



**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Lima, ....10.....de OCTUBRE.....del 2018.....

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 3492 para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de

RELACIONES EXTERIORES;

PUEBLOS ANDINOS, AMAZONICOS Y

AFROPERUANOS, AMBIENTE Y

ECOLOGIA.



JOSÉ ABANTO VALDIVIESO  
Oficial Mayor (e)  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

MARCELO RAMÍREZ RAMÍREZ  
Oficial Mayor (e)  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

MARIA ELENA FORNODARATO  
Oficial Mayor (e)  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I. FUNDAMENTOS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

#### Antecedentes

El presente proyecto de ley actualiza y recoge íntegramente la exposición de motivos y la propuesta normativa del proyecto de ley No.1921/2007-CR presentado el 27 de noviembre de 2007, por tratarse de una necesidad jurídica vigente a fin de desarrollar y profundizar en el ordenamiento jurídico peruano, los derechos de los pueblos indígenas. Esta iniciativa ha agregado contenido tanto a la exposición de motivos como al texto normativo de la propuesta.

La aprobación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNNUUPPII) es el producto de más de 20 años de negociación, concertación y búsqueda de consensos de pueblos indígenas en el mundo, con el protagonismo del Servicio Diplomático peruano gracias al cual dicha Declaración pudo finalmente ser aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 13 de septiembre de 2007, cuyo texto fue adoptado con 143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Dichos 04 votos en contra luego fueron retirados, contando actualmente con absoluta unanimidad.

La DNNUUPPII se constituye en un instrumento para mantener la dignificación de los pueblos indígenas y en aislamiento voluntario del Perú, América y el mundo y reafirma el compromiso del país con la comunidad Internacional, para respetar la diversidad cultural y la cooperación entre el Estado y los Pueblos Indígenas, combate la discriminación y promueve la participación efectiva de los pueblos Indígenas en los intereses que nos afectan, basándose en los principios de justicia, democracia y el respeto a los derechos humanos.

La DNNUUPPII es un instrumento de derecho internacional, tratándose de una declaración y no de un tratado internacional, por lo cual actualmente no tiene fuerza vinculante. No obstante, ello, las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de los países 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.

Para el Tribunal Constitucional, el valor de la DNNUUPPII consiste en lo siguiente:

*“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.” (EXP. N.º 0022-2009-PI/TC)*

## El valor jurídico de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: ¿"non law", "soft law" or "hard law"?

A pesar de que la DNUUPPII tiene la categoría formal de "soft law", ella tiene fuerza interpretativa para guiar y orientar el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas. Dicha fuerza positiva puede incrementarse en el Sistema jurídico nacional si la Declaración es considerada con fuerza vinculante.

Dicha fuerza vinculante se encuentra inclusive bajo debate jurídico en la doctrina internacional.<sup>1</sup> Luego de la aprobación de la Declaración, diversos funcionarios gubernamentales y agencias de Naciones Unidas subrayaron enfáticamente que el carácter no vinculante -a diferencia del Convenio 169 de la OIT que sí tiene dicho carácter- en lo que ha sido llamado "el discurso de la no implementación"<sup>2</sup> de la Declaración. Pero otros juristas partidarios del "discurso de la implementación"<sup>3</sup> sostienen que ella es una suerte de instrumento que tiene cuerpo de Declaración pero alma de tratado<sup>4</sup> y que -al margen de su categoría de *soft law*- su real naturaleza podría ser una de carácter vinculante.

La evolución del derecho internacional evidencia que la línea divisoria entre *soft law* y *hard law* no es tan rígida. Algunas veces los instrumentos de *soft law* tienen normas "duras" (*hard*, oséa vinculantes) con un contenido altamente normativa y específico, mientras de otro lado algunos tratados vinculantes pueden tener obligaciones ambiguas, generales o "suaves". Como resultado de ello, estándares internacionales pueden surgir debido a la interacción dinámica entre instrumentos de *soft* y *hard law*.<sup>5</sup> Por ende, de acuerdo a diversos factores la Declaración puede tener fuertes efectos legales como "*hard law*" (derecho vinculante). En medio de estos factores, las circunstancias y grado de consenso que rodearon la aprobación de la Declaración tienen que ser consideradas, así como su lenguaje fuerte, y contenido de los mecanismos de seguimiento y supervisión de cumplimiento<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Véase por ejemplo *United Nations Development Group Guidelines on Indigenous Peoples' Issues* (febrero 2008), "La Aplicación Judicial del Convenio 169 en América Latina" por el jurista español Bartolomé Clavero, y otros.

<sup>2</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, Luis. "Implementación" de la Declaración: Las implicaciones del artículo 42". In "Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y autosostenible". Alvarez, Natalia; Zuñiga, (Coords.) La Catarata, Universidad de Deusto, 2009.

<sup>3</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, Luis. *Ibid.*

<sup>4</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Instrumentos sobre los derechos de los pueblos indígenas: Declaración de Naciones Unidas y Convenio de la Organización Internacional del Trabajo*. Este autor señala que: "Puede decirse que ésta es una Declaración de Naciones Unidas con el contenido de un Pacto entre Estados partes y los pueblos indígenas del mundo" (p.2) (published 14 September, 2009).

<sup>5</sup> SHELTON, Dinah. *Commitment and Compliance: the Role of Non Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000 (Introducción).

<sup>6</sup> BARELLI, Mauro. *The role of Soft Law in the International Legal System: The case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.58, pt.4 (oct.2009), p.972; CLAVERO, Bartolomé. *Instrumentos...Cit.*; UN Permanent Forum on Indigenous Issues. *General Comment No.1, "Article 42 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples"*. E/2009/43-E/C.19/2009/14, Report on the eighth Session (18-29 may 2009), Economic and Social Council, Official Records, Supplement No.23. Annex 1.

En su Observación General No.1, el Foro Permanente de Asuntos Indígenas de las Naciones Unidas ha compartido estas posiciones<sup>7</sup> reconociendo que “la Declaración no es un tratado y tampoco tiene la fuerza vinculante de un tratado. Sin embargo, esto no significa que la Declaración no tenga ninguna fuerza vinculante” y concluye que “podría sostenerse que la Declaración en su totalidad ya ha adquirido el estatus de formar parte del derecho internacional vinculante. De cualquier forma, este ya es el caso de muchos de sus artículos”.

### El contenido de la DNUUPPII

El contenido de la Declaración es multifacético y abarcante, lo que permite percatarse de su crucial importancia para desarrollar los derechos de los pueblos indígenas al interior de cualquier sistema jurídico nacional.

Así, observamos que los derechos civiles y políticos indígenas se encuentran recogidos de la siguiente manera:

- Artículo 4 (derecho a la autonomía y autogobierno),
- Artículo 5 (derecho a mantener las propias instituciones),
- Artículo 7(2) (derecho de los niños a no ser removidos forzosamente),
- Artículo 8(2)(c) (derecho a no ser trasladado forzosamente),
- Artículo 9 (derecho a pertenecer a una comunidad o nación);
- Artículo 14 (derecho a controlar sus propias instituciones educativas);
- Artículo 18 (derecho a la participación política),
- Artículo 19 (derecho al consentimiento libre previo e informado),
- Artículo 23 (derecho al desarrollo autónomo),
- Artículo 27 (derecho a la justicia autónoma),
- Artículo 30 (derecho a ser consultado antes de actividades militares),
- Artículo 33 (derecho a la identidad colectiva política),
- Artículo 34 (derecho de desarrollar la propia justicia indígena),
- Artículo 35 (derecho de autonomía).

Los derechos económicos y sociales indígenas, se encuentran representados por los siguientes

<sup>7</sup> *General Comment No.1, “Article 42 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”*. E/2009/43-E/C.19/2009/14, Report on the eighth Session (18-29 may 2009), Economic and Social Council, Official Records, Supplement No.23. Annex 1.

artículos de la Declaración:

- Artículo 8(2)(b) (derecho al territorio, tierras y recursos naturales),
- Artículo 10 (a no ser desplazado de sus tierras sin previo consentimiento),
- Artículo 20 (a desarrollar su propia economía),
- Artículo 26 (al territorio, tierras y recursos naturales),
- Artículo 28 (a la reparación o restitución por sus tierras),
- Artículo 29 (al ambiente y a conservar la capacidad productiva de sus tierras y territorios),
- Artículo 32(1) (a su propio desarrollo autónomo y de sus recursos),
- Artículo 32(2) (al consentimiento previo antes de aprobarse actividades extractivas),
- Artículo 23 (al desarrollo autónomo),
- Artículo 8(1) (a no ser sujeto de asimilación forzada o destrucción cultural);
- Artículo 8(2)(a) (a la integridad cultural);
- Artículo 11 (a practicar y revitalizar su propia cultura);
- Artículo 13 (a la transmisión intergeneracional de su cultura);
- Artículo 26 (a la tierra y recursos naturales),
- Artículo 31 (a la herencia cultural),
- Artículo 12 (a desarrollar sus propias tradiciones culturales) y
- Artículo 25 (a mantener su relación espiritual con sus tierras y recursos naturales).

Y finalmente, la dimensión de los derechos culturales indígenas se encuentra recogida en los siguientes artículos de la Declaración:

- Artículo 8º(1) (a no ser sujeto de asimilación forzada o destrucción cultural);
- Artículo 8º (2)(a) (a la integridad cultural);
- Artículo 11º (a practicar y revitalizar su propia cultura);
- Artículo 13º (a la transmisión intergeneracional de su cultura);
- Artículo 26º (a la tierra y recursos naturales),

- Artículo 31° (a la herencia cultural)
- Artículo 12° (a desarrollar sus propias tradiciones culturales) y
- Artículo 25° (a mantener su relación espiritual con sus tierras y recursos naturales).

Por lo considerado, es menester que sea superada la discusión sobre el carácter vinculante de la DNNUUPPII, y se le eleve a rango de ley (por ende, vinculante) en nuestro sistema jurídico, por así convenir a la vigencia y al desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas.

## II. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

Dada la naturaleza de la proposición legislativa se puede determinar que la presente iniciativa legislativa no irroga gasto alguno al erario nacional.

## III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Mediante la presente iniciativa legislativa se busca que la DNNUUPPII impacte positivamente en el desarrollo de los derechos de los Pueblos Indígenas, para poner fin a toda forma de discriminación donde quiera que ocurra. Además, dicha iniciativa no afectará la legislación nacional vigente por cuanto no colisiona con la Constitución Política del Estado, ni con ninguna norma toda vez que en principio se estaría cumpliendo con el mandato constitucional de buscar el desarrollo de los derechos indígenas.

## IV. RELACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA CON LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa tiene relación directa con las siguientes políticas de Estado y agenda legislativa del Acuerdo Nacional:

- **Equidad y Justicia Social:** Promoción de la Igualdad de Oportunidades sin Discriminación.
- **Estado eficiente, transparente y descentralizado:** Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos.