup>4</sup> Esto quiere decir que el Convenio no estipula qué población es indígena o tribal y cuál no lo es, sino que brinda una serie de **criterios de identificación** que delimitan el rango de aplicación de sus contenidos. Como ha observado para el caso peruano la Comisión de Expertos de la OIT, las comunidades campesinas sí forman parte de dicho rango:

*La Comisión considera que, en la medida en que **las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación.***<sup>5</sup>

El artículo 7 de la ley de consulta sigue al Convenio 169 en la delimitación de criterios de identificación. Como señalamos, si las comunidades campesinas de los Andes que cumplen con los mencionados criterios no son estimadas sujetos del derecho a consulta, se estaría faltando a lo establecido en el Convenio al legislar por debajo de lo que dicta su artículo 1.

---

<sup>3</sup> Ese ha sido el caso de Jurgen Golte. Cabe señalar que muchos antropólogos y científicos sociales de mucho renombre, como por ejemplo Marisol de la Cadena, han criticado duramente el parecer de Golte.

<sup>4</sup> Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2010. p. 9.

<sup>5</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). 2009. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* (98a reunión, 2008). En

<[http://www.ilo.org/global/What\\_we\\_do/Officialmeetings/ilc/ILCSessions/98thSession/ReportssubmittedtotheConference/lang--es/docName--WCMS\\_103488/index.htm](http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/ILCSessions/98thSession/ReportssubmittedtotheConference/lang--es/docName--WCMS_103488/index.htm)>, p. 746.