



PERÚ

Ministerio de Cultura

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

36993

San Borja, 25 ENE. 2019

OFICIO N° 000050 -2018-DM/MC

Señor

WILBERT GABRIEL ROZAS BELTRÁN

Presidente

Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología

Congreso de la República

Plaza Bolívar s/n, Lima

Presente.-



Asunto: Opinión sobre Proyecto de Ley N° 3492/2018-CR, "Ley que eleva a rango de Ley la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas".

Referencia: Oficio P.O. 167-2018-2019/CPAAAE-CR, Exp. 114032

De mi especial consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual solicita la opinión del Sector Cultura sobre el Proyecto de Ley N° 3492/2018-CR, "Ley que eleva a rango de Ley la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas".

Al respecto, tengo a bien remitir, para su consideración y fines, el Informe N° 900127-2018-CDR/OGAJ/SG/MC, elaborado por la Oficina General de Asesoría Jurídica de este Ministerio.

Hago propicia la oportunidad para expresarle las seguridades de mi mayor consideración y estima personal.

Atentamente,

ROGERS MARTIN VALENCIA ESPINOZA
MINISTRO DE CULTURA





PERÚ

Ministerio de Cultura

Firmado por: DURAND RUIZ Cynthia Janelle FAU 20537630222 soft
Fecha: 2018.12.28 16:09:33 -05:00
Motivo: Soy el Autor del Documento

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Lima, 28 de Diciembre de 2018

INFORME N° 900127-2018-CDR/OGAJ/SG/MC

Para : **PERCY CURI PORTOCARRERO**
Director General
Oficina General de Asesoría Jurídica

De : **CYNTHIA DURAND RUIZ**
Asesora Legal
Oficina General de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión sobre Proyecto de Ley N° 3492/2018-CR, "Ley que eleva a rango de Ley la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas".

Referencia : a) Oficio P.O. 167-2018-2019/CPAAAAE-CR
b) Oficio N° 211-2018-2019/CRREE-CR

Por el presente me dirijo a usted, en relación a los documentos de la referencia, a fin de informar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

- 1.1. Con Oficio P.O. 167-2018-2019/CPAAAAE-CR recibido el 18 de octubre de 2018, la Presidencia de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República, requirió al Ministerio de Cultura opinión sobre el Proyecto de Ley N° 3492/2018-CR, "Ley que eleva a rango de Ley la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas" (en adelante, Proyecto de Ley).
- 1.2. A través del Oficio N° 211-2018-2019/CRREE-CR recibido el 30 de noviembre de 2018, la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República, requirió al Ministerio de Cultura opinión sobre el Proyecto de Ley
- 1.3. Mediante Hoja de Elevación N° 900077-2018/DGCI/VM/ MC de fecha 26 de noviembre de 2018, la Dirección General de Ciudadanía Intercultural, hizo suyo el Informe N° 900005-2018-PEC/DGCI/VM/ MC de fecha 23 de noviembre de 2018, por medio del cual se emitió opinión sobre el Proyecto de Ley.
- 1.4. Por Informe N° 900121-2018/DGPI/VM/ MC de fecha 18 de diciembre de 2018, la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas emitió opinión sobre el Proyecto de Ley.
- 1.5. A través del Memorando N° 900184-2018/VM/ MC de fecha 19 de diciembre de 2018, el Despacho Viceministerial de Interculturalidad remite el expediente a la Oficina General de Asesoría Jurídica para opinión.

813



II. BASE LEGAL:

- 2.1. Constitución Política del Perú.
- 2.2. Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura.
- 2.3. Decreto Supremo N° 005-2013-MC, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura.
- 2.4. Resolución de Secretaría General N° 083-2015-SG/MC, que aprueba la Directiva N° 008-2015-SG/MC "Procedimiento para la atención de pedidos de información y solicitudes de opinión de Proyectos de Ley formulados por los Congresistas de la República ante el Ministerio de Cultura"; modificada por Resolución de Secretaría General N° 171-2017-SG/MC.

III. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA:

El Proyecto de Ley tiene por objeto elevar a rango de Ley de la República los 46 artículos de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado en el Sexagésimo Primer Periodo de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), realizada en Nueva York, el día 13 de setiembre de 2007 (107 sesión plenaria).

En tal sentido, el artículo 2 establece que los poderes públicos del Estado adecúan su respectiva normatividad, políticas públicas, programas y proyectos, a fin de desarrollar el cumplimiento de la referida Declaración

IV. ANÁLISIS:

- 4.1. Conforme al numeral 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

En tal sentido, el artículo 88 de la acotada Carta Magna refiere que el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta, además el artículo 89 establece que las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

- 4.2. De acuerdo al artículo 4 de la Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura, las áreas programáticas de acción sobre las cuales este ejerce sus competencias, funciones y atribuciones para el logro de los objetivos y metas del Estado son: a) Patrimonio Cultural de la Nación, Material e Inmaterial; b) Creación cultural contemporánea y artes vivas; c) Gestión cultural e industrias culturales; y d) Pluralidad étnica y cultural de la Nación.

El literal k) del artículo 7 de la norma antes citada, establece como función exclusiva del Ministerio de Cultura, respecto de otros niveles de gobierno,



planificar, concertar, articular y coordinar con los niveles de gobierno que corresponda las actividades de fomento, asistencia técnica, apoyo y consulta popular para el desarrollo integral de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuano.

4.3. Por otro lado, de acuerdo con lo señalado en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Ministerio de Cultura, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2013-MC, se establecen las siguientes funciones:

- El artículo 84 establece que *“La Dirección General de Ciudadanía Intercultural es el órgano de línea encargado del diseño y la ejecución de políticas integrales de interculturalidad, de defensa, protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas y población afroperuana, promoviendo la pluralidad étnica y cultural, construyendo una ciudadanía intercultural y combatiendo la discriminación étnico-racial. Ejerce su labor en coordinación con la Alta Dirección del Ministerio y sus demás órganos”*.
- El artículo 90 dispone que: *“La Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas es un órgano de línea de ámbito nacional encargado de proponer coordinar, evaluar y supervisar con la Alta Dirección del Ministerio y demás órganos del Ministerio la política nacional y las normas de alcance nacional en materias relacionadas con la implementación del derecho a la consulta previa; con la protección, el desarrollo y la promoción de las lenguas indígenas del país; y con la población indígena en situación de aislamiento y contacto inicial”*.

4.4. En tal sentido, por Informe N° 900005-2018-PEC/DGCI/VMI/MC la Dirección General de Ciudadanía Intercultural emitió opinión sobre el Proyecto de Ley, señalando lo siguiente:

- La exposición de motivos del Proyecto de Ley refiere que la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNUDPI) no tiene fuerza vinculante, en tanto no es un tratado internacional. Al respecto, se advierte que si bien la DNUDPI no tiene fuerza vinculante, el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia recaída en el Expediente N° 0022-2009-PI/TC que *“las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. (...), conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, **al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas**”*. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que la DNUDPI es *“lo que en el Derecho Internacional se denomina como soft law, esto es, una guía de principios generales que **carecen de fuerza vinculante** y, por lo mismo, respecto de los cuales los Estados no tienen ninguna obligación jurídica, **pero que se considera que deberían observar a modo de criterios persuasivos**”*¹.
- En tal sentido, la DNUDPI sirve de fundamento para desarrollar el contenido de los derechos humanos de los pueblos indígenas.
- Cabe acotar, que de conformidad con el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, *“los derechos establecidos en este capítulo [Derechos Fundamentales de la persona] no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de*

¹ Tribunal Constitucional sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2009-PI/TC, FJ 14.

36
2



naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". El contenido de este artículo se interpreta sistemáticamente a la luz de los otros artículos de la Constitución.

- Igualmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú establece que *"las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú"*. En tal sentido, los derechos reconocidos en la Constitución, comprendiendo también los derechos de naturaleza análoga, deben interpretarse a la luz de lo dispuesto por la DNUDPI, entendiéndose que los derechos humanos, en el contexto de pueblos indígenas contemplados en la DNUDPI, forman parte del bloque de constitucionalidad de nuestra Constitución.
- Por lo tanto, se considera que **no resulta necesario otorgar a la DNUDPI rango de ley, sino en su lugar, se debe aprobar una disposición normativa que desarrolle los derechos que ella establece de modo que se asegure su efectividad y cumplimiento.**

4.5. Por su parte, la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas mediante Informe N° 900121-2018/DGPI/VMI/MC emitió opinión sobre el Proyecto de Ley, señalando lo siguiente:

- El Estado peruano cuenta con diversos instrumentos normativos para la protección de los derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios. En primer lugar, se encuentra el Convenio 169 de la OIT², vigente en el ordenamiento peruano desde el 2 de febrero del año 1995³, el mismo que ostenta rango constitucional en tanto los *"tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional"*⁴.
- Asimismo, la Constitución Política del Perú reconoce derechos colectivos a pueblos indígenas, si bien es cierto para diversos derechos colectivos utiliza el término comunidad nativa o campesina (artículos 88 y 89 de la Constitución), nuestro ordenamiento jurídico reconoce constitucionalmente la categoría de pueblos indígenas.
- El Estado peruano al haber ratificado el Convenio 169 de la OIT mediante Resolución Legislativa N° 26253, integró la categoría de pueblo indígena u originario a nuestro ordenamiento, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual establece que los derechos fundamentales se interpretan de conformidad con los tratados de derechos humanos.

² Sobre la consulta previa, en el artículo 6.1 del Convenio 169 de OIT se dispone que los estados deben *"consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente"*.

³ Lo cual, ha sido esclarecido por Tribunal Constitucional en las sentencias recaída en los Expedientes N° 00024-2009-PI y N° 00025-2009-PI.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33.



- Por otro lado, como consecuencia del proceso de reforma constitucional del año 2005⁵, en el artículo 191 de la Constitución Política del Perú se incorpora expresamente la categoría de “pueblos originarios” como un colectivo al cual se le debe hacer accesible su representación en los procesos de elecciones populares para la elección de Consejos Regionales y Municipales.
- En ese sentido, el marco constitucional vigente garantiza el contenido constitucionalmente protegido del derecho colectivo a la libre autodeterminación o autonomía, el derecho a la identidad cultural, el derecho a la participación, el derecho a la consulta previa, el derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo, el derecho a conservar sus costumbres e instituciones, el derecho a la jurisdicción especial, el derecho a la tierra y al territorio, el derecho a los recursos naturales, el derecho a la salud intercultural, el derecho a la educación intercultural, y a la lengua/idioma⁶, entre otros, en atención a lo estipulado en el artículo 3 de la Constitución⁷.
- Tal como señala la exposición de motivos del Proyecto de Ley, el Tribunal Constitucional ha establecido que las Declaraciones, al no ser un tratado, no tienen *corpus iuris* de vinculación obligatoria⁸; más bien, constituye una herramienta jurídica cuya fuerza normativa es de *soft law*⁹, pues las declaraciones “representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone”, siendo la obligación del cumplimiento, de naturaleza moral y política para todos los Estados miembros de la ONU¹⁰.

⁵ Artículo Único de la Ley N° 28607.

⁶ LANDA, Cesar. Derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Lima: Ministerio de Cultura, 2016. Pág. 43-49.

⁷ Asimismo, el marco legal desarrolla el contenido de los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas. Particularmente, en el caso del derecho a identidad cultural de los pueblos indígenas a través de la protección y fomento de sus lenguas originarias se destaca la aprobación de la Ley N° 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú y de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2016-MC.

En el caso del derecho a la consulta previa, a partir del Convenio 169 de la OIT, se aprueba la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual desarrolla el contenido, los principios y las etapas del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios. Su Reglamento se aprobó por Decreto Supremo N° 011-2012-MC

Sobre el derecho a las tierras y territorio, así como el derecho a los recursos naturales de los pueblos indígenas, a nivel legal se cuenta con el Decreto Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-79-AA, que disponen la titulación de las áreas ocupadas por la población indígena amazónica, a través de comunidades nativas. En el supuesto de las comunidades campesinas, se cuenta con la Ley N° 24656, Ley de Comunidades Campesinas y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-91-TR.

Cabe destacar que el marco legal forestal brinda una garantía particular que sitúa en una posición preferente a las comunidades nativas sobre sus tierras y territorio con aptitud forestal, posición que cumple con garantizar su derecho a las tierras y territorio y acceso a recursos naturales, distinto al resto de la sociedad, como se observa en los artículos 75, 76, 79, 81 y 83 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre N° 29763.

Asimismo, los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial cuentan con una legislación especial por la particular situación de vulnerabilidad inmunológica, social y cultural en la que se encuentran: la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, Ley N° 28736 y su Reglamento aprobado con el Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES y modificado con el Decreto Supremo N° 008-2016-MC, así como también el Decreto Legislativo N° 1374 que establece el Régimen Sancionador por incumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 28736.

Adicionalmente, cabe destacar que el Estado peruano también ha aprobado políticas específicas para la implementación y garantía efectiva de derechos colectivos de pueblos indígenas a través de instrumentos normativos. Entre ellos se encuentran la aprobación de la Política Nacional de Lenguas Originarias, Tradición Oral e Interculturalidad mediante el decreto Supremo N° 005-2017-MC, la aprobación de la Política Nacional para la Transversalización del Enfoque Intercultural aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2015-MC y la aprobación de la Política Sectorial de Educación Intercultural y Educación Intercultural Bilingüe aprobada mediante Decreto Supremo N° 006-2016-MINEDU.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.° 0022-2009-PI/TC.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.° 0022-2009-PI/TC.

¹⁰ Charters, Claire y Rodolfo Stavenhagen (eds.), El desafío de la declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas. IWGIA, Copenhague, 2010, págs.147-148.



- En ese sentido, el Reglamento de Consulta Previa establece que el Viceministerio de Interculturalidad toma en consideración la DNUDP para el ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado (artículo 1.4 del artículo 1 del Reglamento de la Ley N° 29785).
 - Sin perjuicio de lo anterior, se acota que el efecto jurídico de la DNUDP como *soft law* puede abarcar el ámbito interpretativo del marco jurídico vigente sobre derechos de los pueblos indígenas u originarios, como se puede observar en el fundamento 23 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01126-2011-HC/TC. Por lo tanto, constituye un instrumento orientado a promocionar y proteger los derechos humanos reconocidos a los pueblos indígenas como derechos colectivos.
 - De otro lado, se advierte que el Proyecto de Ley no desarrolla las consecuencias jurídicas de elevar la DNUDP a rango de Ley, por lo que se recomienda precisar en la exposición de motivos el alcance de los derechos colectivos de los pueblos indígenas a partir de otorgar a la DNUDP rango de ley.
 - Finalmente, corresponde al Congreso de la República, en su calidad de entidad promotora, determinar si el Proyecto de Ley podría afectar directamente derechos colectivos de pueblos indígenas. Aspecto que debe desarrollarse en la exposición de motivos del proyecto normativo.
- 4.6. De acuerdo a lo señalado por la Dirección General de Ciudadanía Intercultural y la Dirección de Derechos de los Pueblos Indígenas existe normativa vigente, a nivel nacional e internacional que garantiza los derechos colectivos de los pueblos indígenas, por lo que el Proyecto de Ley debería estar orientado a desarrollar mecanismos que coadyuven la implementación de estos derechos.

V. CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto, estando a lo señalado por la Dirección General de Ciudadanía Intercultural y la Dirección de Derechos de los Pueblos Indígenas, **SE OBSERVA** el Proyecto de Ley N° 3492/2018-CR, de conformidad con lo referido en el presente informe.

VI. RECOMENDACIÓN:

Se recomienda remitir el presente informe al Despacho Viceministerial de Interculturalidad, para su consideración y fines que estime pertinentes.

Se adjunta proyecto de oficio de respuesta.

Atentamente,


Cynthia Durand Ruiz
Asesora Legal