



**UNIVERSIDAD SAN PEDRO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA DE DERECHO**



**Fundamentos jurídicos dogmáticos de la  
inconstitucionalidad de la ley N° 29785 “de consulta previa a  
los pueblos indígenas u originarios” en el sistema jurídico  
peruano- 2018**

**Tesis para obtener el título profesional de Abogado**

**AUTORA: Guanilo Serrano, Claudia Guadalupe**

**ASESOR: Vargas Camiloaga, Gustavo Adolfo**

**Huaraz – Perú**

**2018**

## **DEDICATORIA**

A mi madre, pilar fundamental en mi vida, con mucho amor y gratitud, le dedico todo mi esfuerzo, en reconocimiento a todo el sacrificio realizado sobre los cimientos de mi formación en todas las etapas, a mi padre por su respaldo, a mi hermano Mario por su motivación constante, a mi abuela Esperanza Jara, por siempre creer en mí, y a mis tíos Mario Guanilo y Juan Serrano, por su apoyo incondicional.

**PALABRAS CLAVE:**

TEMA	Derecho a la Consulta Previa
ESPECIALIDAD	Derecho Constitucional

**KEYWORDS:**

THEME	Right to Prior Consultation
SPECIALTY	Constitutional Law

**LINEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derecho

**TITULO:**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS DOGMÁTICOS DE LA  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 29785 “DE CONSULTA  
PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS” EN EL  
SISTEMA JURÍDICO PERUANO- 2018**

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar y explicar los fundamentos jurídicos dogmáticos de la inconstitucionalidad de la Ley N° 29785 “de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios” en el sistema jurídico peruano- 2018. Por su naturaleza metodológica es un estudio jurídico: Dogmática Empírica, y tiene por finalidad ampliar y profundizar los conocimientos sobre los fundamentos dogmáticos jurídicos de la inconstitucionalidad y los alcances 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 (OIT). Respecto al tipo de investigación corresponde a la denominada No Experimental, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; el dato se recoge utilizando fichas tanto de parafraseo como textuales, asimismo se utiliza la guía de entrevista para recoger el dato empírico. Los resultados obtenidos nos permiten concluir que la ley en mención presenta características de inconstitucionalidad.

## **ABSTRACT**

The objective of this research is to analyze and explain the dogmatic legal bases of the unconstitutionality of Law N° 29785 "of prior consultation with indigenous or native peoples" in the Peruvian legal system-2018. Because of its methodological nature, it is a study legal: Empirical Dogmatic, and aims to broaden and deepen knowledge about the legal dogmatic foundations of the unconstitutionality and scope of Law N°. 29785 "Law on the right to prior consultation of indigenous or native peoples", recognized in the Convention 169 of the International Labor Organization (ILO). Regarding the type of research corresponds to the so-called Non-Experimental, because it lacked intentional manipulation of the independent variable, also has no control or experimental group; The data is collected using both paraphrase and text files, and the interview guide is used to collect the empirical data. The results obtained allow us to conclude that the law in question has characteristics of unconstitutionality.

## ÍNDICE

<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>iii</b>
<b>PALABRAS CLAVE:.....</b>	<b>iv</b>
<b>TITULO:.....</b>	<b>v</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>vi</b>
<b>ÍNDICE .....</b>	<b>viii</b>
<b>METODOLOGÍA DEL TRABAJO.....</b>	<b>10</b>
<b>RESULTADOS .....</b>	<b>14</b>
<b>1. ASPECTOS PRELIMINARES.....</b>	<b>14</b>
1.1. Antecedentes Históricos de los Pueblos Indígenas u Originarios en el Estado Peruano .....	14
1.2. Las Comunidades campesinas y los Pueblos Indígenas en el ordenamiento constitucional peruano. ....	21
1.3. El Pluralismo Jurídico en el Estado Peruano.....	22
<b>2. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE PUEBLO INDÍGENA U ORIGINARIO, PARA EFECTOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA .....</b>	<b>25</b>

2.1.- Concepto de Pueblo Indígena u Originario en el Perú, en el Sistema Legal Internacional e Instrumentos Internacionales. ....	25
2.2. Concepción Legal de Pueblo Indígena u Originario en el Perú.....	29
2.3. Fundamento y Concepto del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas.....	33
A) Naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa .....	34
B) Principios del Derecho a la Consulta Previa.....	37
C) Objeto jurídico del derecho a la consulta previa.....	38
D) Finalidad jurídica del derecho a la consulta previa.....	39
E) El consentimiento del derecho a la consulta previa .....	40
<b>ANÁLISIS Y DISCUSIÓN .....</b>	<b>45</b>
<b>1. INCONSTITUCIONALIDADES DE LA NORMATIVIDAD SOBRE DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LA INSTITUCIONALIDAD INDÍGENA VIGENTE.....</b>	<b>45</b>
1.1. Análisis de los antecedentes a la aprobación de la Ley de consulta previa en el marco de la desidia burocrática de sectores responsables. ....	45
A) El expediente Bagua. ....	45
1.2. Respecto a la Inconstitucionalidad de la Ley de Consulta de Previa y su reglamento .....	47
A) Una Ley mal concebida. ....	47
B) Inconstitucionalidades identificadas en los criterios de identificación de la Ley de Consulta Previa. ....	48
C) Las Etapas de la Ley de Consulta Previa .....	59
D) Análisis de los artículos inconstitucionales de la Ley de Consulta Previa ...	68
a. Respecto al artículo 7° de la Ley 29785 .....	68
b. Respecto al artículo 15° de la Ley 29785 .....	72

c. Respecto al artículo 12° de la Ley 29785 .....	81
d. Respecto al artículo 19° letra d de la ley 29785 .....	86
e. Respecto a la Segunda Disposición Complementaria Final .....	94
f. Respecto a la Inconstitucionalidad del Reglamento de la Ley de Consulta Previa. ....	98
E) Análisis de artículos inconstitucionales del Reglamento de la Ley de Consulta Previa .....	99
a. Respecto al artículo 2° del Reglamento de la Ley 29785.....	99
b. Respecto al artículo 6° del Reglamento de la Ley 29785.....	102
c. Respecto al artículo 9° del Reglamento de la Ley 29785.....	105
d. Respecto a la Novena Disposición Complementaria del Reglamento de la Ley 29785 .....	110
e. Respecto a la Décimo Segunda Disposición Complementaria del Reglamento de la Ley 29785 .....	113
f. Respecto a la Décimo Quinta Disposición Complementaria del Reglamento de la Ley 29785 .....	115
<b>CONCLUSIONES</b> .....	117
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	119
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	121
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	122

## INTRODUCCIÓN

Para la presente investigación se han tomado como *antecedentes* importantes y relevantes estudios, aunado a una revisión del estado de la investigación en torno al problema respecto a los fundamentos jurídicos dogmáticos de la inconstitucionalidad de la Ley N° 29785 “de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios” en el sistema jurídico peruano- 2018, como antecedente internacional, es importante resaltar el trabajo de **Atupaña**, (2014) en la investigación titulada “El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y Naciones Indígenas por actividades que realice el Estado en sus territorios” Tesis de la Universidad Central del Ecuador, la investigación concluye que en armonía y respeto del derecho consuetudinario, y el derecho a la consulta previa, libre, e informada, el Estado ecuatoriano tiene, en virtud del derecho internacional, la obligación de consultar con las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas antes de adoptar medidas legislativas de este tipo o decisión administrativa, con el fin de garantizar la incorporación de salvaguardas adecuadas para proteger los derechos fundamentales y derechos humanos de los pueblos y nacionalidades, señalando que, cuando la medida legislativa o administrativa afecte de manera significativa a los pueblos o nacionalidades indígenas se debe recurrir a la normativa internacional a fin de incluir disposiciones que garanticen el consentimiento,

libre, previo e informado de estos pueblos, resalta que la problemática social que desencadena la implementación de medidas y cambios en materia indígena por parte del Estado que no son consultadas con la comuna, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. El autor concluye que el gobierno Ecuatoriano está evaluando la implementación y el inicio de actividades de explotación minera, sin considerar el estudio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que se verán afectadas, sumiendo en un desconcierto sobre de qué manera se consultará de acuerdo con la normatividad internacional. En ese sentido, es sobresaliente destacar la investigación de Barié (2003) “Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: Un Panorama” del Instituto Indigenista Americano, el investigador colige que dentro de las dimensiones de los derechos indígenas, existen tres dimensiones según el análisis de las 21 constituciones objeto de estudio, el derecho consuetudinario, y su transformación en derecho positivo, la doctrina y el derecho internacional, abordado este último desde el punto de vista de los derechos humanos individuales, en los últimos 20 años se han experimentado en las constituciones de América Latina, grandes cambios constitucionales, esta tendencia reconstituyente se relaciona en casos, con el regreso de las instituciones democráticas después de largos años, por ende las reformas al estado, simultáneamente responden al proceso de democratización que incluyen el reconocimiento del pluralismo y la multiétnicidad y a los requerimientos del ajuste económico concluyendo que los 12 países en conjunto: Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, representan la vanguardia de derechos indígenas constitucionales en América Latina, todos de una u otra forma aceptan y protegen la identidad étnica de sus minorías como componente de su nacionalidad. Diez de las constituciones incluso reconocen el carácter ancestral de las comunidades, en decir, la pre descendencia de los pueblos con respecto al Estado. Excepto Panamá, que constituye un caso aparte. Respecto a los antecedentes Nacionales, que se ha tomado en el presente estudio, destaca el trabajo realizado por Angles, (2014), en la investigación sobre: “Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa de los pueblos

indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio” Tesis para optar el grado Académico de Magíster. por la Pontificia Universidad Católica del Perú, la referida investigación aborda los diversos componentes del objeto de estudio para concluir que, con la ley de consulta previa a los pueblos indígenas, Ley N° 29785 y su reglamento, se establece la existencia de dos supuestos; *el primero* en el que el pueblo indígena acepta y otorga el consentimiento a la propuesta estatal, y *el segundo* en el que se registra un desacuerdo en el proceso de consulta, y al no existir acuerdo el Estado adopta la decisión final, como regla general he ahí la muestra de controversia y confrontación de la normatividad nacional con lo desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, dado que existe diferencia entre obtener el libre consentimiento de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, y una decisión final unilateral por parte del Estado en caso de grave afectación de los pueblos indígenas, lo que contraviene el objeto y finalidad el proceso de consulta, vulnerando los derechos constitucionales colectivos de los pueblos indígenas, asimismo se concluye que la obtención del consentimiento en los casos de desplazamiento de territorio indígena no implica el derecho de veto. Al contrario, establece una excepción a las reglas desarrolladas por la normatividad peruana, excepción que posee sustento jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUPI), al haber comprendido temas de desplazamiento territorial en donde prima la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En el mismo orden, Carhuatocto (2013) en la investigación sobre: “Los Derechos Constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector hidrocarburos en el Perú” Tesis para optar el Grado Académico de Magíster por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sostiene que el trabajo de investigación evalúa, critica, propone y fomenta el refuerzo de la institucionalidad indígena, en el ámbito de protección de sus derechos fundamentales por parte de los aplicadores del Estado, estudia la constitucionalidad de la Ley de consulta previa, frente a la desprotección de los pueblos indígenas al adoptarse medidas legislativas o

administrativas que puedan exponernos frente a una clara vulneración de derechos fundamentales con la adopción de una medida sin consentimiento libre, previo e informado, reafirma la obligatoriedad del Estado Peruano de garantizar los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, frente a proyectos de hidrocarburos que puedan afectarlos directamente, y a las inconstitucionalidades de las que está preñada la normatividad sobre consulta previa vigente, asimismo resalta la inexistencia de una autoridad estatal indígena fuerte y autónoma, siendo ello uno de los factores que no permiten el desarrollo pertinente de política en materia indígena.

*La fundamentación científica* de esta investigación recae en el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, el mismo que ha venido experimentando positivos avances durante la última década, que ha originado la ampliación de su contenido y alcances previstos en el Convenio 169 de la OIT. Manifestaciones de ese desarrollo son las declaraciones internacionales sobre pueblos indígenas adoptadas en las Naciones Unidas (en adelante NU) y la organización de Estados Americanos (OEA), pero fundamentalmente los aportes realizados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, expresados en informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en diversas sentencias trascendentales expedidas por la CIDH, asimismo el avistamiento de regulación de los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país, se dio con la promulgación 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 (OIT), convirtiéndose pronto en hontanar de conflictos internos de índole sociocultural, ambiental y legal, conflictos que se acrecientan en el Perú. Para fundamentar la presente investigación se hizo necesario la revisión teórica que aborda la temática, respecto al Concepto de Pueblo Indígena u Originario en el Perú, en el Sistema Legal Internacional, siendo en la Cuarta Cumbre de las Américas en la que se subraya el compromiso de respeto hacia los derechos de los pueblos originarios, siendo el Convenio 169 de la Organización

Internacional del Trabajo (OIT) el principal referente que delimita el concepto de pueblo indígena, estableciendo en su artículo 1° “que el presente Convenio se aplica a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” Sin embargo, el ejercicio del mencionado Convenio se ve limitado precisamente porque está inmerso en un orden jurídico que obedece a la lógica de la homogeneidad cultural. Basta observar que la reglamentación de preceptos constitucionales en esta materia es muy escasa, pese a que en algunos países como Bolivia y Colombia han manifestado voluntad política para realizarlos» (Cárdenas, 2011). En el caso peruano no se desarrolla políticas públicas del estado peruano que se orienten a lograr un efectivo ejercicio de sus derechos colectivos de los pueblos indígenas. Asimismo, la **Concepción Legal de Pueblo Indígena u Originario en Perú**, la misma que se determinó con, Ley N°29785, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. El 2 de abril de 2012, se promulgó su reglamento con el Decreto Supremo 001- 2012-MC (en adelante “el Reglamento”), conceptualizando a quiénes se identificará como pueblos indígenas en el Perú, para que ejerciten su derecho a la consulta previa.

La Ley 29785, en su Artículo 7°, establece que, para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se deben tomar en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son: Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional, estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan, instituciones sociales y costumbres propias, patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional y el subjetivo que recae en la relación de la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria, respecto al Concepto y Fundamento del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas, se determina

en esta investigación que el derecho a la consulta previa posee relación entre lo reconocido en la legislación nacional e internacional, y una connotación como instrumento o mecanismo asegurador de derecho. Esa herramienta o mecanismo garantiza la participación en la toma de decisiones sobre las medidas legislativas y administrativas que el Estado peruano implementa, referido a los pueblos indígenas; así como el respeto a sus derechos colectivos e individuales, y su subsistencia como grupo social. (Angles, 2014)

En el ámbito nacional, el Artículo 2° de la Ley N°29785 establece que la consulta previa: «es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados en 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 [...]». La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano menciona como concepto de consulta previa a aquel derecho fundamental que vela por la protección del derecho colectivo de los pueblos a ser consultados sobre medidas legislativas u administrativas que puedan afectarlos en forma directa, acorde con la normativa internacional, de modo especial el Convenio 169 de la OIT. Se concluye que el derecho a la consulta previa es fundamental y es fruto de la evolución hacia una mayor protección de los pueblos indígenas, que históricamente se encontraban relegados. El fin primordial es la preservación de su subsistencia y permanencia en los Estados que poseen pueblos indígenas, protegiendo sobre todo su derecho a una cultura propia, identidad e integridad territorial. Considerando que la Naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa recae en que ésta al estar relacionada con la protección de derechos como la identidad, la integridad étnica y cultural, o la participación representativa, es un derecho fundamental “de naturaleza jurídica colectiva”, ya que para su pleno ejercicio es necesario la participación de todos los integrantes a la comunidad. Al principio, el derecho a la consulta previa fue reconocido en el Convenio 169 de la OIT, cuya naturaleza se enmarcaba por su objeto y fundamentos: a) Por su objeto, al ser una norma internacional que garantiza la protección de los derechos

fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, tales como el derecho a existir como pueblos, a la vida, a la identidad étnica y cultural, a la igualdad, a la no discriminación, a la paz, a la tranquilidad, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida; y b) por sus fundamentos, ya que este tratado se basa principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. «En este contexto, respecto de la naturaleza jurídica del Convenio 169 de la OIT, podemos concluir resumiendo que es un tratado de derechos humanos debidamente incorporado a la legislación peruana, por haber sido ratificado por el Congreso de la República» (CRP, 2009a: 64). Entonces, el derecho de consulta previa es de naturaleza colectiva, enmarcándose dentro de los derechos fundamentales de tercera generación, y protege a estos grupos minoritarios identificados como pueblos indígenas. De esta suerte, los derechos de tercera generación son derechos difusos. En cuanto a su violación, no es posible determinar específicamente quiénes serían los afectados. En contraste, los derechos colectivos tienden a referirse a grupos más específicos. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas son propios de quienes los integran. Los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos, y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales. De este modo, por ejemplo, los derechos colectivos de los pueblos indígenas implican y protegen el derecho individual a la cultura de cada persona. El derecho colectivo a un medio ambiente sano ampara tanto la salud de la comunidad como la de cada uno de los individuos que la forman. Sin embargo, los derechos colectivos son indivisibles: son derechos del grupo, y de todos y cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de solo uno o algunos de ellos, con abstracción del grupo (Grijalva, 2012).

La presente investigación se justifica por ser de *relevancia social* por cuanto el derecho a la consulta previa a los pueblos originarios o indígenas se ha convertido en

fuentes de conflicto interno de carácter socio cultural, ambiental y legal que cada vez más se acrecienta en el Perú. También el trabajo contribuye a la mejor formación profesional de los estudiantes de Derecho y Ciencias Políticas, asimismo coadyuva a mejorar la perspectiva y desempeño profesional de los operadores del derecho (Jueces, Fiscales y Abogados de la defensa libre), en ejercicio. Desde el punto de la **implicancia práctica, contribuye** a la mejor comprensión del tema referido a los fundamentos jurídicos dogmáticos de la inconstitucionalidad de la Ley N°29785 “de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios” en el sistema jurídico peruano- 2018, el mismo que repercutirá en el mejor desenvolvimiento de la labor profesional de los operadores del derecho cuando tengan que abordar temas referidos a la consulta previa; dado que esta consulta concretiza el derecho de participación de los pueblos indígenas, **Teóricamente** el trabajo de investigación permite conocer, teorizar, estructurar y definir la figura jurídica del derecho a la consulta previa de los pueblos originarios o indígenas como expresión de los retos del constitucionalismo del siglo XXI; en cuanto fenómeno político y social de racionalización del ejercicio del poder político- para evitar excesos y abusos de poder mediante mecanismos de compensación e intercontrol del mismo, en un marco de reconocimiento de su titularidad al pueblo, que garantice la libertad y la igualdad, así como el respeto y defensa de los derechos fundamentales del ser humano y sienta las bases para otros estudios que surjan partiendo de la problemática aquí especificada, dado que es una primera investigación en este campo del derecho.

Frente a la realidad problemática de los pueblos indígenas u originarios con respecto a la ley de consulta previa, nos formulamos la siguiente interrogante, ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos dogmáticos y normativos de la inconstitucionalidad de la Ley N° 29785 “de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios” en el sistema jurídico peruano- 2018” La **variable** a estudiar está en relación con los fundamentos jurídicos dogmáticos y normativos de la inconstitucionalidad de la Ley N° 29785. Respecto a la **Hipótesis**, esta quedó definida en que La ley peruana de derecho a la

consulta previa a los pueblos indígenas, Ley N°29785 y su Reglamento, muestra una clara controversia y confrontación de la normatividad nacional con lo desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, dado que existe diferencia entre obtener el libre consentimiento de los pueblos indígenas en proceso de consulta, y una decisión final unilateral por parte del Estado en casos de grave afectación a los pueblos indígenas, lo que contraviene el objeto y finalidad del proceso de consulta, vulnerando los derechos constitucionales colectivos de los pueblos indígenas. Es decir, al derecho a decidir sobre su desarrollo, el derecho al territorio, a la libre autodeterminación; y, a nivel individual de derechos fundamentales: a los derechos a la identidad, a la integridad moral, psíquica, física; al libre desarrollo; al bienestar; y a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. El **objetivo General** de esta investigación es analizar los fundamentos jurídicos dogmáticos y normativos de la Ley N°29785 “de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios” en el sistema jurídico peruano- 2018 para determinar su inconstitucionalidad, dentro de **objetivos específicos**, estos buscan analizar los fundamentos jurídicos dogmáticos de la ley N°29785 “de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios y su reglamento para determinar aspectos problemáticos que denotan vulneración de derechos fundamentales, determinar el nivel de confrontación de la normatividad nacional con lo desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, dado que existe diferencia entre obtener el libre consentimiento de los pueblos indígenas en proceso de consulta, y una decisión final unilateral por parte del Estado, identificar y describir la vulneración de los derechos fundamentales como el derecho a decidir sobre su desarrollo, el derecho al territorio, a la libre autodeterminación; y, a nivel individual de derechos fundamentales: a los derechos a la identidad, a la integridad moral, psíquica, física; al libre desarrollo; al bienestar; y a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.

## METODOLOGÍA DEL TRABAJO

### 1. Tipo y Diseño de Investigación. -

**1.1. Tipo de Investigación.** - Corresponde a una investigación jurídica (Solis, 1991): Dogmática Empírica, en su dimensión dogmática tuvo por finalidad ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre fundamentos jurídicos dogmáticos y normativos de la inconstitucionalidad de la Ley N°29785 “de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios” en el sistema jurídico peruano- 2018

**1.2. Diseño.** -Corresponde a la denominada No Experimental (Hernández, Fernandez Collado, & Baptista, 2010), debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

**A) Diseño General.** - Se empleó el diseño Transversal (Hernández, Fernandez Collado, & Baptista, 2010), cuya finalidad fue recolectar

datos del hecho jurídico en un sólo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el primer semestre del periodo 2017- 2018.

**Diseño específico:** Se empleó el diseño Cualitativo (Hernández Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista, 2010), Se trata de una investigación basada en el análisis de información cualitativa, analiza las variables, categorías o conceptos en un momento determinado, y luego se explicará el comportamiento de las mismas en el entorno del hecho jurídico.

Los métodos específicos (Zelayarán, 2000) que se emplearon en la investigación fueron:

**Método Dogmático.** - Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización.

El Derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

**Método Hermenéutico.** - La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del Derecho. Los aplicadores del derecho tienen la enorme, pero a la vez honrosa responsabilidad de otorgar sentido, a través de sus resoluciones judiciales, a la voluntad soberana del pueblo. En sentido amplio, éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En ese sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

**Método Exegético.** - Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará el estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

## **2. Población y Muestra.**

Por la característica propia del objeto de estudio, la población y muestra lo constituye la ley de consulta previa, Ley N°29785, la misma que será estudiada en el período que corresponde a los años 2017 – 2018

### **3. Técnicas e Instrumentos de Investigación.**

- (1) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán las fichas Textuales y de Resumen y la Técnica del Análisis documental, con su instrumento la Ficha de análisis.
- (2) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.
- (3) Para la obtención de información de la presente investigación se hizo a través del enfoque cualitativo lo que permitió recoger opiniones y valoraciones sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia, doctrina y el derecho comparado.

### **4. Procesamiento y Análisis de la Información. -**

#### **Análisis e interpretación de la información**

- Análisis de contenido. Cuyos pasos a seguir son:
- Selección de la información que será estudiada;
- Selección de las categorías que se utilizarán;
- Selección de las unidades de análisis, y
- Selección del sistema de interpretación

## **RESULTADOS**

### **1. ASPECTOS PRELIMINARES**

#### **1.1. Antecedentes Históricos de los Pueblos Indígenas u Originarios en el Estado Peruano**

En primer lugar, no es posible entender la legalidad actual ni enjuiciar sus vacíos sin conocer y revisar la normatividad indigenista del pasado. Identificar las raíces del actual ordenamiento en materia indígena, nos permitirá hacer un estudio comparativo entre el tratamiento a las comunidades indígenas de la zona andina y el otorgado a las comunidades amazónicas. Hay que señalar que generalmente estos indígenas fueron desconocidos como sujetos de derechos hasta mediados del siglo pasado. (Chuecas, s/f)

Es necesario admitir para empezar la dificultad que radica en definir y reconocer el concepto de pueblo indígena, y quien o quienes pertenecen a éste, teniendo en cuenta que el ente rector gubernamental en esta materia es el Ministerio de Cultura, se debe considerar que este mismo órgano es el que

presenta dificultades al momento de definir quienes pertenecerían a los pueblos indígenas en el Perú.

En el Perú, pueblo indígena u originario es la población con un común denominador, como es la identidad cultural de cada zona, cuya convivencia social se da sobre la base de las costumbres de su cosmovisión, y un enraizado vínculo con los territorios que ocupan desde antes de la llegada de extranjeros.

A lo largo de la historia peruana, los pueblos indígenas u originarios, no siempre fueron conocidos como tales, sin embargo, sus antecedentes se encuentran en las civilizaciones, pre incas e incas, abarcado territorios en gran parte de Latinoamérica, ello reconocido, a través de un largo proceso de luchas, contradicciones, avances y retrocesos.

Dentro del enfoque histórico legal de los pueblos indígenas u originarios que se considera en la presente investigación, se consideró preciso ahondar en el desarrollo y la evolución a lo largo de la historia de estas poblaciones desde el antiguo Perú hasta la fecha, ello a fin de comprender la estructura organizacional en todos los sectores de influencia y los avances y retrocesos en el reconocimiento de los derechos de estos pueblos, de tal forma que se recogieron en este estudio las siguientes etapas:

- Etapa: Pre Inca
- Etapa Incaica
- Etapa: Invasión- Conquista
- Etapa: Perú Colonial
- Etapa: Independentista
- Etapa: Perú Republicano
- Etapa: El constitucionalismo social

- Etapa Gobierno Militar
- Etapa: 1990 – Actualidad

### **Etapa: Pre inca**

En las cultura precolombinas, o pre incas, del antiguo Perú que más destacan, considerando algunos vestigios en las primeras civilizaciones que poblaron el antiguo Perú las podemos encontrar en las Culturas Caral, Chavín, Paracas, Vicus, Mochica, Nazca, Tiahuanaco, Lima, Wari, Lambayeque, entre otras importantes cunas de civilizaciones que fueron absorbidas y conquistadas y cuyos territorios fueron anexados por la cultura Inca, cuya administración y organización pasó a llamarse Tahuantinsuyo, al ser conformado jurisdiccionalmente por Cuatro suyos, a través del trabajo comunitario, la administración y posesión de tierras estatales, bajo una sociedad jerarquizada con un idioma oficial, el quechua.

### **Etapa Incaica**

La base de toda la organización incaica fueron los ayllus, o comunidades de indígenas, que fue una figura relevante para el mantenimiento del Imperio Incaico y posterior imperio del Tahuantinsuyo. Svirichi (1946) afirma: “El Imperio del Tahuantinsuyo fue el epílogo de una sucesión ininterrumpida de culturas y civilizaciones que tuvieron como denominador común el colectivismo”, la regulación jurídica de esta etapa del Perú, responde a la atribución de la costumbre, y el derecho consuetudinario como tal, constituyéndose ello en fundamental para el orden y la legalidad de conductas y actos.

Los incas consiguieron organizar un Estado donde la norma jurídica era perfectamente identificable, no obstante confundirse muchas veces con elementos consuetudinarios, religiosos, morales y económicos. Distinguieron con claridad entre sociedad y estado, también entre el derecho y la moral y elevaron las normas éticas de carácter particular, a deberes de carácter público. (Chuecas, s/f)

### **Etapa: Invasión- “Conquista”**

Es harto conocido que la caída del imperio incaico, en manos de los conquistadores, se enmarca en el desarrollo de la guerra interna entre los hermanos Huáscar y Atahualpa, que culminó con el asesinato de Huáscar en manos de Atahualpa y con la designación de un nuevo inca, sin embargo, es importante señalar un episodio poco conocido, pero relevante respecto a la resistencia indígena a la invasión española, después de 1532, se trata de la resistencia que desarrollaría Manco Inca, en Vilcabamba, Cusco entre 1537 y 1572, contra las huestes invasoras españolas, resistencia que no prosperó.

### **Etapa: Perú Colonial**

Durante la Colonia, la posesión de las tierras se efectuó de facto y los colonizadores se distribuyeron a los indígenas que se encontraban en dichas tierras. Así surge el “repartimiento” y la “encomienda”, instituciones que permitieron que los encomenderos recibiesen tributos de los indios. En la práctica, estas instituciones convirtieron a los indios en siervos y en yanaconas de los encomenderos. A pesar del Codicilo de Isabel La Católica de 1494 y las Leyes de Burgos del año 1512, así como la influencia del fraile dominico Antonio de Montesinos y de los religiosos Tomás de San Martín, Domingo de

Santo Tomás y Santo Toribio de Mogrovejo, en la práctica no se respetó ni se brindó un verdadero trato humano a los indígenas en América. Bartolomé de las Casas presenta a la Corona española la “Relación Breve de la Destrucción de los Indios” que provocan las Ordenanzas de 1543, base de la Recopilación de la Leyes de Indias, en virtud de las cuales Carlos V suprime las encomiendas, prohíbe la herencia consanguínea en los repartimientos, manda pagar jornal a los indios por su trabajo y condena el trabajo personal obligatorio en las minas y en las pesquerías de perlas. (Carhuatocto, 2013)

Pronto se producen rebeliones indígenas antes de declararse la independencia nacional.

### **Etapa: Emancipación**

En esta etapa surgieron entonces importantes manifestaciones y rebeliones indígenas, entre 1742 y 1781, que luchaban por la causa independista, dentro de las más importantes fue la de Túpac Amaru II, quien fue el indígena más importante de su época, sublevándose a causa y en contra del establecimiento de reformas que restringían los derechos de los indígenas, y por el aumento del pago de los impuestos a la Corona Española.

### **Etapa: Perú Republicano**

En esta etapa es importante mencionar la pugna ideológica entre liberales y conservadores, a consecuencia de la recomposición social y de la hegemonía de los sectores dominantes, sobre todo a partir de 1848, los primeros se encontraban ligados al sector de la plutocracia guanera capitalista (los consignatarios), siendo grandes comerciantes e intelectuales influenciados por las ideas demo liberales de la burguesía europea y norteamericana, sosteniendo

el principio, de la “Soberanía Popular”, que planteaba que todos los ciudadanos deben participar en política, esto era con el objetivo de lograr el apoyo de la población campesina y fortalecerse políticamente para lograr sus objetivos económicos. Por otro lado, los Conservadores, que estuvieron representados por la oligarquía terrateniente, aristocrática y el alto clero católico, éstos sostenían el principio de la “Soberanía de la Inteligencia”, señalando que los únicos que debían participar en política debían ser los “educados” y éstos solo estaban representados por la raza blanca terrateniente y no por los indios que carecían de educación.

Al respecto a esta etapa, Aroca (2011), refiere: Durante los primeros años, se concedió igualdad legal a los indígenas, inspirados en los principios liberales europeos y norteamericanos. José de San Martín suprimió el tributo y prohibió que se usara el término “indios” o “naturales”, y ordenó que en adelante sólo fueran conocidos los indígenas como peruanos.

Figallo (1994) sostiene: Luego también, Simón Bolívar dictó el Decreto del 8 de abril de 1824, de funestas consecuencias para los indígenas al declarar que podían vender de cualquier modo las tierras que poseían, y dispone el fraccionamiento de las tierras comunales y restablecer el tributo indígena.

### **Etapa: El Constitucionalismo social**

Durante el Segundo Gobierno de Augusto B. Leguía, se estableció la formulación de un modelo de relación del Estado y la Sociedad Nacional con las poblaciones indígenas, determinando novedosos postulados sobre pluralismo étnico y cultural, y otorgándole por primera vez en alguna constitución de Latinoamérica derechos especiales a los pueblos indígenas, un hito para 1920.

**Etapa: Gobierno Militar**

Durante el Gobierno Militar del comandante general del Ejército Juan Velasco Alvarado (1968-1975), se estableció una serie de reformas políticas, sociales y culturales, cuyo objetivo fue visibilizar y revalorar a las comunidades indígenas de pasaron a llamarse entonces comunidades campesinas, estableciendo, la reforma agraria, repartiendo las tierras entre los campesinos, a fin de acabar con la explotación de estos que trabajaban en circunstancias serviles para terratenientes y gamonales, y acabar con la oligarquía latifundista.

**Etapa: 1990- Actualidad**

Entre 1970 y 1980 se brindó a la población indígena mayor autonomía y protección legal, y se declaró de necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las comunidades campesinas. Asimismo, el Estado las reconoció como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización a nivel de trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo.

Desde 1990 a la fecha, se dio especial protección a los pueblos indígenas, con el fin de mantener la preservación de estas minorías culturales, y no vulnerar sus derechos colectivos, como derecho al territorio, la educación pluricultural, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, y, en especial, el derecho a la consulta previa. (Angles, 2014)

## **1.2. Las Comunidades campesinas y los Pueblos Indígenas en el ordenamiento constitucional peruano.**

La historia de Perú desde la Independencia, con relación al tratamiento legal de los indígenas, sugiere cinco grandes tendencias. Durante el siglo XIX, los legisladores pretenden evitar la estipulación de un cuerpo de leyes propiamente indigenistas. En el ámbito de la legislación común, sin embargo, aprueban algunas disposiciones sueltas, que se caracterizan, en lo general, por su incoherencia y contradicciones intrínsecas. Sumado a esto, las Cartas fundamentales de la era decimonónica, excluyen a la población india metódicamente del ejercicio de la ciudadanía condicionando, por ejemplo, el derecho del voto al conocimiento y empleo correcto del abecedario, a la propiedad o al desenvolvimiento laboral en una profesión liberal. Al mismo tiempo, el discurso ideológico dominante insiste paradójicamente en la supuesta resistencia de los amerindios a integrarse a este ente “natural” llamado República del Perú

Después de la Carta liberal de 1860, dictada todavía bajo el régimen de Ramón Castilla, y que rige, con algunas interrupciones, hasta la segunda década del siglo XX- el presidente Augusto B. Leguía impulsa en 1920 un nuevo constitucionalismo social que incluye por primera vez también a los indígenas. El reconocimiento y la protección de las comunidades indias y de sus propiedades, la abolición de las relaciones laborales de tipo esclavo, así como la prohibición de votar para analfabetos, son algunas características substanciales de este documento. La Carta de 1933, que forma parte de esta primera fase, no hace más que vigorizar y perfeccionar el enfoque indigenista anterior.

Durante el Gobierno militar de tendencia modernizadora se promulga, bajo el liderazgo del general Juan Velasco Alvarado (1968-1975)- una serie de leyes

y disposiciones que protegen la posesión de las tierras e introducen el bilingüismo en la educación indígena.

La Carta de 1979, representa la profundización y la “constitucionalización” del indigenismo peruano. Surgida en un momento de transición a la democracia, mantiene muchos elementos del régimen anterior.

La quinta etapa constitucional, finalmente, se inscribe dentro de una coyuntura política turbulenta por la disolución del Parlamento por el presidente Alberto Fujimori. Con relación a los indígenas, esta última Carta Magna de 1993 pretende conjugar diversas tradiciones legales (como el paternalismo, el liberalismo económico y el discurso multicultural, entre otros), pero finalmente no logra cuajarlas en un cuerpo de leyes coherente. (Barié, 2003, p. 483)

### **1.3. El Pluralismo Jurídico en el Estado Peruano**

En una sociedad democrática el Pluralismo es un ingrediente fundamental, pluralismo entendido como una diversidad de ideas, derecho a la organización a la participación política con propuestas diferentes si contradictorias entre sí. En sociedades multiculturales y multiétnicas, como en la mayoría de países de América Latina, esa multiculturalidad le da un acento particular al pluralismo, puesto que ello determina que existen diversos grupos étnicos que también han construido diversos ordenes jurídicos, así que esos órdenes jurídicos se articulan y se comunican entre sí, con el orden mayor.

El reconocimiento cada vez más notorio del derecho indígena o consuetudinario ha logrado abrir discusiones sobre las posibilidades e implicaciones del pluralismo jurídico, es decir, de la coexistencia de diversos ordenes normativos, supuestamente en términos de igualdad. Al mismo tiempo,

el pluralismo jurídico permite incorporar algunos principios subyacentes en el derecho indígena al derecho estatal y, desde allí, construir una convivencia social donde la diferencia e igualdad pueden empezar a entretorse. (Torres, S/F)

Raquel Yrigoyen, define la pluralidad jurídica como “la existencia simultánea -dentro del mismo espacio de un estado- de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales”. (Yrigoyen, 2000)

El Perú es un país multiétnico, lingüístico, cultural y socialmente plural, por tanto La diversidad cultural se presenta como un reto político y una oportunidad para la democracia, inmersa e influenciada por el eurocentrismo jurídico, los preceptos democráticos que implican el reconocimiento y aceptación de nuestra diversidad étnica, social, cultural y lingüística deben reflejarse en cambios constitucionales que lleguen a la vida de las personas y sus instituciones, con derechos que se desprenden de tales preceptos, no con meras declaraciones. En consecuencia, se debe aceptar la existencia de variadas formas de vida cultural y sistemas de comprensión de mundos distintos, lo que rompe la identificación entre la Nación y una cultura única.

De lo que se concluye la necesidad de organizar un Estado que admita lo plural de la Nación y a una producción jurídica que lo refleje. Para ello, es necesario que la Nación se defina compuesta por Pueblos Indígenas, multiétnica, pluricultural y multilingüe. No es posible, si de garantizar la democracia se trata, que la estructura jurídica se comporte como si tales diferencias no existieran. Una Constitución peruana tiene sentido no por ser la última copia de una versión Europa o América, sino por que recoge la matriz de su condición histórica.

No se puede desacreditar el avance que existe en materia indígena en nuestro país, con una constitución política que reconoce el pluralismo jurídico, sin embargo queda mucho por hacer el tema constitucional, puesto que la vigencia efectiva del pluralismo jurídico y el ejercicio autónomo de las funciones jurisdiccionales por las autoridades indígenas requieren de una adecuación normativa y de cambios profundos en la cultura legal y política, con un orden democrático y de desarrollo social con la participación de los pueblos indígenas y el destierro de la ideología de inferioridad de los indígenas.

## **2. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE PUEBLO INDÍGENA U ORIGINARIO, PARA EFECTOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA**

### **2.1.- Concepto de Pueblo Indígena u Originario en el Perú, en el Sistema Legal Internacional e Instrumentos Internacionales.**

Es importante señalar en primer orden, los primeros alcances jurídicos internacionales sobre el concepto de pueblo Indígena u Originario, expedido por los organismos internacionales, que regulan esta materia través de instrumentos, tal es así que el primer alcance jurídico se obtiene de la Organización de los Estados Americanos (OEA), durante la realización de la Cuarta Cumbre de las Américas en la que se enfatizó el compromiso de respeto de los derechos de los pueblos originarios.

A decir de Carhuatocto (2013) El principal documento jurídicamente vinculante dedicado completamente a los derechos de los pueblos indígenas es el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales (en adelante el Convenio 169). Este fue ratificado por el Perú en 1993 mediante la Resolución Legislativa N° 26253, por tanto, las disposiciones referidas al derecho a la consulta son de cumplimiento obligatorio. El incumplimiento de la consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados conforme se establece en el Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, y la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 011-2009-DP/AMASPPI.PPI.

Tal es así que en el Artículo 1° del Convenio 169 de la OIT, se delimita el concepto de pueblo indígena, estipulándose:

El presente Convenio se aplica a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Sin embargo, a ser el precedente, el ejercicio del Convenio 169 de la OIT: [...] se ve limitado precisamente porque está inmerso en un orden jurídico que obedece a la lógica de la homogeneidad cultural. Basta observar que la reglamentación de preceptos constitucionales en esta materia es muy escasa, pese a que en algunos países como Bolivia y Colombia han manifestado voluntad política para realizarlos» Cárdenas (2011)

En General existe una débil institucionalidad indígena, y una falta de implementación de políticas públicas transversales del Estado Peruano para un efectivo tratamiento que garantice el ejercicio pleno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En este contexto es importante precisar la evolución del Convenio 169, respecto a la manera de comprender y reconocer a los pueblos indígenas, de forma que el Convenio 107, sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1957, el mismo que le antecede al 169, termina siendo un instrumento de carácter asimilacionista, de enfoque integracionista, particularmente por la suposición subyacente de que el único futuro posible de los pueblos indígenas y tribales yacía en su integración en el conjunto de la sociedad y que las decisiones relativas a su desarrollo deberán estar en manos de otros .

En el Convenio 107 de la OIT, no se mencionaba el derecho a la consulta ni se reconocía a los pueblos indígenas. Con los años, este documento fue duramente criticado; y en 1989 la OIT estableció el Convenio 169, el cual ha sido ratificado por 20 países, de los cuales 13 son Estados latinoamericanos. «Siendo que el mayor reconocimiento logrado por los pueblos indígenas en este Convenio (169) es el derecho a poder decidir sus propias prioridades en lo que se refiere al desarrollo» (Sevillano, 2010).

El Convenio 169 de la OIT, al definir “pueblos”, establece que dicho término no debe interpretarse como implicación alguna sobre los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional. Este es uno de los primeros parámetros para poder definir el concepto legal de “pueblo indígena”.

Sobre el particular, Angles (2014) afirma: Otro de los instrumentos internacionales en el que si bien es cierto no se menciona de forma expresa el concepto de “pueblo indígena”, más sí se desarrolla este, es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI), siendo aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 13 de setiembre del 2007, estableciéndose “que los pueblos indígenas gozan del pleno disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, siendo su principal característica la libre determinación, persiguiendo su desarrollo económico, social y cultural; autogobierno; e instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, propias que se concatenen con el Estado.”

La naturaleza jurídica de dicho instrumento no permite que sus preceptos sean de obligatorio cumplimiento para los Estados que aprobaron la Declaración. Cabe recordar que para las Naciones Unidas una declaración de la Asamblea General es un tipo de resolución y, por tanto, estrictamente hablando,

tiene el valor de una recomendación para los Estados, no una fuerza vinculante. Sin embargo, la declaración es un ejemplo muy especial de resolución. (Sevillano, 2010).

Por tanto, para el Perú la DNUDPI, es un instrumento de carácter vinculante, en lo que respecta a la protección y resguardo de los derechos de los pueblos indígenas, “Coincide con la interpretación del Artículo 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 de Perú, al poseer relación directa con la dignidad del hombre, ostentaría el rango constitucional con el fin de proteger a los pueblos indígenas.” (Angles, 2014)

Un Órgano importante es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la amplia jurisprudencia emitida, siendo estas sentencias relevantes expedidas sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, de esta forma convierte a estas sentencias en instrumentos internacionales relevantes y nutre la jurisprudencia internacional para la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas y obliga a nuestro país a cumplirlas por encontrarse sometido a su jurisdicción.

En este contexto no se puede dejar de señalar la importancia del Pacto de las Naciones Unidas de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (En adelante PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (En adelante PIDES), contienen avances para el resguardo de los derechos de pueblos indígenas, a los que identifican como “minorías culturales; sin embargo, estos instrumentos no identifican ni conceptualizan quien(es) son los pueblos indígenas o quienes conforman estas “minoras”.

Para el caso de la presente tesis, consideramos como pueblo indígena u originario, a aquellos constituidos por individuos que, siendo parte de una nación o constituyendo una nacionalidad, comparten una simetría respecto a su identidad cultural, modo de vida y estructura social propia, enmarcada sobre la base de sus costumbres, cosmovisión y aunada a una relación espiritual, económica, social y cultural con los territorios que ocupan.

## **2.2. Concepción Legal de Pueblo Indígena u Originario en el Perú**

El Convenio 169 de la OIT fue aprobado en nuestro país mediante la Ley N° 26253 del 2 de septiembre de 1993. Posteriormente, fue ratificado por el Congreso el 17 de enero del 1994 y entró en vigencia un año después, es decir, el 2 de febrero de 1995. Consiguientemente y según nuestra propia Constitución, estas disposiciones son exigibles desde el año 1995, formando parte de nuestro ordenamiento interno y teniendo rango constitucional.

En el Perú, en el marco del desarrollo de una serie de sucesos y conflictos; que empiezan en el año 2001, con el Congreso Extraordinario de los pueblos Quechuas del Perú, con participantes e invitados de Argentina, Bolivia y Ecuador, y se acentúan en junio del 2009, con la muerte de civiles y policías en el conflicto social denominado “El Baguazo”, el enfrentamiento en Bagua entre los Pueblos Indígenas y efectivos de la Policía Nacional (6 de junio del 2010) y las movilizaciones de las comunidades Quechuas y Aymaras en Puno en contra de la minería (mayo de 2011), ello a raíz de la desidia, la implementación de decretos legislativos que recortaban grotescamente los derechos de los pueblos indígenas amazónicos, y el inadecuado tratamiento intercultural de estos pueblos, tal es así que el 23 de Agosto del año 2011, el Congreso peruano aprobó por unanimidad, la Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de

la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que desarrolla este derecho contenido en el Convenio 169, la misma que fue promulgada el 06 de setiembre del mismo año.

Siendo el 2 de abril del 2012, la fecha de la promulgación de su reglamento por medio del Decreto Supremo 001-2012.MC (en adelante “el Reglamento”), conceptualizando a los pueblos indígenas u originarios en el Perú, e identificando quienes pertenecen a éstos, para que ejerzan el derecho a la consulta previa, según lo establecido en el referido marco normativo.

En el Artículo 7°, de la Ley 29785, se establece de forma expresa los criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios, como sujetos colectivos, los mismos que son de carácter objetivo y subjetivo, siendo los *criterios objetivos* los siguientes:

- a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional
- b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- c) Instituciones sociales y costumbres propias.
- d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional

***Y el subjetivo:***

- e) Se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

Incluyendo en este artículo a las Comunidades Campesinas y Nativas, de acuerdo a los criterios de identificación antes señalados.

El reglamento, en el Artículo 3°, sobre Definiciones, conceptualiza en el inciso k, “Pueblo indígena u Originario” como: “Pueblo que desciende de poblaciones que habitaban el país en la época de la colonización y que cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, y que, al mismo tiempo, se autorreconozcan como tal”

El Reglamento también establece que los criterios contenidos en el Artículo 7° de la Ley 29785 deben ser interpretados según lo señalado en el Artículo 1° del Convenio 169 de la OIT, definiendo que las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos, aún si se utilizara la expresión “pueblo originario”, que significa lo mismo.

Al establecer que para ser considerado “pueblo indígena” debe conservar “todos” los elementos culturales, se alerta que este requisito del Reglamento es contrapuesto a la realidad nacional, al existir pueblos indígenas cuyas costumbres se sincretizaron, modificaron o alteraron por causas propias del intercambio cultural.

Por ello, para identificar a un pueblo indígena como tal de manera más precisa, se delimitan los siguientes *elementos objetivos* mínimos:

- Descendencia anterior a la colonización española. Este elemento incluye a todos los pueblos indígenas, inclusive a las generaciones posteriores a la

colonización, al poseer la singular característica de ser híbridos entre la cultura originaria y la foránea.

- Existencia de instituciones de naturaleza propia, que velan por la organización manteniendo su forma de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- Existencia de una administración propia en lo económico, legal, cultural, entre otros, acorde con su cosmovisión.
- Uso de territorios o tierras comunes en condiciones sostenibles.

Y como *elementos subjetivos o intrínsecos*:

- Decisión de libre autodeterminación a su proceso de desarrollo colectivo como pueblo indígena u originario.
- Conocimiento de ser parte de este sector de la sociedad, y su pertenencia al Estado peruano. (Angles, 2014)

Otro Artículo cuya importancia determina, la aplicación de la Ley a los pueblos indígenas identificados como sujetos de derecho, es el Artículo 8°, el mismo que señala que “la entidad promotora”, (quienes según la ley, son: La Presidencia del Consejo de Ministros, los Organismos públicos y gobiernos regionales y locales), identificará a los pueblos indígenas que se verán afectados en sus derechos colectivos a razón de la medida legislativa o administrativa que se adopte, fundamentándose en la información oficial continua en la Base de datos oficial del Ministerio de Cultura, remitiéndose al Viceministerio de Interculturalidad, la petición de inclusión en la base de datos

cuando el pueblo indígena, no se encuentre en esta. Cabe resaltar en este punto que a pesar de que la Ley de Consulta previa tiene siete años de promulgada y la ratificación del Convenio 169 más de dos décadas, el Perú cuenta con una precaria identificación de forma completa de los pueblos indígenas y de los territorios que poseen, siendo los pueblos identificados cincuenta y cinco, los mismos que se encuentran registrados en la Base de datos oficial del Ministerio de Cultura.

A julio del 2018, es alarmante recordarnos la situación actual que atraviesan los pueblos indígenas, puesto que el Estado peruano al no poseer un listado completo de los pueblos indígenas, poco podrá realizar la identificación de forma efectiva, exponiendo a los pueblos indígenas a una clara situación de vulneración de derechos fundamentales, debido a que resulta imposible implementar el proceso de consulta al no conocerse quienes conforman los pueblos indígenas, sobre todo cuando existe un interés primigenio de concesionar a grandes empresas inversionistas, territorios ocupados por estos pueblos originarios, para la explotación de hidrocarburos.

### **2.3. Fundamento y Concepto del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas**

El Artículo 2° de la Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, conceptualiza la consulta previa como: “es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados en 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 (...)”.

En el informe Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumentos de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia. Mayo 2009 p.7, se establece que “El derecho a la Consulta Previa, se puede definir como el derecho que tienen los pueblos indígenas para que el Estado, dentro de un proceso de diálogo intercultural, les consulte sobre los proyectos de inversión que pueden afectar su vida, costumbres y territorio, y tiene por objeto efectuar un análisis consensuado sobre los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su comunidad. Agreguemos que este derecho no otorga a los Pueblos Indígenas el derecho a vetar las decisiones estatales”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano menciona como concepto de consulta previa a aquel derecho fundamental que vela por la protección del derecho colectivo de los pueblos a ser consultados sobre medidas legislativas u administrativas que puedan afectarlos en forma directa, acorde con la normativa internacional de modo especial el Convenio 169 de la OIT.

Se concluye que el derecho a la consulta previa es fundamental y es fruto de la evolución hacia una mayor protección de los pueblos indígenas, que históricamente se encontraban relegados. El fin primordial es la preservación de su subsistencia y permanencia en los Estados que poseen pueblos indígenas, protegiendo sobre todo su derecho a una cultura propia, identidad e integridad territorial. (Angles, 2014)

#### **A) Naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa**

Empezar a definir la naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa implica establecer sus orígenes y los alcances de estos, cuya naturaleza

y esencia es definida por el derecho fundamental. La consulta previa, al estar relacionada con la protección de derechos como la identidad, la integridad étnica y cultural, o la participación representativa, es un derecho fundamental “de naturaleza jurídica colectiva”, ya que para su pleno ejercicio es necesario la participación de todos los integrantes a la comunidad.

Al principio, el derecho a la consulta previa fue reconocido en el Convenio 169 de la OIT, cuya naturaleza se enmarcaba por su objeto y fundamentos: a) Por su objeto, al ser una norma internacional que garantiza la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, tales como el derecho a existir como pueblos, a la vida, a la identidad étnica y cultural, a la igualdad, a la no discriminación, a la paz, a la tranquilidad, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida; y b) por sus fundamentos, ya que este tratado se basa principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Angles, 2014, p.35).

En este sentido, respecto a la naturaleza jurídica del Convenio 169 de la OIT, en la presente investigación se concluye que ésta responde a un tratado de derechos humanos, incorporado a la legislación peruana, de rango Constitucional, por haber sido ratificado por el Congreso de la República, y señalado expresamente en la Constitución Política del Perú en el Artículo 55° Tratados.- “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, de esta forma, siendo una norma del Derecho Internacional porque, por un lado, el órgano de producción de dicha fuente desarrolla su actividad productora en el ámbito del derecho internacional, y por otro, porque su modo de producción se rige por el derecho internacional público, en ese sentido la naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa

es colectiva, encontrándose dentro de los derechos fundamentales de tercera generación, y resguarda a estos grupos identificados como pueblos indígenas.

La Oficina Internacional del Trabajo-Ginebra señala que, siendo el Convenio N° 169 de la OIT un Tratado de Derechos Humanos, con rango constitucional y de cumplimiento obligatorio en el Perú, corresponde a todos los sectores del Estado peruano adecuar sus normas internas al espíritu de dicho Convenio e implementar la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en sus procedimientos legislativos y administrativos. En este sentido, teniendo la Consulta Previa una doble naturaleza, es decir como derecho y como Principio, hace que ésta se convierta en la piedra angular del Convenio N° 169 de la OIT, ya que el ejercicio de la Consulta permitirá la protección de los demás derechos colectivos de los Pueblos Indígenas. Esta doble naturaleza de la Consulta implica que, por un lado sea un derecho independiente y con un contenido sustantivo propio basado en la dignidad de los pueblos y, de otro lado, que pretenda viabilizar otros derechos contenidos en el Convenio 169 OIT, en base a la igualdad y a su propia capacidad. (Organización Internacional del Trabajo, 2013, pág. 17)

Menciona Grijalva (2001), de esta suerte, los derechos de tercera generación son derechos difusos. En cuanto a su violación, no es posible determinar específicamente quiénes serían los afectados. En contraste, los derechos colectivos tienden a referirse a grupos más específicos. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas son propios de quienes los integran. Los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos, y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales. De este modo, por ejemplo, los derechos colectivos de los pueblos indígenas

implican y protegen el derecho individual a la cultura de cada persona. El derecho colectivo a un medio ambiente sano ampara tanto la salud de la comunidad como la de cada uno de los individuos que la forman. Sin embargo, los derechos colectivos son indivisibles: son derechos del grupo, y de todos y cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de solo uno o algunos de ellos, con abstracción del grupo.

## **B) Principios del Derecho a la Consulta Previa**

Los primeros principios rectores del derecho a la consulta previa, fueron establecidos en el año dos mil nueve, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0022-2009-PI/TC, identificándolos como:

- Buena fe.
- Flexibilidad.
- Objetivo de alcanzar un acuerdo.
- Transparencia.
- Implementación previa del proceso de consulta.

Posteriormente, con la promulgación de la Ley de Consulta Previa, se exponen estos elementos, incluyendo los de jurisprudencia nacional e internacional, agregando:

- Oportunidad
- Interculturalidad
- Buena fe
- Flexibilidad
- Plazo razonable
- Ausencia de coacción o condicionamiento

- Información oportuna

### **C) Objeto jurídico del derecho a la consulta previa**

El objeto jurídico de la consulta previa se encuentra intrínsecamente vinculado al contenido esencial del derecho a la consulta previa, es así que este configura la obligación del Estado, frente a las poblaciones indígenas, a que accedan a la consulta y el tratamiento adecuado de su proceso, cuando se trate de medidas administrativas y/o legislativas que afecten a estas poblaciones, a través de un asertivo dialogo intercultural, cuyo garante responsable de llevar a cabo será el Estado.

La Ley de Consulta Previa se aplica a todas las medidas legislativas o administrativas “susceptibles” de afectarles directamente a los pueblos indígenas. Advirtamos que susceptible, significa capaz de recibir modificación o impresión, en el caso concreto, implica que pueden ser objeto de consulta, las medidas que pueden afectarles directamente a los pueblos indígenas, y no solamente a las que se tiene certeza que las pueden afectar directamente. Lamentablemente, la Ley de Derecho de Consulta Previa, solo enfatiza las que pueden afectarles directamente, peor aún, enfatiza que el tipo de afectaciones: derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, distinguiendo, y limitando la consulta a estos tópicos. El Convenio 169 de la OIT, es mucho más amplio y protector, pues no establece dichos criterios, y posibilita la consulta en general a todas aquellas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, y ello no es solamente, derechos colectivos en estricto, sino derechos individuales de sus miembros, tales como sus derechos civiles, sociales o económicos que les atañen a los miembros de las poblaciones indígenas. (Carhuatocto, 2013, p.232).

#### **D) Finalidad jurídica del derecho a la consulta previa**

El alcance que nos proporciona el Artículo 3° de la Ley 29785, respecto al fin a alcanzar con la aplicación de la consulta previa “La finalidad de la consulta previa es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente a través de un dialogo intercultural que garantice su inclusión en el proceso de toma de decisiones del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”.

En este marco se define a nivel jurídico que la finalidad de la consulta previa implica entonces:

- Concluir el proceso de consulta
- Solucionar los pasibles de las partes intervinientes en el proceso, llegando a la concertación de voluntades, acuerdo o consentimiento de las medidas que fueran consultadas.
- Promoción del dialogo intercultural, que al alcanzarse un acuerdo se enarbolaría la legitimidad de participación de la población consultada, basada en el diálogo asertivo, salvaguardándose los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

El Tribunal Constitucional peruano (En adelante TC), sobre la finalidad del derecho a la consulta previa, mencionó que: [...] con la finalidad no solo se deben obtener acuerdos que garanticen los legítimos intereses de los pueblos indígenas, como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales en su caso de la justa

compensación, e incluso la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino, en especial, al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados (TC, 2009: 33-34).

Siendo la finalidad no solo la obtención de acuerdo y el logro de una concertación entre el Estado la población indígena consultada, sino que este acuerdo, sea beneficioso para el pueblo indígena.

#### **E) El consentimiento del derecho a la consulta previa**

En este punto se establece que el consentimiento libre, previo e informado, es el elemento principal de todo proceso de consulta previa, y su objetivo final es la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas inmersos en el proceso de consulta, en concordancia con el Artículo 6° inciso 2) del Convenio 169 de la OIT que establece “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de la medidas propuestas”

Para Kantuta Villenas y Lucia Pautrat, la aplicación adecuada del derecho a la consulta implica un proceso cualitativo de negociaciones de buena fe y diálogo, mediante el cual el acuerdo y consentimiento, de ser posibles, pueden lograrse. En este sentido, importa subrayar la interconexión entre consultas amplias y consultas específicas. Si los derechos, preocupaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas se reflejan en los textos legislativos y en políticas de largo alcance, es probable que el acuerdo y consentimiento sobre medidas o proyectos específicos que afectan sus tierras y territorios se logren más fácilmente. Debe también subrayarse que incluso si el proceso de consulta fue

concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio, tales como los derechos los pueblos indígenas a las tierras, a la propiedad, recursos naturales y al medio ambiente. (Vallenas & Pautrat, 2010, pág. 20)

Al respecto el consentimiento resulta siendo un derecho independiente al derecho a la consulta previa, a su vez aspecto que genera un alto grado de controversia, puesto que este no es el único resultado al que se deba llegar, en efecto como en toda negociación puede no alcanzarse un acuerdo esperado, en ese sentido como regla general corresponde al Estado tomar la decisión final respecto a lo consultado, aceptar esto implica que existirán supuestos en los cuales el Estado peruano podrá decidir implementar una medida al margen de la voluntad de los pueblos indígenas, como lo señalado en el Artículo 15° de la Ley 29785, recortando así gravemente derechos de los pueblos indígenas como el derecho al libre autodeterminación y colocando los derechos de pueblos indígenas en una situación de vulnerabilidad absoluta y a la intemperie de la toma de decisiones frente a propuestas de inversión extranjera que adopte el Estado.

Sin embargo, existe una excepción, encontrando este supuesto en el desarrollo jurisprudencial internacional. El Convenio 169 de la OIT, en su Artículo 16.2, establece que «Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, ‘solo deberán efectuarse con su consentimiento [...], convirtiendo de este modo en estos casos al consentimiento en elemento esencial del proceso de consulta cuando se refiere a desplazamiento poblacional indígena».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Saramaka vs. Surinam*, ha señalado que el consentimiento es necesario, no solamente en el

caso de traslados y reubicaciones sino también en algunos otros casos, fundamentalmente en aquellos que se traten de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio indígena. Es decir, la Corte considera que existen algunas acciones estatales que tienen un mayor impacto que otras sobre los pueblos indígenas, entendiéndose mayor impacto a la naturaleza de los derechos que vaya a afectar; en efecto, en el fundamento 137 (Sentencia Saramaka vs. Surinam) la Corte hace mención a la naturaleza y el contenido de los derechos en cuestión, en este sentido entenderíamos la indispensable concurrencia del consentimiento, cuando se trate de afectaciones graves. (Fundamento 135 de la sentencia en Carhuatocto, 2013)

Para complementar la información teórica obtenida presentamos, a continuación, información desde la opinión de un abogado especialista en la materia, Abogado Alfredo Castromonte Taha, ex Decano del Colegio de Abogados de Ancash, asesor de Comunidades Campesinas.

Quien expresa que a lo largo de nuestras constituciones ha existido un claro avance y retroceso, respecto a al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas u originarios, empezando por no saber identificarlos, para posteriormente desarrollar y resguardar la propiedad de sus territorios ancestrales, sin duda la más garantista de las constituciones, desde su opinión, fue la constitución de 1979, si de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se habla, reconociéndose derechos de naturaleza colectiva y la participación más abierta de la vida política, sin embargo, en los círculos especializados en esta materia, cuando se evalúa hasta dónde el actual Gobierno y nuestro vergonzoso Congreso de la Republica, avanzará en el reconocimiento de derechos colectivos, el optimismo ritual y público, se convierte en pesimismo, debido a la poca voluntad de cambio que muestra el congreso de

nuestro país, envuelto en una desidia abrumadora a causa de la lucha de poderes por obtener mayor influencia, y con la situación partidaria actual, aunado al desconocimiento que los congresistas tienen de los avances que en el mundo se vienen dando respecto a los derechos de lo que se llama ahora pueblos indígenas, es clarísimo que se ha pasado de la esperanza a las concreciones y negociaciones, y creo que nadie puede prever cómo terminarán constitucionalmente los derechos colectivos de los pueblos indígenas peruanos.

En cuanto a si la Ley de Consulta Previa y su Reglamento es garante de protección de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, el entrevistado manifiesta que la Ley de Consulta Previa, *es un completo saludo a nuestra dignísima bandera*, en toda la amplitud que el coloquial termino refiere, para explicarlo mejor, coloquémonos en esta situación, “que alguien toque la puerta de tu casa antes de ingresar que estés o no de acuerdo, podrán ingresar pateando tu puerta, intentando claro está, que este evento contrario a tu voluntad no sea tan traumático y violento, te pedirán que no seas tan dramático si ello ocurre, pues es parte del Estado de Derecho”, he aquí entonces, solo uno de los problemas que resumen en mi opinión las serias imprecisiones y vacíos que tiene la Ley de consulta previa y su reglamento los mismos que antes de solucionar problemas generan otros más graves. Estamos ante una Ley cuyo primer cuestionamiento sería, si era necesaria su promulgación y posterior reglamentación puesto que ésta es de carácter **auto aplicativo**, al ser ratificado el Convenio 169 de la OIT, por nuestro país en el año 1995, siendo entonces mal concebida, y mal desarrollada; es preciso señalar que existe una serie de inconstitucionalidades de la que está preñada, concluyendo que esta Ley de ninguna forma, es garante de derechos constitucionales de los pueblos indígenas en nuestro país multiétnico, plurinacional, en el que aplicar la Ley de consulta previa suena más a favor para mantener calmados y contentos a los

pueblos indígenas que a un derecho fundamental, reconocido por un tratado con rango constitucional.

## **ANÁLISIS Y DISCUSIÓN**

### **1. INCONSTITUCIONALIDADES DE LA NORMATIVIDAD SOBRE DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LA INSTITUCIONALIDAD INDÍGENA VIGENTE**

#### **1.1. Análisis de los antecedentes a la aprobación de la Ley de consulta previa en el marco de la desidia burocrática de sectores responsables.**

##### **A) El expediente Bagua.**

Es preciso, antes de ahondar en el carácter inconstitucional de la normatividad sobre el Derecho a la Consulta Previa en nuestro país, recordar y analizar, los sucesos históricos, lamentables algunos, que responden a la siempre presente desidia de nuestros representantes de los sectores responsables, encargados de legislar y someter los derechos de los pueblos indígenas a favor y beneficio de grandes industrias extractivas, ahora entonces, colocándonos en esta línea, es preciso, mencionar, el 28 de octubre 2007, día en el que el entonces presidente del Perú, Alan García, publica un artículo llamado “El síndrome del perro del hortelano”, donde indica que algunas comunidades nativas del Perú mantienen improductivas sus tierras, oponiéndose al progreso. Esta publicación fue considerada como una agresión

por los pueblos amazónicos, el mismo mes, el Congreso de la República le otorga facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia referente al tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos de América. Dentro de la legislación para el TLC, el Poder Ejecutivo emite decretos que tratan sobre los pueblos indígenas del Perú. En agosto del 2018 diversas organizaciones indígenas, protestan, requiriendo derogar dos decretos legislativos (N°1015 y N° 1073), que facilitan la venta de los territorios indígenas a empresas privadas y abren el acceso a la Amazonía a las compañías petroleras, mineras y agroindustriales, quedando pendientes la derogación de 6 Decretos Legislativos que también resultaban lesivos para los derechos de los pueblos indígenas, El 9 de abril, al no tener ninguna respuesta se inicia el paro amazónico. Exigiendo la derogación de otros seis decretos considerados inconstitucionales por la Comisión de la Constitución del congreso peruano, que permitirían que el 60% de los bosques primarios de la Amazonía sean vendidos a empresas transnacionales, para la explotación de los hidrocarburos o el cultivo de los biocombustibles, posteriormente, se desencadenaron una serie de sucesos que frustraron el diálogo con los pueblos indígenas, los mismos que terminaron en un 5 de junio de 2009, con la incursión policial en Bagua, ordenada desde el Gobierno, que se saldó fatalmente, con la muerte de civiles y policías, en un claro abuso por acallar las voces de los representantes de estos pueblos. Al cumplirse un año de esta tragedia, se identificaron 23 policías y 10 fallecidos civiles. Estas cifras están corroboradas por la Defensoría del Pueblo y algunas organizaciones católicas, esta mala estrategia de ataque y exposición de policías en este territorio, determinó la salida de varios ministros, y con ello la promulgación dos años después de la Ley de Consulta Previa, la misma que cae en la retórica de no saber cómo considerarla si como un aliciente o un placebo, para los pueblos indígenas.

## **1.2. Respecto a la Inconstitucionalidad de la Ley de Consulta de Previa y su reglamento**

### **A) Una Ley mal concebida.**

El Convenio 169 de la OIT, es un instrumento internacional auto aplicativo que entró en vigencia en el Perú, el 02 de febrero de 1995, y podía ser exigido su cumplimiento desde entonces, sin necesidad de una Ley especial o reglamentación. Sin embargo, durante más de 15 años, los diversos sectores del Poder Ejecutivo, se negaron abiertamente a darle cumplimiento, pretextando que mientras no se reglamente el citado convenio no es exigible, como lo manifestó en su momento el Ministerio de Energía y Minas. Ello llevó a que las organizaciones indígenas, y organizaciones no gubernamentales, librarán un proceso de sensibilización de nuestras autoridades para efectos de que sea posible la implementación del mencionado Convenio, proceso al que posteriormente se sumó la Defensoría del Pueblo. Por otra parte, las acciones legales iniciadas por organizaciones indígenas, permitieron que el Tribunal Constitucional (TC) se pronuncie, y ratifique el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT, su vigencia desde 1995, claro sin tocar el artículo 55° de la Constitución Política del Estado peruano, y la necesidad de una legislación especial para implementarla. Sin embargo, el punto de inflexión, que determinó que el derecho a la consulta previa sea un tema de interés nacional, fueron los lamentables sucesos de Bagua, en junio del 2009, y los cuestionamientos a la legislación forestal y de fauna silvestre, que finalmente fue derogada. Tuvo que transcurrir dos años más de ese lamentable incidente, para que el Congreso aprobara en forma definitiva la Ley de Consulta Previa, y promulgada por el Presidente de la República el 06 de setiembre de 2011, en la ciudad de Bagua, publicada en el diario EL PERUANO, al día siguiente.

**B) Inconstitucionalidades identificadas en los criterios de identificación de la Ley de Consulta Previa.**

Los criterios de identificación, mencionados anteriormente en esta investigación, envuelven una serie de inconstitucionalidades que transgreden el carácter **natural** del Convenio 169 de la OIT, siendo algunos criterios objetivos absurdos y aligerando al mínimo el criterio subjetivo los mismos que serán disgregados a continuación:

**Según el Artículo 7º**, sobre Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios, indica que se debe cumplir con los criterios objetivo y subjetivo. Los criterios objetivos son los siguientes:

**a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.**

En este primer criterio la ley ha ampliado de forma impropia los criterios establecidos por el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. En ese sentido esta ley exigiría más requisitos que los que exige el propio Convenio, extremando el tema de descendencia al exigir que sea directa, y mientras el Convenio 169 de la OIT, sólo exige descender de poblaciones originarias, agregando el mandato, descender “directamente”, ese requisito no está en el artículo 1.b del Convenio 169 de la OIT. Ello nos trae el inconveniente de la probanza de descendencia directa, y podría estar excluyendo a las poblaciones indígenas, que se han visto forzadas al mestizaje producto de la conquista. En todo caso, una interpretación coherente con nuestros compromisos internacionales nos llevará a reconocer a las poblaciones indígenas, tanto de descendencia directa como indirecta producto del mestizaje.

**b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.**

Este criterio resulta siendo peligroso, pues hace referencia al vínculo de los pueblos indígenas con el territorio que tradicionalmente han ocupado, puesto que se puede interpretar que es necesario, la territorialidad de los pueblos indígenas, sin considerar a aquellos que fueron despojados de sus tierras violentamente o son producto de la migración interna, asimismo se debe considerar los cambios culturales que llevan a variación en los estilos de vida, siendo esto algo cuestionable como criterio objetivo, debido al existente sincretismo cultural, y a la búsqueda de mejores condiciones de vida, producto del roce con la cultura occidental que representa y practica un mayor porcentaje de habitantes en el país, haciendo que muchos pueblos indígenas adopten estilos de vida occidentales, sin por ello haber perdido su identidad cultural.

**c) Instituciones sociales y costumbres propias.**

Este criterio debería adecuarse conforme al Convenio 169 de la OIT, el mismo que precisa, en conservar “parcialmente” las instituciones sociales, culturales, religiosas, políticas., etc., lo cual podría ser interpretado erróneamente, pues desde la perspectiva antropológica, debemos entender que la cultura es dinámica, cambiante, por tanto no se puede concebir que los pueblos originarios conserven la totalidad de sus elementos culturales originarios, en el sentido de conservar todas las costumbres ancestrales, siendo en esta época algo casi imposible, por el propio desarrollo histórico y generacional del ser humano, en un país donde el sincretismos cultural y religioso, producto de los procesos de conquista y colonización han sido constantes, y recordando que el Convenio dice se conserve total o

parcialmente la cultura del pueblo indígena, entendiendo mejor, la característica dinámica de la cultura, sin embargo la Ley de Consulta Previa, omite esta aclaración que es importante.

**d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.**

Se entiende que este criterio permite la incorporación de los pueblos afroperuanos como sujetos de derecho en la Ley de Consulta Previa, permitiendo a estos pueblos hacer valer sus derechos colectivos, debido a que cuentan con una cultura bastante característica y particular por el desarrollo histórico ya conocido, se distinguen claramente del resto de la población general.

El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria, 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. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos. (Ley de consulta previa, 2011).

En ese sentido responde a la aspiración indígena a la propia identidad, siendo la autodefinición la implicancia de un ejercicio individual de determinación de su propia identidad cultural reconociéndose en aquella del grupo, este reconocimiento presenta patrones muy débiles en las sociedades altamente globalizadas, en estas sociedades los patrones culturales diferenciados tienden a desvanecerse siendo absorbidos por aquellos que predominan en la

sociedad dominante. El concepto de indígena está basado también en la identificación colectiva que el propio pueblo indígena pueda hacer de sí mismo, y, por lo tanto, de cada uno de sus miembros, el autorreconocimiento, es decir, el derecho de la comunidad a definir sus propios miembros, es un ejercicio de identidad colectiva indígena. En definitiva, lo que define a un pueblo indígena y determina su visión holística del mundo es la identidad que él tiene de sí mismo en cuanto comunidad que forma parte de la naturaleza, de "lo creado". En consecuencia, sólo los propios indígenas pueden determinar quiénes comparten sus valores cosmogónicos, en suma, la autoidentificación presenta dos aspectos, uno positivo y otro negativo, desde el punto de vista negativo, implica que si un individuo no se define a sí mismo como indígena, no lo es; sin embargo, no cualquiera que se califique como indígena, por ese sólo hecho, pasa a serlo, desde esta perspectiva, el aspecto positivo significa que es necesario contar siempre con una serie de elementos objetivos que deben hacerse presentes y a partir de los mismos, la identificación como indígena, tanto por el individuo mismo como por el grupo, debe ser considerada un criterio básico añadido para ostentar tal condición.

Por tanto, El artículo 7 de la Ley de Consulta es inconstitucional al desnaturalizar el artículo 1.1.b del Convenio 169 al establecer nuevos requisitos a las colectividades para que estos sean considerados como pueblos indígenas.

Asimismo, constituye un penoso error que la Ley de Consulta Previa, furtivamente quiera desconocer al criterio fundamental para determinar la existencia de un pueblo indígena cuando, olvida remarcar la importancia y rol dirimente del criterio subjetivo, limitándose sólo a decir que "el criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de

poseer una identidad indígena u originaria.” Ahora bien, la conciencia de indígena también la puede albergar un individuo, recuérdese los pueblos indígenas en extinción, o aquellos indígenas que migran a las ciudades en busca de mayores oportunidades, o representación política de sus comunidades, casos en los cuales la condición de indígena también se respetaría. Empero, sí constituye un acierto que la Ley de Consulta establezca que “las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos” con un ánimo de otorgar la mayor protección posible a los pueblos indígenas, muchos de los cuales están fragmentados en varias comunidades campesinas o nativas producto de la fallida reforma agraria del siglo pasado.

### ***Principios de la Ley de Consulta Previa***

Carhuatocto, (2013), al respecto señala: Los principios son guía que inspiran el ordenamiento jurídico, y tienen básicamente tres objetivos bien definidos: *informar, fundamentar, y ser fuente*, de donde el operador deberá partir al momento de aplicar la ley. Asimismo, actúa como fuente supletoria, en los casos en que no hay una previsión legal expresa (método de integración del derecho), y en última instancia permite que a través de ellos se interprete la ley, y oriente a los operadores en la implementación de un procedimiento administrativo. En última instancia, los principios son postulados que buscan asegurar la efectividad de una institución jurídica y respetar el contenido e implicancias de un derecho constitucional. En ese

sentido, la consagración de los principios de la consulta previa son un acierto de esta norma, pues se establecen como guías para aplicar la consulta.

De esta forma el Tribunal constitucional también reconoce varios principios que orientan la realización de la Consulta Previa, sin embargo, en la Ley de Consulta no se ha recogido todos los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional, sin dejar de considerar que este no solo desarrolla principios en materia de derecho a la consulta sino en otras materias referidas a los derechos de los pueblos indígenas.

Al respecto la Ley de Consulta previa expone siete principios rectores:

- a) Oportunidad.** - *El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.*

El principio de oportunidad, materializa, que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de decisión, siendo la idea esencial la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa, pudiendo plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que estas sean tomadas en cuenta, en el proceso dinámico que constituye la consulta previa. Ya que recoge una regla que el Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo han desarrollado. El requisito de la oportunidad es un requerimiento que pone a prueba si existe una real intención de realizar el proceso de consulta previa, o si en realidad se quiere cumplir una formalidad carente de sentido.

**b) Interculturalidad.** - *El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.*

Este principio expone, el desarrollo de una comunicación asertiva, eficaz y pertinente entre el pueblo indígena a consultar, y la entidad promotora, ello implica, el desarrollo de estudios, para mayor conocimiento de nuestros pueblos indígenas, que deben ser promovidos no sólo por la autoridad rectora sino desde las universidades e institutos que operan en zonas donde habitan poblaciones indígenas y la inclusión de una base de datos de carácter descriptiva, aunado a la elaboración de guías metodológicas consensuadas que permitan materializar un real diálogo intercultural respetuoso de las culturas originarias o nativas.

**Para los doctrinarios interculturalidad es:**

Ruiz Molleda dice, Sobre el principio de interculturalidad. Quizá una buena definición de este principio es el que Giménez denomina el principio de la interacción positiva. No es posible entender lo intercultural si antes no definimos lo multicultural o el multiculturalismo. Siguiendo a Giménez, lo esencial del multiculturalismo es reconocer la diferencia y respetarla como tal, el interculturalismo en cambio, quiere ir más allá y propugna no solo un acercamiento sino un diálogo y una interacción entre estas diferentes experiencias culturales, no para mezclarse y confundirse, sino para enriquecerse y complementarse, para aprender unos de otros, sabiendo que todos tienen su espacio y su propia singularidad. Añade este autor que, “La contribución genuina del interculturalismo se encuentra, en aquel hueco o vacío dejado por el multiculturalismo. Dicho de otra forma, su aportación específica está en su énfasis en el terreno de la interacción entre los sujetos

o entidades culturalmente diferenciados”. Para él, el núcleo de la novedad interculturalista se halla en proponer algo sustantivo sobre el deber ser de las relaciones interétnicas, más allá de que deben ser relaciones no discriminatorias entre iguales y basadas en el respeto y la tolerancia, principios éstos ya asumidos en el ideario pluralista. En otras palabras, el multiculturalismo se contenta con la constatación que somos diferentes y punto, mientras que el interculturalismo, da un paso más allá y propone la interrelación, pues aspira a una noción de complementariedad en el fondo. (Molleda,2012)

- c) **Buena fe.** - *Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.*

El Tribunal Constitucional, considera que este elemento ‘es el núcleo esencial del derecho a la consulta’. Este principio debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado.

(...) este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: ‘1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida’. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas (TC, 2009: 27). y real intención de querer arribar a un acuerdo ambas partes, y en última instancia,

a obtener el consentimiento del pueblo indígena de manera regular buscando el dialogo intercultural, que debe ser aplicado tanto por la entidad promotora, como por el pueblo indígena, desestimando prácticas que busquen trasgredir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta previa, y sin utilizar mecanismos fraudulentos, abandonando la utilización de medidas coercitivas o violentas como instrumentos de presión durante su proceso o convirtiendo al proceso de consulta en una mera formalidad carente de vocación de diálogo.

- d) Flexibilidad.-** *La consulta debe desarrollarse mediante **procedimientos apropiados** al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados*

Es claro que no existen dos pueblos indígenas símiles, y que nuestro país es pluricultural, por tanto, no existirán dos realidades, que no carezcan de particularidades, cada pueblo indígena tiene su propia especificidad, su propia singularidad desarrollada con sus matices étnicos, es por ello que es imposible hablar de fórmulas rígidas y moldes aplicables a todos los casos, en este contexto, resulta razonable que la flexibilidad genere procesos de consulta previa adecuados a las medidas que se consultaran, teniendo en cuenta la estructura socio cultural de cada pueblo indígena. De esta manera, se tendrá que desarrollar un proceso de consulta previa, teniendo en cuenta la estructura de cada pueblo indígena; pero también de cada entidad estatal, así habrá una consulta previa especial para las leyes aprobadas por el Congreso de la República, otra para las medidas adoptadas por las entidades del Poder Ejecutivo, y otras más, para las medidas propuestas por el Gobierno Regional y Municipal. Asimismo, la flexibilidad y el plazo razonable deberá ser puesta a prueba según la complejidad de la medida

administrativa o legislativa objeto de consulta, de tal forma que no será lo mismo consultar una Ley o reglamento de más de 300 artículos, que una de tres artículos, o una concesión de pequeña envergadura que un megaproyecto.

**e) Plazo razonable.-** *El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.*

El principio depende, en buena cuenta de cada caso, depende la naturaleza de cada pueblo indígena y de la medida consultada, debiendo interpretarse de forma conjunta el principio de flexibilidad y el principio de plazo razonable, entiéndase que lo razonable deberá interpretarse en función de la finalidad del proceso de consulta, de la naturaleza de la medida, con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas, claro está que la logística que se emplee para llevar a cabo el proceso, y durante cada etapa será asumida por la entidad proponente.

Es preciso señalar que Ley de Consulta N°29875 y su Reglamento establecen que la consulta previa debe implementarse en un plazo no mayor de 120 días, para el desarrollo de todas las etapas del proceso.

**Para los doctrinarios el plazo razonable:**

Comentarios de Ruiz Molleda:

Del plazo rígido al plazo razonable. El TC ha establecido en el fundamento 41 de la sentencia STC 0022-2009-PI/TC, un conjunto de pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas.

En ese sentido ha precisado que se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha. Un buen ejemplo de cómo no deben ser las cosas, es el artículo 9 del Reglamento de consulta previa de las actividades minero energéticas, aprobado mediante D.S. 023-2011-EM. En él se puede apreciar cómo los estrechos plazos de la consulta en el Reglamento desnaturalizan el “proceso” de consulta. Se establece que los pueblos indígenas tendrán 20 días hábiles luego de recibir la información para evaluar las implicancias de la medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas (art. 9.a). Luego se tendrán 20 días hábiles para el proceso de diálogo con el Estado. Se trata de plazos sumamente rígidos y estrechos que en los hechos anulan el proceso de consulta. Esto compromete el principio de buena fe del Estado, el cual establece según el TC “que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran.” (Molleda, 2012).

- f) **Ausencia de coacción o condicionamiento.** - *La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.*
  
- g) **Información oportuna.** - *Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea*

*necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada.*

Así, es acertado, que se consagre la exigencia no sólo de brindar información completa y suficiente para realizar el proceso de consulta previa, sino que ésta sea puesta en conocimiento oportunamente, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación para no desnaturalizar el procedimiento, y permitir a los pueblos indígenas tomar conocimiento adecuado e idóneo, de carácter intercultural, frente al impacto de las medidas administrativas o legislativas que los puedan afectar de forma positiva o negativa.

### **C) Las Etapas de la Ley de Consulta Previa**

El artículo 8° de la Ley de consulta previa identifica y desarrolla concretamente siete (07) etapas que deberán desarrollarse en el plazo máximo de ciento veinte (120) días, todas a cargo de la entidad proponente o promotora, y segregando al Viceministerio de Interculturalidad a una labor de acompañamiento, y sólo por excepción un rol dirimente, debiendo realizarse sobre la base del diálogo intercultural, con el fin de obtener el consentimiento al final del proceso.

La Ley de Consulta Peruana establece en su Artículo 8° lo siguiente: «Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las etapas mínimas del proceso de consulta» (Ley 29785), siendo estas las siguientes:

- 1. PRIMERA ETAPA: Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.**

Claramente el artículo 9° de la Ley de Consulta, refiere que es la entidad estatal la que debe identificar, bajo su responsabilidad, las medidas legislativas o administrativas que tengan una relación directa con los derechos colectivos; sin embargo, organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden pedir que se les consulte alguna medida que crean les afecte directamente, de acuerdo con el artículo N° 9 de la Ley objeto de estudio, aquí entonces sería importante listar medidas que siempre deberán ser objeto de consulta previa, para crear mayor predictibilidad, y restringir la excesiva discrecionalidad, que pueden tener las entidades, allí estarán los casos de medidas que otorguen o restrinjan el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas o sus miembros, la reubicación o traslado de poblaciones indígenas, planes o programas para poblaciones originarias, titulación de tierras en zonas habitadas por pueblos indígenas, medidas que afecten los recursos naturales utilizados por pueblos indígenas, medidas que afecten sus conocimientos colectivos, caminos ancestrales, o espacios místicos, entre otros, ingresando otros supuestos según la naturaleza de la medida y la cultura de los pueblos indígenas.

## **2. SEGUNDA ETAPA. – Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.**

En el artículo 10° de la Ley de Consulta Previa, se vuelve a señalar, que es la entidad estatal promotora de la medida sometida a consulta, quién identificará al sujeto del derecho a la consulta previa. Es decir, si la población que podría verse afectada por la aprobación de la medida es un colectivo que además es o pertenece a un pueblo indígena u originario, considerando que el proceso de consulta se desarrolló en el marco de la vulneración de derechos colectivos, entonces el sujeto de derecho a la consulta previa debe cumplir con

a) Ser un colectivo (ejercer derechos colectivos, b) Formar parte o ser un pueblo indígena u originario, c) Estar en el ámbito de la medida (sus derechos colectivos podrían verse afectados).

Entonces las situaciones se invierten, cuando lo primero que se debería hacer es identificar a todas las etnias, naciones y pueblos indígenas que habitan nuestro país, y no empezar a buscarlos para saber si les afecta una medida legislativa o administrativa, e aquí un gran problema, respecto a la identificación misma de los pueblos indígenas u originarios ello, debería ser responsabilidad absoluta del Estado a través del Ministerio de Cultura, como ente rector en esta materia, guiados por los criterios de identificación que desarrolla la normativa nacional e internacional vigente, sin embargo, en mayo del 2012, el MINCU aprobó la Directiva N° 03-2012/MC contenida en la Resolución Ministerial N° 202-2012-MC, que regulaba el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y originarios, y finalmente el 25 de octubre de 2013 el MINCU publicó la Base de Datos de Pueblos Indígenas, es preciso señalar que el contenido mismo de la Directiva N° 003-2012/MC es cuestionable, respecto a la metodología empleada para incluir e identificar a los pueblos indígenas, puesto que identifica un listado de criterios objetivos en los que se incluye continuidad histórica, la conexión territorial y las instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas “incluidos lengua y tierras comunales”, que lo acercan más a lo que señalaba la Ley de Consulta Previa que a lo indicado en el Convenio 169 de la OIT. Siendo el criterio subjetivo el de la auto identificación como pueblo indígena, aunado a que se brinda información limitada con solo un número reducido de pueblos andinos y amazónicos, presenta a cada pueblo indígena y coloca con qué otras denominaciones se les conocen y a qué familia lingüística pertenecen, siendo ello toda la información que se ofrece, hasta el momento, el Ministerio de Cultura ha reconocido en su Base de Datos a 55 pueblos

indígenas, de los cuales 48 son amazónicos y 4 andinos (Quechua, Aymara, Uro, Jaqaru) (Base de datos, considerando que esta base está en constante actualización, entonces ¿Cómo identificarlos con precisión? (Ministerio de Cultura, 2017)

Plazo: Los pueblos indígenas u originarios deberán nombrar a sus representantes conforme a sus usos, costumbres y normas propias, y acreditarlos dentro de los (30) días calendario de recibido el Plan de Consulta.

3. TERCERA ETAPA. - **Publicidad de la medida legislativa o administrativa**, “Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan”. (Ley de consulta previa, 2011).

En esta etapa, recaída sobre el artículo 11° de la Ley de Consulta Previa, consiste en la difusión de la medida y del Plan de Consulta. Para ello deben entregarse la Propuesta de la medida a consultar y el Plan de Consulta a las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios. Estos documentos, y el acto de entrega, deben ser publicados en el portal web de la entidad promotora.

Plazo: Con la entrega de la propuesta de medida y del Plan de Consulta se inicia el plazo de 120 días que corre hasta el final de la etapa 6: Etapa de Diálogo.

#### 4. CUARTA ETAPA. – **Información sobre la medida legislativa o administrativa.**

“Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa”. (Ley de consulta previa, 2011)

El artículo 12°, expone que esta etapa también está a cargo de la entidad proponente, tiene como fin el conocimiento y la comprensión de la medida legislativa o administrativa a consultar por parte de los pueblos indígenas u originarios, de manera que estos tengan a la mano todos los elementos para realizar un análisis de la medida, se debe contar con transparencia y fácil acceso a la información pública, sobre todo lo referido a la medida legislativa o administrativa, ello es fundamental, y esta información, tiene que ser idónea, suficiente, y completa para poder llegar a un acuerdo o consentimiento del pueblo indígena, y en última instancia para que puedan hacer reales aportes a las medidas objeto de consulta. En caso, que la información sea entregada de manera extemporánea o inoportuna, o esta sea entregada de manera parcial o insuficiente, ello invalidaría el proceso de consulta previa, trayendo su nulidad, al haberse inobservado uno de sus principios rectores de la consulta previa (la buena fe y oportunidad). De esta forma las guías, informes, estudios técnicos y legales, que emanen de la medida objeto de consulta, deben ser puestos a disposición de los pueblos indígenas, sus representantes y la sociedad civil, a bajo costo.

Plazos: El plazo máximo para acreditar a los representantes es de treinta (30) días calendarios, contados a partir de la recepción de la

propuesta de medida y el Plan de Consulta por parte de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. Esta etapa tiene como plazo mínimo treinta (30) días calendarios, y como plazo máximo sesenta (60) días calendarios desde finalizada la etapa de publicidad de la medida.

**5. QUINTA ETAPA. – “Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente”.**

El artículo 12° de la Ley de Consulta Previa, establece que, ello consiste en el proceso de evaluación y análisis que realizan los pueblos indígenas u originarios acerca de los alcances, incidencias, afectaciones e impactos que la medida administrativa o legislativa pueda ocasionar sobre sus derechos colectivos.

Este proceso está a cargo de los pueblos consultados y debe tener una duración máxima de 30 días calendario. El proceso terminará con la entrega de los Resultados de la evaluación interna a la entidad promotora. En este caso, la tarea de la entidad promotora es brindar apoyo logístico a las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios para que lleven a cabo esta etapa, sin embargo, como predisponer a una evaluación interna de las instituciones y organizaciones que representen a los pueblos indígenas, en medio de una precaria institucionalidad indígena vigente, el fortalecimiento de sus capacidades técnicas, y sus organizaciones sociales, es imperativo, intensificar las capacidades técnicas de los pueblos indígenas dando mayores oportunidades de educación universitaria y creando un fideicomiso que permita a los pueblos indígenas poder contar de manera independiente con un fondo de administración. Asimismo, resulta imperativo, intensificar las

capacidades técnicas de los pueblos indígenas dando mayores oportunidades de educación universitaria y creando un fideicomiso que permita a los pueblos indígenas poder contar de manera independiente con un equipo técnico que los apoye en el proceso de consulta previa para garantizar una verdadera y auténtica evaluación interna de las medidas propuestas, por tanto es necesario fortalecer y regresar de ser el caso las funciones autónomas del INDEPA(.....), que alguna vez tuvo, antes de ser absorbido por el Viceministerio de Interculturalidad que hace las veces de primera y segunda instancia.

#### 6. SEXTA ETAPA. – **Proceso de diálogo intercultural.**

El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta.

Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo. (Ley de consulta previa, 2011)

Plazo: La extensión de esta etapa será de hasta máximo treinta (30) días calendario. Por el acuerdo de las partes, existe la posibilidad de extender el plazo sobre la base del principio de flexibilidad.

El artículo 14° de la Ley de Consulta Previa sostiene la predisposición a un diálogo entre las entidades estatales involucradas. Las mismas que son a) de parte de los pueblos indígenas, sus representantes regionales y nacionales; b) y por otra parte del Estado, encontramos: en primer lugar, al ente proponente, el Viceministerio de Interculturalidad, que usurpa las funciones del INDEPA. También se encuentran en este rubro, los representantes del OEFA cuando se trate de medidas vinculadas a posibles afectaciones al ambiente que requerirán fiscalización ambiental, y a la Defensoría del Pueblo, así entonces los pueblos indígenas tendrán por objeto en primera instancia conocer y debatir los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, y sus impactos que recaerán sobre los derechos de los pueblos indígenas, asimismo se debe recoger las observaciones, sugerencias, críticas, y recomendaciones que efectúen los pueblos indígenas y también los observadores, las mismas deberán quedar consignadas en el acta correspondiente. Sin embargo, es preciso señalar, en este punto que la norma no consideró como segundo objetivo, el arribar a un acuerdo, consenso con la obtención del consentimiento del pueblo indígena, descartando toda posibilidad de un dialogo estéril y cerrado.

#### 7. – SÉPTIMA ETAPA. - **Decisión**

El artículo inconstitucional 15° de la Ley de Consulta Previa que más adelante en la presente investigación se expondrá, establece que: “la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las

consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.”

En este contexto, la medida legislativa o administrativa objeto de la consulta al pueblo indígena, que se identificará como afectación directa, positiva o negativa, deberá ser sustentada con un informe técnico legal, que recoja las observaciones y aportes efectuados por los representantes de los pueblos indígenas, detallando todo el proceso, los impactos positivos y negativos, recogiendo una opinión técnica vinculante del Viceministerio de Interculturalidad, y la opinión no vinculante de otras entidades del Estado, inmersos en el proceso, de tal forma que el Estado, determine la viabilidad de la medida, y el grado de impacto en los derechos colectivos de los Pueblos indígenas, ello, previo análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

Asimismo, El artículo 15° de la Ley de Consulta Previa, establece además que “el acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.”

Al respecto Carhuatocto, (2013) considera que : Ciertamente, el acuerdo es vinculante y obligatorio, pero debió dársele mérito ejecutivo, para que al igual que un título valor, sean visto directamente en un proceso único de ejecución, en lo referente a las obligaciones que sean ciertas, expresas y exigibles. Lamentablemente, sin ese mérito ejecutivo, los acuerdos irán a un proceso contencioso administrativo, en el que se puede discutir, la validez del propio documento, a diferencia de un proceso de ejecución, donde sólo se discute, si se cumplió o no, con la obligación asumida en el acuerdo.

#### **D) Análisis de los artículos inconstitucionales de la Ley de Consulta Previa**

##### **a. Respecto al artículo 7° de la Ley 29785**

***Artículo 7. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios.***

*Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos.*

*Los criterios objetivos son los siguientes:*

- 1. Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.*
- 2. Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.*
- 3. Instituciones sociales y costumbres propias.*
- 4. Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.*

*El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.*

*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. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos. (Ley de consulta previa, 2011)*

El Artículo 1º, en su inciso b : El presente Convenio se aplica: [...] a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. (Convenio 169, 1989)

#### ➤ **Tribunal Constitucional**

Derecho a la identidad consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece:

Sobre el derecho a la identidad étnica, es pertinente precisar que, de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008- PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal

comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho “supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]” (Häberle, 2000, p. 34). En la STC 03343-2007-PA/TC, este Tribunal recogió lo expuesto en la Resolución Ministerial N.º 159- 2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es: “el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa” y que tal derecho comprende: “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]”. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

### **Análisis.**

En este artículo existe una clara confrontación entre la Ley de Consulta previa y el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, de tal forma que previo análisis jurídico se concluye que estamos ante una completa desnaturalización de los criterios para identificar a los pueblos indígenas. En esta parte la ley ha ampliado de forma impropia los criterios establecidos por el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. En ese sentido esta ley exigiría más requisitos que los que exige el propio Convenio.

En primer lugar, incorporaron el mandato, descender “directamente”. Ese requisito no está en el artículo 1.b del Convenio 169 de la OIT. En segundo lugar, el inciso b del artículo 7 hace referencia al vínculo de los pueblos indígenas con el territorio que tradicionalmente han ocupado, lo cual puede ser interpretado en el sentido que, si no se demuestra ese vínculo con el territorio, no se les aplicaría el Convenio 169 de la OIT, lo cual resulta peligroso pues muchas comunidades fueron expulsadas de sus territorios. En tercer lugar, se elimina el requisito de conservar “parcialmente” las instituciones sociales, culturales, religiosas, políticas, etc., lo cual puede ser interpretado en el sentido que tiene que conservar todas las costumbres ancestrales, algo que resulta casi imposible, por el propio desarrollo histórico y generacional del ser humano, en un país donde el sincretismo cultural y religioso, producto de los procesos de conquista y colonización han sido constantes, asimismo se debe considerar los cambios culturales que llevan la variación en los estilos de vida, siendo esto algo cuestionable como criterio objetivo, debido al existente sincretismo cultural, y a la búsqueda de mejores condiciones de vida, producto del roce con la cultura occidental que representa y practica un mayor porcentaje de habitantes en el país, haciendo que muchos pueblos indígenas adopten estilos de vida occidentales, sin por ello haber perdido su identidad cultural.

En este sentido este artículo de la Ley de consulta previa, objeto de análisis, es inconstitucional, al desnaturalizar el artículo 1° b del Convenio 169 al establecer nuevos requisitos a las colectividades para ser considerados pueblos indígenas, por cuanto los incisos b, c y d deben adecuarse conforme al Convenio 169 OIT en “conservar total o

parcialmente” sus instituciones sociales, económicas, políticas, culturales, etc.

**b. Respeto al artículo 15° de la Ley 29785**

***Artículo 15. Decisión***

*La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.*

*El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. (Ley de consulta previa, 2011)*

➤ **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

El consenso o acuerdo al que arriben las partes entre el Estado y los pueblos será vinculante para ambos:

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 nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona. (Sentencia 00022-2009-PI, 2010)

➤ **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte señala tres condiciones para explotar recursos en territorios de los pueblos indígenas.

[...] a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”)<sup>124</sup> que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual, a su vez, garantiza su

subsistencia como pueblo tribal. (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007).

### **Análisis**

Este artículo es el núcleo representativo que vislumbra la inconstitucionalidad de la Ley de Consulta previa, entre la normatividad nacional y la jurisprudencia internacional, puesto que existe una abismal diferencia entre obtener el consentimiento y la decisión final autónoma y deliberada por parte del Estado, ello en el contexto en el que se concluya un proceso de consulta sin un acuerdo entre las partes.

Disgregando y analizando este artículo, resaltan las principales nociones de interés como “decisión debidamente motivada”, “evaluación de lo planteado por los pueblos indígenas”, “análisis de las consecuencias”, “adopción de medidas garantizadora de los derechos colectivos”. Para adoptar una medida legislativa o administrativa, se debe cumplir de forma obligatoria la motivación de las decisiones, tal como lo señala García Toma:

Si bien se le reconoce al Estado la facultad discrecional de tomar un conjunto de decisiones, si no están motivadas devienen en arbitrarias y, en consecuencia, en inconstitucionales. Motivar es dar argumentos, razón y causa de una decisión. Es darle las explicaciones tanto fácticas como jurídicas a las partes involucradas. Por ello, la falta de motivación genera indefensión, inseguridad e ilegitimidad. Indefensión, porque al carecer de sustento se genera un supuesto de arbitrariedad, en tanto, no existe razonamiento. Inseguridad debida a que no se expone la fundamentación jurídica, dejando limbos caprichosos por parte del juzgador, e ilegitimidad

en el sentido que la motivación posee un poder de convicción sobre la parte. La argumentación de las sentencias es pedagógica, sustentadora y son la voz del Estado (Ruiz, 2013a: 191).

Considerando que la decisión unilateral se encuentra supeditada a los controles legales constitucionales y, de ser el caso, a los controles jurisdiccionales; esto deja un considerable sin sabor, puesto que quien impulsa el desarrollo de la consulta previa, y actúa como veedor, primera instancia y segunda instancia es la entidad promotora, o proponente, el palabras simples, el Estado, el mismo que como ya se ha señalado en la parte introductoria de este tópico, desarrolló una serie de sucesos altamente cuestionables sobre la promulgación de esta ley que contraviene intereses económicos y territoriales para la explotación en materia de hidrocarburos, por tanto ello deja mucho que desear, pudiendo concluir aquí que se trataría entonces de una decisión absoluta e incuestionable.

En este sentido la sola motivación no sería suficiente para establecer una protección a los pueblos indígenas, esta motivación debe sustentarse en un interés público puesto que quien realiza la consulta es el ente estatal, y las medidas legislativas o administrativas deben tener un interés para todos los peruanos, sobre todo si dicha decisión se manifestara en contraposición de lo expuesto por las poblaciones indígenas.

El Tribunal Constitucional mencionó que «[...] las decisiones no motivadas e inadecuadamente fundamentadas carecen por ello de cobertura constitucional, con lo que dejan de ser actos discrecionales para convertirse en actos arbitrarios, incompatibles con el Estado Constitucional de Derecho» (TC, 2004: 11). Entonces, la decisión a la que se refiere el

Artículo 15° de la Ley de Consulta Previa se debería interpretar a luz de la debida motivación e interés público.

En este punto es importante analizar con más detenimiento lo referente a armonizar el interés social y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, con el fin de evitar conflictos sociales. Como bien ya se ha manifestado, el método más idóneo para definir la decisión final es la ponderación constitucional de los bienes jurídicos inmersos en el proceso, siempre que dicha decisión no verse sobre desplazamiento de pueblos indígenas o grave afectación de su vida, en cuyo caso el Estado se encontraría obligado a obtener el consentimiento, en protección de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas. Si bien constitucionalmente le corresponde al Estado concordar los intereses sobre manejo y mejor aprovechamiento de los recursos naturales, ya sea para su conservación o explotación, y dirigir el desarrollo nacional y regional, también es obligación estatal constitucional la protección integral de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, no solo sobre el derecho de consulta sino sobre la identidad, territorios, supervivencia, entre otros, y así asegurar la protección de derechos conexos a la consulta, en concordancia a la jurisprudencia internacional por tanto si es que existiera una controversia esta se resolvería con un principio de ponderación, resaltando que lo intrínseco a los pueblos indígenas es la autodeterminación sobre su desarrollo, la protección de la vida, la salud, y el territorio, frente a lo desarrollado estrictamente sobre los conflictos y bienes jurídicos constitucionales intangibles.

En una línea jurisprudencial, la CIDH, en el caso Saramaka, puso énfasis en 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» (CIDH, 2007).

De forma manifiesta, la CIDH le impuso al Estado de Surinam la obligación de obtener el consentimiento cuando la consulta tenga gran impacto dentro del territorio de los pueblos indígenas. En aplicación e interpretación a las decisiones jurisprudenciales de la CIDH, queda de manifiesto que el Artículo 15° de la Ley de Consulta Previa, en su fase de decisión, se contrapone de forma directa con lo establecido y desarrollado como jurisprudencia para la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, cuando se trate de una afectación de gran impacto como es el desplazamiento, grave afectación y manejo de desechos tóxicos en sus territorios.

De regreso a nuestra normativa el Estado peruano tiene la potestad de decidir sobre el desarrollo del mismo, pero este poder en determinadas circunstancias de ninguna manera puede excluir los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, más aún si estos se encuentran ligados al desarrollo jurisprudencial internacional.

El Convenio 169 OIT, establece derechos constitucionales de los pueblos indígenas, derechos que se verían vulnerados si se aplica el artículo en análisis sin tomarse en cuenta las excepciones planteadas en esta investigación, como el estricto respeto al no desplazamiento de los pueblos indígenas, quienes tienen como derecho constitucional reconocido decidir sobre su desarrollo, tal como se señala en el Artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT.

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera; y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Del mismo modo, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, en su Artículo 3°, inciso *f*, sobre los derechos colectivos, establece que dentro los derechos reconocidos en la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y los tratados internacionales ratificados por el Perú, está «[...] el derecho a la tierra y el territorio, es decir, al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente” (MCP, 2012).

Estos argumentos constitucionales, como son el derecho a decidir sobre su desarrollo, el derecho a la tierra y territorio, tal cual lo menciona la propia Ley de Consulta Previa y su Reglamento, hace que la aplicación de su Artículo 15° sea contraria a lo desarrollado en la misma ley y, por tanto sea inconstitucional, al establecer que en todos los casos de consulta donde no se llegue a un acuerdo, la entidad estatal decidirá de forma final, sin considerar que el desplazamiento de las tierras de la comunidades es un caso de afectación directa a los derechos constitucionales reconocidos a los pueblos indígenas.

En ese mismo sentido, se resalta «[...] la utilización del término “tierras” en los artículos 15° y 16° del Convenio 169 de la OIT, deberá incluir el concepto de territorios», entendiéndose la protección a la totalidad del hábitat que poseen los pueblos indígenas, por lo que el desplazamiento no puede afectar estas concepciones De este modo se va

entrelazando el derecho al territorio con los recursos naturales, para ampliar el ámbito de protección constitucional a los pueblos indígenas, y establecer que la adopción de la decisión final estatal vulnera sus derechos constitucionales. Si bien la Constitución peruana establece que los recursos naturales renovables y no renovables son patrimonio de la nación, y el Estado peruano es soberano de su aprovechamiento, del mismo modo el Convenio 169 de la OIT establece en su Artículo 15.1 que «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» (OIT, 1989). Tal como se plasma en el artículo, los pueblos indígenas también poseen derechos sobre los recursos naturales, especialmente cuando se trata de su protección y conservación. Por consiguiente, el Estado peruano, en su labor de protectora de los derechos constitucionales, deberá velar por evitar adoptar decisiones que contravengan estos lineamientos constitucionales. (Angles, 2014)

Es importante precisar en este análisis los Derechos Constitucionales Vinculados con el Derecho a la Consulta Previa y Consentimiento de los Pueblos Indígenas.

Al examinar la Constitución peruana de 1993, el derecho de consulta previa se encuentra vinculado al Artículo 2° de los derechos fundamentales, al referir que toda persona tiene derecho:

- A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (inciso 1).
  
- A la propiedad y a la herencia (inciso 16).

- A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación (inciso 17).
- A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación (inciso 19).
- A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente (inciso 20).

El derecho a la consulta previa también se encuentra conectado al derecho al consentimiento, y estos a los derechos constitucionales mencionados líneas arriba. Se resalta que los derechos indígenas, en la Constitución de 1993, se encuentran vinculados al derecho a la propiedad, a la autodeterminación, a la autonomía judicial.

Por tanto, el artículo 15° de la Ley 29785 viola el artículo 16.2 del Convenio 169 y la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH, al omitir la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, en determinados supuestos que ponen en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. Este artículo, también viola por omisión el artículo 7.1 del Convenio 169 que reconoce el derecho de los pueblos a decidir sus propias prioridades de desarrollo y a armonizar este derecho con la concepción de desarrollo del Gobierno. De igual manera, el artículo 15° de la Ley 29785 viola por omisión el artículo 59° de la Constitución que exige el respeto de un conjunto de derechos mínimos intangibles de los pueblos indígenas. También desconoce lo establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH en el sentido que la subsistencia de los pueblos indígenas es un límite de las industrias extractivas. Asimismo, el artículo 15° de la ley viola el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT por

omisión al no regular el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios. Y finalmente, el artículo 15° de la Ley N° 29785 viola el artículo 2.22 de la Constitución y 7.4 del Convenio 169 OIT al omitirse la necesidad que la decisión del Estado respete el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado de los pueblos indígenas.

**c. Respetto al artículo 12° de la Ley 29785**

***Artículo 12. Información sobre la medida legislativa o administrativa***

*Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. (Ley de consulta previa, 2011)*

➤ **Tribunal Constitucional**

Entregar información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación para reflexiones que puedan surgir en el pueblo indígena:

La consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta

planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla. (Sentencia del Expediente N° 03343-2007-PA/TC, 2009)

➤ **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte señala que los Estados tienen la obligación de consultar, éste deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes:

La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones. (Sentencia caso del Pueblo Saramanka Vs. Surinam, 2007).

➤ **D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta**

El Artículo 18, sobre Etapa de información dice lo siguiente:

“18.1 Corresponde a las entidades promotoras brindar información al o los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. La etapa de información dura entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario, según establezca la autoridad promotora.

18.2 La información debe darse de forma adecuada y oportuna, con el objetivo de que el o los pueblos indígenas cuenten con información suficiente sobre la materia de consulta, así como para evaluar la medida y formular sus propuestas. Se deben usar medios de comunicación cercanos a la población indígena de tal manera que puedan llegar efectivamente a sus organizaciones representativas y a sus representantes, sobre la base de un enfoque intercultural.

18.3 La entidad promotora alentará que el o los pueblos indígenas cuenten con la asistencia técnica que fuera necesaria para la comprensión de la medida”.

En la Sexta disposiciones complementarias transitorias y finales del reglamento sobre Contenidos de los instrumentos del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental dice; “El contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas

que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012).

### **Análisis.**

En la sentencia antes citada sobre el caso “Saramaka vs Surinam”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fundamento 194, inciso e) expone lo siguiente:

19. A fin de garantizar la no repetición de la violación a los derechos de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial, el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas:

- Asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka, y (...).

Asimismo, en la parte decisoria de la referida sentencia, numeral 9 se señala: El Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad

de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 129, 133, 143, 146, 148, 155, 158 y 194(e) de esta Sentencia.

Adviértase que el derecho de consulta previa es un derecho procesal o instrumental, que está diseñado para cautelar otros derechos indígenas como el derecho de autodeterminación, derecho a la identidad étnica y cultural, derecho a un ambiente sano y equilibrado, o el derecho a la salud, y por tanto, el Estado no podrá adoptar una decisión que implique afectación a derechos indígenas sustantivos, y en caso de hacerlo, podrá ser frenado mediante una acción de amparo en resguardo del derecho afectado. Por tanto el artículo 12 de la Ley 29785 por omisión desconoce la regla jurisprudencial de la Corte IDH que exige la realización de estudios de impacto ambiental por entidades independientes como herramienta de los pueblos indígenas para evaluar el impacto en sus territorios de la explotación de recursos naturales, siendo esto cuestionable puesto que no necesariamente se consultara el otorgamiento de la concesión sino el acto administrativo que autoriza el inicio de las actividades de exploración o explotación, que no necesariamente es la certificación ambiental, sino la autorización posterior que otorga la administración para que inicie operaciones el titular del proyecto, lo cual evidentemente desnaturaliza la esencia de la consulta previa, cuyo objeto en el caso del aprovechamiento de los recursos naturales, implica la consulta previa de la entrega de la concesión, y adicionalmente, la del Estudio de Impacto Ambiental, siendo el acto administrativo de inicio de operaciones de la empresa, un acto administrativo residual que ya en ese escenario pudiera consultarse dependiendo la dimensión del proyecto, o considerarse innecesaria la consulta al haberse dado dos procesos de consulta previos, de tal forma que existe una clara vulneración de los derechos fundamentales de los pueblos

indígenas, empezando por la no inclusión de Estudio de Impacto Ambiental, dentro de la información a la que se refiere este artículo, sino que este sería secundario, al aplicarle la consulta, sobre lo ya construido, consultando solamente la autorización o permiso para el inicio de la actividad del proyecto de inversión.

**d. Respetto al artículo 19° letra d de la ley 29785**

***Artículo 19. Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo***

*Respetto a los procesos de consulta, son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes:*

- a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.*
- b) Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.*
- c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa.*
- d) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.*
- e) Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.*
- f) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas.*
- g) Registrar los resultados de las consultas realizadas.*
- h) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.*

*Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento. (Ley de consulta previa, 2011)*

➤ **En el Decreto Supremo 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta**

En su Artículo 28° sobre Funciones del Viceministerio de Interculturalidad señala lo siguiente; “Son funciones del Viceministerio de Interculturalidad las establecidas por Ley y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura. Estas incluyen:

1. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Asimismo, brinda opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta.
2. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes, del o de los pueblos indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular, en coordinación con las entidades promotoras.
3. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades promotoras, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por dichas entidades, sobre el ámbito de la consulta y la determinación del o de los pueblos indígenas a ser consultados, así como sobre el Plan de Consulta.
4. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y al o los pueblos indígenas que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma.

5. Elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial relativa a los pueblos indígenas, en donde también se registrarán sus organizaciones representativas.
6. Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de lo acuerdos adoptados en los procesos de consulta.
7. Crear, mantener y actualizar un Registro de Facilitadores, así como el Registro de Intérpretes de las lenguas indígenas.
8. Dictar una Guía Metodológica para la implementación del derecho de consulta, incluyendo documentos modelo, en el marco de la Ley y el Reglamento. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

➤ **Sobre la creación de base de datos de pueblos indígenas**

De la misma forma el Artículo 20. Sobre la Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios. Señala lo siguiente; “Créase la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La base de datos contiene la siguiente información:

- a) Denominación oficial y auto denominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
- b) Referencias geográficas y de acceso.
- c) Información cultural y étnica relevante.

- d) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
- e) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.
- f) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

➤ **Base de Datos Oficial**

El Artículo 29° D.S. 001-2012- MC Reglamento de la Ley de Consulta sobre Base de Datos Oficial señala:

“29.1 La Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley, constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas. No tiene carácter constitutivo de derechos.

29.2 El Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Cultura se aprueba la directiva que la regula, incluyendo los procedimientos para la incorporación de información en la misma, en particular la disponible en las distintas entidades públicas, así como para la coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La Resolución Ministerial se aprobará dentro de los treinta (30) días calendario de la entrada en vigencia del Reglamento.

29.3 Todo organismo público al cual se le solicite información para la construcción de la Base de Datos Oficial está en la obligación de brindarla. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)

### **Análisis**

El artículo 17° de la Ley de Consulta Previa, señala que *“las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa.”* El problema con esta disposición es que se delega a la entidad estatal interesada en aprobar la medida la responsabilidad de impulsar y ejecutar el proceso de consulta previa, y la última palabra, en decidir si se realiza o no la medida. Lo ideal es que la autoridad rectora en pueblos indígenas sea la responsable del proceso de consulta previa para garantizar mejor los derechos de los pueblos indígenas. Empero, la consecuencia natural de la disposición comentada, es la creación de una dirección de asuntos indígenas en las entidades estatales que potencialmente pueden dictar medidas que afecten a pueblos indígenas.

Una forma de controlar los daños que puede ocasionar una consulta dirigida, por el propio sector interesado, es que el organismo técnico especializado en pueblos indígenas, no sólo acompañe el proceso, sino que su opinión técnica previa a la adopción de la medida, sea vinculante como lo es la de Servicio de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP), en el caso de actividades extractivas en espacios protegidos. Si sumamos a ello, la presencia de la Defensoría del Pueblo como observador, y la participación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en los casos de concesiones como lo es la de Servicio

de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP), en el caso de actividades extractivas en espacios protegidos. Si sumamos a ello, la presencia de la Defensoría del Pueblo como observador, y la participación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en los casos de concesiones, considerando que la calidad de observador de la Defensoría del Pueblo se puede sustentar en el artículo 162° de la Constitución Política del Perú, indica que corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Ello adicionalmente, se puede concordar con los numeral 3 del artículo 9° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520, el cual señala que son atribuciones del mencionado órgano constitucional “iniciar o participar, de oficio o a petición de parte, en cualquier procedimiento administrativo en representación de una persona o grupo de personas para la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.”

### **Sobre la desaparición sin consulta previa del INDEPA, y la instauración del Viceministerio de Interculturalidad como Órgano Técnico Especializado en Asuntos Indígenas**

El INDEPA (el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano), fue creado mediante Ley N° 28495, publicada el 15 de abril del 2005, , como Organismo Público Descentralizado, con rango ministerial, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, en calidad de organismo rector de las políticas nacionales encargado de proponer y supervisar su cumplimiento, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de proyectos y programas dirigidos a la

promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, que reemplaza a un cuestionado organismo llamado CONAPA.

Posteriormente se desarrollaría una serie de absorciones de este organismo público descentralizado al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, para finalmente terminar sin autonomía, adscrito al Ministerio de Cultura, como órgano público ejecutor. Sin embargo, más adelante, INDEPA mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MC, del 26 de setiembre del 2010, se dispone la fusión por absorción del INDEPA al Ministerio de Cultura, proceso que culminó el 31 de diciembre del 2010, con lo cual perdía su estatus de organismo público, y se convertía, en un ente con menor jerarquía que un órgano de línea, al ser un órgano consultivo (Comisión Consultiva Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos-INDEPA), conforme el artículo 22° del ROF del MINCU, Decreto Supremo N° 001-2011, lo que constituye una especie de consuelo, ello en tanto, las funciones del INDEPA serían ejercidas por el Vice Ministerio de Interculturalidad, conforme se aprecia en el artículo 12° del ROF del MINCU, cuando era quien en realidad en última instancia, de considerarse había duplicidad de funciones debió desaparecer, y manteniéndose la existencia de INDEPA. El epitafio de esta historia, lo constituye el Decreto Supremo N° 058-2011-PCM sobre “Actualizan la calificación y relación de los Organismos Públicos”, donde ya no aparece el INDEPA como órgano público ejecutor.

Constituyéndose en el error más grande de la Ley de Consulta Previa, y a la vez la concesión más absurda otorgada a un sector del Congreso que

se oponía a la Ley, es no haber reivindicado al Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano –INDEPA.

Al respecto Carhuatocto (2013) señala: Revisando y analizando de esta forma los daños ocasionados al ente rector en asuntos indígenas, y empezaremos para ello, a leer la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa, el cual señala que “para efectos de la Ley de Consulta Previa, se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.” En principio el Congreso de la República, abiertamente contraviene y desconoce la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, puesto que no es posible que un Viceministerio sea a la vez un Órgano Técnico Especializado, o se es uno o se es otro, pero es imposible tener ambos estatus. La diferencia más distintiva entre un Viceministerio y un Órgano Técnico Especializado, es que el segundo tiene personería jurídica, autonomía técnica, y cuenta obligatoriamente con un Consejo Directivo, en tanto, que un Viceministerio no cuenta con personería jurídica, tiene una menor autonomía técnica y está absolutamente subordinado al Ministro del sector. En otras palabras, ¡no son lo mismo!, la única explicación a ello, es que fue la última estratagema lanzada por una minoría parlamentaria, que se opone al derecho a la consulta previa, y funcionó bien, pues neutralizaron el más importante avance en la institucionalidad de un sistema nacional de asuntos indígenas, al desaparecer de un plumazo al INDEPA, y entregarnos una Ley de Consulta Previa, sin Órgano Técnico Especializado en materia indígena, mejor negocio, para un sector parlamentario que no cree en el derecho a consulta previa, ¡imposible!.

Por tanto, el problema se complica más aún, si se advierte, que quien decide en última instancia, decide si se adopta la medida o no, es la entidad proponente de la medida, con lo cual aparecen los fantasmas del teorema juez y parte, y estaríamos inmersos en el juego que hacen presa de la desconfianza a quienes serán los directamente afectados por la medida, hecho que finalmente, acabará alimentando un conflicto social.

En ese sentido, la transformación inconsulta, ilegal e inconstitucional del INDEPA, de un órgano técnico especializado a un órgano técnico ejecutor, no fue casual, sino fue mirando un futuro inmediato de como desaparecerlo, y fortalecer el Viceministerio de Interculturalidad como compensación, aunque sin que este tenga el estatus de ente rector ni subjetividad, pero si ahondamos en una revisión de la convencionalidad y constitucionalidad de la norma que fusiona al INDEPA con el MINCU, encontramos que esta es inconstitucional por haberse omitido el derecho de consulta previa, entonces son ilegales e inconstitucionales por no observarse el citado derecho colectivo. Y ello es así, porque resulta, evidente que cualquier modificación al INDEPA, su adscripción, su reorganización, su fusión, e incluso su propia existencia, al afectar intereses directos de los pueblos indígenas debió ser ineludiblemente objeto de consulta previa.

**e. Respetto a la Segunda Disposición Complementaria Final**

*SEGUNDA. La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia. (Ley de consulta previa, 2011)*

## **Análisis**

Sobre el particular Molleda, sostiene:

La finalidad de la consulta fue desnaturalizada por normas que esta ley intenta resucitar en la segunda disposición complementaria final para las concesiones mineras y petroleras anteriores a su promulgación. No se trata de un antecedente o de una norma pasada, estas normas siguen vigentes. En efecto, nos referimos al Decreto Supremo N° 028-2008-EM, a la Resolución Ministerial N° 304-2008- MEM/DM y al Decreto Supremo N° 012-2008-MEM, que reglamentaron la Participación ciudadana en el sector minero de hidrocarburos. Ellas son incompatibles con el Convenio 169 de la OIT pues desnaturalizan la finalidad de la consulta, cuando establecen que la función de la consulta es conocer si los intereses de los pueblos indígenas que habitan las zonas serán afectados. Ello ocasiona que en los hechos los procesos de consulta se transforman en talleres informativos. (Molleda, 2012)

**Previo al análisis de este punto es preciso describir un suceso importante respecto a la consulta previa solicitada sobre el Lote 116.**

Fueron 73 comunidades de los pueblos Awajún Wampis del norte de la Amazonía peruana que ante la superposición del Lote 116 en sus territorios, en julio de 2013, ejercieron su derecho de petición al solicitar que se sometiera a consulta previa el Decreto Supremo N° 066-2006-EM que aprobó el contrato de licencia de exploración y explotación del Lote 116. En octubre de 2013, el MINEM rechazó el pedido argumentando que dicho decreto supremo se emitió mucho antes de que la ley de consulta previa entrara en vigencia, lo cual motivó la apelación de los afectados.

El 14 de marzo de 2014, la viceministra de Interculturalidad, Patricia Balbuena, les contestó que la Ley de Consulta Previa “no modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia”.

Constituyendo ambas denegatorias de consulta por parte del Ejecutivo son una muestra clara del desconocimiento del Estado peruano del Derecho internacional, teniendo en cuenta que en el Perú el Convenio 169 de la OIT está vigente en el país desde febrero del año 1995.

De esta forma, previo análisis se determina que resulta muy lamentable, el torpe y estéril esfuerzo del Congreso de pretender dejar sin efecto un Tratado de Derechos Humanos mediante Derecho Interno, cuando consagra en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa, que “la presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.” Esto es ponemos entre paréntesis el Estado Constitucional, porque aparentemente se perjudica a determinados grupos económicos, todo sea por el respeto a la inversión privada y las oportunidades de trabajo que ella genera. Sin embargo, detrás del alegato de seguridad jurídica y derechos adquiridos, se esconde la abierta intensión de no ponerse a Derecho y legitimar situaciones ilegales desde su nacimiento. Las cosas claras, las reglas del derecho se aplican para todos, sin exclusión, pretender escaparse a ello, sólo puede revelar las profundas inequidades en nuestra sociedad.

La Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Consulta Previa, tiene por objeto proteger las medidas legislativas y administrativas

aprobadas o adoptadas desde el 02 de febrero de 1995 al 2011, que omitieron el derecho a la Consulta Previa, a pesar de estar vigente el Convenio 169 de la OIT, y convertirlos en irrevisable, todo ello en perjuicio de los pueblos indígenas afectados. En otras palabras, el derecho a la consulta previa, se hace efectivo a partir de la vigencia de la Ley de Consulta Previa, lo que resulta abiertamente inconstitucional pues es contrario a los más elementales principios del derecho internacional como son el referido a la vigencia y observancia de los tratados luego de ratificados, y a la imposibilidad de alegar Derecho Interno para incumplir obligaciones internacionales del Estado, contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), específicamente en la parte 2, sección tercera numeral 24, y parte 3, sección primera, numeral 27, respectivamente. Y en eso el TC, ha sido claro la obligatoriedad de la Consulta Previa, rige a partir del 02 de febrero de 1995, en que entro en vigencia el Convenio 169 de la OIT, y ello en la práctica, traerá la nulidad de determinadas medidas, y por otra parte la adecuación de determinados actos administrativos, proceso en el cual, el principio de ponderación, será fundamental para resolver la casuística al respecto.

Lo honesto y coherente, y apegado al Derecho, era que la propia norma estableciera un proceso progresivo de revisión de las medidas adoptadas omitiendo el derecho a la consulta previa, con el fin de anularlas y dejarlas sin efecto, caso de las normas que degradan y desaparecen al INDEPA, o adecuarlas, caso de las concesiones donde un proceso de adecuación, traería consigo una pacificación de los principales conflictos socio ambientales donde se reclama se efectuó el derecho a la consulta previa.

**f. Respeto a la Inconstitucionalidad del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.**

El Reglamento 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 (OIT), aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, tiene serias y graves deficiencias que han sido objeto de crítica de las organizaciones indígenas y diversos expertos, la primera y más importante es lo dispuesto por el artículo 2° del citado dispositivo legal que señala: “el presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, aplicándose a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha, sin perjuicio de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785. Respecto a los actos administrativos, las reglas procedimentales previstas en la presente norma se aplican a las solicitudes que se presenten con posterioridad a su publicación.” La norma desconoce abiertamente la vigencia del Convenio 169 de la OIT desde el 05 de febrero de 1995 al 7 de diciembre del 2011, lo que resulta inconstitucional pues debió establecer un proceso de adecuación a todas las disposiciones legislativas y administrativas que afectan a los pueblos indígenas que no fueron objeto de consulta previa en el citado periodo, y no hacer la de “borrón y cuenta nueva” como si el derecho indígena antes citado naciera con la Ley y el Reglamento de la Consulta Previa, desconociendo groseramente las reglas del Derecho Internacional Público.

**E) Análisis de artículos inconstitucionales del Reglamento de la Ley de Consulta Previa**

**a. Respecto al artículo 2° del Reglamento de la Ley 29785**

**Artículo 2.- Ámbito de aplicación**

*(...), 2.3 Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012).*

**Análisis**

El numeral 3 del artículo 2° del Reglamento, resulta ilegal e inconstitucional cuando establece que el Viceministerio de Interculturalidad es el que se decide, mediante un informe previo favorable, cuando se realiza una consulta previa a nivel municipal y regional sobre tema de competencia de ambos gobiernos, puesto que este es un tema que incumbe a ambas autoridades, y violenta la autonomía constitucional de los gobiernos municipales y regionales. Se alega que este estatus quo se mantendrá mientras no se les transfiera dicha facultad a los gobiernos antes mencionados, craso error conceptual, pues esta es una atribución inherente y propia de estas instancias estatales derivada expresamente del Convenio 169 de la OIT.

Ahora bien, resulta ilegal e inconstitucional que el Ministerio de Cultura, designe en el numeral 3 del artículo 2 del Reglamento, al Viceministerio de Interculturalidad como el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta previa de los gobiernos locales y regionales, cuando ello no se establece en la Ley de Consulta Previa, por tanto yendo más allá de la misma, desnaturalizándola, pues ni siquiera con los ministerios ni organismos públicos, el citado Viceministerio ejerce un rol rector, sino sólo de acompañamiento técnico, por lo que no se justifica que los gobiernos regionales y locales se les imponga semejante rectoría no contemplada para ningún caso en la Ley de Consulta. Ciertamente, la decisión final sobre la aplicación de la medida normativa o administrativa recaerá en el gobierno local y regional.

Por todo lo expresado párrafos arriba, en este trabajo de investigación se considera que con este dispositivo se vulnera, transgrede y viola la autonomía de los gobiernos regionales y locales, reconocido en la Constitución Política del Perú, por los siguientes fundamentos que se exponen a continuación:

I. Se violan los principios de competencia y la autonomía de los gobiernos regionales reconocidos en los artículos 191 y 192.6 de la Constitución. Las relaciones entre el Gobierno Nacional y los gobiernos regionales no son de jerarquía sino de competencia; sin embargo, el artículo 2.3 del Reglamento, subordina una decisión de un gobierno regional, a la aprobación de un ente estatal de un Ministerio. Con esto se viola la autonomía normativa y política y el principio de competencia de los gobiernos regionales, pues una norma reglamentaria del Poder Ejecutivo está configurando competencias de un gobierno regional. Por ejemplo,

no sería aceptable que un gobierno regional regulara aspectos del gobierno central.

- II. Se viola el principio constitucional de jerarquía normativa, contenido en el artículo 51 y 138 (2do párrafo) de la Constitución. Esto se da en dos momentos, primero cuando a través de una norma reglamentaria, -es decir de rango infralegal-, como es el decreto supremo se modifican normas de rango legal, como son leyes orgánicas. Nos referimos a la Ley 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales). Este principio de jerarquía normativa, también se viola cuando se crea -a través una norma reglamentaria-, un nuevo requisito para la realización de un derecho constitucional. Es decir, a través de una norma de rango infralegal, se está modificando una norma de rango constitucional, como es el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785.
  
- III. Se ha modificado normas del bloque de constitucionalidad a través de un decreto supremo. La Ley 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) estaría siendo modificada por el artículo 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta, que desarrolla las funciones de un gobierno regional. La Ley orgánica de gobiernos regionales, es una norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, es decir tiene la misma fuerza que las normas constitucionales para efectos del control constitucional, de acuerdo con el artículo 79 del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, al ser una norma de rango constitucional, no puede ser modificada por un Decreto Supremo como es el Reglamento de la Ley de Consulta (D.S. 001-2012-MC).
  
- IV. El Gobierno ha ejercido la potestad reglamentaria de manera inconstitucional violándose el artículo 118.8 de la Constitución. Lo

establecido en el artículo 2.3 del Reglamento, excede y va más allá de lo establecido en la Ley de Consulta (Ley 29785), pues esta facultad no estaba en la ley. En tal sentido se viola el artículo 118.8 de la Constitución, que establece que es atribución del Presidente de la República “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. Esta modificatoria debió realizarse por ley. En todo caso, una restricción como la contenida en el artículo 2.3 del Reglamento, debió de haberse discutido y aprobado a través de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura y no del Reglamento, conforme señala el artículo 5° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley 29158).

**b. Respecto al artículo 6° del Reglamento de la Ley 29785**

***Artículo 6.- Consulta Previa y Recursos Naturales***

*De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso.*

*Al respecto es necesario el análisis de los artículos que reglamenta el artículo 6° del Reglamento de Consulta Previa. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012)*

➤ **Del Convenio 169 de la OIT**

**Artículo 15°**

Los derechos de los pueblos interesados en 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.

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.

➤ **De la Constitución Política del Perú**

Artículo 66.- Recursos Naturales Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

### **Análisis**

Un análisis del artículo 6° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, que reglamenta el artículo 15° del Convenio 169 del OIT, nos lleva a determinar, que no necesariamente se consultará el otorgamiento de la concesión sino el acto administrativo que autoriza el inicio de las actividades de exploración o explotación, que no necesariamente es la certificación ambiental, sino la autorización posterior que otorga la administración para que inicie operaciones el titular del proyecto, lo cual evidentemente desnaturaliza la esencia de la consulta previa, cuyo objeto en el caso del aprovechamiento de los recursos naturales, implica la consulta previa de la entrega de la concesión, y adicionalmente, la del Estudio de Impacto Ambiental, siendo el acto administrativo de inicio de operaciones de la empresa, un acto administrativo residual que ya en ese escenario pudiera consultarse dependiendo la dimensión del proyecto, o considerarse innecesaria la consulta al haberse dado dos procesos de consulta previos, debiendo ser inconstitucional, puesto que se exponen los derechos fundamentales de los pueblos indígenas que habitan los territorios que se entregaron en concesión sin consulta previa, puesto que solo se estaría consultando el acto administrativo, de inicio de operaciones cuando ya se entregó en concesión del territorio a explotar, y la elaboración del estudio de impacto ambiental, siendo esta situación un foco latente de conflictos sociales, desnaturalizando el sentido y la esencia propia de la consulta, si solo se consulta sobre el acto de inicio del proyecto, cuando y todo esta concretado, y al no obtener el consentimiento, el Estado de todas formas decide darle vialidad a este, sobre el riesgo de vulneración de derechos fundamentales de estos pueblos indígenas.

**c. Respeto al artículo 9° del Reglamento de la Ley 29785*****Artículo 9.- Derecho de petición***

*9.1 El o los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, pueden solicitar su inclusión en un proceso de consulta; o la realización del mismo respecto de una medida administrativa o legislativa que consideren pueda afectar directamente sus derechos colectivos. El derecho de petición se ejercerá por una sola vez y nunca simultáneamente.*

*El petitorio debe remitirse a la entidad promotora de la medida dentro de los quince (15) días calendario de publicado el Plan de Consulta respectivo, para el caso de inclusión en consultas que se encuentren en proceso. En caso el petitorio tenga como objeto solicitar el inicio de un proceso de consulta, dicho plazo correrá desde el día siguiente de la publicación de la propuesta de medida en el Diario Oficial. En este último supuesto, si la propuesta de medida no se hubiera publicado, el derecho de petición se puede ejercer hasta antes de que se emita la medida administrativa o legislativa.*

*La entidad promotora decidirá sobre el petitorio dentro de los siete (7) días calendario de recibido el mismo, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable.*

*9.2 En el supuesto de que se deniegue el pedido, las organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden solicitar la reconsideración ante la misma autoridad o apelar la decisión. Si la entidad promotora forma parte del Poder Ejecutivo, la apelación es resuelta por el Viceministerio de Interculturalidad, quien resolverá en un plazo no mayor de siete (7) días calendario, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable, bajo responsabilidad. Con el pronunciamiento de esta entidad queda agotada la vía administrativa.*

*La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y sin efecto suspensivo.*

*9.3 En caso de que el pedido sea aceptado y el proceso de consulta ya se hubiera iniciado, se incorporará al o los pueblos indígenas, adoptando las medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la consulta. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012).*

Para empezar, es importante reconocer que el derecho de petición expuesto en este artículo, otorga a los pueblos indígenas que estos sean

representados, a través de sus organizaciones representativas, a fin de solicitar su inclusión en un proceso de consulta; o la realización del mismo respecto de una medida administrativa o legislativa que consideren pueda afectar directamente sus derechos colectivos.” Ello permite reclamar a los pueblos indígenas omitidos en la consulta previa por la entidad promotora o el Viceministerio de Interculturalidad incorporarse al procedimiento, y ser incluidos en el Plan de Consulta respectivo.

Es preciso analizar aquí, los dos casos en que se puede ejercer el derecho de petición de los pueblos indígenas:

1. En los casos en que la medida se va consultar, y se ha publicado el Plan de Consulta respectivo, y en ese momento el pueblo indígena solicite que se le considere en el mencionado proceso.
2. En el caso en el que la medida no será objeto de consulta previa sin embargo los pueblos indígenas afectados con la misma solicitan se realice el procedimiento de consulta respectivo.

En ese sentido se establece que “el petitorio debe remitirse a la entidad promotora de la medida dentro de los quince (15) días calendario de publicado el Plan de Consulta respectivo, para el caso de inclusión en consultas que se encuentren en proceso.” El problema se presenta cuando en la realidad social se observa que las comunidades nativas y campesinas en su gran mayoría no tienen conexión a medios de comunicación masiva como internet, diarios o radio, en ese contexto, el plazo de prescripción establecido de quince (15) días calendarios desde que es publicado el Plan de Consulta, no aplica a casos en los que la comunidad no tuvo forma de

enterarse o informarse, tendrán el derecho a solicitar se les aplique el derecho de consulta previa aún después de transcurrido el citado plazo.

En este punto se advierte que el Ministerio de Cultura, nuestro ente rector en esta materia, es completamente ajeno a la realidad de los pueblos indígenas, pues señala que “en caso el petitorio tenga como objeto solicitar el inicio de un proceso de consulta, dicho plazo correrá desde el día siguiente de la publicación de la propuesta de medida en el Diario Oficial.” Aquí un par de críticas:

- a) El Diario Oficial El Peruano no llega a los lugares donde habitan la mayoría de nuestros pueblos indígenas.
- b) El costo del mismo, que no puede ser asumido por los afectados por la medida objeto de consulta por su condición especialmente vulnerables y en extrema pobreza, por lo que debería ser asumida por el Estado en estas zonas.

Así, sostenemos que la aplicación de esta norma puede resultar inconstitucional en los casos, en que su aplicación importe privar del ejercicio del derecho de consulta previa de las poblaciones indígenas afectadas por una medida legislativa o normativa cuando se pruebe que era imposible a estas puedan acceder a un Diario El Peruano, sea porque no circula en la zona, o sea por su condición socio económica especialmente vulnerable.

Por otra parte, en los casos en que no sea haya publicado la propuesta de medida, “el derecho de petición se puede ejercer hasta antes de que se emita la medida administrativa o legislativa,” pero habría que agregar a lo dicho por el artículo 9º del Reglamento de la Ley de Consulta

Previa, que de no haberlo hecho en ese momento, puede solicitarse a la autoridad administrativa promotora se declare nulo de oficio la medida administrativa o se deje sin efecto la medida legislativa por no haberse observado el derecho a la consulta previa, norma de orden público, o en su defecto acudir a instancias judiciales para efectos de hacer valer su derecho, vía una acción de amparo. Finalmente, en cualquiera de los dos casos antes expuestos, el artículo 9.1. del Reglamento de la Ley de Consulta Previa establece que “la entidad promotora decidirá sobre el petitorio dentro de los siete (7) días calendario de recibido el mismo”.

Si bien la autoridad promotora se le permite identificar a los pueblos indígenas, resolver peticiones sobre pueblos indígenas que quieren ser parte del procedimiento de consulta previa, e incluso resolver el recurso de reconsideración de las mismas, se establece que las apelaciones sobre la denegatoria de peticiones para ser incluidas en el procedimiento de consulta previa, serán resuelta en el caso de las apelaciones por el Viceministerio de Interculturalidad quien resolverá en un plazo máximo de siete (07) días, quedando con ello agotada la vía administrativa como lo establece el numeral 2 del artículo 9º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Ahora bien, el numeral 3 del artículo 9 del referido reglamento establece que “en caso de que el pedido sea aceptado y el proceso de consulta ya se hubiera iniciado, se incorporará al o los pueblos indígenas, adoptando las medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la consulta”, sin embargo, pudo haberse establecido la suspensión del procedimiento por siete (07) día en tanto se resolvía el derecho de petición de un pueblo indígena, o puede lograrse dicho mismo objeto mediante una medida cautelar solicitada en el mismo procedimiento de petición de

inclusión a fin de ingresar al procedimiento de consulta en igualdad de condiciones que el resto de pueblos indígenas, y a fin de que también se tome en cuenta su posición respecto a la medida legislativa o administrativa objeto de la consulta.

El procedimiento de acreditación de representantes, es fundamental para la validez de los acuerdos que se adopten como producto de la consulta previa, por lo que acierta el artículo 10° cuando señala que “el o los pueblos indígenas participan en los procesos de consulta a través de sus representantes nombrados conforme a sus propios usos y costumbres, debiendo acreditarlos en el proceso de consulta ante la entidad promotora, alcanzando un documento formal de acreditación.” A lo que con acierto añade: “el número de representantes designados debe considerar las necesidades del proceso, con enfoque de género y facilitando el diálogo intercultural orientado a la búsqueda de acuerdos.”

Si bien es cierto que los únicos protagonistas del proceso de consulta previa son los pueblos indígenas existe la posibilidad de que quien solicite se realice la consulta previa sea un administrado como una organización de no gubernamental (ONG), asociación, experto, o un ciudadano preocupado por los pueblos indígenas, en este escenario, este administrado puede ser invitado por la entidad promotora, por pedido de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del proceso, con el fin de brindar información, realizar aclaraciones o para evaluar la realización de cambios respecto del contenido de la indicada medida, sin que ello implique que dicho administrado se constituya en parte del proceso de consulta, lo que resulta un acierto del artículo 12° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

**d. Respecto a la Novena Disposición Complementarias del Reglamento de la Ley 29785**

***Novena. - Protección de pueblos en aislamiento y en contacto inicial***

*Modifíquese el artículo 35 del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES conforme al siguiente texto:*

*“Artículo 35.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública. - Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley.*

*La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las recomendaciones u observaciones que correspondan.*

*Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial.” (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012).*

**Análisis**

Es preciso empezar por el análisis que recae primero sobre la modificatoria del artículo 35° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, que Aprueba el Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, cuyo texto antes de la modificatoria fue:

Artículo 35.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública. - Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración y explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente, solicitará a la DGPOA del MIMDES la opinión técnica con ocasión de la elaboración de los estudios ambientales requeridos conforme a Ley.

La opinión técnica, será aprobada por Resolución Ministerial y deberá contener las recomendaciones que correspondan.

Corresponde a la DGPOA adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial. (\*)

(\*) Artículo modificado por la Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, publicado el 03 abril 2012, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 35.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública. - Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley.

La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las recomendaciones u observaciones que correspondan.

Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial.”

Esta disposición complementaria final, llama poderosamente la atención pues regula un tema ajeno a la consulta previa, sobre la protección de pueblos en aislamiento y en contacto inicial, que modifica el artículo 35° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, ya expuesta líneas arriba. Esta norma resulta abiertamente inconstitucional pues por el sólo hecho de considerar de necesidad pública la extracción de recursos naturales en territorios indígenas de pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial se puede autorizar la exploración o explotación de los mismos, sin interesar que con ello, se afecta el carácter intangible de estos territorios, y se quebranta el principio de no contacto con estas poblaciones amenazando de manera inminente sus derechos constitucionales tales como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a un ambiente sano y equilibrado, a la propiedad comunal, y al derecho a la identidad étnica y cultural.

**e. Respecto a la Décimo Segunda Disposición Complementarias del Reglamento de la Ley 29785**

***Décimo Segunda. - Medidas administrativas complementarias***

*Cuando una medida administrativa ya consultada requiera, para dar inicio a las actividades autorizadas por ella, de la aprobación de otras medidas administrativas de carácter complementario, estas últimas no requerirán ser sometidas a procesos de consulta. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012).*

➤ **Al respecto el Convenio 169 de la OIT**

**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;
  - b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
  - c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Por tanto, otra decisión desacertada es la Décima Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785. Adviértase que las medidas administrativas de carácter complementario pueden tener un impacto significativo en la vida de las poblaciones indígenas por lo que deben ser objeto de consulta previa, piénsese en el caso de la ampliación de una concesión, la transferencia de un derecho administrativo a un tercero con malos antecedentes, la modificación o actualización de un estudio de impacto ambiental, que evidentemente reclaman no sólo conocer la opinión, y aportes de los pueblos indígenas afectados sino en ocasiones su consentimiento.

Por otra parte, la Décimo Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, señala que “no requerirá proceso de consulta aquella medida administrativa que apruebe el reinicio de actividad, en tanto no implique variación de los términos originalmente autorizados.” Agregaríamos siempre y cuando no haya habido acuerdos y consentimiento de los pueblos indígenas afectados, pues sí la razón del no inicio de operaciones se debió justamente a la oposición del pueblo indígena, entonces, se justificaría retomar el proceso de consulta previa con el objeto de llegar a acuerdos y consensuar puntos en acuerdo.

En este sentido, deviene la referida disposición complementaria final en inconstitucional al someter a los pueblos indígenas, a una situación de exposición de sus derechos fundamentales, al desestimar, la realización

de un proceso de consulta nueva frente a las medidas administrativas accesorias a la medida ya consultada, puesto que como se analizó líneas arriba, estas pueden afectar directamente los derechos e incluso la supervivencia de los pueblos indígenas, contraviniendo de esta forma, el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

**f. Respecto a la Décimo Quinta Disposición Complementarias del Reglamento de la Ley 29785**

***Décimo Quinta. - Educación, Salud y Provisión de Servicios Públicos***

*La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento. (Reglamento de la Ley de Consulta Previa, 2012).*

**Análisis**

En esta disposición es preciso traer a colación nuevamente el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, el mismo que no hace distinción entre las medidas administrativas que serán objeto de consulta previa, y no las exonera de dicho procedimiento por el mérito de ser o no beneficioso, pues ello no llevaría al maquiavélico argumento contrario que implicaría que sólo se consultarían las medidas administrativas que afectan negativamente a las poblaciones indígenas, y ese no es el espíritu del derecho a la consulta previa. En ese sentido, corresponde consultar todas las medidas administrativas que afectaran a los pueblos indígenas, incluso, u sobre todo las que se refiere a servicios básicos, donde la consulta previa

estaría encaminada a maximizar el beneficio de los mismos, teniendo en consideración que la medida surtirá un impacto en el desarrollo del pueblo indígenas independientemente si este impacto sea positivo o negativo, existirá una alteración en el desarrollo y la condición de vida de estos pueblos, por tanto es inconstitucional, que no se admita la consulta frente a medidas que afectaran a la pueblos indígenas, contraviniendo el objeto y la finalidad de la Ley de Consulta previa y el máximo instrumento internacional.

## CONCLUSIONES

1. Luego del análisis de los fundamentos jurídicos dogmáticos y normativos de la Ley N° 29785 “de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios” en el sistema jurídico peruano- 2018, se determinó su inconstitucionalidad pues su alcance y sentido social y jurídico no se enmarca, tampoco está adecuado a lo establecido en la Constitución vigente.
2. Del análisis de los fundamentos jurídicos dogmáticos de la ley N° 29785 “de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios y su reglamento se determina los aspectos problemáticos que denotan vulneración de derechos fundamentales, puesto que al no existir acuerdo, el Estado adopta la decisión final, como regla general en confrontación de la normatividad nacional y lo desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, dado que existe diferencia entre obtener el libre consentimiento de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, y una decisión final unilateral por parte del Estado en caso de grave afectación de los pueblos indígenas, lo que contraviene el objeto y finalidad el

proceso de consulta, vulnerando los derechos constitucionales colectivos de los pueblos indígenas.

3. Se determina el nivel de confrontación de la normatividad nacional con lo desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, dado que existe diferencia entre obtener el libre consentimiento de los pueblos indígenas en proceso de consulta, y una decisión final unilateral por parte del Estado.
  
4. Se identifica y se describe la vulneración de los derechos fundamentales como el derecho a decidir sobre su desarrollo, el derecho al territorio, a la libre autodeterminación; y, a nivel individual de derechos fundamentales: a los derechos a la identidad, a la integridad moral, psíquica, física; al libre desarrollo; al bienestar; y a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.

## RECOMENDACIONES

1. Modificar 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) y su reglamento D.S. 001-2012-MC, con la participación activa y necesaria de los pueblos indígenas, adecuándola a los estándares establecidos en el Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas u originarios.
2. Fortalecer e implementar una institucionalidad sólida, con un organismo autónomo en materia de los pueblos indígenas, regresando la figura del INDEPA, como órgano público con mayor autonomía, que provea garantías para implementar políticas indígenas idóneas para estos pueblos en salvaguarda de los derechos fundamentales.

3. Implementar procesos de consulta a medidas administrativas y/o legislativas expedidas desde la vigencia del Convenio 169 de la OIT, que vulneren y afecten directamente los derechos de los pueblos indígenas, sobre derechos constitucionales.

## **AGRADECIMIENTOS**

Al Profesor José Yovera Saldarriaga, por su compromiso con esta investigación y a todos los que esperaron pacientemente mi demora.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Angles, Y. H. (2014). Tesis de posgrado. “*Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio*”. Lima, Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Aroca, A. J. (2011). El dilema de los pueblos indígenas frente a las industrias extractivas. *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*. Año 1 N° 1, p. 181.
- Atupaña, C. N. (noviembre de 2014). Tesis. *El derecho a la consulta previa de los pueblos y nacionalidades indígenas por actividades que realice el Estado en sus territorios*”. Quito, Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales.
- Barié, C. G. (2003). *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. La Paz, Bolivia: Abya- Yala.

- Bonilla, D. (2006). *La constitución multicultural*. Bogota: Editores Universidad de los Andes.
- Carbonell, M. (s.f.). *Constitucionalismo, minorías y derechos*.
- Cardenas, V. H. (10 de Diciembre de 2011). *Nuevo liderazgo indígena: más allá de los lamentos*. Obtenido de Alainet: [www.alainet.org](http://www.alainet.org)
- Carhuatocto, S. H. (2013). Tesis de posgrado. *Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú*. Lima, Lima, Peru: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Chuecas, A. V. (s/f). *El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú*. [archivo PDF] Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/\\$FILE/Derecho\\_de\\_los\\_pueblos\\_ind%C3%ADgenas\\_y\\_comunidades.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172.
- Eguiguren, P. F. (2017). *El derechos de los pueblos indigenas a la consulta previa y su desarrollo por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Adrus.
- Figallo, G. (1994). Los Decretos de Bolívar sobre los Derechos de los indios. *Revista Debate Agrario*. N° 19.
- Herrera, L. (2006) *Maestría en Ciencias de la Educación*. 4ta Edición.

- Gamboa, B. C. (2011). Consulta previa y contexto nacional: un manejo sobre recursos naturales. *Elecciones (Lima)*, 156.
- Grijalda, A. (3 de Marzo de 2012). ¿Qué son los derechos colectivos? Administración de justicia indígena y derechos colectivos. *Universidad Andina Simón Bolívar*. Obtenido de [www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec)
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista, L. P. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mexico DF: Mc Graw -Hill.
- Herrera, R. N. (2014). Tesis. *La Ley de consulta previa en el Perú y su reglamento. La problemática de las comunidades campesinas y nativas*. Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional de San Martín.
- Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2016). *Avances y retos en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales. Reflexiones del primer conversatorio en jurisprudencia interamericana*. Lima.
- Instituto de Estudios Indígenas/ Universidad de la Frontera. (2004). *Tesis*. Temuco, Chile: Instituto de Estudios Indígenas/ Universidad de la Frontera.
- Jahncke, J., & Meza, R. (13 de Agosto de 2010). *Fundación Ecuinémica para el Desarrollo y la Paz*. Obtenido de [www.fedepaz.org](http://www.fedepaz.org): [www.fedepaz.org](http://www.fedepaz.org)
- Molleda, J. C. (2012). *Análisis y comentarios de la ley de consulta*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.

- Organización Internacional del Trabajo. (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio N°169* (1era ed., Vol. 1). Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Ortiz O. A. (s. / f.) ¿Cómo investigar en Educación? Universidad Pedagógica "José de la luz y Caballero" Holguín. (Versión digital)
- Palacio, F. (12 de Enero de 2013). *El proceso normativo sobre derechos de los pueblos indígenas*. Obtenido de Instituto de Bien Común: [www.abc.org](http://www.abc.org)
- Rodríguez, C. (2009). *La consulta previa a los pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
- Ruiz, F. W. (2007). Perú: Constitución Política y tratados de Derechos Humanos: Una mirada al Convenio 169 de la OIT. En *JUS, Derecho y Práctica* (págs. 269-280). Lima: Grijley.
- Sevillano, M. d. (2010). *El Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú*. Lima: DAR.
- Sivirichi, A. (1946). *Derecho indígena peruano. Proyecto de Código Indígena*. Lima, Perú: Ediciones Kuntur.
- Solis, E. A. (1991). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima.
- Tribunal Constitucional del Perú TC (2009). *Expediente 0022-2009-PI/TC*, del 09 de junio de 2009.

- Torres, J.I. (s/f). *El Pluralismo Jurídico en el Estado Peruano*. [Archivo PDF]  
Recuperado de <http://www.articuloz.com/leyes-articulos/el-pluralismo-juridico-en-el-estado-peruano-395871.html>.
- Vallenas, K., & Pautrat, L. (2010). Aspectos sugeridos a considerar para un proceso de consulta previa, libre e informada para pueblos indígenas. *Sociedad Peruana de Ecodesarrollo*.
- Yrigoyen, F.R. (2010). *El Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. Recuperado de <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocuemntosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>
- Zelayarán, D. M. (2000). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas.