

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y ORIGINARIOS, EN EL PERÚ

Carla Lorena Rojas Gutiérrez²

INTRODUCCIÓN

El Perú fue uno de los primeros países en ratificar el Convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo (OIT) (1995)³, asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas (2007); a pesar de esto el gobierno no solo ha sido reacio, sino inclusive contrario a la aplicación.

En la actualidad tenemos políticas claras a favor de las grandes industrias, podemos ver una serie de retrocesos e incumplimiento de derechos colectivos e individuales que garanticen el respeto del territorio y de los recursos existentes donde se ubican estos pueblos.

Un informe de la Defensoría del Pueblo de mayo del 2011, revela que el 51 % de los conflictos que vemos a través de los años 2004 hasta el 2007, tienen naturaleza socio-ambientalista, y estos han generado y generan crisis y violencia que desestabilizan al país (Pueblo, 2011).

² Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú.

³ Mediante Resolución Legislativa N° 26253

El caso Bagua en el año 2009, impacto en la población nacional dejando muchos fallecidos y heridos, se podría decir que estos hechos obligaron al gobierno incorporar en la agenda pública la discusión acerca del cumplimiento del derecho a la consulta previa por parte de este, cuya inobservancia generaba estos conflictos.

Esta ley mediante una adecuada aplicación, puede solucionar y fomentar la inclusión de los pueblos indígenas a una legislación nacional.

1. BASE CONSTITUCIONAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, ARTÍCULO 2, INCISO 19.

Este es un derecho donde se reconoce la identidad étnica y cultural. El estado debe reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural.

Este derecho va más allá de la simple protección del nombre o de la integridad psicosomática, el derecho de cada uno a su propio ser, estos concepto están estrechamente vinculados con la dignidad, con la libertad de la persona, el respeto a su identidad étnica y cultural, que comprende: el derecho a decidir sobre su propio desarrollo, el respeto a sus formas de organización, el derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción medida que se adopte y que pueda afectarles, el derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de

los planes, programas y proyectos en lo que deban tener participación (Jurídica, 2005) y la ejecución de este derecho respeta y promueve el derecho a consultar y ser consultado.

2. ANTECEDENTES:

Para que este sea reconocido, surgieron distintos hechos, distintas observaciones por parte de las entidades internacionales inclusive para así llegar como objetivo principal buscar la defensa y la ejecución de un derecho justo para los pueblos indígenas.

OBSERVACIÓN DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES:

La comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones - CEACR - de la OIT en el año 2009, solicitó al gobierno nacional, el establecimiento de las instituciones y mecanismos, que surgen una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y que se debía asumir los compromisos asumidos al firmar el convenio 169 de la OIT.

También avizoro que era necesario contar con mecanismos de participación y consulta a los pueblos indígenas, con el aporte directo de dichos pueblos.

POSTERIOR A BAGUA EN JUNIO DEL 2009:

Este fue un suceso que impacto mucho al país, se suscitaron hechos muy violentos, donde los pobladores reclamaban al gobierno el rechazo a los decretos gubernamentales que buscaban ajustar el Tratado de Libre Comercio.

Luego de este suceso se creó el grupo nacional de coordinación para el desarrollo de los pueblos amazónicos, donde en mesas de trabajo formularon propuestas consensuadas acerca de la consulta.⁴

A la par en el congreso se presentaron hasta seis proyectos donde se buscaba reglar el derecho a la consulta, siendo votado en el pleno del congreso en mayo del 2010 un documento definitivo⁵. Con esta aprobación después de 15 años de la ratificación del convenio 169 por fin se tendría una consulta previa, pero el gobierno decidió paralizar el proyecto y regresarla al ejecutivo para que incorpore sus observaciones.

En el año 2011, el 30 de agosto se concreta la LEY DE CONSULTA PREVIA, dentro de nuestra legislación, de esta hablaremos posteriormente.

⁴ Podemos ver el documento en : http://www.servindi.org/pdf/Mesa_Dialogo_3.pdf

⁵ Podemos ver el documento en : http://justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc20052010-182856.pdf

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Para que este derecho y esta ley se han planteado o existen distintos fundamentos jurídicos en este caso tomaremos el principal que es el Convenio 169 de la OIT y las referencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.

CONVENIO 169 DE LA OIT:

El derecho a la consulta es considerado como fundamental para el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, en nuestro país este se encuentra vigente a partir del 02 de febrero del 2005 tras su ratificación mediante resolución legislativa N° 26253, éste es de índole de derechos humanos así conforme a lo establecido con el Art. 55 de la constitución posee un rango constitucional. Y tal como lo menciona el Art. V de Código Procesal Constitucional.

Mediante este derecho lo que busca es que los pueblos puedan asumir el control de sus institución, sus formas administrativas y de su desarrollo económico, a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN EL TC:

Debido a que esta tiene un rango constitucional en los últimos 4 años, hemos visto 12 sentencias, pero solo dos casos fueron aceptados y los demás fueron declarados infundados.

Estos son el caso cordillera escalera y el caso aidesep II, donde se reconoce el rango de constitucionalidad y se solicitaba una serie de consideraciones que se deben tomar en cuenta, para el reconocimiento étnico y cultural de los pueblos; En el primero de los casos queda prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera y en la segunda se ordena al Ministerio de energía y minas que implemente mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida y exhorta al congreso a legislar sobre el tema.

4. EL DERECHO A LA CONSULTA:

El derecho a la consulta es un derecho colectivo de los pueblos indígenas que permiten la participación activa antes de la aprobación de una medida legislativa o administrativa y antes de la autorización de proyectos de desarrollo de gran envergadura. Este derecho efectiviza el respeto de los pueblos indígenas a determinar sobre las prioridades para su desarrollo, por

ello no puede ser entendido como un mero proceso de información sino como un proceso de dialogo.

Debido a su naturaleza de defensa de derechos humanos, de por sí ya es una norma autoaplicativa de acuerdo a la Constitución Política del Perú Art. 55⁶ (Jurídica, 2005)

5. COMPARACIÓN CON DEL DERECHO A LA CONSULTA CON OTROS DERECHOS:

Muchas veces a este se le relaciona con otros derechos pero debemos entender que estos son diferentes entre sí, cada uno tiene particularidades que los distinguen.

CONSULTA Y PARTICIPACIÓN:

El derecho de participación es más amplio que el de consulta; en el artículo 31 y 32 de la constitución política del Estado, este es reconocido como un derecho individual.

⁶ Artículo 55 de la Constitución Comentada

CONSULTA E INFORMACIÓN:

El derecho de información es parte del derecho de consulta para así llegar a la decisión, esta es una característica imprescindible, que fomenta la generación de un dialogo entre la ciudadanía y el gobierno.

CONSULTA Y AUTODETERMINACIÓN:

Durante mucho tiempo los estados concibieron que los territorios- y los propios pueblos indígenas se encontraran bajo su dominio y tutela absoluta, de ahí que se entendieron bajo su dominio y expuestos a su sola decisión. (Yrigoyen, 2009). Los pueblos tienen el derecho a elegir que es lo mejor para ellos.

6. LEY DE CONSULTA PREVIA:

Durante su campaña política el actual presidente Ollanta Humala, dentro de sus promesas declaro la aprobación de una ley de consulta previa, esta fue aprobada en el congreso por unanimidad, en su mayoría recoge muchos aspectos positivos y algunas controversias con respecto del convenio 169 de la OIT.

DEFINICIÓN DE CONSULTA PREVIA: Se continúa la forma establecida en el Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT con algunas variaciones. Se deberá consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevea medidas legislativas, administrativas que afecten directamente sus

derechos colectivos, su existencia física su identidad cultural, su calidad de vida o desarrollo. Así mismo cuando los programas o proyectos de alcance nacional o regional afecten directamente.⁷

Son dos sujetos que actúan en el proceso de esta ley:

SUJETO ACTIVO DE LA CONSULTA: EL ESTADO: De ninguna manera se debe entender que el estado puede compartir su obligación con las empresas privadas que plantean realizar actividades en nuestro país, y este debe actuar imparcialmente.

SUJETO PASIVO: LOS PUEBLOS INDÍGENAS: En la constitución se les reconocen en el Art. 83 como **comunidades campesinas o nativas**, y estas son reconocidas como organizaciones representativas de los pueblos indígenas del Perú.

Después de muchos años a nivel internacional se les reconoce derechos, por ellos ya asumida la desigualdad en que viven se afirmó la necesidad de otorgar derechos que busquen poner fin a estas circunstancias de discriminación. (OIT, 2009). Son distintos criterios para definir cuales son los pueblos indígenas:

⁷ Art. 3 , del convenio 169 de la OIT

Criterios objetivos

- Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional
- Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan
- Instituciones sociales y costumbres propias
- Patrones culturales y modo de vida de distintos a la de los otros sectores de la población nacional.

Criterio subjetivo

- Identidad indígena u originaria

Estos son los criterios para determinar a los sujetos de derecho, la diferencia con el convenio es la descendencia directa, al reconocerlos a estos como sujetos de derecho directamente, y que sean incluidos ya en la sociedad, como no ha sido así durante este tiempo esta ley debería ayudar a redefinir visiones de los propios pueblos y comunidades.

OBJETO A CONSULTAR. Deben ser medidas legislativas, administrativas y los proyecto a gran escala que sean susceptibles de causar afectación en dichos pueblos.

ETAPAS DE LA CONSULTA: Podemos identificar siete etapas claras dentro de la ley:

1. identificación de la medida administrativa y legislativa que debe ser consultada la entidad estatal asignada será la única con la facultad de ejercer esta consulta, también las instituciones y organizaciones representativas de dichos pueblos pueden solicitar, pero debemos tomar en cuenta que solo la entidad estatal debe ser la promotora para que se realice.
2. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
3. Publicidad de la medida legislativa o administrativa, se deben poner en conocimientos a los sujetos, a través de métodos y procedimientos culturalmente adecuados, teniendo en cuenta la geografía y el ambiente en el que habitan dichos pueblos. Se debe poner en conocimiento todo con un monitoreo adecuado.
4. Información sobre la medida legislativa o administrativa y esta debe ser con previa anticipación.
5. Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas, a este se le debe dar un tiempo razonable para hacer una análisis acerca de los alcances que conlleve esta decisión.
6. Proceso de diálogo intercultural entre los representantes del estado y los representantes de los pueblos, tanto sobre los efectos de las medidas, sus consecuencias con respecto a los derechos de los pobladores, así como las soluciones y sugerencias que estos formulen.

7. La decisión final si es que no se llegase un acuerdo le corresponde a las entidad estatal promotora, en este caso se deberá tomar en cuenta las opiniones planteada previamente por los pueblos consultados.

DISEÑO DEL ORGANISMO ESTATAL ESPECIALIZADO:

En esta ley el Viceministro de interculturalidad, es quien debe actuar como órgano técnico especializado en materia de pueblos indígenas y tiene básicamente cinco funciones.

1. Brindar asistencia técnica acerca de la consulta previa.
2. Capacitar a los funcionarios estatales y a los pueblos sobre la implementación de dicha ley.
3. Mantener un registro de las organizaciones e instituciones representativas de los pueblos.
4. Llevar una base de datos de los acuerdos alcanzados en los procesos de consulta previa.
5. Emitir opinión de oficio a pedido de la entidad estatal facultada para solicitar la consulta sobre la calificación de la medida que se intenta dar.

CARACTERÍSTICAS DE LA PRESENTE LEY:

- Esta debe entenderse como un proceso de dialogo entre los representantes de los poderes estatales y los pueblos indígenas, buscando la reducción de conflictos, esto no solo implica el derecho

de reaccionar, sino también el derecho de proponer, dar la autonomía a las comunidades para elegir sus representantes; esto no es hacer talleres ni reuniones aisladas, sino es fomentar un dialogo por ambas partes, mediante un proceso adecuado donde se fortalezca la confianza e igualdad de condiciones entre ambas partes.

- Esta debe ser de buena fe y respetando las costumbres, para crear una verdadera participación, sobre la base de principios de confianza y respeto mutuo entre ambos y con miras a obtener un acuerdo consensuado. La utilización y búsqueda de mecanismos adecuados, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, temporales e institucionales existentes.

DESAFÍOS:

- ☞ Las comunidades, deben fortalecer su organización, eligiendo representantes con las facultades morales e intelectuales, para evitar la violencia ‘y clarificar sus peticiones para mostrar con voz propia sus decisiones.
- ☞ Resulta necesaria una entidad especializada en los alcances del derecho de consulta así como la realidad de los pueblos indígenas, para el desarrollo de estos.
- ☞ Con respecto a la constitucionalidad de este convenio Bank afirma que en tanto se traten de derechos reconocidos mediante tratados de derechos humanos ratificados por el estado, se ha reconocido dicha

norma como parte de su ordenamiento jurídico nacional y a esta se le podría calificar como autoaplicativa. (Bank, 2009), también debe tomarse en cuenta que a pesar de que la convención 169 fue ratificada a partir del año 1995, el gobierno solicita que a ley en cuestión solamente sea tomada en cuenta a partir de la promulgación de esta, lo que causa gran debate, debido a que los conflictos sociales actuales se están dando porque solicitan que la ya vigente Ley, deben ser revaluada⁸ (Correa, 1999).

- ✎ Esta ley debe ampliarse, no ser solo para las reconocidas comunidades campesinas, sino a centros poblados, caseríos, que se vean afectados con la medida legislativa o el proyecto de gran envergadura que se intenta plantear.

CONCLUSIONES

- ✓ Esta ley debe tomarse como un instrumento para afianzar la democracia en nuestro país, la verdadera inclusión social entre todos, incluyendo a los pueblos que muchas veces han sido excluidos de las decisiones gubernamentales; no solo hacia los pueblos indígenas, sino a cada uno de los pueblos, caseríos, centros poblados, que esta medida les afecte; así además de lograr un afianzamiento de democracia, conseguiremos un participación activa por parte de cada uno de estos.

⁸ Artículo 3 y Cuarta disposición final de la Constitución Política del Perú.

- ✓ Para lograr el óptimo desarrollo de esta ley se debe capacitar y sobre todo fomentar por parte de Estado a estas comunidades.
- ✓ En la actualidad aún no se tiene ninguna situación de consulta previa y la ley solo la acepta a partir de su promulgación, lo cual sonaría un poco contrario al convenio 169 de la OIT ya que este fue ratificado por la legislación peruana en el año 1995 y debido a lo establecido en la Constitución Política del Perú artículo 55: los tratados tiene rango constitucional, podría resultar contraproducente, debido a que los problemas actuales son surgidos por la ausencia de una consulta previa.
- ✓ Sin mostrar una justificación pero, debido a los actuales problemas que vemos donde se vulneran los derechos de los pueblos, esos han sido excluidos en las tomas de decisión estatales, oprimidos en cuanto al respeto a su cultura e inclusive teniendo una actitud racista hacia ellos. Muchas veces su única solución la ven en protestar de modo violento para ser escuchados, recibiendo la mayoría de veces respuestas también violentas y represivas.
- ✓ Este artículo va más allá, de estar a favor o en contra de ciertas medidas planteadas por el Estado, se trata de defender y promover EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA y sobre todo a aquellos pueblos, donde el valor de sus tierras, de sus costumbres es más fuerte, donde sus lazos son más estrechos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- Bank, R. (2009). Tratados Internacionales de Derechos Humanos bajo el ordenamiento alemán. *Ius el Praxis*, 9.
- Correa, M. R. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. En M. R. Correa, Estudio de la Constitución Política de 1993 (pág. 552). Lima: Fondo editorial PUCP.
- Jurídica, G. (2005). La Constitución Comentada. Lima: Gaceta Jurídica.
- OIT, G. p. (2009).
- Pueblo, D. d. (Mayo de 2011). Pagina Oficial de la Defensoría del Pueblo. Recuperado el 20 de Mayo de 2012, de Pagina Oficial de la Defensoría del Pueblo: www.defensoria.gob.pe
- Yrigoyen R (2009) De la tutela a los derechos de Libre determinación del desarrollo participación, concusta y consentimiento. En R. Yrigoyen. Lima: IIDS.

INFORMES:

- Observaciones de la comisión de expertos para la aplicación de convenios y Recomendaciones la OIT, Febrero, 2010, disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2010.htm>

LEGISLACIÓN:

- Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
- Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT.

- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- Constitución Política del Perú
- Código Procesal Constitucional
- Ley N° 28611, Ley General del Ambiente
- Ley 28736, Ley de protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y situación de contacto inicial.

JURISPRUDENCIA:

- Sentencia del Tribunal constitucional N° 0047 - 2004 – AI/ TC
- Sentencia del Tribunal constitucional N° 0025 - 2005 – PI/ TC
- Expediente N° 03343-2007-PA/TC.
- **STC 06316-2008-PA/TC (Caso Aidesep)**