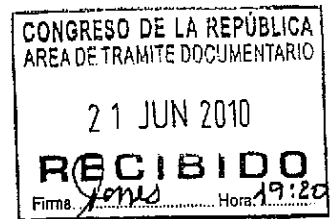


COPIA INFORMATIVA

3698
Constitución
Pueblos



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la consolidación económica y social del Perú"

Lima, 21 de junio de 2010

OFICIO No. 142 -2010-DP/SCM

Señor Doctor
LUIS ALVA CASTRO
Presidente del Congreso de la República
Presente.-

De nuestra consideración:

Con relación a la Autógrafa de la "*Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio Núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo*", reconociendo y defendiendo la importancia de la consulta a los pueblos indígenas u originarios y su participación en las decisiones legislativas y administrativas del Estado, formulamos su observación por los importantes fundamentos que, a continuación, se exponen:

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.

Es necesario que la Autógrafa de Ley establezca, de forma expresa, que el resultado del proceso de consulta previsto, no limita, suspende ni prohíbe al Estado a adoptar decisiones que tengan por finalidad cautelar y garantizar el interés general de la Nación, que debe primar sobre cualquier otro interés. Ello en vista que el Convenio 169 no confiere a los Pueblos Indígenas ninguna prerrogativa sobre los demás miembros de la Nación.

Al respecto, el texto de la Autógrafa de Ley mantiene la ambigüedad del propio texto del Convenio 169, que ha permitido la interpretación de muchas organizaciones que proponen que el resultado negativo del proceso de consulta constituye, en estricto, la imposibilidad de llevar a cabo las medidas que el Estado considere beneficiosas para la Nación.

Si bien el Convenio y el derecho de consulta tienen por finalidad alcanzar un acuerdo o consentimiento, ello no significa en modo alguno que el Estado no pueda adoptar su decisión, incluso en contra de la opinión de los pueblos consultados, lo cual debe señalarse de manera expresa.

Debe recordarse que la propia OIT publicó un Manual que explica la aplicación del Convenio. En dicho documento, la OIT señala, de manera expresa, que "*El Convenio no otorga a los pueblos indígenas y tribales el derecho a veto*".

El Convenio especifica que no debe tomarse ninguna medida contraria al deseo de los pueblos indígenas y tribales, pero esto no significa que en caso de desacuerdo nada puedan hacer” (Convenio número 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un manual, OIT, 2003, pág. 16).

Finalmente, de la misma posición ha sido el Tribunal Constitucional, quien ha sostenido:

24. *“De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. 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 diálogo intercultural.*

25. *En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona”.*

En este sentido, a fin de evitar todos los efectos negativos en el clima de inversiones del país, el Poder Ejecutivo propone que el artículo 3º de la Autógrafa de Ley incluya el siguiente párrafo final:

“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.”

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)

qué destinatarios, y cuándo no. En ese sentido, la Autógrafa no ha distinguido entre medidas legislativas o administrativas que afecten de manera general a los pueblos originarios (por ejemplo, la aprobación de una ley de tenencia de tierras) de aquellas mismas medidas que sólo pueden afectar a un pueblo en particular en sus intereses y condiciones específicas.

Sobre este tema, y la necesidad de diferenciar ambos supuestos, se ha expresado el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/12/34, de 15 de julio de 2009 (párrafo 43), al declarar que:

“Sería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población. En lugar de ello, una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexas, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas”.

Del mismo criterio ha sido el Tribunal Constitucional, quien en la referida STC 0022-2009-AI/TC, distinguió, en lo que corresponde a medidas legislativas, tres supuestos diferenciados:

20. *“En efecto, una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los pueblos indígenas no implicaría una afectación directa a estos. Si bien, podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas esto sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas.*

21. *En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos*

o no los derechos de los pueblos indígenas, con la consiguiente burocratización en la toma de decisiones.

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*.

El artículo 9° de la Autógrafa de Ley también establece que, en caso que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de determinado pueblo indígena u originario a ser consultado, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo y luego acudir al fuero judicial. Esto último es reiterativo pues cualquier persona o institución puede hoy interponer recursos de garantía, demandas de nulidad o de indemnización ante el Poder Judicial.

El peligro es que la ley se interprete como la creación de un nuevo procedimiento. De ocurrir ello, en el caso de las medidas administrativas relacionadas a los proyectos eléctricos, mineros y de irrigaciones, dicha impugnación paralizaría los procedimientos administrativos de evaluación y aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental respectivos, en tanto que los procedimientos de consulta formarían parte del procedimiento administrativo de evaluación y aprobación de dichos estudios.

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

Al respecto, cabe señalar que el Convenio 169 habla de pueblos indígenas, pues éstos *"son distintos de otros sectores de la colectividad nacional por sus condiciones sociales, culturales y económicas"* o están regidos por sus propias costumbres, en las mismas condiciones de los "pueblos originarios" que son su antecedente. Caso claro es el de las etnias amazónicas y/o grupos no contactados, que requieren un tratamiento especial.

La comunidad andina, como institución española existente en Castilla e impuesta por la legislación virreynal en 1570, está sustantivamente vinculada a la ciudad, al comercio y a los servicios del Estado, superponiéndose en muchos casos los distritos con las comunidades. Más aún, algunas comunidades costeñas aún existentes en lo formal, actúan como empresas inmobiliarias en beneficio de sus dirigentes en el negocio de terrenos y playas. Lamentablemente, como está redactada la Autógrafa pueden reclamar ser "pueblos originarios" y reivindicar su derecho a "dar consentimiento" a obras públicas o al ejercicio de la Nación sobre los bienes del subsuelo.

Además, la Ley debe precisar claramente la diferencia entre los territorios de propiedad pública en la Amazonía y las áreas asignadas en propiedad a las