

# **Reflexiones a las Observaciones del Ejecutivo a la autógrafa de la Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas u Originarios**

## **1. Antecedentes**

El interés y la preocupación por los problemas que afectan a los pueblos indígenas no son recientes, y tampoco ajenos a los países de la región. Uno de los primeros instrumentos adoptados por Naciones Unidas fue el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 107 de la OIT) en 1957, el mismo que contemplaba derechos a las tierras; contratación y condiciones laborales; formación profesional, artesanías e industrias rurales; seguridad social y salud; educación y medios de comunicación; sin embargo en los ochenta esta norma fue objeto de diversos cuestionamientos, pues su enfoque integracionista era obsoleto y su aplicación prejudicial en el mundo moderno ya que se basaba en el supuesto que los pueblos indígenas y tribales eran sociedades temporales destinadas a desaparecer con la modernización.

Es así que en 1989 se adopta el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y cuyo principal fundamento radica en la afirmación de que los pueblos indígenas constituyen sociedades permanentes, dejando de lado el enfoque integracionista anterior para pasar a un enfoque de reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural. Este Tratado fue aprobado y ratificado por el Estado Peruano, y se encuentra vigente en nuestro país desde 1995.

En el 2007, se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos indígenas, que es una herramienta que complementa el Convenio 169 de la OIT y el propio ordenamiento de protección de Derechos Humanos, que de manera específica se ocupa de estas poblaciones.

Si bien el Perú como otros países de América Latina ha reconocido a los pueblos indígenas y sus derechos en su texto constitucional, todavía no existe un desarrollo normativo que permita su real inclusión a la sociedad y al Estado Peruano así como el ejercicio efectivo de sus derechos.

Históricamente, los pueblos indígenas han sido excluidos de las decisiones que suelen afectar su entorno vital y sus propias vidas. La alta conflictividad social que se presenta en el país en los últimos años exige, no solo su visibilización, sino también su inclusión, que pasa, entre otras cosas, por incorporarlos en el proceso de toma de decisiones y en el gozo de los beneficios que supone la pertenencia al Estado y a la sociedad peruana.

En estas circunstancias, y luego de los hechos de Bagua, la ley de consulta previa a pueblos indígenas se convierte en una urgencia para construir un país más democrático y justo.

El Perú, en el último tiempo dio pasos acelerados para contar con una ley de consulta previa a pueblos indígenas. Luego de los lamentables hechos de Bagua, se constituyó una

mesa de trabajo con representantes de los pueblos indígenas y del Estado que alcanzaron consensos básicos los cuales se expresaron en una propuesta de ley marco.

Esta propuesta fue remitida al Congreso de la República, en donde las Comisiones de Pueblos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología (CPAAAAE) y de Constitución y Reglamento, emitieron sendos dictámenes. Si bien la CPAAAAE desarrolló una propuesta muy cercana a la consensuada por los pueblos indígenas y el Estado, ambas convinieron en aceptar la propuesta de la Comisión de Constitución que era más general pero que recogía los puntos fundamentales que debía contener una ley marco. En un gesto de madurez el Congreso trataba de avanzar para saldar una deuda histórica.

El proceso de debate del Congreso de la República contó con información y opiniones de un conjunto de especialistas nacionales y extranjeros que colaboraron con sus argumentos para superar los puntos más controvertidos y que generaban entrampamientos. La Ley de Consulta Previa a PPII fue aprobada mayoritariamente en el Congreso de la República el 19 de mayo. Este acto concitó el saludo de los organismos internacionales encargados de la protección de los derechos de los pueblos indígenas como también del Banco Mundial, organismo que promueve la inversión privada en el mundo.

El gobierno peruano, luego de haber sido convocado a una sesión el 17 de junio por la Conferencia Internacional del Trabajo en donde mostró la aprobación de la ley de consulta previa como un avance importante en el cumplimiento de sus obligaciones respecto del Convenio 169, la observó.

En el resumen de las conclusiones de la Comisión de Expertos, que fue aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo, se recoge lo siguiente:

*“La comisión acogió con beneplácito el reconocimiento por parte del Gobierno de la importancia de la consulta y de la consiguiente adopción por el Congreso de la República de la ley de consulta previa. La Comisión manifestó su confianza en que la ley de consulta previa sería promulgada rápidamente por el presidente de la República. La Comisión instó al Gobierno a que proporcione informaciones completas a la Comisión de Expertos sobre la promulgación y aplicación de la Ley para permitirle evaluar el cumplimiento de las disposiciones del Convenio. La comisión instó al Gobierno a que garantice que la nueva ley de consulta previa sea firmada y puesta en práctica y a que asegure, de ser necesario, que medidas transitorias sean adoptadas de conformidad con los artículos 6,7 y 15 del Convenio, según se discutió en esta Comisión”<sup>1</sup>.*

El presente informe busca responder a las observaciones presentadas por el Poder Ejecutivo, a fin que la Comisión de Constitución del Congreso de la República en su

---

<sup>1</sup> Conclusiones de la Comisión de Aplicación de Normas de la OIT adoptadas por el pleno de la Conferencia Internacional del Trabajo el 17 de junio de 2010.

conjunto las tome en cuenta al momento de pronunciarse sobre la insistencia o reconsideración de la ley.

### **3. Observaciones del Poder Ejecutivo**

#### **Primera Observación:**

**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 renuncie al ejercicio del *ius Imperium* pues ello supondría la dispersión del carácter unitario y soberano de la República.**

En esta primera observación el ejecutivo señala que es necesario poner de manera expresa que el resultado de la consulta no prohíbe, limita o suspende al Estado para adoptar decisiones que cautelen el interés general y que éste debe primar sobre cualquier otro interés. Que los pueblos indígenas no tienen ninguna prerrogativa sobre los demás miembros de la nación y por lo tanto no tienen derecho a veto. El ejecutivo propone consignar en la ley de manera expresa que, *"Si, ejecutado el proceso de consulta objeto de la presente Ley, no se arribase a un acuerdo o consentimiento respecto de la medida legislativa o administrativa propuesta, la entidad estatal competente decidirá conforme a sus atribuciones constitucionales y legales."*

Al respecto cabe señalar lo siguiente. La discusión de la propuesta de ley de consulta no se centró en el veto. En todo momento, quedó claro que la finalidad de la consulta era el acuerdo o el consentimiento. Al respecto el propio Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ha hecho algunas precisiones:

*"1. Cuando el Relator Especial afirma que los pueblos indígenas no gozan de un derecho al veto en el contexto de los procesos de consulta, se refiere a aquel planteamiento, a su juicio insostenible, de un poder de decisión absoluto de vedar o impedir unilateralmente, con base en cualquiera justificación o sin ninguna, toda propuesta o decisión hecha por el Estado que les pueda afectar. Hablar de un derecho de veto en tal sentido, cuando se trata de asuntos que puedan ser de interés legítimos no solo por la parte indígena sino también para la sociedad nacional en general, no es coherente con la norma de consulta participativa que se incorpora en la normativa internacional."*<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la "Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo" aprobada por el Congreso de la República del Perú. 7 de julio de 2010

En este punto las diversas opiniones confluyen. Al respecto el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0022-2009-PI/ TC interpreta el sentido del acuerdo o consentimiento como finalidad del derecho a la consulta, de la siguiente manera:

*“(...) Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas", ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural.”*

Por otro lado, también fue un consenso que en caso el proceso de consulta no llegara a un acuerdo o consentimiento, el Estado decidía, así lo señala expresamente el artículo 15.

Si bien se le reconoce al Estado esta prerrogativa, se le recuerda que su decisión no puede olvidar su rol de garante de los derechos. Por ello, su decisión debe estar sujeta a una serie de condiciones, como ejemplo el estar debidamente motivada, es decir, explicitar las razones por las que se desestiman los puntos planteados por los pueblos indígenas, y las que fundamentan la medida adoptada, tal como lo refiere el artículo 15° de la autógrafa.

En este punto cabe recordar que el Convenio 169 de la OIT (artículos 2, 16.2, 7) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 10, 28, 29 y 30 ) señalan que en casos en los que se pueda afectar derechos de los pueblos indígenas como los de la integridad, a los territorios, a la subsistencia; o se presenten situaciones que puedan alterar significativamente su modo de vida ( traslados, realización de actividades militares y depósito de desechos tóxicos), el Estado debe contar necesariamente con el consentimiento libre previo e informado de los pueblos indígenas sobre la implementación de esas medidas administrativas, legislativas, planes, programas o proyectos de desarrollo. En tal sentido el Relator de Especial ha señalado lo siguiente:

*“4. El deber de consultar con los pueblos indígenas en relación con asuntos que les afectan directamente tiene como objetivo lograr el consentimiento libre, previo e informado, lo que implica procesos de buena fe en donde se toman las decisiones por medio del consenso entre las partes estatales e indígenas. Además, en aquellos casos en que el impacto de una propuesta o iniciativa sobre el bienestar o derechos de un pueblo indígena es significativo, el consentimiento de la parte indígena, por medio de un acuerdo, no solamente es el objetivo de la consulta pero también es una precondition exigible para la ejecución de la medida propuesta. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala dos ejemplos de situaciones en que el consentimiento es exigible mas allá de ser un objetivo de la consulta: el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del*

*grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). El Relator Especial agregaría además, como ejemplo en el que se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos.”<sup>3</sup>*

Como señalamos en las primeras líneas de este informe, la frase referida a que la consulta no otorgaba el derecho al veto fue finalmente descartada en la votación del pleno, siendo aprobado por una mayoría de congresistas, representantes de todas las bancadas, situación que debería ser tomada en cuenta al momento de tratar las observaciones; referencia que también que ha sido recogida por el Magistrado del Tribunal Constitucional, Landa Arroyo en su voto singular en la sentencia citada<sup>4</sup>.

Finalmente, queda como preocupación la cita expresa que indica que una Ley como la aprobada por el Congreso, “coadyuvará a que la poblaciones consultadas mantengan la errónea interpretación de que tienen derecho a impedir las decisiones del Estado”. En esa lógica, queda la preocupación de un Estado desinteresado tanto en la generación de mecanismos de consulta previa a pueblos indígenas como en mecanismos de participación ciudadana, que permitan prevenir conflictos y se tomen decisiones consensuadas y participativas, en la perspectiva de un desarrollo participativo y sostenible.

### **Segunda Observación:**

**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" (Convenio 169 OIT)**

Respecto de la segunda observación, se sostiene que **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".**

---

<sup>3</sup> *Ibíd.*

<sup>4</sup> Fundamento 18 del voto singular de la sentencia del expediente 0022-2009-PI/ TC:

“18. Por tanto, teniendo en consideración la función pacificadora del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción constitucional en general, y considerando que el proyecto de sentencia de la ponencia declara infundada la demanda, no viene al caso y no es necesario para resolver la controversia, que se incluya en el fundamento 24 y 25, que el derecho de consulta no implica un derecho de veto, más aún si el pleno del Congreso de la República al aprobar el Dictamen del Texto Sustitutorio de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, de la Comisión de Constitución y Reglamento, haya excluido estos términos por considerar que no generaba consenso entre los actores y por tanto no conducía a un diálogo.”

Lo preocupante de esta afirmación es que en su interpretación llevaría a entender que cuando el Estado adopte una decisión a favor de un pequeño grupo de la población como en este caso serían los pueblos indígenas, lo hace en contra del interés general de todos los ciudadanos.

Dicha lógica resulta incomprensible, más aún si el Tribunal Constitucional en la sentencia citada ha expresado de manera clara que *“por medio de tales medidas lo que se pretende es una reivindicación en clave de inclusión de los pueblos indígenas”*, y ha señalado:

*“En tal sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana.”*

Entonces, como vemos, el privilegiar el derecho de los pueblos indígenas no significa dejar de lado los derechos de los demás ciudadanos, de lo que se trata más bien es de incluir a quienes materialmente no lo han estado. No se trata de que prime un interés por encima del otro, de lo que se trata es de defender los derechos de todos los ciudadanos, sin distinción, pues como se señala en el primer artículo de nuestra Carta Política, *“el fin supremo de la sociedad y del Estado es la dignidad de la persona humana”*.

### **Tercera Observación:**

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

En su tercera observación, el Ejecutivo ha pretendido señalar que el **Convenio 169 de la OIT no establece la obligación de consultar respecto de los planes, programas y proyectos de desarrollo** tal y como ha sido recogido en la autógrafa.

Sin embargo debemos discrepar, acogiéndonos al propio contenido del Convenio, el mismo que si aborda los temas que niega el Ejecutivo y que incluso va más allá de lo que se ha previsto en la autógrafa, pues prevé no solo la consulta previa (artículo 6) sino que hace referencia a la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en la formulación, aplicación y evaluación de planes, programas o proyectos de desarrollo (artículo 7). Y en ese sentido el Convenio señala lo siguiente:

*“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el 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”. Es decir, más allá de ser consultados, se deben establecer los mecanismos apropiados para que los pueblos indígenas participen en la “formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo” (artículo 7.1)*

En el artículo 7.2 se comprende también a los proyectos especiales de desarrollo. De allí que no se puede excluir de la consulta los planes, programas y proyectos.

Este razonamiento está presente en las interpretaciones realizadas por la Comisión de expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones (CEARC) sobre la consulta previa en materia de proyectos y planes de desarrollo, señalando que:

*“(La Comisión) subraya además que las disposiciones del Convenio en materia de consulta deben leerse junto con el artículo 7 en el que se consagra el derecho de los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades de desarrollo y de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles directamente. Al respecto recuerda que en su observación general de 2008 sobre el convenio, la Comisión destacó que ‘no realizar dichas consultas y no dejarles participar tiene graves repercusiones para la aplicación y éxito de programas y proyectos específicos de desarrollo, ya que de esta forma resulta poco probable que reflejen las aspiraciones y necesidades de los pueblos indígenas y tribales’”.*<sup>5</sup>

Entonces, como ya hemos señalado el derecho de consulta no sólo abarca medidas legislativas o administrativas sino también planes, programas y proyectos de desarrollo tal y como se desprende de la lectura integral de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, teniendo en cuenta que todo ello está destinado a que los pueblos puedan decidir sobre sus modelos y prioridades de desarrollo, como lo ha dicho la Comisión de expertos (CEARC) en el siguiente texto:

*“La Comisión no puede sino subrayar la importancia que tiene el garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus prioridades de desarrollo a través de consultas significativas y eficaces y la participación de esos pueblos en todas las etapas del proceso de desarrollo, especialmente cuando se debaten y deciden los modelos y prioridades de desarrollo. No realizar dichas consultas y no dejarle participar tiene graves repercusiones para la aplicación y éxito de programas y proyectos específicos de desarrollo, ya que de esta forma resulta poco probable que reflejen las aspiraciones y necesidades de los pueblos indígenas y tribales [...]”*<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Observación 2010 dirigida a Guatemala respecto de la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

<sup>6</sup> Observación General 2008 de la Comisión de Expertos respecto de la aplicación del Convenio 169 de la OIT. Como también se ha recogido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-461/08, expresándose en el fundamento 5.4 lo siguiente:

Asimismo debe observarse también lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo de la sentencia del caso Saramaka Vs. Surinam, en el que también fueron considerados los proyectos de desarrollo, como a continuación se detalla:

*“ 8. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, (...).”*

#### **Cuarta Observación:**

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

La cuarta observación, que prevé que **la actuación de los servidores públicos estaría condicionada al haberse incorporado el término “bajo responsabilidad”** en la autógrafa resulta preocupante, puesto que el tema de la responsabilidad de funcionarios o servidores públicos por la omisión frente a un determinado acto administrativo es coherente con un sistema que busca el celo y la responsabilidad de los trabajadores y en el que no se toleran actos que linden con lo ilegal y lo ilícito, que puedan condecirse con un sistema de impunidad.

En el sistema administrativo en general y en cada uno de los estamentos del Estado se ha establecido esta especificación. En los casos que podamos advertir, los funcionarios y servidores públicos que omiten realizar una actuación son responsables de ello y pueden ser sujetos de una sanción de acuerdo al grado de afectación que produce el agravio. Lo que no significa que se los coacciones a actuar favoreciendo a una u otra parte.

---

“[...] Es claro para la Corte que, respecto de cada uno de estos proyectos individuales, si existe una obligación estatal específica de realizar consulta previa, en su integridad y con pleno cumplimiento de los requisitos [...] La representación de los grupos indígenas en el Consejo Nacional de Planeación, que es una representación general de todas las etnias del país, no suple el deber imperioso de realizar la consulta previa de los proyectos susceptible de afectar concreta, directa y específicamente a grupos étnicos particulares, en la misma medida que este deber no se suple con la simple existencia de representantes o senadores indígenas y afrodescendientes en el Congreso de la República”. Resolviendo por la exequibilidad de la ley 1151 de 2007”.

Lo mismo sucede, incluso, con cualquier ciudadano en su actuación cotidiana, en las que el derecho le impone las reglas que deben ser observadas, y en caso de incumplimiento se incurre en responsabilidad (civil, penal o administrativa). Es decir, la responsabilidad que implica el actuar de una determinada forma (un hacer o no hacer) es consustancial a un Estado de Derecho, pues si no cumples con las normas establecidas te sujetas a sus consecuencias.

### **Quinta Observación:**

**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 quinta observación, hace referencia a la **Impugnación de la decisión del Poder Ejecutivo respecto de la participación de determinados pueblos indígenas**, en el sentido que se estaría creando un nuevo procedimiento para impugnar las decisiones de órganos del Ejecutivo.

Se está confundiendo los procedimientos ya establecidos, pues el artículo 9 de la autógrafa señala lo siguiente:

*“[...] En caso la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes”.*

Se señala un procedimiento similar al de cualquier medida impugnada ante un organismo público, es decir un procedimiento administrativo y cuando se requiera ir a la vía judicial se trataría un procedimiento contencioso administrativo, sin perjuicio de iniciar otros procedimientos de acuerdo a los requerimientos del caso en concreto.

No se puede hablar de un nuevo procedimiento, pues el ordenamiento nacional ofrece la normativa suficiente para abordar este tipo de casos. Lo que si debe entenderse es que la consulta al tener un carácter previo a la dación de medidas legislativas, administrativas, planes y proyectos, dota de una particularidad al procedimiento ya que es ex ante a la adopción de una medida, por ello deben adecuarse los mecanismos existentes al proceso de consulta previa.

Cabe señalar que paradójicamente esta observación contradice lo señalado en la tercera de ellas al poner como casos proyectos eléctricos, mineros, de irrigación y estudios de impacto ambiental, sobre lo cual el Ejecutivo objeta la posibilidad de consulta.

## Sexta Observación:

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

La sexta observación está referida al cuestionamiento de quienes son los sujetos de derecho a la consulta, en tal sentido el Ejecutivo señala que **los pueblos indígenas a ser consultados, son los pueblos más alejados y humildes como las comunidades nativas, excluyéndose de este ámbito a las comunidades campesinas andinas y costeñas.**

Para el Convenio 169 de la OIT, basta que un pueblo se autoidentifique como indígena porque descende de pueblos que preexisten al Estado y tienen alguna institución, política, social o cultural propia para que se le pueda aplicar el Convenio, cualquiera sea su situación jurídica. Es decir existen criterios de carácter objetivos que deben cumplirse, pero también uno de carácter subjetivo, el auto reconocimiento, que ni el “*ius imperium*” del Estado puede transgredir.

Este último ha sido recogido por el artículo 7° de la autógrafa, donde se señala que los criterios de identificación de los pueblos indígenas son los criterios objetivos y subjetivos, además de establecer expresamente que las comunidades campesinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos podrán ser identificados también como pueblos indígenas u originarios.

También la Constitución Política del Perú en los diversos artículos en que se refiere a las comunidades campesinas y nativas les da un tratamiento paritario en cuanto a su organización, estructura y los derechos que les otorga, en tal sentido el Ejecutivo no puede hacer distingos en este aspecto.

A su turno, la Ley N° 27811, ha establecido el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos; y en esta norma se señala de manera expresa que cuando se habla de pueblos indígenas u originarios se hace referencia a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas.

Con la observación planteada por el Ejecutivo se estaría pretendiendo de manera arbitraria que únicamente se reconozca como pueblos indígenas a las comunidades nativas o amazónicas más no a las comunidades andinas o costeñas; argumento que sería abiertamente inconstitucional y que incluso contradice lo señalado por el Convenio 169.

Es conocido que este aspecto ha sido observado en reiteradas oportunidades por el órgano de control de la OIT, como ha quedado recogido en las observaciones planteadas por la CEARC:

*“(...) La Comisión toma nota que según el gobierno las comunidades campesinas y las comunidades nativas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectividades similares a los Pueblos Indígenas, enfatizó*

*los aspectos sociales, políticos y culturales. Ésta afirmación parece ser positiva en el sentido de que confirma anteriores memorias del gobierno y comentarios de la Comisión en el sentido de que las comunidades indígenas están cubiertas por el Convenio independientemente de su denominación”.*<sup>7</sup>

Una vez más el Estado da marcha atrás, pues pretende desconocer a las comunidades campesinas y costeñas, excluyéndolas de ser consideradas como pueblos indígenas, contraviniendo con ello no sólo los argumentos que desde hace algunos años viene presentado ante la instancia de control de la OIT, sino como ya se ha señalado la propia Constitución y normas de carácter internacional, como lo son el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

Contraviniéndose incluso la esencia del Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano - INDEPA, organismo rector de las políticas nacionales encargado de proponer y supervisar el cumplimiento de las políticas nacionales, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos andinos, Amazónicos y Afroperuano, encontrándose entre sus funciones básicas, la de estudiar los usos y costumbres de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos como fuente de derecho buscando su reconocimiento formal.

#### **Sétima Observación:**

**Debe precisarse la definición del artículo 6° 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".**

La sétima observación, está referida a la participación de los pueblos indígenas u originarios a través de sus instituciones y organizaciones representativas elegidas conforme a sus usos y costumbres, lo que genera desconfianza en el Ejecutivo, pues propone que sea

---

<sup>7</sup> Observación de la Comisión de Expertos de febrero de 2009. A si también hay referencias en “Artículo 1 del Convenio. Pueblos cubiertos por el Convenio. La Comisión toma nota de que, en su memoria, el Gobierno indica, tal como ya lo hizo durante la discusión que tuvo lugar en la Comisión de la Conferencia, que se elaboró un Proyecto de Ley Marco de los Pueblos Indígenas u Originarios del Perú, que establece una definición de pueblos indígenas u originarios, con el fin de eliminar las ambigüedades en la legislación nacional en cuanto a la identificación de los pueblos abarcados por ella. La Comisión toma nota de que el artículo 3 del Proyecto contiene dicha definición mientras que el artículo 2 declara que los pueblos indígenas u originarios del Perú comprenden «a las denominadas comunidades campesinas y comunidades nativas; así como a los indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial; asimismo se aplica a quienes se autoidentifican como descendientes de las culturas ancestrales asentadas en las zonas de costa, sierra y selva peruana». La Comisión toma nota de que, si bien la definición contenida en el artículo 3 del Proyecto reproduce los elementos objetivos de la definición del Convenio, en este artículo no se hace referencia al criterio fundamental de la autoidentificación, a diferencia del artículo.

la **Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)** quien verifique el criterio de **representatividad y legitimidad de sus representantes**.

Esta observación contradice lo señalado en el artículo 5 del Convenio 169 de la OIT, el mismo que señala que al aplicar las disposiciones del Convenio “Deberán recogerse 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”, es decir, se tiene como una de las prerrogativas que el Estado debe respetar las prácticas sociales de los pueblos indígenas, por lo que la función de verificación que se pretende haga la ONPE sería una clara interferencia en estas prácticas.

Esta observación también va contra lo establecido en el artículo 89 de la Constitución Política que señala: “*Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal, son personas jurídicas, tienen autonomía en su organización, (...). El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas*”. Entonces podemos asumir que los pueblos indígenas, valga decir, comunidades campesinas y nativas, tienen capacidad de auto-regularse de acuerdo a sus propios usos y costumbres, lo que se niega con la pretensión del Estado, que busca intervenir en un espacio de decisión privado de los pueblos indígenas.

#### **Octava Observación:**

**Debe precisarse en el segundo párrafo del artículo 15° 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", el cual es exigible en sede administrativa y judicial.**

La octava observación del Ejecutivo, que señala que cuando se habla del acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas, éste se refiere al **acuerdo suscrito en el acta de consulta**, resulta innecesaria ya que el último párrafo del artículo 14 de la autógrafa señala:

*“Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un Acta de Consulta, la cual contendrá todos los actos y ocurrencias realizadas durante su desarrollo”*

Entendiéndose que en los actos y ocurrencias que se generen en el desarrollo de la consulta están los acuerdos, y que éstos a su vez son parte del acta de consulta que se suscriba entre los representantes de los pueblos indígenas.

En todo caso, si resultaría importante en este punto resaltar que todo acuerdo celebrado por las partes es vinculante para ellas, como lo ha recogido el artículo 15 de la autógrafa al señalar expresamente que el resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. Asimismo, para poder llegar a ese acuerdo el proceso de consulta debe darse en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo hasta llegar a un resultado, como también lo ha señalado el Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades

fundamentales de los indígenas, James Anaya, en declaración pública sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú” expresó lo siguiente:

*“En todos los casos en que se aplica la consulta con los pueblos indígenas, el principio de buena fe implica una negociación en donde todas las partes involucradas estén dispuestas a escuchar y ceder en sus posiciones, y defender sus legítimos intereses, y en el que los acuerdos alcanzados vinculen a ambas partes. Corresponde al Estado una especial responsabilidad de balancear los diferentes derechos e intereses enfrentados en relación con las medidas propuestas, siguiendo los criterios de necesidad, proporcionalidad y la consecución de objetivos legítimos dentro de una sociedad democrática. La parte indígena podría verse justificada en no otorgar su consentimiento, no en base a un derecho unilateral de veto, sino siempre y cuando el Estado no demostrara adecuadamente que los derechos de la comunidad indígena afectada fueran debidamente protegidos bajo la medida o proyecto propuesto, o no demostrara que los impactos negativos sustanciales fueran debidamente mitigados. Por otro lado, si el Estado decidiera avanzar con una medida legislativa o administrativa sin un acuerdo, debería ser solamente después de haber cumplido con todos los requisitos procedimentales de la consulta, y solamente con arreglos que aseguren que el proyecto no tuviese un impacto social, cultural o ambiental significativo sobre el pueblo indígena afectado y que hubiesen medidas para salvaguardar todos sus derechos, inclusive su derecho a sentar sus propias prioridades para el desarrollo”.*

#### **4. CONCLUSIONES:**

1. De manera equivocada, la primera observación introduce la idea del veto, confundiéndola con el término consentimiento. La autógrafa de la ley, no hace mención ni alude a él. Señala que la finalidad de la consulta es lograr un acuerdo o consentimiento y en ningún momento se infiere del texto la idea o posibilidad de veto por parte de las comunidades. En efecto, la redacción usada por la autógrafa es la misma que presenta el Convenio 169 de la OIT, reservando al Estado la decisión final en caso de no existir acuerdo.
2. En la segunda observación respecto al planteamiento de priorizar el bien común y de indemnizar a los pueblos indígenas por los daños que puedan sufrir, debemos precisar que el reconocer los derechos de los pueblos indígenas no significa dejar de lado los derechos de los demás ciudadanos. De lo que se trata es incluir a quienes históricamente no han sido considerados en las decisiones del Estado, a través, de la consulta previa. Los pueblos indígenas son un sector vulnerable de la sociedad, y la norma busca ponerlos en pie de igualdad a los demás sectores poblacionales que gozan de mayores derechos, en la práctica.
3. Del texto de la tercera observación podemos entender que la idea es excluir de la consulta a los planes, programa y proyectos de desarrollo, pero ello es errado. El artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT ha establecido que los pueblos indígenas

deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades, además podrán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. *En el artículo 7.2 se comprenden también a los proyectos especiales de desarrollo.* De allí que no se puede excluir de la consulta los planes, programas y proyectos de desarrollo.

4. El Ejecutivo entiende que se debe eliminar del artículo 9, del proyecto de ley aprobado por el Congreso, el término “bajo responsabilidad” por considerar que condiciona la actuación de los servidores públicos. Esta observación no tiene argumento alguno en la realidad, debido a que el incorrecto ejercicio de la función pública que importe la violación de derechos debe ser siempre sancionado, de tal manera que se promueva un ejercicio responsable de la misma. En ese sentido, cabe recordar que en el derecho administrativo se suele utilizar este término con el fin de que los servidores públicos asuman la responsabilidad de cumplir y hacer cumplir la ley. Entonces, la cuarta observación debe ser igualmente desestimada.

5. En la quinta observación se señala que implementar el proceso de consulta crearía un nuevo procedimiento para impugnar las decisiones de los órganos del Ejecutivo, lo que no resulta exacto, dado a que de lo que se trata es de que los mecanismos y procedimientos ya establecidos en la administración pública se adecúen al proceso de consulta previa.

6. De la observación sexta se colige la idea de excluir a las comunidades campesinas de la definición de pueblos indígenas. Sin embargo, es necesario precisar que el Convenio 169 de la OIT no le da al Estado la atribución de definir cuándo una comunidad es indígena o no. De otro lado, la Ley N° 27811, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, incluye dentro del concepto de pueblos indígenas u originarios a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La Constitución en sus diversos artículos otorga los mismos derechos y tratamiento a las comunidades campesinas y nativas. El propio Estado Peruano en sus informes a OIT reconoce a las comunidades campesinas como pueblos indígenas. Ello nos lleva a establecer que esta observación tampoco es acertada.

7. En su séptima observación, el Ejecutivo propone que sea la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) quien verifique el criterio de representatividad y legitimidad de los representantes de los pueblos indígenas que participaran del proceso de consulta. En relación a esta observación, señalamos que de aceptarse esta observación, se transgrediría la autonomía de los pueblos indígenas, contradiciendo con ello lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, el artículo 89 de la Constitución Política y en el artículo 14 de la Ley 27811. Además de afectarse, indebidamente, un espacio de decisión privado.

8. La última observación el Ejecutivo señala que en el artículo 15 de la autógrafa referido al acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas debe precisar que se trata del *“acuerdo suscrito en el acta de consulta”*. Sin embargo, sostenemos que esta

precisión resulta innecesaria ya que en el artículo anterior se precisa las características del acta. Además, cabe señalar que, por un principio básico de derecho, todo acuerdo adoptado por las partes es vinculante para ellas.