



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Secretaría
General

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

Miraflores, 26 ABR. 2019

OFICIO N° 1491 -2019-JUS/SG

Señor

WILBERT GABRIEL ROZAS BELTRÁN

Presidente de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos,
Afroperuanos, Ambiente y Ecología
Congreso de la República

Presente.-



Referencia : a) Oficio P.O. N° 346-2018-2019/CPAAAAE-CR
b) Oficio N° D000633-2019-PCM-SG

De mi especial consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de saludarlo cordialmente y dar respuesta al oficio de la referencia a), a través del cual solicitó opinión técnico-legal sobre el Proyecto de Ley N° 3794/2018-CR “Ley que precisa el carácter vinculante de la consulta previa, libre e informada”.

En tal sentido, con la presente comunicación adjunto copia del Informe N° 018-2019-JUS/DGDH-DAIPAN-HTA, elaborado por la Dirección General de Derechos Humanos de este Ministerio, en atención a lo solicitado por su despacho, para su conocimiento y fines pertinentes.

Hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

.....
CARLOS ALBERTO CAVAGNARO PIZARRO
Secretario General
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

C.c. Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial
de Derechos Humanos y
Acceso a la Justicia

Dirección General de
Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales
Promoción y Adecuación Normativa

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

INFORME N° 018-2019-JUS/DGDH-DAIPAN-HTA

A: Gabriela Neira Hidalgo
Directora de Asuntos Internacionales, Promoción y Adecuación Normativa

De: Hugo Torres Armas
Analista en Derechos Humanos de la Dirección de Asuntos Internacionales,
Promoción y Adecuación Normativa

Asunto: Opinión técnica del proyecto de ley N° 3794/2018-CR, "*Ley que precisa el carácter vinculante de la consulta previa, libre e informada*"

Fecha: Miraflores, 15 de marzo de 2019

Referencia: a) Oficio N° D000633-2019-PCM-SG
b) Proveído N° 475-2019-JUS/GA
c) Proveído N° 222-2019-JUS/VMDHAJ
d) Proveído N° 225-2019-JUS/DGDH

Me es grato dirigirme a usted a fin de saludarla cordialmente y, a su vez, hacerle llegar el presente informe.

I. ANTECEDENTES

1. Que, mediante proyecto de ley N° 3794/2018-CR, a iniciativa del Congresista de la República Hernando Ismael Cevallos Flores, se presenta la propuesta legislativa que modifica e incorpora diversos artículos de 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 (en adelante, "*proyecto de ley*" o "*propuesta legislativa*").
2. Que, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República solicita la opinión técnica de la Presidencia del Consejo de Ministros sobre la referida propuesta legislativa.
3. Que, mediante documento a) de la referencia, la Secretaria General (e) de la Presidencia del Consejo de Ministros solicita al MINJUSDH remitir la opinión técnica de la propuesta legislativa, directamente a la Comisión congresal correspondiente.
4. En virtud de todo lo anterior, se remite el presente informe.

II. MARCO NORMATIVO





PERÚ

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

Dirección General de Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales Promoción y Adecuación Normativa

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

5. La normativa aplicable directamente a la presente temática consiste en:
 - i. Constitución Política del Perú, arts. 1º, 2º incisos 2 y 19, 89º, 149º y conexos.
 - ii. Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo.
 - iii. Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
 - iv. 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.
 - v. Decreto Supremo N° 001-2012-MC - Reglamento de la Ley N° 29785.
 - vi. Resolución Ministerial N° 202-2012-MC, que aprueba la Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios.

III. ANÁLISIS

3.1 Descripción del proyecto

6. El proyecto de ley N° 3794/2018-CR consta de cinco (5) artículos, los cuales principalmente modifican e incorporan diversos artículos a 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, en los siguientes términos:

Modificaciones planteadas por el proyecto de ley N° 3794/2018-CR a la Ley N° 29785

"Artículo 4. Principios

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

(...)

Autodeterminación. La consulta se orienta hacia la libre decisión de los pueblos indígenas u originarios de sus propias prioridades de desarrollo en lo económico, social y cultural."

"Artículo 15. Decisión

(...)

El Estado está obligado a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas u originarios en los siguientes supuestos:

- ***Traslado o desplazamiento del pueblo o comunidad.***
- ***Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas u originarios.***
- ***Planes, proyectos o actividades de inversión de alto impacto social, cultural o ambiental, que implique riesgo para la subsistencia o integridad de los pueblos indígenas u originarios, o grave afectación a sus derechos;***
- ***Cambios significativos en el uso de sus tierras.***

En tales casos, la decisión de los pueblos o comunidades tiene carácter vinculante.



TORRES A.



G. NEIRA H.



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial
de Derechos Humanos y
Acceso a la Justicia

Dirección General de
Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales
Promoción y Adecuación Normativa

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

Los acuerdos del resultado del proceso de consulta y la obligación de consentimiento, son exigibles en sede administrativa y judicial.”

“QUINTA [Disposición complementaria final].- *Recónocese la validez de las Consultas Comunales, Ciudadanas y Vecinales, realizadas dentro de los alcances de lo establecido en los artículos 6 y 7 del Convenio de la Organización Internacional del trabajo (OIT) número 169 sobre pueblos indígenas y tribales.*”

7. A la par, el proyecto de ley prevé una disposición sobre su entrada en vigencia (Segunda Disposición Complementaria Final), así como una única disposición complementaria derogatoria.
8. Como se observa, el propósito central de la propuesta –más allá de su título- es que en el marco del proceso de consulta, en determinados casos el Estado peruano esté obligado a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas u originarios.

3.2 Análisis de técnica legislativa

9. Tal como establece el Manual de Técnica Legislativa aprobado por el Congreso de la República (mediante Acuerdo de Mesa Directiva 242-2012-2013/MESA-CR), dado que el proyecto modifica e incorpora diversos artículos a la Ley N° 29785, éste debe seguir la fórmula “*Ley que modifica (...)*”¹ No es el caso del proyecto analizado, cuyo título es “*Ley que precisa el carácter vinculante de la consulta previa, libre e informada*”.
10. Igualmente, el referido Manual también establece que cuando una ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación, no es necesario incluir una disposición expresa sobre su entrada en vigencia.² Pese a ello, el proyecto de ley ha incluido una concreta disposición sobre este apartado (Segunda Disposición Complementaria Final), la cual resulta innecesaria.
11. Asimismo, la derogación prevista en la ley debe ser precisa y expresa, evitando por ende una derogación genérica indeterminada.³ Sin embargo, el proyecto prevé en su Única Disposición Complementaria Derogatoria lo siguiente: “*Derogase [sic] las normas que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley*”, lo cual evidentemente importa un (intento) de derogar el derecho vigente sin precisar las normas objeto de tal derogación.
12. Por lo tanto, en virtud de lo señalado, se concluye que la propuesta analizada no observa adecuadamente los estándares de técnica legislativa aplicables.



¹ Al respecto, véase: CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Dirección General Parlamentaria. *Manual de Técnica Legislativa*. Primera Edición. Lima: Biblioteca del Congreso de la República, febrero de 2013, pág. 27.

² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Dirección General Parlamentaria. *Manual de Técnica Legislativa*. Primera Edición. Lima: Biblioteca del Congreso de la República, febrero de 2013, pág. 32.

³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Dirección General Parlamentaria. *Manual de Técnica Legislativa*. Primera Edición. Lima: Biblioteca del Congreso de la República, febrero de 2013, pág. 35.



PERÚ

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministral de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

Dirección General de Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales Promoción y Adecuación Normativa

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

3.3 Análisis sobre las cuestiones de fondo

3.3.1 El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas

13. En principio, cabe recordar que el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), tratado del cual el Perú es parte desde 1995⁴, prevé lo siguiente:

“Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

(a) 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; (...)

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.” (Subrayado agregado)

14. En el mismo sentido, la Ley N° 29785 - ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, señala lo siguiente:

“Artículo 2. Derecho a la consulta

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. (...)”
(Subrayado añadido)

15. Como se observa, tanto a nivel nacional como internacional ha sido reconocido el derecho de los pueblos indígenas de ser consultados previamente con relación a aquellas medidas que les afecten de manera directa. Ello es así, con independencia de que tan favorable pueda parecer o resultar la medida a implementar. Lo contrario sería considerar que la consulta a la que tienen derecho los pueblos indígenas sería sólo respecto de aquello que, desde una visión occidental, se considere negativo a sus intereses, lo cual no sólo niega la letra y el espíritu de las normas internacionales y de derecho interno que regulan esta materia, sino que haría ilusorios los valores



⁴ Dicho tratado fue aprobado por el Estado peruano con Resolución Legislativa N° 26253 del 05 de diciembre de 1993. Su instrumento de ratificación fue depositado el 2 de febrero de 1994, por lo que entró en vigencia para el Perú el 2 de febrero de 1995.



PERÚ

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

Dirección General de Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales Promoción y Adecuación Normativa

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

constitucionales del diálogo intercultural así como el carácter multicultural y pluriétnico de la nación peruana⁵. En buena cuenta, tal posición perpetuaría una política de asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante, contraviniendo no sólo el derecho a la consulta previa e informada sino los propios fundamentos del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Ley Fundamental.

16. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha señalado aquellas medidas pasibles de ser consultadas en los siguientes términos:

"19. El artículo 6 del Convenio [N° 169 de la OIT] obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al aplicar las disposiciones del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. Y si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja -debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos-, frente a medidas legislativas la tarea resulta sumamente complicada. [...]

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 indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta.

23. Respecto al artículo 15 del Convenio, es de precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato esta [sic] directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. [...]

§ X. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta

37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta."⁶ (Subrayado agregado)



⁵ Concor. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Exp. N° 0042-2004-AI/TC, fundamento 1.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia recaída en el EXP. N.° 0022-2009-PI.



PERÚ

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

Dirección General de Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales Promoción y Adecuación Normativa

*"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"*

17. Por lo señalado, una primera conclusión es que las medidas administrativas o legislativas a cuya consulta previa tienen derecho los pueblos indígenas u originarios, son aquellas susceptibles de afectarles directamente, es decir, aquellas disposiciones idóneas con la potencialidad de alterar o afectar sus derechos colectivos. Así lo reconoce de manera expresa el ordenamiento jurídico peruano, concretamente, el Reglamento de la citada Ley N° 29785, al señalar:

"Artículo 3.- Definiciones

El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la Ley [N° 29785] y el Convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

b) Afectación Directa. - Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos."

i) Medidas Administrativas. - Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

(...)

j) Medidas Legislativas. - Normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas." (Subrayado agregado)

3.3.3 Sobre la propuesta de incluir el principio de autodeterminación como principio rector del derecho a la consulta previa

18. Como se mencionó líneas arriba, el proyecto de ley prevé incluir en la Ley N° 29785 el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, en los siguientes términos:

"Artículo 4. Principios

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

(...)

***Autodeterminación.** La consulta se orienta hacia la libre decisión de los pueblos indígenas u originarios de sus propias prioridades de desarrollo en lo económico, social y cultural." (Negritas añadidas)*

19. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

"23. [...] el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículos 3° y 4° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]. Ello no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas; por el contrario, ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el

⁷ MINISTERIO DE CULTURA. Decreto Supremo N° 001-2012-MC que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29785, Art. 3 incs. i) y j).



*"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"*

derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista. El objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo. Por lo tanto, el propio artículo 46° del DNUDPI establece específicamente una limitación -como todo derecho lo tiene- al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración "autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes". (Negritas agregadas)

20. Se observa que la propuesta planteada resulta concordante con los parámetros constitucionales y de derecho internacional aplicables, con la atinencia que, tal como refiere el máximo intérprete de la Constitución, el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas no importa reconocer el derecho o la facultad de quebrantar o menoscabar la integridad territorial o la unidad política de los Estados, tal como ha sido reconocido en el Art. 46 inc. 1 de la propia Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
21. Por tanto, resulta recomendable que la inclusión del principio de autodeterminación en la Ley N° 29785 también reconozca explícitamente los límites de tal derecho, esto es, la exclusión de cualquier elemento separatista o secesionista, en los términos previstos en el Art. 46 inc. 1 de la referida Declaración de la ONU, por lo que dicho principio sería definido de la siguiente manera:

Ley N° 29785:

"Artículo 4. Principios

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

(...)

Autodeterminación. La consulta se orienta hacia la libre decisión de los pueblos indígenas u originarios de sus propias prioridades de desarrollo en lo económico, social y cultural.

Nada de lo contenido en la presente Ley se interpretará en el sentido de que confiere a un pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política del Estado peruano." (La propuesta añadida por el MINJUSDH se encuentra en negritas).

3.3.4 Sobre la propuesta de que el Estado tenga el deber de obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas

22. Tal como se señaló *supra*, la propuesta busca modificar el Art. 15 de la Ley N° 29785, de la siguiente manera:

"Artículo 15. Decisión



H. TORRES A.



G. NEIRA H.



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos HumanosDespacho Viceministerial
de Derechos Humanos y
Acceso a la JusticiaDirección General de
Derechos HumanosDirección de Asuntos Internacionales
Promoción y Adecuación Normativa

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

(...)

El Estado está obligado a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas u originarios en los siguientes supuestos:

- *Traslado o desplazamiento del pueblo o comunidad.*
- *Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas u originarios.*
- *Planes, proyectos o actividades de inversión de alto impacto social, cultural o ambiental, que implique riesgo para la subsistencia o integridad de los pueblos indígenas u originarios, o grave afectación a sus derechos;*
- *Cambios significativos en el uso de sus tierras.*

En tales casos, la decisión de los pueblos o comunidades tiene carácter vinculante.

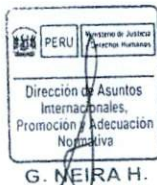
Los acuerdos del resultado del proceso de consulta y la obligación de consentimiento, son exigibles en sede administrativa y judicial." (Negritas añadidas)

23. Sobre el particular, si bien resulta indudable que el diálogo intercultural y la voluntad de llegar a acuerdos resulta más importante y necesario cuanto mayor sea la incidencia en los derechos colectivos de los pueblos indígenas, no es menos cierto que el propio Convenio N° 169 de la OIT no reconoce expresamente un derecho a veto por parte de los pueblos originarios en el marco del proceso de consulta. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano en el *Caso Gonzalo Tuanama Tuanama*:

"§ VIII. El derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas"

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 nitidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona."*⁸ (Negritas en el original, subrayado agregado).



⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Sentencia recaída en el EXP. N.º 0022-2009-PI, fundamentos jurídicos 24 y 25.



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial
de Derechos Humanos y
Acceso a la Justicia

Dirección General de
Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales
Promoción y Adecuación Normativa

*"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"*

24. Ahora bien, en la Exposición de Motivos del proyecto de ley se justifica la inclusión del deber estatal de la obtención del consentimiento, esencialmente por tres (3) fundamentos, a saber: i) el Art. 16 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo, ii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y iii) la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*.

25. Con relación al Art. 16.2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo, ésta es la única disposición que contiene una referencia expresa a una formulación muy precisa del consentimiento:

"Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados." (Subrayado añadido)

26. Como se observa, el texto expreso de la citada disposición reconoce que es posible, de manera muy excepcional y bajo cierto requisitos, que se traslade a los pueblos indígenas o tribales de las tierras que ocupan, aún "[c]uando no pueda obtenerse su consentimiento". Ello es concordante con los ya referidos parámetros constitucionales consagrados por el Tribunal Constitucional peruano en el *Caso Gonzalo Tuanama Tuanama*, en el sentido de que el derecho a la consulta no importa un derecho de veto de los pueblos indígenas.

27. Igualmente, si bien el derecho al consentimiento libre, previo e informado se encuentra reconocido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es necesario destacar que tal Declaración -a diferencia de lo que ocurre con un tratado de derechos humanos ratificado por el Perú- no es *per se* vinculante, sino que constituye una norma de efectos jurídicos limitados (*soft law*).

28. Así, sobre la naturaleza y vinculatoriedad de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el máximo intérprete de la Constitución ha referido que:

"7. Acerca de la DUNDPI, debe tenerse en cuenta que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó "La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas" con fecha 13 de septiembre de 2007, cuyo texto fue adoptado con 143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Dicho documento, consta de 46 artículos los cuales establecen principios jurídicos sobre los pueblos indígenas. Se trata de un instrumento de derecho internacional, debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado, por lo que no cabe la ratificación. No obstante ello, debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 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.





PERÚ

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

Dirección General de Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales Promoción y Adecuación Normativa

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

8. El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como soft law, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de soft law, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano.” (Subrayado agregado).

29. Dado que la citada Declaración establece, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, metas y objetivos de carácter no vinculante que la comunidad internacional se ha impuesto, su fuerza normativa u obligatoriedad no proviene de la Declaración en sí misma, sino en cuanto sus disposiciones hayan sido recogidas bien en el ordenamiento jurídico interno, o bien en un tratado de derechos humanos ratificado por el Estado peruano, o en otra fuente de derecho internacional público (como por ejemplo, la costumbre o las normas de *ius cogens*).
30. En tal sentido, la obligación estatal de obtener el consentimiento, previsto para ciertos supuestos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no importaría en la actualidad una obligación jurídica vinculante del Estado peruano, cuanto menos en virtud de dicha Declaración. No se trata, por ende, de excusar la protección de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o *infra* legal, sino a la falta de un mandato imperativo reconocido como tal a la luz de dicho instrumento internacional. Como muestra de lo anterior, el Art. 1.4 del Reglamento de la Ley N° 29785, prevé que “[e]l Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”¹⁰, lo cual reafirma el carácter orientativo del referido instrumento internacional en nuestro ordenamiento jurídico.

31. Sin embargo, tal como señala la Exposición de Motivos del proyecto de ley analizado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* afirmó lo siguiente:

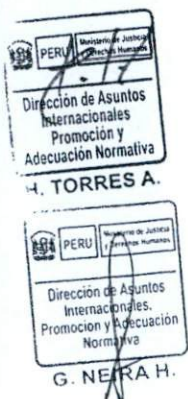
“(…) la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. (...)”¹¹

32. Pero no sólo ello: en la sentencia de interpretación del mismo caso, la Corte Interamericana expresó que “*dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se*

⁹ STC. Exp. N° 0022-2009-PI/TC, fundamentos 7 y 8.

¹⁰ MINISTERIO DE CULTURA. Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29785, Art. 3 incs. i) y j).

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134.





*"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"*

propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka". Así, explicó que "cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones"¹².

33. En las dos sentencias señaladas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación estatal de obtener el consentimiento, pero lo hizo a la luz de la situación concreta del Pueblo Saramaka, un pueblo tribal, no indígena. Así, en tales sentencias la Corte no reconoció expresamente la exigencia del consentimiento -en supuestos concretos- frente a la generalidad o la totalidad de los pueblos indígenas o tribales. Más aún, desde la emisión de las citadas sentencias referidas al Pueblo Saramaka, la Corte Interamericana ha conocido múltiples casos referidos al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas¹³, pero no ha vuelto a reiterar explícitamente la exigencia del consentimiento obligatorio, aún en los casos donde los peticionarios fundamentaron sus pretensiones en dicha obligación, como en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.¹⁴
34. No obstante lo anterior, tal como refiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe *"Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo"*:

"Varios pronunciamientos de los órganos de Naciones Unidas dan cuenta del consenso existente en torno a supuestos de la exigencia del consentimiento. Así, el CERD ha indicado en su Recomendación General No. 23 que "no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado". Ello ha sido aplicado en una variedad de proyectos, incluyendo de carácter extractivo: por ejemplo, operaciones de minería, petróleo y gas; extracción forestal; el establecimiento de áreas protegidas; represas; plantaciones agroindustriales; reasentamiento; y otras decisiones que afectan la situación de los derechos territoriales. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos, en el dictamen del caso de Ángela Poma Poma (Perú) de 2009, señaló que "las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas, guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional". Consideró además que "la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente



H. TORRES A.



G. MEIRA H.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 17.

¹³ Al respecto, ver: Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/decisiones/corteidh.asp> (Revisado el 14.03.2019)

¹⁴ En su escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas (de fecha 10 de septiembre de 2009), los representantes de las víctimas fundamentaron la violación de sus derechos, *inter alia*, por la ausencia del consentimiento libre e informado del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku (págs. 4 y 5). No obstante ello, en su Sentencia de Fondo y Reparaciones, la Corte Interamericana no recoge de manera explícita dicha pretensión de los representantes, ni reitera por ende la exigencia del consentimiento obligatorio, pese a que hace referencia continuamente a su Sentencia en el *Caso Saramaka*.



PERÚ

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

Dirección General de Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales Promoción y Adecuación Normativa

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad”¹⁵

35. Así, diversos órganos de los Sistemas Universal e Interamericano de Derechos Humanos han consagrado el deber estatal de obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. Más allá de la discusión sobre la vinculatoriedad de tales pronunciamientos dado el carácter cuasi-jurisdiccional de algunos de dichos órganos, lo cierto es que en la actualidad, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existe una tendencia cada vez más relevante y acentuada que busca consagrar el consentimiento obligatorio dentro del *corpus iuris* internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es un ejemplo claro de ello.
36. Más aún, el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura (MINCU), en el marco de la asistencia técnica que le brinda el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), revisó y publicó el documento: “Estándares de aplicación del Derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, el cual -recogiendo en lo pertinente las diversas fuentes de Derecho Internacional de los Derechos Humanos reseñadas líneas arriba- aseveró lo siguiente:

“Así, las circunstancias en las que, de acuerdo con los estándares internacionales, se requiere la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas, se refieren a los siguientes supuestos:

(i) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio;

(ii) cuando implique el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus tierras y territorios de forma permanente; y,

(iii) cuando se depositen o almacenen materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas.”¹⁶ (Subrayado agregado).

37. Como se observa en el documento del MINCU, la primera situación de consentimiento obligatorio recoge el estándar señalado por la Corte Interamericana en el *Caso Saramaka V.s. Suriname*, mientras que los otros supuestos han sido previstos en los Arts. 10 y 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En líneas generales, estos tres supuestos de consentimiento

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) *Informe: Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, párr. 184.

¹⁶ Ministerio de Cultura (2016) *Estándares de aplicación del Derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, pág. 54. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/07/Estandares-Applicacion-Derecho-Consulta-Previa-en-Sistema-Interamericano-de-DDHH.pdf> (Revisado el 14.03.2019). La elaboración del documento base estuvo a cargo del IDEHPUCP en el marco del Programa de Fortalecimiento de Capacidades de Magistrados y Magistradas de Cortes Superiores de Justicia sobre el derecho a la consulta previa a pueblos indígenas, proyecto apoyado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). Fue revisado y publicado en el marco de la asistencia técnica que el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) brinda al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura del Perú, mediante el Proyecto “Alianzas para el Diálogo: Prevención de conflictos sociales en el uso de recursos naturales.





PERÚ

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

Dirección General de Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales Promoción y Adecuación Normativa

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

obligatorio han incorporados *mutatis mutandis* en la propuesta legislativa analizada, sobre todo en los casos 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.

38. Por lo tanto, con plena observancia de los parámetros constitucionales e internacionales señalados *supra*, resulta necesario que el proyecto de ley analizado cuente con la respectiva opinión de los diversos sectores del Poder Ejecutivo, dado que un eventual reconocimiento del consentimiento obligatorio tendría amplios efectos en diversas materias (ambiental, propiedad intelectual, recursos genéticos, uso de tierras y recursos, reparación y compensación, etc.). Especialmente, se requiere la opinión del Ministerio de Cultura, por ser el directamente competente en materia de políticas sobre pueblos indígenas u originarios¹⁷, y dado que la propia Ley N° 29785 considera al Viceministerio de Interculturalidad como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo¹⁸.

3.3.5 Sobre la propuesta de reconocer las consultas no realizadas por el Estado

39. Finalmente, el proyecto pretende incluir una Quinta Disposición Complementaria Final en la Ley N° 29785, con el objeto de reconocer “la validez de las Consultas Comunales, Ciudadanas y Vecinales”. Sobre este particular, cabe recordar que según el Art. 2 de la citada Ley N° 29785, la consulta es implementada de forma obligatoria solo por el Estado. Es decir, tal como ha reconocido el MINCU, quien consulta es “[e]l Estado, en sus diferentes niveles de gobierno (nacional, regional y local) y a través de cualquiera de sus entidades de administración pública (...) Ninguna empresa ni entidad privada puede realizar procesos de consulta previa”.¹⁹ Por lo tanto, este extremo de la propuesta resulta inviable.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. En atención a los fundamentos señalados, el proyecto de ley N° 3794/2018-CR resulta viable, con las siguientes observaciones:
- Que se adecue a los estándares de técnica legislativa aplicables, por las razones señaladas en el apartado 3.2 del presente informe.
 - Que la inclusión del principio de autodeterminación en la Ley N° 29785 también reconozca explícitamente los límites de tal derecho, esto es, la



H. TORRES



G. NEIRA H.

¹⁷ Ministerio de Cultura. Reglamento de Organización y Funciones (aprobado por D.S. N° 005-2013-MC), Art. 11.1

¹⁸ 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. Primera Disposición Complementaria Final.

¹⁹ Ministerio de Cultura (2015) Derecho a la Consulta Previa. Guía Metodológica para la Facilitación de Procesos de Consulta Previa, pág. 11. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2016/07/Guia-Metodologica-para-la-Facilitacion-de-Procesos-de-Consulta-Previa.pdf> (Revisado el 14.03.2019).



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho Viceministerial
de Derechos Humanos y
Acceso a la Justicia

Dirección General de
Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales
Promoción y Adecuación Normativa

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

exclusión de cualquier elemento separatista o secesionista, en los términos señalados en el apartado 3.3.3 del presente informe.

- iii. Que, dado que el Ministerio de Cultura es el directamente competente en materia de políticas sobre pueblos indígenas u originarios, y que la Ley N° 29785 considera al Viceministerio de Interculturalidad como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se adhiere a la opinión que, en su oportunidad, remita el MINCU sobre la propuesta de incluir el consentimiento obligatorio en el Art. 15 de la Ley N° 29785.
 - iv. Que, se elimine la propuesta de reconocer las consultas no realizadas por el Estado, por las razones señaladas en el apartado 3.3.5 del presente informe.
2. Se recomienda remitir la presente opinión técnica al Despacho Viceministerial de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, para continuar el trámite correspondiente, a fin de dar respuesta al Congreso de la República.
 3. Se recomienda enfáticamente que el Congreso de la República solicite la opinión técnica del Ministerio de Cultura, así como de los Ministerios de Ambiente, Energía y Minas y otros que resulten concernidos.

Es todo cuanto se tiene que informar sobre la materia.


HUGO TORRES ARMAS

Analista en Derechos Humanos

Dirección de Asuntos Internacionales, Promoción y Adecuación Normativa

Visto el informe que antecede, la suscrita lo hace suyo.



GABRIELA NEIRA HIDALGO

Directora Asuntos Internacionales,
Promoción y Adecuación Normativa
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos