



Imprimir artículo Exportar a PDF  
Volver

## **Perú: “Con sus defectos Ley de Consulta debe ser promulgada” afirma experto constitucional**

Entrevista a Juan Carlos Ruiz Molleda\*

2 de setiembre, 2011.- Servindi entrevistó a Juan Carlos Ruíz Molleda, abogado con especialidad en derecho constitucional y derechos humanos, sobre las limitaciones o defectos de la nueva [autógrafa de Ley de Consulta aprobada el 23 de agosto](#) [1], y cuyo plazo de promulgación vence a los quince días de su recepción por el Poder Ejecutivo (la norma ingresó el 31 de agosto al despacho de la Presidencia del Consejo de Ministros).

Juan Carlos es miembro del Equipo del Instituto de Defensa Legal (IDL) y posee amplia experiencia de trabajo en derecho parlamentario, derechos humanos y acceso a la justicia.

**- ¿Cuál es tu apreciación sobre el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa que señala: “las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo”? ¿Crees que este texto restringe a algún sector indígena del país de su consideración como tal?**

En principio debemos de decir que el artículo 7 del proyecto aprobado por el Congreso debe interpretarse en concordancia con el artículo 1.b del Convenio sobre Pueblos Indígenas núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Ambas son parte de un solo ordenamiento jurídico.

Asimismo, la validez de cualquier ley de desarrollo legislativo dependerá de su conformidad con el Convenio 169 de la OIT, en atención a la jerarquía normativa constitucional de esta última norma.

No me parece que restringe, antes bien que desarrolla el contenido de la disposición del Convenio. Los nombres que pueden asumir los pueblos indígenas es un tema secundario, lo importante es que cumplan con los requisitos exigidos: ser descendientes de pueblos originarios, conservar total o parcialmente sus instituciones y la conciencia de ser parte de un pueblo distinto a los otros pueblos o a la mayoría cultural dominante. Ciertamente los pueblos indígenas no están en la congeladora, cambian evolucionan, reelaboran y no por eso dejan de ser pueblos indígenas.

**- Otra observación se encuentra en el artículo 15, en el que se señala: “la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente”. Algunos sectores ven en esto “más de lo mismo”, es decir, que el Estado seguirá haciendo lo que quiere por encima de la voluntad de los pueblos y comunidades indígenas. ¿Qué opinas al respecto?**

Sobre esto percibo mucha confusión. Hay que diferenciar el consentimiento como un objetivo que todo proceso de consulta debe intentar alcanzar de buena fe, y otra cosa es la obligación del Estado de -además de consultar- lograr el consentimiento de los pueblos indígenas en algunos casos muy concretos. Sobre lo primero hay un acuerdo sobre lo segundo no.

La regla es que si no hay acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas, la decisión última la tiene el Estado. Esta es la regla general. Sin embargo, hay dos excepciones a la regla. La primera está contenida en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT. Según ésta, cuando la medida implique el desplazamiento de los mencionados pueblos indígenas, se debe obtener el consentimiento.



La segunda excepción ha sido desarrollada por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Saramaka cuyos fundamentos son vinculantes para el Estado peruano de conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Según dicha corte internacional, cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de los pueblos indígenas el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. Incluso la mencionada corte ha desarrollado un conjunto de criterios para precisar cuándo estamos ante proyectos que generan “mayor impacto”.

### **- ¿O sea que tener la última palabra no faculta al Estado a adoptar medidas arbitrarias?**

Exacto. Si bien el Estado tiene la última palabra cuando no hay acuerdo con los pueblos indígenas, no se trata de un poder absoluto e ilimitado, que los autoriza a violar los otros derechos constitucionales de los pueblos indígenas.

En primer lugar el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar en sus sentencias vinculantes que sus decisiones deben ser motivadas y fundamentadas, de lo contrario devienen en arbitrarias y en inconstitucionales. Pero no solo esto, además deben demostrar que las decisiones del Estado están orientadas al interés público, lo cual es diferente al interés privado, legítimo por cierto.

Asimismo, como muy bien lo señala el artículo 59 de la Constitución, la libertad de empresa no es un derecho absoluto por encima de otros derechos. Esta debe ser ejercida sin violar o menoscabar otros derechos o bienes jurídicos constitucionales. Los derechos se delimitan entre ellos.

En tal sentido, la decisión del Estado de realizar la medida consultada tendrá que respetar los otros derechos de rango constitucional de los pueblos contenidos en el Convenio 169 de la OIT como el derecho a la tierra y a la propiedad, a la identidad cultural, a los recursos naturales, a priorizar sus formas de desarrollo, etc.

### **- ¿Qué debe suceder ante una colisión de derechos?**

El mandato constitucional no es que se imponga unos derechos sobre otros (por ej. la libertad de empresa sobre los derechos de los pueblos indígenas) sino que se armonicen los derechos cuando estos entran en tensión o conflicto.

Ahora, si no es posible armonizar los derechos en juego, deberán de optarse por aquellos derechos, principios o bienes jurídicos constitucionales que tienen una conexión más directa con la dignidad humana, la vida y la salud. Para ello se debe echar mano a la técnica de la ponderación judicial y al principio de proporcionalidad. Queda claro entonces que el Estado no tiene un poder absoluto.

### **- La segunda disposición complementaria pretende consagrar la legalidad de las medidas legislativas y administrativas “dictadas con anterioridad” a la vigencia de la Ley de Consulta. Algunos opinan que esto mantendrá los conflictos sociales generados por decisiones adoptadas antes de la ley de consulta. ¿Cuál es tu análisis de ésta disposición?**

Se trata de una cláusula absolutamente inconstitucional que intenta blindar los actos administrativos y normativos que a pesar de afectar directamente a los pueblos indígenas no fueron consultados con estos. Para comenzar, el Tribunal Constitucional ha sido claro al señalar en su jurisprudencia vinculante que el Convenio 169 de la OIT y en consecuencia el derecho a la consulta son vinculantes y exigibles desde el año 1995.

No se trataría de una aplicación retroactiva de esta ley -en caso que se promulgue, sino de una aplicación hacia el futuro del Convenio 169 de la OIT. Asimismo, el Convenio ha señalado que los actos administrativos y legislativos no consultados son inconstitucionales y en consecuencia nulos.

Es un disparate jurídico decir que la norma posterior no deroga a la anterior, incompatible con el



artículo 103 de la Constitución. La Corte Constitucional de Colombia en diferentes procesos ha ordenado la suspensión de actividades mineras y la inmediata consulta cuando ésta no fue realizada.

### **¿Y qué se podría hacer al respecto a dicha disposición?**

Hay varias maneras de corregir este problema. Lo ideal sería un proceso de inconstitucionalidad contra esa disposición en caso que se convierta en una ley. Sin embargo, mientras, se podría recurrir al control difuso en virtud del segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.

El juez está obligado a inaplicar las normas legales y hasta reglamentarias (infra legales) que se opongan a la Constitución, y se entiende a las normas con rango constitucional como es el Convenio 169 de la OIT. Incluso los funcionarios administrativos bajo determinadas circunstancias están también obligados a realizar el control difuso.

### **-Si bien la nueva autógrafa de la Ley de Consulta no es perfecta y quizás no tiene la redacción más apropiada desde la óptica indígena ¿consideras que aún así debe ser aprobada? ¿Por qué?**

Debemos diferenciar lo que quisiéramos políticamente de lo que es exigible jurídicamente. En mi opinión, dada la coyuntura y la correlación política actual, difícilmente se puede lograr más. Creo que la aprobación de la ley por el Congreso es histórica y un gran paso.

Considero que la corrección del proyecto de los problemas que tiene debería hacerse a través de procesos constitucionales, los cuales están especialmente diseñados para la protección de derechos constitucionales. No me parece conveniente asumir posiciones maximalistas tipo “todo o nada”, pues pueden ser contraproducentes. Necesitamos combinar la mirada jurídica y política.

**Tags relacionados:** [autografa ley de consulta](#) [2]  
[Convenio 169 de la OIT](#) [3]  
[derecho a la consulta](#) [4]  
[ley de consulta](#) [5]  
**Valoración:** 0

Sin votos (todavía)

**Source URL:** <https://www.servindi.org/node/48287>

### **Links**

- [1] <http://servindi.org/pdf/AutografaLeyConsulta23Ago2011.pdf>
- [2] <https://www.servindi.org/etiqueta/autografa-ley-de-consulta>
- [3] <https://www.servindi.org/etiqueta/convenio-169-de-la-oit>
- [4] <https://www.servindi.org/etiqueta/derecho-la-consulta>
- [5] <https://www.servindi.org/etiqueta/ley-de-consulta>