

# ¿Por qué es imprescindible aprobar la autógrafa de la Ley de Consulta Previa aprobada el 19 de mayo de 2010?

---

## Ayuda memoria

### 1. Antecedentes de la Ley de Consulta Previa

Una de las lecciones aprendidas a partir de la jornada de lucha amazónica y el conflicto del 5 de junio de 2009 en Bagua fue la necesidad de consultar a los pueblos y comunidades indígenas las medidas que pudieran afectarlos. En consecuencia hubo consenso ciudadano y una opinión pública favorable a favor de la expedición de una Ley de Consulta Previa que contribuya a definir este derecho contemplado en el Convenio sobre Pueblos Indígenas núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Entonces, el gobierno constituyó el Grupo Nacional de Coordinación de Desarrollo de los Pueblos Amazónicos el 10 de junio de 2009 mediante la Resolución Suprema 117-2009-PCM el cual conforma cuatro mesas de diálogo y trabajo. Precisamente, la Mesa 3 se denominó: Implementación de la consulta previa a los pueblos indígenas amazónicos y se abocó a este propósito específico.

En el proceso la Defensoría del Pueblo y otros actores sociales contribuyeron a formular propuestas e iniciativas normativas en dicho sentido, las cuales, finalmente derivaron en dos comisiones congresales: La Comisión de Pueblos, Ambiente, Ecología y Amazonía, y la Comisión de Constitución. Ambas comisiones produjeron sendos dictámenes que llegaron al pleno del Congreso y éste adoptó por votación mayoritaria un dictamen modificado, que satisfizo a las partes directamente involucradas.

Tanto las organizaciones indígenas, las organizaciones no gubernamentales, la Defensoría del Pueblo, los medios de prensa y expertos juristas nacionales e internacionales saludaron y celebraron la aprobación en un consenso muy pocas visto en torno a un tema de interés directo de las poblaciones más vulnerables y excluidas; y vieron en esta decisión un hito a favor del diálogo democrático e intercultural entre el Estado peruano y los pueblos indígenas.

### 2. La Ley de Consulta Previa aprobada el 19 de mayo de 2010

El 19 de mayo la sesión plenaria del Congreso de la República aprobó un dictamen modificado de la “Ley del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del

Trabajo” que una vez enviado al Presidente para su promulgación adquirió el nombre de autógrafa.

La autógrafa define siete principios (art. 4) y siete pasos o etapas esenciales para un proceso de consulta (artículo 8), la necesidad de un acuerdo o consentimiento (artículo 3) y el carácter obligatorio o vinculante del resultado (artículo 15), entre otros.

Además, cabe resaltar, que el texto autodefine la consulta como una obligación del Estado (art. 2) y que se interpreta “de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la OIT” (art. 1). Esto es importante de advertir porque algunas incongruencias y limitaciones observadas por especialistas podrían ser impugnadas por inconstitucionales o por contradecir al propio Convenio, tal como lo sugiere y propone el Dr. Bartolomé Clavero, ex Vicepresidente del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas.<sup>1</sup>

Este es el caso de la disposición transitoria segunda que señala que la ley no deja “sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia”. Esta disposición es tan abierta y flagrantemente inconstitucional que puede ser revertida mediante una acción de garantía o un recurso ante el Tribunal Constitucional, señala Clavero.

También es importante destacar el esfuerzo y persistencia de las organizaciones indígenas andinas y amazónicas quienes en diálogo con las diversas bancadas de la representación nacional lograron un texto que recogió lo esencial -aunque no todas- sus propuestas y que aceptaron de buena fe como un instrumento normativo válido y legítimo en aras de un entendimiento constructivo y democrático y acorde con los demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, los resultados de todo este largo, complejo y esforzado proceso quedaron nulos cuando el gobierno de Alan García Pérez decidió observar la autógrafa que le fue enviada por el Congreso de la República y no promulgarla.

El Congreso adoptó dos posturas distintas luego de las observaciones del Ejecutivo. El dictamen de la Comisión de Pueblos decidió insistir en la autógrafa aprobada, mientras que el dictamen de la Comisión de Constitución -presidida por Mercedes Cabanillas, una de las autoridades políticas implicadas en el Baguazo en su calidad de Ministro del Interior al momento de producirse los hechos- elaboró un dictamen mediante el cual se allanaba a las observaciones.

Es de suma importancia para la actual representación nacional conocer el carácter, la naturaleza y el sentido de las ocho observaciones formuladas por el anterior gobierno debido a que -como lo advierten análisis de diversas instituciones y especialistas- desnaturalizan por completo el derecho a la consulta, con argumentos insolventes, aberrantes y contradictorios, que de ser tenidos en consideración, pueden ocasionar un grave despropósito, además del incumplimiento del Estado peruano de sus obligaciones internacionales. No está demás advertir que una postura conciliatoria o favorable a las observaciones del anterior gobierno reavivaría un clima de desconfianza y de tensiones o conflictos sociales.

---

<sup>1</sup> Ver: <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6225>

### 3. Las observaciones a la autógrafa de la Ley de Consulta

Las observaciones del Ejecutivo son ocho:

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

**Crítica:** Como lo hacen notar los diversos análisis adjuntos la representación nacional optó por dejar fuera de la ley el tema del veto por considerarlo impropio, porque de lo que se trata es de propiciar un acuerdo o consentimiento. 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.

Además, también fue un consenso en el texto de la autógrafa de que en caso el proceso de consulta no llegara a un acuerdo o consentimiento, el Estado decidía, y así lo señala expresamente el artículo 15. Además, como lo señala el documento del CAAAP:

“argumentar que se afecta la soberanía y el carácter unitario del Estado, desconfigura la obligación estatal de implementar los tratados internacionales”

Asimismo contraviene la lógica jurídica de un estado de derecho que busca asegurar derechos fundamentales y “contraviene preceptos constitucionales” como los que incorporan la Pluralidad Étnica y Cultural de la Nación (Constitución Política, Art. 2 inciso 19).

**Observación 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" (Convenio 169 OIT).**

**Crítica:** La observación presenta una falsa dicotomía entre el interés de “todos los ciudadanos” y el de los pueblos indígenas, como si el de éstos se contrapusiera al de los primeros. La sentencia del Tribunal Constitucionales en el expediente 0022-2009-PI/TC aclara el asunto cuando afirma que “lo que se pretende es una reivindicación en clave de inclusión de los pueblos indígenas”, y agrega:

“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”.

**Observación 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.**

[Escribir texto]

El texto del Convenio 169 contraviene esta observación e incluso va mas allá de la autógrafa al hacer extensiva la consulta y prever la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en la formulación, aplicación y evaluación de planes, programas o proyectos de desarrollo nacional o regional “susceptibles de afectarles directamente” (Art. 7).

**Observación 4: 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 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.

De otro lado, de ninguna manera cabe tomar como una amenaza al desarrollo la exigencia de que las actividades de desarrollo se realicen de forma compatible y con pleno respeto de los estándares de protección del medio ambiente y de los derechos de los pueblos indígenas.

**Observación 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*.**

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 que los mecanismos y procedimientos ya establecidos en la administración pública se adecúen al proceso de consulta previa.

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.

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

El desconocer a las comunidades campesinas de costa o andes como pueblos indígenas es la observación menos fundamentada del Ejecutivo. El Convenio 169 OIT establece los criterios objetivos y subjetivos aplicables para identificar a un pueblo indígena y el propio Estado peruano ha reconocido esta condición en leyes nacionales y en distintos informes presentados a organismos internacionales, en el que se alude expresamente a las comunidades campesinas como parte de los pueblos indígenas, y a las que no se les puede negar este derecho propio sustantivo, que emana de su propia condición y no del reconocimiento oficial.

**Observación 7: Debe precisarse la definición del artículo 6° según la cual "los pueblos indígenas u originarios" participan a través de sus**

[Escribir texto]

**instituciones y organizaciones representativas "elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales".**

La 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.

La verificación que se pretende haga la ONPE sería una clara interferencia que iría además contra la autonomía de la cual gozan las comunidades campesinas y nativas, en virtud al artículo 89 de la Constitución Política.

**Observación 8: 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.**

**Crítica:** 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, la 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.

#### **4. Conclusión**

Las observaciones del Ejecutivo presidido por Alan García Pérez responden a un interés político de escaso valor jurídico, son opuestas a las obligaciones internacionales en virtud a tratados de derechos humanos y son contrarias a la propia Constitución Política.