

EL CONVENIO 169 DE LA OIT, LA CONSTITUCIÓN PERUANA Y LA LEY DE CONSULTA PREVIA

ES RECIÉN DESPUÉS DE LA
FECHA DE SU ELABORACIÓN Y
DE SU FIRMA POR EL
GOBIERNO PERUANO BAJO EL
PRESIDENTE FUJIMORI QUE SE
DESARROLLÓ EN EL MUNDO
UNA DISCUSIÓN
AMBIENTALISTA MÁS
ACENTUADA.

Juergen Golte*

Desde hace algunos años, y especialmente después del llamado “Baguazo”, se ha desarrollado en el Perú una discusión sobre los derechos de pueblos indígenas frente a los derechos otorgados por el Estado a empresas transnacionales y nacionales en la explotación de las riquezas del subsuelo. Especialmente algunas organizaciones ambientalistas han aducido en este contexto el Convenio OIT 169, con el cual la Organización Internacional de Trabajo quería invitar a los Estados nacionales a proteger los derechos de grupos de indígenas y originarios, el cual ha sido firmado por el Gobierno peruano en 1993. Hay que ver que este Convenio fue formulado en el proceso de descolonización y de formación de nuevos Estados nacionales. Es recién después de la fecha de su elaboración y de su firma por el gobierno peruano bajo el presidente Fujimori que se desarrolló en el mundo una discusión ambientalista más acentuada, así como se produjo un debate sobre derechos “indígenas” después del llamado “Quinto Centenario del descubrimiento de las Américas”. Como el Convenio 169 prevé que se consulte a los pueblos indígenas en cuanto a cualquier legislación que afecte sus culturas habituales, los grupos sociales interesados en frenar la expansión de empresas, especialmente empresas transnacionales que explotan las riquezas del subsuelo, han hecho referencia al Convenio 169 en este contexto. El problema de fondo es que la Constitución peruana de 1993, aprobada durante el Gobierno de Alberto Fujimori, reconoce al Perú como un país multicultural y concede a cada grupo cultural el derecho de vivir y desarrollar su culturalidad. En este sentido, el Estado peruano ha otorgado a todos los ciudadanos el derecho de vivir y de desarrollar su culturalidad específica.

Por buenas razones dice el proverbio peruano que “la ley se acata, pero no se cumple”. En relación con la multiculturalidad invocada por la Constitución, es cierto que en la realidad —y más aún en el imaginario de los grupos sociales que gobiernan el Perú—, efectivamente, el país está signado por la exclusión y el desconocimiento de derechos de grupos culturales diversos, especialmente provenientes de las zonas andinas, por parte de los grupos sociales que de facto

dirigen el país. Prevalece un acentuado eurocentrismo cultural (por parte de grupos sociales que se creen emparentados con sociedades europeas y norteamericanas, si bien su racismo y etnocentrismo están más relacionados con el pasado colonial del país) y una exclusión cultural y racista. Es decir, la mayoría de la población peruana está lejos de vivir de acuerdo a sus derechos culturales previstos en la Constitución.

EXIGIR PARA UNA BUENA
PARTE DE LOS CIUDADANOS
DEL PERÚ UNA CALIDAD
INDÍGENA CON
PRERROGATIVAS ESPECIALES
SOLO SERÍA ÚTIL EN EL
CONTEXTO ALUDIDO COMO
BASE DE EXCLUSIÓN Y NO DE
INCLUSIÓN.

Ahora los grupos "indigenistas" y "ambientalistas" han invocado el Convenio 169 de la OIT para frenar la presencia del capital transnacional, especialmente en lo referido a la explotación de los recursos del subsuelo, en un momento en que el alza de precios de los minerales en el mercado internacional ha producido un marcado crecimiento del PBI y del ingreso fiscal. Ellos aducen que las zonas mineras están habitadas por una población heredera de las culturas precolombinas andinas. De esta manera, se apela a una "indigeneidad" para tales poblaciones, que sería la que crearía una obligación de "consulta previa" antes de otorgar derechos de explotación a las empresas. Es cierto que, en este

sentido, el debate suscitado es por una parte legal, pero, de otro lado, es marcadamente político, económico y, en la autodefinición de estos intérpretes, también "ambientalista" y "culturalista".

Este artículo no se dirige contra la multiculturalidad constitucional del país, más bien quiere sostener que la Constitución se debería cumplir para todos los peruanos en nombre de un derecho constitucional, y no porque fuesen sujetos del Convenio 169. Es decir, el autor sostiene que la Constitución otorga una buena base para vivir la multiculturalidad, pero aquella debería cumplirse para hacer frente a los remanentes de la organización colonial en la organización informal del país, y, más aún, luchar contra el racismo y etnocentrismo, bases principales de la construcción de las redes sociales jerarquizadas que mantienen la desigualdad real reinante en el Perú. La población debe ser educada para vivir con sus derechos constitucionales y exigir su cumplimiento. Exigir para una buena parte de los ciudadanos del Perú una calidad indígena con prerrogativas especiales solo sería útil en el contexto aludido como base de exclusión y no de inclusión. Por lo tanto, la invocación al Convenio OIT 169 para la mayoría de los habitantes, produciría más un elemento de división y de exclusión. El Convenio debería ser utilizado en el contexto para el cual ha sido diseñado y no ser difusamente aplicado a las amplias mayorías de la población, sino solo para aquellos que definitivamente han estado al margen de la sociedad virreinal y de la república peruana, básicamente la población de la Amazonía peruana, en cuanto esta ha vivido en un relativo aislamiento de las estructuras estatales.

El Convenio 169

La intención del Convenio 169 suscrito por el Perú es claramente la de crear igualdad de derechos entre los habitantes de un Estado, sean estos ciudadanos o no. La preocupación del Convenio versa sobre aquellos habitantes que no están integrados como ciudadanos a un Estado y, por lo tanto, podrían estar excluidos de los derechos fundamentales en el marco de la legislación nacional o ser sujetos a los cuales se les niega los derechos de la ciudadanía en general. El texto del Convenio OIT 169 no quiere ser una norma aplicada a todos los habitantes

de un Estado que ha pasado por un periodo colonial, y cuyos antepasados vivieron en el territorio de este y mantienen parte o la totalidad de su cultura.

Si esto fuera el caso, todos los hindúes, todos los árabes, todos los chinos, todos los indonesios y todos los africanos serían sujetos del Convenio 169 de la OIT. Por lo tanto, la consideración de los artículos 1.1 y 1.2 no es suficiente para determinar qué grupos de los que habitan en el territorio del Perú son poblaciones a las cuales el Convenio quiere tutelar. Para ello, ante todo, es necesario considerar el artículo 2:

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a. que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
b. que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones....

Igualmente hay que tomar en cuenta las consideraciones de la Organización Internacional del Trabajo que anteceden los artículos específicos:

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas a menudo han sufrido a menudo una erosión.

En tanto los habitantes de pueblos, aldeas y comunidades campesinas de la sierra y de la costa del Perú (incluyendo a la mayoría de sus descendientes que hoy viven en las ciudades peruanas) son ciudadanos de la república del Perú, no son objeto del Convenio 169 de la OIT, ya que la Constitución vigente de la república del Perú garantiza a sus ciudadanos los mismos derechos que el Convenio OIT 169 quiere lograr para la población que no goza de la ciudadanía del Perú.

La Constitución peruana de 1993

Enrique Bernales y Antonio Ruiz Ballón han descrito magistralmente el modo en que la Constitución vigente considera y reconoce la diversidad cultural del Perú. Recurro a sus palabras para describir los elementos de la Constitución que son relevantes en este contexto. Es cierto que la Constitución es desconocida en relación con estos aspectos, lo cual es parte del problema:

Los artículos 2, inciso 19; 17; 48; 89; 139, inciso 8; y 149 de la Constitución de 1993 tratan el tema de la diversidad cultural del Perú. Además, hay que considerar los demás artículos vinculados de cierta manera con el mismo tema. Obviamente, todos estos artículos requieren ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, pues se trata de normas que adquieren sentido por su ubicación en el conjunto constitucional y por la manera en que se interrelacionan.

a. El artículo 2, inciso 19, reconoce a cada persona (peruano o no) el derecho a su identidad étnica y cultural. Por consiguiente, en el Perú, esta identidad étnica y cultural pasa a ser un derecho humano fundamental. Ahora bien, la Constitución va más allá y, como consecuencia de

este reconocimiento universal, obliga al Estado a proteger y a reconocer que el ser de la propia nación peruana es étnica y culturalmente plural. De esta manera, aun cuando diversa, la identidad de cada peruano constituye un aporte para la formación en conjunto de la nación. De esto se deduce, a su vez, que el Estado peruano, como organización que conduce y determina el marco jurídico para el funcionamiento de la nación, cuando menos formalmente, lo hace a partir del reconocimiento expreso de que actúa sobre una realidad no unitaria ni cultural, ni lingüística, ni étnicamente.

b. Si esto es así, el principio de igualdad y no-discriminación, prescrito en el artículo 2 de la Carta Fundamental, y que es, por demás, un principio superior, no puede realizarse en desmedro de la realidad pluricultural de la nación, razón por la cual nadie puede ser discriminado, como dice el texto de la Constitución, por motivo de origen, raza, sexo, condición económica o de cualquier otra índole.

c. De conformidad con el razonamiento jurídico que reconoce la pluralidad cultural como una característica inherente de la nación peruana, el artículo 17 de la Constitución garantiza la protección de las diversas lenguas al referirse, en la última parte, a la educación bilingüe e intercultural según las características de cada zona, así como al establecer que el Estado preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país sin perjuicio de promover la integración nacional. Esto último equivale a admitir que la integración nacional es una tarea dinámica que debe hacerse con el reconocimiento expreso de las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Naturalmente, este artículo encuentra plena coordinación con el artículo 48, en el que se reconoce como «[...] idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aymara y las demás lenguas aborígenes, según la ley». Como veremos más adelante, este parece ser uno de los desafíos más complejos para el desarrollo normativo.

d. Por otro lado, en su artículo 89, la Constitución reitera que el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas. Además, les reconoce su autonomía en diversos aspectos —organización, trabajo comunal, uso y libre disposición de sus tierras, economía y administración—, pero señala a la ley como marco de tal autonomía.

e. Caso especial es el artículo 139, que se refiere a los principios y derechos de la función jurisdiccional. La lectura meramente exegética de los incisos que componen este artículo llevaría a la conclusión de que, siendo generales las disposiciones relativas a la función jurisdiccional y, por ende, al debido proceso, se han omitido las situaciones derivadas de la pluralidad cultural constitutiva del Perú. No obstante, más allá de la consideración de que el debido proceso es un derecho fundamental (*erga omnes*), una segunda lectura obliga a reparar en el inciso 8, que se refiere al principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley y que señala que, en tales casos, se apliquen los principios generales del derecho o los del derecho consuetudinario. Se reconoce así que, en materia de justicia, el derecho oficial (estatal) puede interactuar, de manera suplementaria, con principios del derecho consuetudinario. Esto es así siempre y cuando tales principios no sean contrarios a los derechos fundamentales y a la preservación de la unidad del Estado y su soberanía.

f. Finalmente, el artículo 149, en concordancia con el 139, inciso 8, si bien reconoce la validez y la práctica del derecho consuetudinario, e incluso prevé una forma de coordinación (integración) con las estructuras oficiales (Poder Judicial y Juzgados de Paz), señala, expresamente, la

vulneración a los derechos fundamentales como límite a la práctica de esta tipología jurídica. (Bernaes y Ruiz 2006)

Teniendo la Constitución vigente del Perú estas características, las personas reconocidas como ciudadanos de la República del Perú gozan de los derechos que el Convenio 169 quiere garantizar a los pueblos excluidos del marco normativo del Estado. Aplicar el Convenio 169, por lo tanto, a poblaciones cuyos miembros son ciudadanos del Perú no corresponde a la intención de la OIT. La amplia mayoría de los habitantes del Perú son descendientes de una sociedad precolombina que ya se había constituido como Estado antes de la llegada de los conquistadores. Sus habitantes hoy en día mantienen identidades generales y una conciencia de que su origen general es dado por haber sido parte del Estado inca, han forjado sus identidades particulares en aldeas campesinas y hoy en día también progresivamente en ciudades (y dentro de ellas en las asociaciones formadas alrededor de su pertenencia a sus pueblos de origen, cuyos miembros se siguen considerando integrantes de "comunidades"), de modo que son ciudadanos peruanos (y esto vale para todos los habitantes de pueblos, aldeas y comunidades de la sierra y de la costa). Por lo tanto, aplicarles el Convenio 169 crearía una norma especial por la cual el Estado peruano asumiría que no les otorga a los ciudadanos de la costa y de la sierra que viven en comunidades y aldeas sus derechos constitucionales. Esto no solo resultaría ser un sinsentido legal, sino que crearía para estos pueblos una normatividad doble que haría difícil cualquier actividad legislativa.

Lo dicho para los habitantes de la sierra y de la costa no tiene validez para los habitantes de la selva. Ellos en gran parte no han sido integrados en el Estado inca, no han formado parte del virreinato peruano, ni han sido incluidos efectivamente en la normatividad de la República del Perú. En este caso, la aplicación del Convenio 169 parece ser acertada para pueblos que siguen rigiéndose por una normatividad que se basa en los derechos consuetudinarios de sus pueblos y se reconocen como miembros de tales grupos sociales.

El texto sustitutorio de los proyectos de ley N° 6-2011/CR, 29-2011/CR47-2011/CR, 49-2011/CR y 89-2011/CR, "Ley de derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo", resulta en este sentido problemático. Amplía sin definición clara la categoría de pueblos y pobladores para una consulta previa en cuanto a medidas legislativas que afectarían a tales "pueblos indígenas" (Art. 5 y Art. 7). Es cierto que prácticamente todos los pueblos y pobladores peruanos tienen antepasados andinos que se remontan a épocas prehispánicas, y es igualmente cierto que, desde un punto de vista antropológico, en una amplia mayoría de la población hay una continuidad cultural, aunque esto no aparezca así a primera vista (piénsese nomás en la persistencia de Pachacamac y el Señor de los Milagros, postulada por María Rostworowski, y los tantos Cristos de los pueblos andinos que son trasposiciones de divinidades tutelares prehispánicas a una nomenclatura cristiana). Así que, una vez que las categorías "nativos", "indígenas" y "pueblos originarios" son favorecidas por la legislación nacional, no faltan los que

ASÍ QUE, UNA VEZ QUE LAS CATEGORÍAS "NATIVOS", "INDÍGENAS" Y "PUEBLOS ORIGINARIOS" SON FAVORECIDAS POR LA LEGISLACIÓN NACIONAL, NO FALTAN LOS QUE DESCUBREN SU INDIGENEIDAD —LO QUE SE HA PODIDO VER TANTO EN EL BRASIL COMO EN LOS EE. UU.

descubren su indigeneidad —lo que se ha podido ver tanto en el Brasil como en los EE. UU.—. Efectivamente, en las definiciones de los artículos 5 y 7 se superponen los pueblos “indígenas” en el sentido del Convenio OIT 169 y todos los pueblos que pertenecen al universo multicultural ya considerado por la Constitución para los ciudadanos del país.

Es cierto que la ley que se aprobó por unanimidad en el Congreso tiene ante todo fines políticos. Quería cumplir con una promesa electoral y al mismo tiempo dejar un margen para la capacidad de decisión del Estado. Resultó así en los primeros momentos. Pero ya es obvio que ONG y agrupaciones políticas ajenas al Ejecutivo están utilizando la vaguedad de la ley para intervenir en procesos económicos, sociales, culturales y políticos que no concuerdan con sus fines.

Es más, siendo la definición de los sujetos de la ley muy amplia, incluyendo a una buena parte de la ciudadanía que no se define como descendiente de europeos, chinos y japoneses, se crearía algo así como una “ciudadanía indígena”. Temo que una particularización de este tipo, a la luz de una larga historia de exclusión de *iure* y de *facto*, cree una ciudadanía que a la larga no necesariamente sea una base para invocar derechos, sino precisamente lo contrario. Por lo tanto, pienso que una interpretación más estricta del sentido del Convenio 169 y su aplicación a grupos de habitantes que no gozan de derechos culturales en calidad de ciudadanos en el sentido de la Constitución resultaría más adecuada.

No quiero que se me entienda mal. Estoy plenamente consciente de que la “multiculturalidad” garantizada por la Constitución es algo que la población tiene que conquistar en todos los sentidos, pues no es una práctica habitual. Pero pienso que sería más conveniente que lo haga a partir de sus derechos constitucionales como wankas, aymaras u otros, y no como “indígenas”, que no deja de ser una categoría colonial, externa y otorgada por un grupo de invasores y sus descendientes hasta la actualidad, en función de un convenio elaborado en Ginebra e interpretado difusamente a partir de intereses políticos no confesados.

* Antropólogo, investigador del IEP.

Referencias Bibliográficas

Bernales E. y Ruiz, A. (2006). “La pluralidad cultural en la Constitución peruana de 1993 frente a las perspectivas de la reforma judicial y al derecho penal” En *Anuario de Derecho Penal* 2006, pp. 32-34. Disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2006_06.pdf

Fuente: Golte, Jurgen . “El Convenio 169 de la OIT, la Constitución Peruana y la Ley de Consulta Previa”. En *Revista Argumentos*, año 5, n° 5. Noviembre 2011. Disponible en http://revistargumentos.org.pe/el_convenio_169_de_la_oit.html ISSN 2076-7722