



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

**“LA INEFICACIA DE LA CONSULTA PREVIA PARA GARANTIZAR
LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO Y
BIENESTAR DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

JESUS AVALOS ACOSTA

ASESOR:

JHON ELIONEL MATIENZO MENDOZA

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO CONSTITUCIONAL

TRUJILLO-PERÚ

2017

PÁGINA DEL JURADO

PRESIDENTE

SECRETARIO (A)

VOCAL

DEDICATORIA

A Dios padre de todo poderoso.

A mis taitas Pedrito y Panchita.

A mis waykis Wily, Shamuco, Juani y Chuchi.

A mi yachachiq Jorgito y Rafo.

AGRADECIMIENTO

*A los guías y maestros de ésta
investigación Jorge Prado, Rafo Aldave,
Alvaro Reyna y Jhon Matienzo.*

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo, **Avalos Acosta, Jesús**, identificado con documento nacional de identidad n.º 72904064, estudiante de la Universidad César Vallejo de Trujillo, escuela profesional de Derecho, presento la tesis titulada: “**LA INEFICACIA DE LA CONSULTA PREVIA PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO Y BIENESTAR DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ**”, con la finalidad de cumplir con los requisitos señalados por el reglamento de nuestra facultad y los parámetros exigidos para tal fin; asimismo, **DECLARO BAJO JURAMENTO**, que toda la documentación que acompaño al presente trabajo de investigación se encuentra dentro de los límites de veracidad y autenticidad.

En la misma línea, **DECLARO BAJO JURAMENTO**, que todos los datos e información consignada en la presente tesis, son conforme a la verdad y autenticidad contrastada con la realidad social.

En ese sentido, **ASUMO LA RESPONSABILIDAD**, que en el caso se advierta algún acto de falsedad, ocultamiento u omisión de información o de documentos, me someto a lo que disponga la Universidad César Vallejo en sus normas académicas y reglamentarias.

Trujillo, diciembre de 2017.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado:

El presente trabajo de investigación está desarrollado bajo el análisis y valoración que representan nuestros pueblos indígenas en el Perú, quienes en la actualidad son los conservadores y guardianes de nuestras riquezas naturales, culturales y encesarles; no obstante, nos permiten gozar de una identidad cultural y étnica a nivel nacional e internacional. Las personas integrantes de estas poblaciones ejercen derechos fundamentales, entre ellos el Derecho a la Consulta Previa, implementada en nuestro país mediante la ley n.º 29785, la misma que es analizada e interpretada en esta investigación, desde su origen a través de normas internacionales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT; sin embargo, pese a la existencia de diversos mecanismos procesales, este derecho es vulnerado, circunstancia que motivó a establecer como título “La ineficacia de la Consulta Previa para garantizar la protección del Derechos al Libre Desarrollo y Bienestar de los Pueblos Indígenas en el Perú”, con el objetivo general: Demostrar que en el Perú la Consulta Previa es ineficaz.

Se desarrolla mediante una dispersión temática e inicia con descripción de la realidad problemática en nuestro país, tiene como marco teórico: Capítulo I-Los Pueblos Indígenas en el Perú, la cual parte desde su denominación y reconcomiendo, Capítulo II-El derecho a la Consulta Previa, con un análisis internacional y nacional, bajo criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los mismos que no se respetan en el Perú y en efecto, se da su ineficacia, por último, en el Capítulo III-El Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar, con un análisis jurídico y reconocimiento Constitucional en el Perú; así mismo, los derechos fundamentales conexos que se derivan para un correcto funcionamiento y protección. Posteriormente se concluye que la Consulta Previa, implementada mediante la Ley de Consulta Previa – Ley 29785, es ineficaz, porque tiene diversos vacíos legales y omisiones en su regulación las cuales fueron establecidas en el Convenio N°169 de la OIT, y no se han cumplido en nuestro país, con ello comprobar la premisa que en el Perú nace por presión social y también su ineficacia demostrada en la escasa aplicación en el Perú. **El Autor.**

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	10
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	10
1.2. TRABAJOS PREVIOS	12
1.2.1. INTERNACIONALES.....	12
1.2.2. NACIONALES.....	13
1.2.3. LOCALES.....	14
1.3. TEORÍAS	15
1.3.1. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	15
1.3.2. TEORÍA DEL PLURALISMO JURÍDICO	16
1.3.3. TEORÍA DEL ANÁLISIS CULTURAL DEL DERECHO.....	16
1.3.4. TEORÍA DE LA CONSULTA PREVIA	17
1.4. MARCO TEÓRICO.....	18
CAPÍTULO I: LOS PUEBLOS INDIGENAS:	18
1.1. ANTECEDENTES.....	18
1.2. DEFINICIÓN:.....	19
1.3. RECONOCIMIENTO JURÍDICO A LOS PUEBLOS INDIGENAS	20
1.4. CLASIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	21
1.5. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR A UN PUEBLO INDÍGENA.....	23
CAPÍTULO II: DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.....	26
2.1. ANTECEDENTES.....	26
2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.....	27
2.3. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.....	29
2.4. FUENTES INTERNACIONALES DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.....	30
2.5. RANGO CONSTITUIONAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.....	33
2.6. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA CONSULTA PREVIA.....	34
2.7. REGLAS JURÍDICAS VINCULANTES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA	36
CAPÍTULO III: DERECHO AL LIBRE DESARROLLO Y BIENESTAR.....	39

3.1. ASPECTOS GENERALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	39
3.2. DEFINICIÓN DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO Y BIENESTAR	40
3.3. DERECHOS CONEXOS O VINCULANTES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO Y BIENESTAR.....	43
1.5. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	44
1.6. JUSTIFICACIÓN	44
1.7. HIPÓTESIS	46
1.8. OBJETIVOS	46
II. MÉTODO.....	47
2.1 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:	47
2.2. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS, VALIDEZ Y CONFIABILIDAD.....	49
2.3. MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS.....	50
2.4. ASPECTOS ÉTICOS	50
III. RESULTADOS	51
IV. DISCUSIÓN:	57
V. CONCLUSIONES	64
VI. RECOMENDACIONES.....	66
VII. REFERENCIAS:	67
ANEXOS	70

RESUMEN

La presente investigación, se ha desarrollado desde la perspectiva del Derecho Constitucional, el cual nos permite identificar los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, entre ellos el Derecho a la Consulta Previa y el Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar. Es analizado en atención a las normas internacionales y criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinando su aplicación en el Perú.

La investigación ha tenido una duración de 08 meses, bajo las teorías del Análisis Cultural del Derecho de Paul Khan, El Pluralismo Jurídico de Armando Guevara, Los Derechos Fundamentales de Robert Alexy y La Consulta Previa de Juan Ruiz; es de tipo Cualitativa, dedicada al estudio e interpretación de la Ley 29785 y su Reglamento, el Convenio 169 de la OIT, se ha empleado el Método Etnográfico, Comparativo y de Teorías Fundamentadas, las mismas que permitieron analizar tanto al aspecto cultural y jurídico de los derechos de los pueblos indígenas; así mismo, se han utilizado los instrumentos de Guía de Entrevista y la Guía de Análisis de Documento para recolectar los datos de gran importancia en el trabajo. La conclusión principal obtenida es que, la Consulta Previa en atención a la Ley 29785, es ineficaz, debido a que no se ha implementado conforma a los criterios o lineamientos prescritos por las normas internacionales, generando confusiones y vacíos legales en su aplicación, tampoco reconoce el derecho al consentimiento previo, libre e informado; y facultar al órgano técnico especializado ser parte y juez de los procesos de consulta, demostrando una parcialidad en tales procesos, vulnerando el derecho fundamental esencia de la investigación.

Palabras claves: Consulta Previa, Pueblos Indígenas, el Derecho al libre desarrollo y bienestar, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo - OIT.

ABSTRACT

The present investigation has been developed from the perspective of Constitutional Law, which allows us to identify mechanisms for the protection of the fundamental rights of indigenous peoples, including the Right to Prior Consultation and the Right to Free Development and Welfare. It is analyzed in accordance with international standards and criteria established by the Inter-American Court of Human Rights, determining its application in Peru.

The research has lasted for eight months, under the theories of the Cultural Analysis of Law by Paul Khan, The Legal Pluralism of Armando Guevara, The Fundamental Rights of Robert Alexy and The Prior Consultation of Juan Ruiz; is Qualitative, dedicated to the study and interpretation of Law 29785 and its Regulation, ILO Convention 169, the Ethnographic, Comparative and Grounded Theory Method has been used, which allowed analyzing both the cultural and legal aspects of The rights of indigenous peoples; Likewise, the instruments of the Interview Guide and the Document Analysis Guide were used to collect the data of great importance in the work. The main conclusion obtained is that the Prior Consultation in response to Law 29785, is ineffective, because it has not been implemented conforms to the criteria or guidelines prescribed by international standards, generating confusion and legal gaps in its application, does not recognize the right to free, prior and informed consent; and empower the specialized technical body to be a party and judge of the consultation processes, demonstrating a partiality in such processes, violating the fundamental right of the research.

Keywords: Prior Consultation, Indigenous Peoples, the Right to Free Development and Welfare, Convention No. 169 of the International Labor Organization - OIT.

INTRODUCCIÓN

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El Perú es un país multicultural y pluriétnico, conformado por pueblos de diferente cultura, etnia, raza, creencia y costumbres, lo cual nos hace sentirnos orgullosos de nuestra gran riqueza, propia y única de nuestra nación; es por ello, nuestro Estado peruano está obligado a respetar y promover nuestras riquezas, garantizar la protección de los Derechos Fundamentales que se encuentran reconocidos en nuestra Constitución Política de 1993. Así mismo, nuestro país está conformado por pueblos indígenas u originarios, sean comunidades campesinas o andinas y comunidades nativas o pueblos amazónicos, estos tienen un denominador común de identidad cultural y convivencia propia, única, con una base cósmica, costumbrista, enraizada relación espiritual y social con su territorio, les permite desarrollarse como seres humanos, tener una identidad étnica y cultural, la cual no lo pueden hacer si se logra despojarles o privarles de su patrimonio comunal, por el motivo que, dentro de su territorio desarrollan conocimientos ancestrales y tradicionales transmitidos de generación en generación, protección a los recursos naturales y la biodiversidad. Sin embargo, a pesar del gran valor de los pueblos indígenas dentro de nuestra sociedad, existe un gran problema donde sus derechos se han visto vulnerados mediante un trato de inferioridad, privándoles de su territorio para favorecer a las grandes empresas, la desprotección que requieren por su condición de ser y vulnerabilidad ante la sociedad.

Por tal motivo, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), firmado por el Perú en 1993 entrando en vigencia en febrero de 1995, reconoce en su Artículo 6, inciso a) el derecho fundamental a la consulta previa a los pueblos indígenas cuando se afecten sus derechos directamente, ya sea mediante una media legislativa o administrativa, con ello brindando seguridad cultural a estos pueblos minoritarios. Pero sorprendente después de 16 años se logra regular e implementar en nuestro país mediante “La Ley del Derecho a La Consulta

Previa de los pueblos indígenas u originarios - Ley 29785". Al respecto Durán (2011), refiere que Ley de Consulta Previa en el Perú, se da por presión social a raíz del conflicto de Bagua el cual no se contó con la participación de los representantes de los pueblos indígenas para su elaboración y como consecuencia se emita una ley con un reglamento confuso, con vacíos legales y vulnera derechos fundamentales.

Es por ello que actualmente existe un gran problema en su aplicación de esta ley porque no permite tener una participación activa, directa entre Estado y pueblos indígenas en el procedimiento de consulta, no se establece claramente los momentos a realizar la consulta sobre recursos naturales, vulnerando el derecho del consentimiento y libre decisión de los pueblos específicamente cuando no existe un acuerdo entre las partes, permite la decisión unilateral del Estado en beneficio de éste y las empresas privadas, esta última, parte fundamental para que se concluya la consulta y se decida la ejecución de la medida legislativa o administrativa, que actualmente por no respetar la decisión de los pueblos indígenas genera conflictos internos de tipo socioambiental, cultural y legal. Así mismo la Consulta Previa no garantiza la protección de los Derechos Fundamentales como el Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar, como refiere Rubio, Eguiguren y Bernales (2011) este derecho permite el desarrollo de la persona con todos sus potenciales hasta realizarse como ser humano válida por sí misma y la satisfacción de sus necesidades de manera integral a lo largo de su vida, lográndose a través del ejercicio de la libertad vinculado con derechos fundamentales como la participación, identidad étnica y cultural, la cual con la Ley de Consulta Previa se ven vulnerados por su ineficacia en su aplicación.

Ante este problema latente en nuestro Estado peruano nace la iniciativa de realizar este trabajo de investigación, para demostrar la ineficacia de la Consulta Previa y garantizar la protección del Derecho al Libre Desarrollo y bienestar de los pueblos indígenas en el Perú, logrando el trabajo de investigación mediante entrevistas con expertos, análisis de

documentos, análisis de la legislación especial, derecho comparado, jurisprudencia y casos emblemáticos.

1.2. TRABAJOS PREVIOS:

1.2.1. INTERNACIONALES:

MAZARIEGOS RODAS, Mónica (2014), “Derecho a la consulta y disenso, por el uso contrahegemónico del derecho” para obtener el grado de doctor por la Universidad Carlos III Madrid España. Analiza el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas partiendo desde el pluralismo jurídico para luego entender las diversas culturas que existen a nivel universal, resalta la premisa del derecho como un universo que acoge distintos mundos de vida normativa partes de una realidad legal y los que se resuelven en una vida real, para luego señalar que la consulta debe darse en algunos casos específicos, regulados expresamente porque también es utilizado como trampa la cual debe ser rechazada abiertamente. Establece su contenido esencial previo, libre e informado, para lograr con ello el consentimiento de los pueblos, el cual su decisión tiene carácter vinculante para las partes.

Así también plantea su análisis del derecho a la consulta desde los conflictos socio-ambientales entendiendo como un fenómeno global y complejo porque se dan en un momento de alta tensión por la expansión de las industrias extractivas y el cuestionado modelo civilizado, para ello propone una técnica llamada contrahegemónica; esto es, incorporando la exclusiva mirada de los sujetos de derechos, ya sean operadores de justicia y los asesores jurídicos, avanzando más allá de la perspectiva de la legalidad, entiéndase que no solo se debe mirar el análisis de los derechos como simple estrategias para ganar un juicio, sino determinar sus alcances con ventajas y desventajas para contribuir en su mejora y en especial el derecho a la consulta previa su protección de los pueblos indígenas a su identidad cultural y étnica con arraigo a su territorio.

HILLÓN VEGA, Teresa (2014), “La Consulta Previa en la solución de conflictos socio-ambientales” artículo científico publicado en la Universidad de EAFIT de Medellín. El autor de este artículo analiza el

Derecho a la Consulta Previa teniendo en cuenta los resultados y dificultades en su aplicación en el territorio de Colombia, concluyendo que se convierte en una figura de disputa conflictiva en el campo jurídico porque se desarrollan y protegen varios bienes jurídicos e intereses de actores internacionales, nacionales y locales, los últimos afectados por proyectos de desarrollo que les afecta directamente como sus territorio, recursos naturales y etnicidad. Por lo que al verse limitado por diversos intereses y vulneración derechos no se logra concretar su finalidad y en efecto surgen los conflictos socioambientales. Se vincula con el presente trabajo de investigación con la variable independiente para realizar un análisis en su aplicación en el país de Colombia.

1.2.2. NACIONALES:

SOUZA ALVE, Rodrigo (2015), "Pueblos indígenas, diversidad cultural y el derecho cultural a la autodeterminación: desde el derecho internacional al Constitucionalismo Latinoamericano" artículo científico publicado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. El autor del presente artículo de opinión desarrolla los derechos fundamentales de los pueblos indígenas como la identidad cultural y la autodeterminación, partiendo de su importancia y valor que representan estas poblaciones vulnerables dentro de una sociedad con diversas culturas, también señala que el Estado debe brindar toda la protección por su condición de ser. En su conclusión principal señala que, el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, implica un reconocimiento individual y colectivo a no ser tratados como incapaces u objetos de políticas públicas, y se debe otorgar autonomía y posibilidad de autogobierno dentro de su territorio para garantizar protección de sus derechos. La vinculación del trabajo referenciado a la presente investigación se da con la variable dependiente analizando un derecho fundamental que vincula el libre desarrollo y bienestar.

1.2.3. LOCALES:

RISCO DÍAZ, Rosa (2013), “El derecho de Consulta Previa de los pueblos indígenas frente a la protección de sus recursos naturales.” para obtener el grado de Licenciado en Derecho por la Universidad Cesar Vallejo de Trujillo. La autora en la presente investigación realiza un análisis del Derecho a la Consulta Previa en atención al Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785, señalando que es un derecho muy importante lo cual permite a los pueblos indígenas proteger sus recursos naturales brindándoles la participación en las medidas legislativas o administrativas; también, analiza los criterios adoptados por los organismos e instituciones internacionales como la Corte Internacional de Derechos Humanos, mediante los casos como SARAMAKA vs. SURIMAN, determinando que la tierra significa una fuente de subsistencia para los pueblos y es una fuente necesaria para la continuidad de la vida, la identidad cultural. En su conclusión principal señala que la consulta se debe desarrollar mediante un procedimiento adecuado que garantice la participación y protección de los derechos lo cual no se desarrolla en nuestro país. Tiene vinculación con el presente trabajo de investigación con la variable dependiente al analizar y desarrollar su aplicación en nuestro país.

1.3. TEORÍAS:

1.3.1. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, de Robert Alexy (1993). En esta teoría el autor desarrolla a los derechos fundamentales desde una perspectiva analítica del derecho, entendida desde su concepto, naturaleza, contenido y estructura; así como, los criterios para interpretar y aplicar a cada caso en concreto, no de un contenido prima facie. Luego desde una dimensión empírica, en la cual señala no solo se ve al derecho desde el ámbito legislativo o positivo sino desde la realidad en la praxis. Así mismo, plantea la existencia de una distinción entre dos normas que integran el ordenamiento jurídico; toda vez, que tienen un carácter doble como son reglas y los principios, la colisión de las normas antes señaladas se deben solucionar mediante mandatos de optimización y el principio de proporcionalidad, el cual es un criterio argumentativo idóneo para solucionar la colisión de los derechos fundamentales, advirtiendo que si “una ponderación sin argumentación sería irracional.” En tal sentido, se debe tener en cuenta la ponderación con conexión a la ratio vinculante de un precedente y la racionalidad en su aplicación, en el supuesto de una colisión de derechos fundamentales, solucionando con una buena argumentación y debida motivación.

Se relaciona con el trabajo de investigación toda vez que la variable Independiente versa sobre el Derecho a la Consulta Previa, un derecho fundamental, reconocido mediante el tratado internacional ratificado por el Perú como es el Convenio 169 de la OIT; no obstante, siguiendo lo dispuesto por nuestra Constitución Política del Perú en los artículos 3°, 55° y la Cuarta Disposición Final, prescribe que, los tratados internacionales que regulan derechos humanos tienen carácter constitucional, el cual se da en el presente derecho, y constituye uno esencial para los pueblos indígenas, ya que si se desarrolla de manera adecuada brinda una participación activa dentro un Estado de Derecho, democrático e igualitario, por lo que sus opiniones y pronunciamientos respecto de medidas legislativas, administrativas deben ser respetados. Así también con el derecho al libre desarrollo y bienestar de los pueblos indígenas siendo un derecho fundamental el mismo que entre la colisión

de estos derechos fundamentales se debe tratar mediante el criterio de ponderación.

1.3.2. TEORÍA DEL PLURALISMO JURÍDICO, de Guevara, Armando (2011).

El autor de esta teoría nos propone que el pluralismo jurídico permite la coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos sobre las mismas situaciones sociales en un espacio geo-político determinado y esta pluralidad es una cualidad estructural de cualquier sociedad porque ninguna tiene una diferenciación y exclusión, tanto social como política. Ello potencia la diversidad normativa pues cada vez más sectores regulan sus relaciones sociales más allá de la legalidad estatal y de sus frágiles instituciones. Por lo que se encuentra muy ligado con el trabajo de investigación toda vez que al tratarse de los pueblos indígenas y dentro de un Estado peruano conformado con varias culturas cada una con identidad cultural única, les permite adoptar otras formas de vida, organización, creencias y cuidado de sus propiedades comunitarias, dentro de todo un respeto en la coexistencia en nuestro Estado.

1.3.3. TEORÍA DEL ANÁLISIS CULTURAL DEL DERECHO, de Paul Khan

(2002). Con la presente teoría el autor propone que el derecho se debe analizar teniendo en cuenta la premisa de la cultura, no solamente explicar y estudiar las normas, sino que estas se deben aplicar de acuerdo con la vida cotidiana, apreciadas en las prácticas y conductas específicas de las personas, grupos y sectores sociales. Toda vez que la cultura es un todo, su representación y significado requiere de varios factores como origen, dialéctica y suelo y siempre están unidos. Así mismo, señala el derecho es un ordenamiento normativo y la cultura, actividades, conocimientos, servicios educativos intelectuales y artísticos, por lo que siempre se debe tener en cuenta en cada ordenamiento jurídico, sus culturas que identifican ello mediante un estudio de género, con principios y valores que les hacen únicos.

Se relaciona con el presente trabajo de investigación con el análisis de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, precisando que su

análisis y estudio requiere iniciar por sus culturas de las poblaciones minoritarias, para luego identificar su identidad cultural y étnica, así poder entender sus condiciones de vida y de ser, dentro de nuestra sociedad peruana.

1.3.4. TEORÍA DE LA CONSULTA PREVIA, de Juan Ruiz (2012). El autor de la presente teoría desarrolla un análisis de la Derecho a la Consulta Previa desde una perspectiva legal, mediante su reconocimiento en el Convenio 169 de la OIT y contenido constitucional, teniendo en consideración los pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú y su aplicación en nuestro país en concordancia con la Ley 29785, partiendo del valor y riqueza que representan nuestros pueblos indígenas y los aportes que realizan. También, analiza los vacíos que tienen la Ley 29785, los mismos que se cogen de ello las grandes empresas extractivas y sacan provecho. Se relaciona con la presente investigación con la variable independiente - Consulta Previa-, la cual será demostrada que en nuestro país es ineficaz, más aún, si la presente teoría realiza grandes aportes de cómo debe funcionar correctamente.

1.4. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I: LOS PUEBLOS INDÍGENAS:

1.1. ANTECEDENTES:

Durante muchos años los pueblos indígenas eran tratados con inferioridad dentro de un Estado de derecho y democracia, no se les respetaba sus derechos fundamentales, personales o de naturaleza colectiva, a partir de la época de la modernización con la explotación excesiva industrial que se atraviesa, su patrimonio material e inmaterial, han sido gravemente afectados debido que el Estado peruano en muchas oportunidades ha favorecido intereses privados que los colectivos, poniendo en riesgo la seguridad cultural. La consecuencia de ello Durán (2011), refiere: de acuerdo a cada contexto se generan conflictos entre el Estado y los pueblos, lo cual el primero termina siendo percibido como enemigo.

Es reconocida en nuestra por nuestra Constitución Política de 1993 como persona jurídica, pero antiguamente no eran concebidas como tal, sino como comunidades indígenas, producto del Ayllu, pero ya con la Constitución de 1979 de nuestro país introduce este concepto. Al respecto Flores (1988) señala que el Ayllu es la civilización andina antes de la conquista, siendo ello su eje de su funcionamiento; manifestándose en su mayor pureza sociológica las comunidades indígenas, las mismas que hasta la actualidad viven con sus potenciales culturales y una vasta extensión hasta las repúblicas de Bolivia, Perú y Ecuador. Por ende, podemos precisar es la comunidad típica del Perú y la que más ha tenido trascendencia.

La palabra Ayllu, pertenece a la lengua Aymara, la misma que significa comunidad, linaje, genealogía, casta y parentesco. Al respecto, podemos señalar es un conjunto de personas descendientes del mismo tronco familiar y trabajaban en forma colectiva la tierra para aprovechar todos sus beneficios económicos de cada lugar, considerando siempre el carácter religioso o espiritual, respetando derechos y deberes de cada integrante con una relación directa con el ambiente, la tierra y la unión colectiva.

También tiene sus orígenes en las comunidades indígenas originadas en el ordenamiento poblacional impuesto por Toledo S. XVI, la cual tenía como finalidad la explotación de la fuerza mediante el trabajo campesino. Tenían protección en nuestro país mediante la Constitución Política de 1920 que prescribía en su artículo 58°, el Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes para su desarrollo y sus necesidades, actualmente se respeta lo regulado en la Constitución de 1979, como comunidad campesina y nativa.

Pero no cabe duda, representan un gran valor dentro de cada país a nivel universal y en nuestro Perú sin ninguna excepción, pero hay que señalar también que su denominación de pueblos indígenas en nuestro país en el año de 1969 durante el Gobierno de Juan Velasco Alvarado se les cambió de denominación de “comunidades indígenas” a “comunidades campesinas” debido a que se sostenía que tenían una connotación peyorativa. Pero 20 años después con la vigencia del Convenio 169 de la OIT trajo de vuelta la palabra que se cambió. Lanegra (2015), señala más allá de las denominaciones por varios años nuestro país siempre consideró las comunidades nativas y campesinas como parte de los pueblos indígenas.

La misma concepción que nuestro Estado peruano ha reconocido que las comunidades campesinas o nativas constituyen pueblos indígenas siempre que cumplan con los requisitos del Convenio 169 de la OIT.

1.2. DEFINICIÓN:

Los Pueblos Indígenas tienen una gran representación a nivel mundial por la conservación de su identidad cultural y étnica basado en sus costumbres y tradiciones, con una relación cósmica de sentimientos hacia su territorio en cual habitan y desarrollan sus conocimientos tradicionales o ancestrales, siendo esencial para su desarrollo a lo largo de su vida. Esto hace que ante los demás integrantes de la sociedad sean una población vulnerable por su condición de ser y la concepción de las cosas y el mundo exterior que los rodea, dado que las personas que no integran una población indígena, no valoran lo que tienen a su alrededor como el medio ambiente, los ecosistemas y todo su acervo

cultural material e inmaterial, etc., como si lo hace un integrante de una población indígena.

Tal es así que, Noah Sealath (1854) señaló: no se puede comprar o vender firmamento, ni aun el calor de la tierra, porque no somos dueños, ni del aire, ni del fulgor de las aguas, por lo que cada parcela de la tierra, grano de arena de playa, mata de pino, gota de rocío de los bosques, hasta el sonido de un insecto, es sagrada para su pueblo. Fue la respuesta señalando el valor de sus tierras de los indios, mediante una carta dirigida al presidente de Franklin Pierce de los EE.UU, quien intentó comprar las tierras de los Suquamish y con ello terminar con los conflictos entre indios y blancos, como consecuencia el despojo de las tierras indias.

En tal sentido, podemos decir que los pueblos indígenas son aquellas agrupaciones de personas que forman parte de una nación descendiente de la época de la colonización, pero que tienen un denominador común de identidad propia y única sobre una base cósmica, costumbrista, una enraizada relación espiritual, cultural y económica con el territorio en el que habitan.

García (2013) define a los pueblos indígenas como a aquel grupo de personas descendientes del Antiguo Perú, los mismos que conservan total o parcialmente un conjunto de instituciones económicas, sociales y culturales que lo identifican y lo distinguen del resto de la sociedad nacional.

El Reglamento de la Ley de Consulta Previa DS. 001-2012-MC, en el artículo 3°, inciso K, define: es todo aquel que desciende de la época de la colonización y que conserve su cultura, instituciones sociales, económicas y políticas reconociéndose como tales.

1.3. RECONOCIMIENTO JURÍDICO A LOS PUEBLOS INDIGENAS:

El reconocimiento de los pueblos indígenas a nivel mundial y nacional ha sido bien implementado desde la regulación constitucional y los tratados internacionales, resaltando el valor fundamental que representan en cada Estado.

En nuestro Estado nuestra Constitución Política del Perú de 1993 artículo 89°, reconoce como personas jurídicas con existencia legal siendo estas estas comunidades campesinas o nativas, autónomas en su organización, trabajo comunal y el uso de sus tierras, dando importancia a la propiedad de sus tierras, al señalar que es imprescriptible.

Cabe señalar que nuestro Estado Peruano en el artículo anterior ha reconocido las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas, así informó a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (COECR). Tal como señalaron COECR (2009), según el Gobierno Peruano las comunidades nativas y campesinas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectividades similares a los pueblos indígenas poniendo énfasis en los aspectos culturales, sociales y políticos.

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, firmada por el Perú en el año de 1993 y ratificada en 1994, reconoce que los pueblos indígenas aquellos que cumplen los requisitos establecidos en el artículo 1° de la mencionada norma, precisando que sus condiciones sociales, culturales y económicas distingan a otros sectores de la actividad nacional, estando conducidos o regidos por sus costumbres, tradiciones o por una legislación especial. También, los pueblos indígenas tienen reconocimiento jurídico en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007), artículo 1°, señalando: tienen derecho como pueblo o como individuos al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás normas internacionales sobre derechos humanos.

1.4. CLASIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:

Los pueblos indígenas independientemente de su denominación estos pueden ser comunidades campesinas o andinas, comunidades nativas o pueblos amazónicos, los mismos que tienen reconocimiento

constitucional en nuestro país y en la ley especial “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios - Ley 29785” de 2011, artículo 7° (Perú). Motivo por el cual, en el presente trabajo de investigación es pertinente delimitar la clasificación en atención a las diversas instituciones jurídicas nacionales e internacionales con rango constitucional en nuestro país:

1.4.1. COMUNIDADES CAMPESINAS O ANDINAS:

Es esencial determinar qué es una comunidad campesina de una nativa, al margen de la ubicación cada una tiene características especiales que se diferencian la una de la otra, pero como ya se ha venido señalando ambas constituyen pueblos indígenas, con una ardua protección a la identidad cultural y étnica, desde sus antepasados hasta la actualidad.

Al respecto García (2013) define a las comunidades campesinas como organizaciones integradas por familias que habitan y tienen control sobre un territorio en específico del Ande unidos o ligados por la propiedad y el trabajo comunal, siempre sobre la base de conservación de sus costumbres y tradiciones.

En esa misma línea, la Ley General de Comunidades Campesinas - Ley 24656, artículo 2. (Perú), señala: son aquellas organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, conformadas por familias que habitan y controlan territorios ligados por vínculos ancestrales, económicos, sociales y culturales, las mismas que se expresan en una ayuda mutua, en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, mediante un gobierno democrático y desarrollo de actividades multisectoriales.

1.4.2. COMUNIDADES NATIVAS:

Las comunidades Nativas su valor y representación están determinado en la gran riqueza patrimonial material e inmaterial que poseen dentro de su territorio por la ubicación que se encuentran, por lo que podemos decir que cuentan con una gran

riqueza verde conocidos como los guardianes de la selva y de la Biodiversidad.

García (2013), define como organizaciones que tienen origen en los grupos tribales adscritos a un territorio determinado ubicado dentro de la selva o ceja de selva, la cual les permite ejercer la tenencia y usufructo de un área.

Asimismo, la Ley de Comunidades Nativas y de desarrollo agrario de las regiones de selva y ceja de selva. Ley 22175. Artículo 8°. (Perú). Señala tienen su origen en los grupos tribales de la selva o ceja de selva, los mismos que se encuentran ligados por idioma, dialecto, caracteres culturales y sociales, así como la tenencia y usufructo común junto con la permanencia en un mismo territorio.

Es preciso señalar, en atención a las definiciones de las comunidades campesinas y nativas antes señaladas, ambas se diferencian por el territorio y grupo humano que lo conforman, al respecto Figallo (2005) señala que teniendo en cuenta el artículo 89° de la Constitución de nuestro país, contiene dos acápites al margen de la diferencia del nombre, la primera es oriunda de la región sierra y la segunda de la región selva ubicadas en la Amazonia, regiones cuyas características ecológicas y geográficas son muy notorias.

1.5. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR A UN PUEBLO INDÍGENA:

Es menester advertir que, se ha señalado que los pueblos indígenas pueden ser comunidades campesinas o andinas o comunidades nativas o pueblos amazónicos, pero para su reconocimiento se debe cumplir criterios indispensables.

Al respecto la CEACR (citado por Ruiz 2011) señala el concepto de pueblo, es más amplio que el de comunidad y las engloba a todas cualquiera sea su denominación, motivo por el cual determina que no debe existir confusiones para aplicar el Convenio 169. Además, con ello no se está limitando a no desarrollar actividades en cada una de ellas, porque a lo largo del tiempo han recibido varias denominaciones como comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario, pero el criterio

unificado que se debe aplicar, es el establecido en el artículo 1° del Convenio 169 de la OIT.

En ese marco, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo 169 de 1989. Artículo 1°, regula los criterios para identificar a los pueblos indígenas y son los que deben respetar cada Estado que ha suscrito el mismo, siendo los siguientes:

- b) A pueblos los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de **descender de una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización** o establecimiento de las actuales fronteras y que cualquiera que sea su situación jurídica, **conserven todas sus instituciones sociales, económicas culturales y políticas o parte de ellas.**
- 2. 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.

Así también, la legislación especial peruana Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Ley 29785 de 2011. Artículo 7° (Perú). Prescribe los criterios tanto objetivos como subjetivos para identificar a un pueblo indígena, tales como:

- 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 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.

Por lo que cumpliendo estos criterios objetivos y subjetivos se reconoce a un pueblo como indígena, siendo que actualmente en nuestro país se encuentran reconocidos 55 pueblos indígenas.

Ruiz (2011) hace una crítica a los criterios regulados en el artículo 7° de la Ley de Consulta Previa 29785, al señalar que esta ha incrementado de manera inapropiada más de los que el Convenio 169 ha establecido; así mismo, no se puede establecer una descendencia directa debido a que ello no regula el Convenio 169, resultando complicado poder determinarlos, a la vez, no se puede exigir que los pueblos indígenas estén congelados porque se evolucionan a lo largo del tiempo.

Por ende, ante esta situación y en caso de tener dudas sobre la identificación de un pueblo indígena, se debe aplicar el Convenio 169 de la OIT, de conformidad con el artículo 3°, 55° y Cuarta Disposición Final de la Constitución Política de 1993, que prescribe que los tratados o convenios tienen rango constitucional en nuestro país, tal como precedentemente se dijo.

CAPÍTULO II: DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

2.1. ANTECEDENTES:

La necesidad de regular el Derecho a la Consulta Previa y el reconocimiento de diversos pueblos indígenas y tribales a nivel mundial, ha sido muy urgente y ha tenido que pasar por diversos hechos históricos siendo el principal la Revolución Industrial; también, luchas entre los diferentes Estados y sus poblaciones indígenas, conflictos de diversa naturaleza, ya sea social, cultural, ambiental, política y jurídica, que ha tenido un fin, reconocer a tales poblaciones como tal. No obstante, el Instrumento Jurídico fuente de la Consulta Previa y de los Pueblos Indígenas es el Convenio Internacional del Trabajo, iniciando con el **Convenio N° 107** de la OIT (1957), fue muy criticado por que no se reconocía a los pueblos indígenas, ni a sus derechos, para luego, ante diversos cuestionamientos da inicio a la implementación en el **Convenio N° 169** de Ginebra convocada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, desarrollando temas respecto de los pueblos indígenas bajo una concepción tendiente a la integración e inclusión y modernidad de los pueblos. Este Convenio, es el mayor reconocimiento logrado por los indígenas, con la facultad de decidir sobre sus prioridades en lo que se refiere a desarrollo y consentimiento respecto al derecho de la Consulta Previa. (Sevillano, 2010).

En nuestro país fue aprobado en diciembre del año de 1993, mediante la Resolución Legislativa N° 26253 y ratificado en el año de 1994, entrando en vigencia en el año de 1995, es de apreciarse que durante 16 años de entrado en vigencia el Perú incumplió con el Convenio debido a que no reguló el derecho a la Consulta Previa y demás derechos que se reconocen a los pueblos indígenas, produciéndose durante esa etapa una serie de conflictos de diferentes naturaleza. Duran (2011) señala un claro ejemplo de los conflictos por no someter a consulta previa es el caso de la Minera Majaz, donde los mismos pobladores sometieron a consulta vecinal el proyecto minero que se quería ejecutar en su territorio.

También, tenemos otra clara muestra del incumplimiento del Convenio 169 de la OIT es el caso de Cañarís y el de Bagua, donde ante la omisión de

realizar la Consulta Previa se generaron diversos conflictos sociales y ambientales.

Por lo que, ya el 06 de septiembre del 2011, se promulgó la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios – Ley 29785, la misma que estuvo supeditada a la promulgación del Reglamento para su entrada en vigencia lográndose el 02 de abril del 2012, mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC, fecha que marcó un hito porque se implementa en nuestro país el **Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos indígenas**, constituida como un anhelo esperado durante muchos años, pero éste ha recibido muchas críticas, por diversas organizaciones y los representantes de diversos pueblos indígenas. Se debe precisar que los proyectos que antecedieron a la Ley 29785 fueron el 413/20006-CP, el 427/2006-CR, 2016/2007-CR, el 3370/2009-CR y el 3698/2009-CR, pero ya posteriormente luego de diversos debates, incumpliendo el convenio durante muchos años se tiene la legislación actual. (Angles, 2014).

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA:

Para definir o establecer la naturaleza jurídica del Derecho a la Consulta previa implica determinar sus orígenes y los alcances, cuya naturaleza o esencia recaen en los derechos fundamentales. Ello debido a que la consulta previa se relaciona con la protección de derechos como la identidad, la integridad étnica y cultural o la participación, la libre decisión, constituyendo un derecho fundamental de naturaleza colectiva. (Angles, 2014).

No obstante, al señalar que es un derecho de naturaleza jurídica se requiere de la participación de todos los integrantes de una población, considerando que, quienes tienen legitimación son todos los integrantes, por ello en términos procesales se le conoce como solidaria, es transindividual e indivisible, perteneciente a una determinada y cierta comunidad. Pero es preciso señalar que la naturaleza colectiva, también deviene del objeto y los fundamentos del Convenio 169 de la OIT, siendo los primeros los derechos que protege son la identidad cultural, participación, gozar de un medio ambiente adecuado, la paz la tranquilidad,

etc.; el segundo, recae en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por ende, podemos decir que se enmarca en los derechos de Tercera Generación. Durán (2011), señala que se tratan de Derechos que incluyen a todos aquellos que no se encuentran reconocidos dentro de los derechos de libertad, ni de igualdad; por un lado protegen los intereses difusos como el medio ambiente, el derecho a la paz y por otro lado a los derechos de grupo donde se ubican los derechos de identidad.

Aunado a la definición de los derechos colectivos, es preciso señalar que estos se desarrollan mediante principios fundamentales. Angles (2014), señala son la igualdad; es decir; ser tratados sin discriminación, la dignidad, siendo la protección del Estado a tratar como sujetos y no como objetos y la autodeterminación basada en decisiones propias de la población estableciendo un desarrollo social, político, económico de acuerdo a sus necesidades.

Al respecto Duran (2011) establece que los derechos colectivos pueden ser:

- Derecho a la propiedad o posesión sobre un territorio determinado.
- Los derechos de propiedad de acceso, uso, gestión aprovechamiento y conservación sobre tierras y recursos naturales objeto de un aprovechamiento tradicional.
- Derecho gozar de un medio ambiente sano y libre de contaminación, identidad cultural y étnica.
- Derecho a la salud ambiental.
- Derecho a la integridad física.
- Derecho a tranquilidad,
- Derecho a la paz y el derecho a la conservación del patrimonio estético, urbanístico, histórico.

Podemos advertir también que la Consulta Previa posee una naturaleza como derecho independiente con contenido sustantivo por la protección de la dignidad de los pueblos basados en la igualdad.

2.3. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA:

Constituyendo el Derecho a la Consulta Previa, la esencia del trabajo de investigación, por el análisis de su implementación en nuestra legislación para demostrar su ineficacia en nuestro Estado peruano, y al haberse reconocido en un instrumento internacional como es el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, firmada por el Perú en el año de 1993. En el Artículo 6 inciso 1.a, nos señala: es el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados por sus gobiernos mediante procedimientos apropiados y en particular a través de instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente.

Podemos decir, en nuestro país tiene una relación entre dos campos normativos siendo el ámbito nacional e internacional y a la vez una connotación como instrumento o mecanismo asegurador y protector de derecho. Por lo permite en el fondo tener una participación en la toma de decisiones, con la finalidad de asegurar la protección de derechos colectivos y la subsistencia como grupo social perteneciente a una sociedad democrática.

En esa misma línea, nuestro Estado Peruano mediante la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Ley 29785 del 2011, (Perú), en el Artículo 2°, define que la Consulta Previa es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, como la identidad cultural, existencia física, calidad de vida o desarrollo.

Angles (2014) señala que el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que es un derecho fundamental que vela por la protección del derecho colectivo de los pueblos indígenas a ser consultados sobre medidas legislativas o administrativas que les afecten en forma directa. No obstante, se debe señalar para su reconocimiento ha tenido que pasar un proceso de evolución, con la finalidad primordial de subsistencia de las poblaciones vulnerables.

Se debe tener en cuenta al momento de realizar o instalar la Consulta Previa, no es un acto singular o procedimental, sino más bien un proceso de diálogo y negociación intercultural basados mediante el principio de la Buena Fe, con la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo, bajo un consentimiento libre y garantizar el cumplimiento de lo acordado.

2.4. FUENTES INTERNACIONALES DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA:

2.4.1. DEFINICIÓN DE TRATADOS:

Antes de mencionar las fuentes internacionales, es muy importante precisar la definición de los tratados debido a que las fuentes se tratan de tales instrumentos internacionales, por lo que al respecto Duran (2011), señala son instrumentos jurídicos celebrado por los Estados respecto de problemas o hechos suscitados entre ellos o respecto de una situación que debe ser mejorada.

Podemos decir también que los tratados son acuerdos de voluntades entre dos o más Estados, o de un Estado y un Organismo internacional, con la finalidad de crear y regular asuntos de interés mutuo que pueden ser estos de cooperación económica, delimitación territorial y ayuda social, etc, también hay que tener en cuenta que importa el título que se le dé porque todos los tratados se ajustan a una misma definición.

Siendo así nuestra Constitución Política de 1993 mediante su máximo interprete como es el Tribunal Constitucional, tienen como función y son quienes determinan el límite de la interpretación nacional de los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas, pero su interpretación también se debe realizar en observancia de las fuentes jurídicas internacionales, ello debido a su reconcomiendo y orígenes.

Angles (2014), señala que normas internacionales que constituyen fuentes para el Derecho de la Consulta Previa son las siguientes:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

- Pacto de derechos económicos, sociales y culturales.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre derechos Humanos de San José de Costa Rica.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas

Podemos darnos cuenta que existen diversas fuentes internacionales pero a continuación vamos analizar las que permiten determinar los criterios que se debe respetar en la Consulta Previa para su implementación con ello garantizar el derecho a la participación, libre decisión y consentimiento.

2.4.2. EL CONVENIO 169 DE LA OIT:

La Organización Internacional del Trabajo, es un organismo especializado de las Naciones Unidas creada en 1969, la cual se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales, actualmente está conformada por 186 países. (OIT, 2015).

La importancia de este documento es que da origen a los derechos de los pueblos indígenas así también les reconoce tales, siendo sujetos de derecho. Por lo que el Convenio N° 169 de la OIT (1989), señala que la evolución del derecho internacional, desde 1957 hasta la actualidad ha tenido diversos cambios y es importante prestarle atención a la existencia de los pueblos indígenas y tribales en diferentes partes o regiones del mundo, los mismos que han venido tratados con desigualdad y discriminación, requiriendo así la implementación de un nuevo convenio que brinde la integración y la posibilidad de tomar control de sus propias instituciones y formas de vida, desarrollo económico, fortaleciendo su identidad, lengua y religión, por lo que siendo así y al no haberse regulado ningún derecho de los pueblos indígenas en el convenio N° 107 se aprueba el convenio de 1989 N° 169. En este documento se regla el derecho a la Consulta Previa, siendo obligatorio para los gobiernos y además la importancia del reconocimiento de los pueblos indígenas con los criterios para

identificarlos y sus derechos conexos. También cabe precisar que el presente convenio es vinculante desde 1995 en el Perú y no de la entrada en vigencia de la Ley 29785, esto ha sido establecido por el Tribunal Constitucional del Perú Sentencia 002-2009-PI/TC.

2.4.3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:

Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, reconociendo los derechos consagrados que derivan de la dignidad inherente al hombre, ello con el fin de crear condiciones que permitan gozar plenamente sus derechos civiles y políticos como también los derechos económicos, sociales y culturales. OHCHR, (citado por Angles, 2014).

Este instrumento internacional reconoce derechos fundamentales importantes de los pueblos indígenas, como el derecho de libre determinación permitiendo éste que los pueblos gocen de autonomía dentro de su territorio determinado. Así también el reconocimiento de las minorías étnicas en el Artículo 27° en el Perú reconocidos como pueblos indígenas brindándoles la facultad de tener y mantener una vida cultural, religiosa e idioma, ello guardando relación de que el Estado está obligado a respetar a los pueblos indígenas, con ello da más fuerza para su cumplimiento.

2.4.4. LA DELCLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS:

Fue aprobada el 13 de septiembre del 2007, por la ONU, con la finalidad de lograr el reconocimiento y preservación de las poblaciones indígenas, así como sus derechos que permitan su protección y asegurar su subsistencia en cada Estado a nivel mundial. Siendo este un instrumento vinculante para el Perú y su cumplimiento se refleja en los pronunciamientos diversos a nivel nacional.

Angles (2014) señala que la declaración de los pueblos indígenas es el segundo instrumento internacional con mayor importancia sobre la protección de la consulta previa y derechos de los pueblos indígenas,

debido a que se protege en forma directa el consentimiento, siendo previo, libre e informado, así también es muy incisivo en lo relacionado a los derechos de tierras, territorios y autodeterminación.

Cabe señalar que este instrumento de obligatorio cumplimiento que regula derechos fundamentales y esenciales para la protección de los pueblos indígenas dentro de cada territorio específico, expresados tanto de los de naturaleza colectiva y los personales, todos ellos con la finalidad de garantizar la seguridad cultural a nivel mundial.

2.5. RANGO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA:

Este punto a desarrollar es muy importante debido a las diversas dudas y cuestionamientos sobre el rango constitucional de los tratados internacionales en especial para el trabajo de Investigación el Convenio N° 169 de la OIT, por lo que ante ello es de manifestar que todos los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional y son parte del derecho interno de nuestra país, siendo así el Convenio N° 169 de la OIT, es un tratado Internacional de Derechos humanos y si bien es cierto nuestra Constitución Política de 1993, no reconoce de forma expresa o literal ello se desprende con la interpretación sistemática. Estas son posibles gracias a las cláusulas de apertura del Derecho Constitucional al derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Ruiz, 2012).

Siendo así, en el Perú los tratados son reconocidos en el Artículo 55° de nuestra Constitución Política de 1993, donde prescribe que forman parte del derecho nacional, siendo esa misma línea tenemos el Artículo 3° del citado cuerpo normativo, al señalar que son reconocidos derechos fundamentales los que se fundan en la dignidad del hombre, lo cual se cumple con el Convenio 169 de la OIT y por último la Cuarta Disposición Final y Transitoria al señalar que las normas relativas a la libertades y derechos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales, concluyendo así que en nuestro país se reconocen a los tratados con rango constitucional. Sumado a ello tenemos el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, al señalar que los tratados internacionales sobre derechos

humanos que el Estado peruano es parte, no sólo conforman nuestro ordenamiento jurídico sino que tienen rango constitucional. (STC, 0025-2005-PI/TC).

2.6. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA CONSULTA PREVIA:

Para el presente trabajo de investigación es muy importante tener en cuenta el rango constitucional, lo cual nos lleva a determinar el contenido constitucional del derecho a la Consulta Previa, el mismo que a continuación se va a determinar:

2.6.1. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:

En doctrina tenemos a dos teorías la Teoría Relativa y la Absoluta, las mismas que nos llevan a delimitar y establecer los alcances para efectos de su protección. La teoría absoluta busca limitar el núcleo duro de derechos fundamentales dentro de dos esferas una dentro de la otra, mientras que la teoría relativa protege la parte externa del núcleo de los derechos fundamentales, siendo así la parte externa es la accesoria la cual puede ser pasibles de restricciones en salvaguarda de otros utilizando el principio de proporcionalidad, mientras que el núcleo interno es la parte intocable a cualquier vulneración y en el caso de ser pasible de vulneración se convierte en inconstitucional e ilícita. (Angles, 2016)

En nuestro Estado peruano, se adopta la teoría mixta la cual ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, pero la Constitución Política de 1993, no regula literalmente pero si lo hace el Código Procesal Constitucional en el Artículo 5° inciso 1) al señalar las causales de improcedencia de los procesos constitucionales, siendo una de ellas cuando el petitorio y los hechos no estén directamente referidos al contenido constitucional del derecho protegido invocado. Siendo así podemos decir que el contenido constitucional es un concepto jurídico indefinido o indeterminado que se tiene que operar de acuerdo a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional respecto de cada derecho fundamental, ello para garantizar su protección.

2.6.2. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ:

Dando suma importancia al contenido esencial de cada derecho fundamental el contenido constitucional del derecho a la Consulta Previa ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en la STC. 0022-2009-PI/TC, señalando que implica la protección de:

- 1º Acceso a la consulta.
- 2º La respeto de las características esenciales del derecho a la consulta.
- 3º La garantía de cumplimiento de los acuerdos arribado en la consulta.

Ruiz (2012), en interpretación a la STC 0022-2009, ello teniendo en cuenta cada considerando, señala que respecto del primer supuesto si se cumple con la condición establecida por el convenio entendida que si se prevé que una entidad legislativa o administrativa afecta derechos de los pueblos indígenas y nos es sometido a consulta se está afectando o vulnerando, del segundo supuesto se debe interpretar que al no respetar las características esenciales de la consulta se estaría vulnerando tal derecho, ello se debe tener en cuenta la participación, información, libre decisión y consentimiento. Y por último respecto del tercer supuesto para su cumplimiento implica la protección de las partes de la consulta tutelando los acuerdos arribados, siendo que la finalidad es llegar a un acuerdo amparados en el Principio de Buena Fe.

Por lo que siendo así y al estar delimitado el contenido constitucional del Derecho a la Consulta Previa, se debe respetar cada supuesto que conforma el núcleo esencial de tal derecho, ello en atención que en su interior protege a otros derechos conexos y no lograrse ello podemos decir que este derecho ha sido vulnerado lo cual en nuestro Estado no se ha respetado, porque no existe un control, ni fiscalización en su protección.

2.7. REGLAS JURÍDICAS VINCULANTES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA:

2.7.1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Los pronunciamientos que se han emitido por esta institución han marcado un hito en cada país ello en la solución de los conflictos emergentes por la defensa de cada derecho sea personal o colectivo y de igual modo sobre los pueblos indígenas, que pueden ser el derechos a la consulta previa, la protección de la tierra comunal y consentimiento libre, medio ambiente, etc.

Al respecto Angles (2014) refiere que la CIDH ha desarrollado el derecho a la propiedad indígena en diferentes sentencias las cuales se han determinado con la finalidad de obtener un consentimiento libre, como garantía primordial para su protección de su territorio la cual les permite desarrollarse como tales, para lo cual se encuentran cinco casos particulares:

- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingi vs. Nicaragua, del 31 del 2001.
- Caso de la Cominidad Yakyé Axa vs. Paraguay, del 17 de junio de 2005.
- Caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay, del 29 de marzo de 2006.
- Caso del Pueblo Saramaka vz. Surinan, del 28 de noviembre de 2007.

Para el presente trabajo es materia de análisis del último caso debido a que ha sido la primera en establecer pautas de carácter vinculante para todos los países con poblaciones indígenas, en el sentido de que señala el derecho a ser consultados y en todo caso a obtener el consentimiento libre previo e informado, esto en los proyectos de inversión u otras mediadas a implementar dentro de tal territorio.

Otro caso importante es el *Moiwana vs. Surinan*, del 15 de junio de 2005, el cual este se desarrolla sobre el desplazamiento y matanza de los

pueblos indígenas. Desarrolla la vinculación de los lazos tradicionales y prácticas consuetudinarias desarrolladas por los pueblos indígenas en cada territorio, lo cual estos lazos no deben ser reconocidos solamente como tierra de producción o posesión, sino como identidad y de bienestar para tal comunidad. (Angles, 2014), Debemos señalar que la CIDH señala que en caso de se produzca un desplazamiento de los pueblos indígenas de sus territorios no sólo se imposibilita de realizar prácticas en sus tierras sino de gozar sus tradiciones culturales y religiosas dentro de ello, por ello viene la importancia de ser consultados.

2.7.2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO:

En el ámbito nacional el máximo intérprete de la Constitución se ha pronunciado respecto de los derechos de los pueblos indígena, teniendo en cuenta la gran importancia, siendo desarrolla en el la STC. 002-2009 PI/TC. En el cual desarrolla a la consulta previa como un derecho de fundamental estableciendo su contenido constitucional de tal derecho, en atención al Convenio 169 de la OIT, pero con posterioridad en la STC. 05427-2009-PI, se desarrolló en síntesis las reglas dispuestas en la sentencia anterior. Al respecto Ruiz (2012) nos señala que se estableció los principios de carácter obligatorio siendo:

- La observancia del principio de buena fe, con la finalidad de evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o el favorecimiento a la otra parte.
- La flexibilidad, la cual se debe llevar acabo la consulta de acuerdo a cada circunstancia tomando en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas.
- El objetivo de alcanzar un acuerdo; siendo la finalidad de la consulta, que no solo debe significar la protección del interés de los pueblos sino la coparticipación en el goce y disfrute de la riqueza obtenida.
- La transparencia; con la cual se debe poner de conocimiento toda la información a los pueblos indígenas concerniente a las consecuencias positivas y negativas de las medias a adoptar.

- La implementación del proceso de consulta; para garantizar la participación haciendo de conocimiento sus expectativas sobre las medidas que les van a afectar.

Es preciso advertir que con la expedición de esta sentencia todavía no se contaba con la implementación de este derecho en nuestro país, estaba reconocido sí, pero no se respetaba y no tenía protección adecuada, pero ya con la Ley de Consulta Previa - Ley 29785, se implementa si con deficiencias y así también con algunas omisiones de la sentencia analizada.

CAPÍTULO III: DERECHO AL LIBRE DESARROLLO Y BIENESTAR:

3.1. ASPECTOS GENERALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:

El derecho al libre desarrollo, de igual manera al bienestar son derechos fundamentales de todo ser humano, ambos radican en que protección la dignidad de la persona, por lo que en el presente trabajo hay que tener en cuenta determinados aspectos:

- ***Delimitación de los derechos humanos, fundamentales y constitucionales:*** Castillo (Citado por Rubio, Eguiguren y Bernal, 2011) nos dice que respecto de los derechos humanos es una expresión reservada para significar los derechos del hombre reconocidos mediante declaraciones y patos internacionales, respecto de los derechos fundamentales es una expresión para aludir a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno y respecto de los derechos constitucionales como su nombre lo indica alude al conjunto de derechos de la persona recogidos y garantizados por la norma constitucional.

Al respecto Rubio et al. (2011) señala que todos los derechos que regula nuestra Constitución tienen el mismo reconocimiento y protección constitucional, independientemente de la diversa expresión que se le dé, por lo que tales derechos fundamentales abarca también al de los tratados internacionales.

- ***Definición de Derechos Fundamentales.-*** Son el conjunto de derechos y libertades que por ser inherentes al ser humano se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo. (Rubio et al., 2011).

También podemos decir que son los componentes básicos estructurales del conjunto del ordenamiento jurídico, siendo básicos porque radican en la base de los derechos de un ordenamiento jurídico, para lo cual estos sostener la estructura o el armazón, que va a servir como guía para todo.

Un aspecto muy importante sobre los derechos fundamentales es el que señala García (2013), donde estos derechos llevan implícitamente la noción

asociada a la dignidad humana y la historia, la primera exige que la sociedad y el Estado respeten la igualdad y desarrollo de personalidad del hombre; el segundo que conforme pasa el tiempo se vaya descubriendo para luego ser normativizado.

3.2. DEFINICIÓN DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO Y BIENESTAR:

Es un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución Política de 1993, inciso 1 del Artículo 2º, al señalar que toda persona tiene derecho al libre desarrollo y bienestar. Es importante precisar que con la Constitución de 1979 reconocía a este derecho como al libre desenvolvimiento de su personalidad, siendo este para algunos autores mejor expresado debido a que es más específico en lo que corresponde a la individualización humana. García (2013) nos dice que este derecho se encuentra de manera implícita contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo tanto es concordado con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución.

- ***Derecho al Libre Desarrollo:***

Es un derecho fundamental faculta a las personas a desarrollarse con todas sus potencialidades, propias e indispensables a lo largo de su vida, permitiéndoles gozar de los de los diferentes bienes de su alrededor; sean materiales y espirituales, así tener una existencia digna de acuerdo a la vida humana.

García (2013) también define como el ejercicio de una facultad de cada persona para para hacer usos de sus potencialidades sean físicas, intelectuales y morales en beneficio propio, y en palabras del citado hasta coronarse como ser humano con una vida integral.

Así también Rubio et al. (2011), señala que este derecho en términos de antropología filosófica es la realización como ser humano, ejecutada en el devenir del presente hacia el futuro para posteriormente sentirnos como seres válidos por sí mismos.

Este derecho tiene aspectos muy importantes que lo complementan; el primero que mantenga sus potenciales como tal, siendo de que no se le cierren las posibilidades de desarrollo hacia el futuro dentro de una

sociedad y el segundo tomar acciones que conduzcan a desarrollarse en cumplimiento con los deberes y límites impuestas mediante ley, por lo que guarda una estrecha relación o vinculación con otros derechos para su protección y cumplimiento y no se vea afectado.

- ***Derecho al Bienestar:***

Este derecho permite que toda persona tenga la facultad de satisfacer sus necesidades, siempre con la finalidad de una realización íntegra e indispensable en la vida humana.

Así también García (2013) nos dice que este derecho permite la aspiración y acceso a la satisfacción de las necesidades indispensables para tener una existencia digna compatible con la condición humana, dentro ellas puede ser la vestimenta, vivienda, alimentación, etc, pero para ello se debe mantener alejado las situaciones de convivencia de crueldad que atenten con la paz interior. Podemos decir que con este derecho el hombre tiene potestad de pretender a tener una existencia cualitativa y cuantitativa mejor, ello dentro de una vida libre y digna, siendo así Kebe M'Boy (Citado por García, 2013) señala que cada hombre tiene derecho a vivir y derecho a vivir mejor.

Satisfacer tiene una dimensión ética y de autocontrol porque determina las necesidades, una dimensión social; en que así como es tan importante satisfacer las necesidades, también es importante contribuir a estructurar una sociedad en todos puedan satisfacer al menos sus necesidades elementales. (Rubio et al., 2011).

Lo resaltante de este derecho al igual que el libre desarrollo supone el cumplimiento de los demás derechos, por tal motivo para que la persona se desarrolle logrando una vida íntegra y digna sigue un mismo camino al cual en estricto se puede llamar humano. De tal manera que no podemos hablar del derecho al bienestar si es que no hay derecho a la vida, a la integridad física o al trabajo y los derechos laborales y así sucesivamente. (Rubio et al., 2011).

Ambos derechos son muy importantes debido a que van a permitir la protección y el desarrollo de la persona y tomando en cuenta la esencia de estos derechos podemos decir del ser humano, con ello lográndose la dignidad que es el merecimiento de algo, siendo este el fin supremo de nuestra sociedad y de nuestro Estado reconocido en el Artículo 1° de nuestra Constitución de 1993, con ello estamos hablando que su cumplimiento requiere de otros derechos conexos, siendo esenciales sino estaríamos hablando de una afectación, estos pueden desarrollarse en un aspecto individual de cada ser humano o de manera colectiva, este último materia de análisis en el presente trabajo, los individuales en el aspecto de los pueblos indígenas lo desarrollan dentro de su ambiente o territorio determinado de acuerdo a sus costumbres, tradiciones relaciones espirituales, religión, ámbito económico, social y cultural diferentes a los demás integrantes de la sociedad. Pero en el ámbito colectivo tomando la antigua denominación en nuestro Estado el derecho al libre desarrollo de la personalidad les corresponde el Derecho a la libre determinación de los pueblos, lo cual les permite tener la libertad de decisión y participación dentro de un territorio determinado. Es también el derecho que tiene una colectividad en buscar el desarrollo de un bien colectivo social, siendo que tienen libertad para disponer libremente sus riquezas y recursos naturales. (Villalobos, 2012). Ha tenido reconocimiento en diferentes instrumentos internacionales, estudiados con anterioridad.

3.3. DERECHOS CONEXOS O VINCULANTES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO Y BIENESTAR:

Este derecho tiene importancia porque radica en una cláusula abierta como una base para la interpretación, creación, construcción y reconocimiento de otros derechos implícitos los cuales se derivan y resultan esenciales para la persona humana, en tanto tiene un contenido subjetivo en el desarrollo de la persona con autonomía dentro de la esfera que permita dirigir la vida y destino a acuerdo a sus necesidades conforme en el tiempo, el aspecto objetivo se manifiesta en la protección del desarrollo de la personalidad y los valores de acuerdo al ordenamiento jurídico, lo cual deberes y obligaciones impuestas por el Estado, la sociedad y demás individuos. (Alvarado, 2016).

Por tal motivo y como señala que Rubio et al., (2011) los derechos que vinculados al derecho al libre desarrollo y bienestar son:

- La libertad, eligiendo los detalles más diversos para su vida a su libre albedrío, por lo que puede libertad de emitir sus propias decisiones, libertad de conciencia, libertad de casarse, etc.
- A participar en los diversos eventos y en el presente trabajo de investigación a participar en el proceso de consulta siendo ante de ser consultados y en la consulta en estricto antes, participar de los estudios que se realicen sobre las medidas que afecten sus derechos.
- El derecho al disfrute del tiempo libre, el esparcimiento y la diversión.
- A la libertad de religión.
- Al trabajo y remuneración justa.
- A la identidad étnica u cultural, del cual podemos señalar que este derecho permite a los pueblos indígenas a mantener su identidad con autenticidad dentro de un territorio específico y seguir transmitiendo de generación en generación.
- A gozar de un medio ambiente sano y adecuado, en el presente trabajo de investigación es muy importante, porque el valor que le dan los pueblos indígenas es distinto al que brindado por los demás integrados de una sociedad, siendo que los pueblos son muy cuidadosos y protectores, ello porque tienen un relación espiritual e inmaterial.

- A la propiedad, siendo en el ámbito colectivo la propiedad comunal.

1.5. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

¿Por qué la Consulta Previa es ineficaz y no garantiza la protección del Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar de los Pueblos Indígenas en el Perú?

1.6. JUSTIFICACIÓN:

El presente trabajo de investigación se da con el fin de valorar y respetar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y evitar los conflictos socioambientales, los mismos que se dan producto de un aplicación inadecuada del Derecho a la Consulta Previa por parte del Estado, e ineficacia de la Legislación que regula la Consulta Previa, que expresamente vulnera derechos fundamentales y en un proceso de consulta la decisión final la tiene el Estado, actuando de manera unilateral y no como se entiendo que es bilateral de las partes que actúan. Es sorprendente tal situación que los representantes de nuestra propia patria encargados de brindarnos seguridad jurídica y cultural, teniendo tal potestad de decisión, favorecen los intereses económicos de los privados, olvidándose de la protección del derecho a la identidad étnica y cultural, medio ambiente, autodeterminación, libertad de decisión y consentimiento. En tal sentido esta investigación demostrará que la Consulta Previa en el Perú es ineficaz.

La relevancia de este trabajo por su naturaleza misma genera impactos como: jurídico, siendo que al reconocer los derechos fundamentales a los pueblos indígenas en nuestra Constitución Política de 1993 y la Ley de Consulta Previa 29785 es ineficaz en la protección de los derechos y especialmente el derecho al libre desarrollo y bienestar requiriendo con urgencia una modificación; políticos, en el sentido que el Estado como el Gobierno son los directamente involucrados porque tienen como misión la protección de los pueblos indígenas brindándoles seguridad jurídica y cultural por su existencia de identidad y convivencia social propia, ello mediante la emisión de políticas técnicas, culturales y en consecuencia

sociales porque vincula a todos las personas de nuestra nación a la protección de los pueblos indígenas porque su riqueza y cultura nos da grandes beneficios y evitar los conflictos sociales en defensa del medio ambiente y patrimonio comunal porque nos perjudica a todos.

Este trabajo es muy útil porque tiene como beneficiarios directos a los pueblos indígenas que protege nuestro país por que requieren una protección inmediata de sus derechos fundamentales para evitar futuros conflictos como Bagua y Cañaris. También el presente trabajo de investigación beneficia a los estudiantes, profesionales e investigadores en la medida que esté sirva como inspiración y guía para seguir en la lucha de protección de nuestra cultura y poblaciones minoritarias. El tema de investigación es viable porque se tiene una problemática latente que merece una atención y solución urgente que no demanda de gastos con ello restringir la inversión privada y extranjera cuando se evidencie intereses del Estado para favorecerles, al respecto Durán (2011) refiere que el estado promueve la inversión en el Perú pero en los procesos de contratación decide favorecer a las empresas privadas lo cual es percibido como enemigo de los intereses de la localidad. Tal situación podemos decir que termina por afectar a los pueblos indígenas en su patrimonio cultural inmaterial y material, con ello su derecho a libre desarrollo de la personalidad y bienestar de satisfacer sus necesidades y alcanzar un nivel de vida adecuada.

1.7. HIPÓTESIS

La Consulta Previa es ineficaz en el Perú, porque no se ha implementado respetando los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT, la CIDH y el TC del Perú, estableciendo una participación inadecuada de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, no reconocer su derecho al consentimiento, a las indemnizaciones, facultar la actuación parcial de la institución protectora de los pueblos indígenas y no garantiza la protección del Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar de los Pueblos Indígenas en el Perú.

Se da en el sentido que la participación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta regulada en la Ley 29785, no es la adecuada, activa, ni flexible, así mismo no respeta los criterios establecido en instrumentos internacionales con rango constitucional en el Perú, con ello restringe sus derechos implícitos que protege la consulta previa.

1.8. OBJETIVOS

GENERALES:

- Demostrar que la Consulta Previa es ineficaz y no garantiza la protección del Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar de los Pueblos Indígenas en el Perú.

ESPECÍFICOS

- Analizar la Ley de Consulta Previa-Ley 29785 y su Reglamento DS.001-2012-MC, el proceso de consulta del Lote 192 y Cañaris, para identificar la ineficacia y vulneración del derecho al libre desarrollo y bienestar de los pueblos indígenas.
- Analizar los criterios establecidos en la jurisprudencia vinculante de la CIDH y el TC del Perú sobre el derecho a la Consulta Previa, para determinar si estos se cumplen en nuestro país.
- Analizar en el Derecho Comparado entre Perú y Colombia, la implementación de cada Estado sobre el Derecho a la Consulta Previa para establecer criterios positivos que debe adoptar nuestra legislación.

I. MÉTODO

2.1. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:

Con la presente investigación se investigará la ineficacia de la Consulta Previa en nuestro país, vulneración del derecho al libre desarrollo y bienestar de los pueblos indígenas, debido a que no garantiza su protección. Se realizará mediante análisis de la Ley de Consulta Previa - 29785, la misma que tiene vacíos legales, genera confusiones en su aplicación, falta de protección al patrimonio cultural y sus recursos naturales; análisis de jurisprudencia nacional e internacional y el derecho comparado estableciendo criterios para respetar y adecuar las normas idóneas para la población minoritaria.

- **Según la herramienta metodológica:** la presente investigación es **cualitativa**, ya que está orientado al estudio, análisis y la interpretación de la legislación especial, análisis de la jurisprudencia nacional e internacional y la comparación con otros países que regulan el derecho a la consulta previa y los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.
- **Según el objetivo general:** es **aplicada**, debido a que se enfoca en resolver la problemática surgida mediante la vulneración del derecho a libre desarrollo y bienestar de los pueblos indígenas, por la legislación especial que regula el derecho de consulta, para luego determinar la solución al problema.
- **Según el nivel de análisis la investigación:** es **explicativa**, ya que se va fundamentar y determinar en base argumentos coherentes y pertinentes de la vulneración derecho a libre desarrollo y bienestar de los pueblos indígenas, por la legislación especial que regula el derecho de consulta en el Perú.

2.2. VARIABLES Y OPERACIONALIZACIÓN

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIÓN	INDICADORES	ESCALAS DE DIMENSIÓN
V.I La Consulta Previa a los pueblos indígenas.	Es el derecho que tienen las comunidades indígenas a ser consultados previamente como un mecanismo de efectivizar el derecho de la comunidad en la adopción de decisiones que les puedan afectarlos. (Rosas, 2015)	Para desarrollar esta variable se va realizar mediante un análisis de La Ley de Consulta Previa, derecho comparado y jurisprudencia del TC y de la CIDH.	EFICACIA	Verificación del cumplimiento de la legislación mediante entrevista con expertos y análisis de casos.	NOMINAL
V.D Derecho al libre desarrollo y bienestar.	Según Rubio (2011). Significa el desarrollo de la persona como ser humano con todos sus potenciales indispensables y la satisfacción las necesidades a lo largo de la vida hasta alcanzar un nivel adecuado.	Este derecho fundamental permite el desarrollo de los pueblos indígenas, por lo que se va tratar mediante jurisprudencia nacional e internacional.	EFICACIA	Verificación de su cumplimiento en el país análisis de casos y jurisprudencia emitidas por el TC y la CIDH	NOMINAL

2.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS, VALIDEZ Y CONFIABILIDAD

TÉCNICAS:

- **ENTREVISTAS:** Esta técnica se llevara a cabo con expertos los cuales permitirán enriquecer y ampliar la investigación, obteniendo una visión técnica de nuestro alcance de estudio e impacto social, permitiendo recabar toda la información necesaria y pertinente para la presente investigación basada en la ineficacia de la Consulta Previa y la protección al Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar de los pueblos indígenas, las cuales se harán a profesionales en Derecho y Antropología, teniendo en cuenta sus aportes respecto del tema, brindando un acercamiento directo con el entrevistado y así conocer su experiencia basada en el tema.
- **ANÁLISIS DE DOCUMENTOS:** Se llevará a cabo a partir de la búsqueda y análisis de información relevante, de suma importancia en la investigación, relacionadas con las variables independiente y dependiente, como legislación de la Consulta Previa y su reglamento, sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Derecho Comparado entre Perú y Colombia.

INSTRUMENTOS:

- **GUÍA DE ENTREVISTA:** Estarán dirigidos a expertos en el tema con preguntas abiertas que generen una buena interacción con el entrevistado y se recabe toda la información necesaria con la materia consultada.
- **GUÍA DE DOCUMENTOS:** Serán la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, el Convenio 169 de la OIT, sentencias emitidas por el T.C. y CIDH y la artículos de opinión.

2.4. MÉTODOS DE ANÁLISIS DE DATOS:

- **TEORÍAS FUNDAMENTADAS:** Tienen un aporte muy importante porque son el soporte del presente trabajo de investigación, ya que se suma una investigación y estudio realizado sobre nuestro tema, por lo que la Teoría de Derechos Fundamentales, el Pluralismo Jurídico, el Análisis Cultural del Derecho y Consulta Previa a los pueblos indígenas, identificándolos dentro de un país multicultural, reconociendo sus derechos fundamentales.
- **ETNOGRÁFICO:** Este método permitirá identificar la cultura de los pueblos indígenas, sus creencias en la protección de su territorio para luego entender el valor y riqueza que representan en un país multicultural y étnico la cual brinda un libre desarrollo y calidad de vida las poblaciones vulneradas, sean patrimonio cultural material e inmaterial.
- **MÉTODO COMPARATIVO:** comparar la información recolectada del derecho entre países de Colombia y el Perú, será de mucha importancia para analizar nuestras variables de investigación y lograr nuestro objetivo general.

2.5. ASPECTOS ÉTICOS:

En el presente trabajo se tiene en cuenta la concientización de las capacidades de investigación basadas en valores de ética y principios que permitan una práctica científica en beneficio de la sociedad.

Toda vez que ello permitirá valorar a nuestra riqueza e identidad cultural de nuestro país, bajo una perspectiva de reflexión sobre nuestra realidad, y sobre la propiedad intelectual, innovación en la investigación.

II. RESULTADOS

En el presente trabajo de investigación se han obtenido los siguientes resultados, teniendo en cuenta las técnicas e instrumentos aplicados:

3.1. Respetto del PRIMER objetivo específico:

Analizar la Ley de Consulta Previa-Ley 29785 y su Reglamento DS.001-2012-MC, el proceso de consulta del Lote 192 y Cañaris, para identificar la ineficacia y vulneración del derecho al libre desarrollo y bienestar de los pueblos indígenas.. Se han obtenido los datos mediante la aplicación del instrumento GUÍA DE ENTREVISTA, obteniendo los siguientes resultados:

- Los pueblos indígenas en el Perú tienen una representación de una población vulnerable, siendo que con el transcurrir de los años mediante una ardua lucha se ha logrado reconocer sus derechos como tales.
- En la Ley 29785 no ha implementado de acuerdo a los criterios establecidos mediante del Convenio 169 OIT y la CIDH.
- Su aplicación es procedimental pero ficticia, demostrándose en los conflictos sociales.
- Su ineficacia es muy evidente porque tiene un desarrollo mínimo y de poca importancia en la agenda pública para priorizar y lograr desarrollar públicas técnicas, comprobado con los escasos procesos de consulta siendo 34 casos, siendo 10 de este año.

Así mismo, se han obtenido datos mediante el instrumento de ANÁLISIS DE DOCUMENTOS, siendo La Ley 29785, Reglamento DS.001-2012-MC, el Convenio 169 de la OIT, siendo los siguientes:

- En el Artículo 2° de La Ley 29785, se ha restringido o limitado la aplicación del derecho a la Consulta Previa sólo a los derechos colectivos, sin protección a los demás derechos de los pueblos indígenas.
- En el Artículo 4° de La Ley 29785, ha regulado los principios que no se adecuan a la definición del Tribunal Constitucional, siendo limitados y confusos.

- En el Artículo 7° de La Ley 29785, ha establecido los criterios para identificar a los pueblos indígenas, desnaturalizando los prescritos por el Convenio 169 de la OIT en el Artículo 1° ampliando de manera inapropiada.
- En el Artículo 14° de La Ley 29785, no se ha precisado que se entiende con dialogo intercultural, siendo un criterio muy importante para el desarrollo del proceso de consulta y a la vez es preocupante porque es un término desconocido para varios de los operadores jurídicos lo cual puede generar serias confusiones.
- En el Artículo 15 de La Ley 29785, éste artículo muy importante que y si se quiere decir es el núcleo de la consulta previa, pero no se ha reconocido el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas regulado en el Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así mismo no se ha establecido el derecho a gozar de los beneficios compartidos por las actividades extractivas.
- En el Artículo 19° de La Ley 29785, el Órgano Técnico Especializado, es decir el Viceministro de Interculturalidad, no puede ser juez, ni parte en los reclamos de los procesos de consulta.
- La Segunda Disposición Complementaria Final de La Ley 29785, esta disposición deviene en inconstitucional, ya que permite que sigan en vigencia las medidas legislativas y administrativas que no hayan pasado por consulta previa, así mismo permite la vigencia del D.S 028-2008-EM y DS. 012-2008-EM, lo cual estos desvirtúan la Consulta Previa.
- El artículo 24 del Reglamento D.S. 001-2012-MC, vulnera el principio del plazo razonable.
- El artículo 3.I) y 6 del Reglamento D.S. 001-2012-MC, vulnerando el Principio de la Oportunidad de la consulta previa, al señalar que se hará antes de la exploración y no antes de la concesión como es la correcta.
- La Décima Disposición Complementaria, no regula el derecho de los pueblos indígenas a gozar de los beneficios que deriven de las actividades de explotación de los recursos naturales.

Mediante el Informe del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinación Nacional de Derechos Humanos del 2012, guarda similitud con los resultados antes descritos, pero señala que la facultad de otorgar a cada sector que promueva la Consulta, puede generar que apliquen una capacidad discrecional en casos que no estén claramente estipulados y como consecuencia generar conflictos sociales.

Respecto al Documento de Investigación La Consulta Previa en el Perú de Sanborn, Hurtado y Rmirez (2016) se han obtenido los datos siguientes:

- El Proceso de Consulta del Lote 192 del 2015, ubicado en Loreto, es un caso muy complejo en materia de Hidrocarburos, en el cual no se respetó la participación adecuada de los representantes de las comunidades de Kichwa, Corrientes, Tigre y Marañon, no se respetó las necesidades que requerían, conllevando a una protesta y paralización, actividades hasta ser escuchados.
- En el caso de Cañaris de Lambayeque del 2001, en materia de minería, no se sometió a consulta, ello conllevando a que los mismos habitantes de la comunidad indígena realicen una consulta popular en el 2012, y como consecuencia no aprobar la medida administrativa sometida a consulta, pero el MINEM, señaló que no es válido, esto teniendo en cuenta que la Consulta Previa en el 2001 no está reconocido y en atención a la Segunda Disposición Complementaria Final de La Ley 29785, esta opera sólo para adelante y no tiene carácter retroactivo.

Respecto al informe del Servicio de Comunicación Intercultural (Servindi) 2017. Se ha obtenido los siguientes datos: El MINCU mediante el Viceministerio de Interculturalidad, no cumple sus funciones de protección de los pueblos indígenas de la Comunidad de la Arboleda al solicitar que no se consulte en el Sector de minero.

3.2. Respeto del SEGUNDO objetivo específico:

Analizar los criterios establecidos en la jurisprudencia vinculante de la CIDH y el TC del Perú sobre el derecho a la Consulta Previa, para determinar si estos se cumplen en nuestro país. Se han obtenido los datos mediante la aplicación del instrumento ANÁLISIS DE DOCUMENTOS, siendo el Caso del Pueblo de Saramaka vs. Suriname de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el mismo que se da debido a que el Estado de Suriname, el cual se encuentra ubicado en el Sur de América con una población de 558,368 habitantes, siendo que en el presente caso el Estado de Suriname emitía concesiones de explotación de los bosques y demás recursos naturales del pueblo tribal de Saramaka sin realizar ninguna consulta y señalar que no tiene titularidad y reconocimiento jurídico, ante lo cual se han obtenido los siguientes resultados:

- Reconoce el derecho a la consulta previa siendo esta previa, libre e informada, siendo que no se pueden otorgar concesiones o dictar otras medidas que afecten derechos de los pueblos indígenas.
- Reconoce que los integrantes de los pueblos indígenas son titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente y tienen personería jurídica.
- Los pueblos indígenas tienen derechos al pago de una indemnización justa por la explotación de los recursos naturales.
- Los pueblos indígenas tienen derecho al reparto de los beneficios económicos por la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, los cuales deben estar incluidos en cada proyecto de inversión.
- El Estado tiene la obligación de garantizar el cumplimiento de los estudios de impacto ambiental y social, siendo que no va expedir ninguna concesión dentro del territorio de los pueblos indígenas hasta que no se realicen tales estudios y se determine la afectación de los proyectos.
- El límite de una medida a emitir es la subsistencia de la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 022-2009-PI/TC, se han obtenido los siguientes datos:

- Reitera el reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT, junto con su interpretación normativa e interpretativa, y tiene aplicación inmediata aun cuando no este reglamentada.
- Reconoce el carácter vinculante del Convenio 169 de la OIT y cualquier norma que contradiga debe ser inaplicable.
- Desarrolla los principios de la Consulta Previa, siendo la protección de los pueblos indígenas, el principio de dialogo intercultural, el principio de buena fe, el principio de flexibilidad, principio de transparencia, el principio de alcanzar un acuerdo.
- Determina el contenido constitucional del derecho a la consulta previa siendo: el acceso a la Consulta Previa, el respeto al desarrollo y características de la consulta previa y garantizar el cumplimiento de los acuerdos arribados.
- Reconoce el derecho de compartir los beneficios económicos derivados de las actividades consultadas.
- Determina que los derechos constitucionales son vinculantes aun cuando no hayan sido desarrollados normativamente.

3.3. *Respecto del TERCER objetivo específico:*

Analizar en el Derecho Comparado entre Perú y Colombia, la implementación de cada Estado sobre el Derecho a la Consulta Previa para establecer criterios positivos que debe adoptar nuestra legislación. Se han obtenido los datos mediante la aplicación del instrumento ANÁLISIS DE DOCUMENTOS, siendo un apartado de la Guía de Interpretación de la Ley 29785 de Ruiz (2012), obteniéndose los siguientes resultados:

DERECHO COMPARADO	
COLOMBIA	PERÚ
<ul style="list-style-type: none">• En Colombia existe una comisión que tiene como función desarrollar y fiscalizar el proceso de consulta.• En Colombia no existe ningún plazo sino se busca el consentimiento de los pueblos en consulta.• No se admiten posturas adversarias o de confrontación durante la consulta.• No se admite una similitud con un procedimiento y sino como un espacio de interculturalidad.• Los beneficios extractivos de los que son sometidos a consulta son compartidos de manera equitativa, si se trata de medidas administrativas con fines lucrativas.	<ul style="list-style-type: none">• Perú no existe ninguna institución encargada de fiscalizar el cumplimiento de los acuerdos arribados• En el reglamento de la consulta se establece el plazo de 120 días.• Existe una poca aplicación de casos de consulta previa y en diversas ocasiones el Estado es percibido como enemigo de los pueblos indígenas por que se desarrollan posturas contrarias a ellos.• El proceso de consulta en el Perú tiene rasgos similitud de un procedimiento administrativo.• No se comparten beneficios económicos de las actividades extractivas consultadas.

III. DISCUSIÓN

La cultura de cada pueblo nos hace identificarnos con nuestras raíces y saber sobre nuestros orígenes, siendo así, debemos de valorar y proteger a nuestros pueblos indígenas, los conservadores de nuestra identidad étnica y cultural. Teniendo en cuenta lo antes mencionado en este capítulo recae la parte muy importante del trabajo de investigación, exponiendo a continuación la discusión de resultados siguientes:

Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios – Ley 29785, deviene en diversos vacíos legales lo cual genera muchos problemas en su aplicación, se ha realizado sin respetar los criterios de los instrumentos internacionales y en el Perú su aplicación es procedimental pero ficticia, demostrándose en los conflictos sociales, el presente resultado obtenido guarda relación con el trabajo de investigación de Risco (2013) al señalar que el derecho a la consulta previa es un mecanismo fundamental para proteger los derechos fundamentales pero por la inadecuada implementación en nuestro país, no funciona correctamente. Así también, Ruiz (2012) refiere que este derecho fundamental tiene su origen en el Convenio 169 de la OIT, constituyendo en una norma internacional que reconoce a los pueblos indígenas, pero en nuestro país la legislación especial no se ha implementado de manera correcta, si bien es cierto es un proceso, no una charla informativa o audiencia pública, lo cual con los decretos en materia de minería se ha desnaturalizando su esencia, y como consecuencia generar conflictos sociales porque se aprovechan de vacíos legales y dejan de proteger los derechos de los pueblos indígenas; guardando relación directa con el presente resultado.

Su ineficacia de la consulta previa implementado mediante La Ley 29785 es muy evidente en la poca aplicación de procesos de consulta siendo que desde el 2013 hasta la actualidad se han consultado 34 casos de los cuales 10 son de este año. Este resultado tiene relación con lo que sostiene Angles (2016), al señalar que existen muchos proyectos de inversión, de diferentes naturaleza o actividad de explotación de los recursos naturales, pero la gran cantidad no han sido consultados, debido a que la legislación no cuenta con

una institución fiscalizadora y además aprovechan los vacíos legales y deficiencias de la ley, en tal sentido no se da una correcta aplicación. Cabe señalar que su escasa aplicación del proceso de consulta en diversas ocasiones se realiza con la intención de favorecer a empresas privadas, con ello marcadas por una gran ola de corrupción, sin valorar la diversidad cultural. (Ruiz, 2012).

En la regulación del Derecho a la Consulta Previa en nuestro país, mediante la legislación especial Ley 29785, se demuestra su omisión de diversos criterios y disposiciones internacionales que tienen rango constitucional en nuestro país, siendo así; en el artículo 2° de La Ley 29785, se ha restringido o limitado la aplicación del derecho a la Consulta Previa sólo a los derechos colectivos, sin protección a los demás derechos de los pueblos indígenas. Por lo que este resultado guarda relación con lo señalado por Ruiz (2011), al referir que limita la posibilidad de consultar la afectación de derechos individuales a los miembros de los pueblos indígenas, siendo que estos son ejercidos de manera masiva, lo cual se ven afectados en diversas actividades. Así mismo, éste artículo no guarda relación con el Convenio 169 de la OIT, dado que este sólo refiere en su Artículo 6° que son consultados cuando afecten derechos, pero es preciso mencionar que Souza (2015), señala que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos e individuales y uno de ellos es el derecho cultural a la autodeterminación, a la dignidad, los cuales en su protección garantizan la autonomía y diversidad cultural. Siendo así, los derechos fundamentales requieren de una protección muy especial desde un aspecto particular y colectivo a cada caso en concreto. (Alexy, 1993), esto guardando relación con el resultado obtenido.

Respecto al Artículo 4° de La Ley 29785, ha regulado los principios que no se adecuan a los establecidos por el Tribunal Constitucional, siendo limitados y confusos. Por lo que tiene relación con lo sostenido por Ruiz (2012), al señalar que el TC ha establecido los principios no sólo de la consulta sino de los pueblos indígenas, los cuales son esenciales para una correcta interpretación; el Principio de Buena Fe, este conforma la esencia de la consulta, la ley señala

que se desarrolle en un clima de respeto mutuo, confianza, colaboración, prohibiéndose todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas, pero éste debió realizarse cumpliendo lo dispuesto por el TC que está mejor definido y permite una mejor interpretación para su respeto, lo cual determina que este principio permite evitar actitudes o conductas que pretendan evadir lo acordado o interferir en el desarrollo de la consulta mediante la cooperación a la otra parte, y debe estar desde la determinación de la afectación, desarrollo e implementación de la medida consultada, siendo una clara evidencia de la omisión y desacato del carácter vinculante de los pronunciamientos del TC, así mismo respecto del Principio de Plazo Razonable, el cual mediante el artículo 24° del Reglamento D.S. 001-2012-MC, vulnera este principio en el aspecto que limita el desarrollo en un plazo de 120 días, al respecto Guevara (2011) señala que en nuestro país la diversidad de culturas hace que se tenga que respetar la coexistencia e interacción de los pueblos dentro de cada territorio. Su aplicación debe ser en conjunto con el principio de flexibilidad teniendo en cuenta las circunstancias de cada lugar. Así mismo Ruiz (2012), indica que se debe observar de acuerdo al artículo 19.1 del mismo reglamento que establece aplicar de acuerdo a la elasticidad de caso en concreto. Por lo que al interpretar tales artículos nos damos cuenta que existe una contradicción entre el 19.1 y el 24 del reglamento y así, una vulneración del principio del plazo razonable, lo cual termina por desnaturalizar el proceso de consulta, por el estrecho y limitado plazo, así mismo omite el pronunciamiento del TC al señalar el plazo debe ser el adecuado permitiéndoles a los pueblos indígenas a tomar una libre decisión. Lo cual no se cumple y más aún el Artículo 14° de La Ley 29785, no precisa que se entienda con dialogo intercultural, para un buen desarrollo del proceso de consulta, siendo un criterio muy importante lo cual es preocupante al igual que el plazo razonable, debido a que los operadores jurídicos van a tener confusiones en su aplicación, más de las que existen. Además a ello sólo se han regulado sólo 07 principios y no el de transparencia, inclusión y protección de los derechos para garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas establecidos por el TC., con ello podemos decir que los datos obtenidos guardan relación con el marco teórico.

Así mismo mediante el artículo 7° de La Ley 29785, establece los criterios para identificar a los pueblos indígenas, desnaturalizando los prescritos por el Convenio 169 de la OIT en el Artículo 1° ampliando de manera inapropiada, este resultado guarda relación con lo que sostiene Angles (2016), al señalar que los criterios regulados a) la descendencia directa de las poblaciones originarias, b) estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que ocupan, c) instituciones sociales y costumbre propias, d) patrones culturales y modos de vida a los distintos a los de otros sectores; estos han desnaturalizado los criterios al ampliar de manera inadecuada y preocupante, lo cual es más limitado la identificación. Por lo que esta ley regula más criterios de los que el Convenio 169 OIT señala, resultando preocupando el significado del término de descendencia directa, lo cual no está reconocido en el Convenio 169 de la OIT, así mismo es de mucha preocupación porque al realizar una interpretación exige que esto estén mantenidos intactos lo cual es totalmente imposible dado que estos con el tiempo se evolucionan, interactúan y dialogan. Así mismo lo más correcto era de respetar los correctos establecidos en el Convenio 169 de la OIT, y bien los del inciso b, c y d, pueden estar en uno sólo. (Ruiz, 2012)

Ya en el artículo 15 de La Ley 29785, siendo muy importante y si se quiere decir es el núcleo de la consulta previa, no se ha reconocido el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas regulado en el Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, omisión evidente de desacato a una norma con rango constitucional en nuestro país. Este resultado tiene relación con lo que sostiene Ruiz (2011) el cual refiere que pese a la fuerza vinculante de la Sentencia de la CIDH Caso Saramaka vs. Suriname, y el Convenio 169, la Ley 29785 no se ha pronunciado sobre criterios fundamentales como el derecho al libre consentimiento. Siendo así la Ley 29785, guarda silencio sobre el derecho al consentimiento libre, previo e informado y es muy lamentable porque con ello se permite el desplazamiento de un lugar esto cuando se manipulen sustancias tóxicas, entendida por proyectos de gran impacto. Angles (2016) señala que de acuerdo al contenido constitucional sobre el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, es

muy importante respetar el consentimiento que sería la libre determinación y no basta que sólo el Estado tenga la última decisión en los casos cuando no existe acuerdo mutuo, mucho más aún si durante el desarrollo del proceso están en una situación de asimetría de poder con los pueblos indígenas. Por lo que para una correcta solución se debe tener en cuenta diversos criterios en protección de la subsistencia de los pueblos indígenas ello mediante el principio de ponderación. (Alexy, 1993). Así también, éste es la parte donde va permitir evitar los conflictos sociales, culturales o ambientales, porque va decidir sobre una controversia para garantizar derechos de los pueblos indígenas; y teniendo en cuenta la vinculación con el trabajo Hillon (2014) señala que si no se aplica correctamente se transforma en una figura conflictiva y de disputa de diversos bienes jurídicos.

Un aspecto muy importante de prestar atención es el artículo 19° de La Ley 29785, respecto del Órgano Técnico Especializado, es decir el Viceministro de Interculturalidad, debido a que tiene facultad de actuar como juez y parte en los reclamos de los procesos de consulta. Este resultado guarda relación con lo que señala Ruiz (2012), al señalar que no se puede cumplir ambas funciones siendo que el artículo 19 inciso d) le faculta para que actué de oficio o a pedido de parte emitir opinión sobre los recursos naturales que solicitan la consulta previa, y del mismo modo establece que el artículo 9° 3er párrafo faculta para que resuelvan en segunda instancia administrativa los recurso de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas en los casos en los que las instituciones denieguen la consulta en primera instancia.

Así mismo, respecto a la facultad protectora que tiene el Viceministerio de Interculturalidad a los pueblos indígenas es muy deficiente y defectuosa su labor que desempeña, debido a que entre las diferentes funciones delegadas en el Artículo 19 de la ley analizada, es solicitar la aplicación de consulta, resolver dudas del proceso, brindar asesoramiento. Pero es la primera institución en solicitar que NO SE CONSULTE A LA COMUNIDAD CAMPESINA LA ARBOLEDA de Puno, respeto de una concesión minera, señalando que se va desnaturalizar la consulta previa mediante el Oficio N°

443-2017-SGI/MC, del 13 de julio del 2017. Servindi (2017) La comunidad Campesina la Arboleda es un pueblo indígena de Quechuas y Aymara, goza de un acervo cultural arqueológico como las Chullpas de Sillustani, siendo un patrimonio cultural de la nación, que identifica a toda la comunidad indígena. Cabe precisar que este pronunciamiento del Viceministerio de Interculturalidad se da en solicitud al TC que no consulte, debido que la comunidad se encuentra en un proceso constitucional al no ser consultados ante el otorgamiento de una concesión minera.

Pero lo más sorprendente es la Segunda Disposición Complementaria Final de La Ley 29785, la cual deviene en inconstitucional, porque permite que sigan en vigencia las medidas legislativas y administrativas que no han sido consultadas previamente, así mismo; la vigencia del D.S 028-2008-EM y DS. 012-2008-EM, lo cual estos desvirtúan la Consulta Previa, así mismo el artículo 3.I) y 6 del Reglamento D.S. 001-2012-MC, los cuales vulneran el Principio de la Oportunidad de la consulta previa, al señalar que se hará antes de la exploración y no antes de la concesión como es la correcta, por lo que este resultado guarda relación con lo sostenido con Ruiz (2011), al señalar que es muy preocupante debido a que tales decretos en primer lugar desnaturalizan el derecho a la consulta, en segundo lugar deja en vigencia a las medidas legislativas y administrativas inconsultas posteriores a la entrada en vigencia de esta ley, si bien es cierto está prohibido la retroactividad pero en el presente caso no se da debido a que está vigente desde 1995 y los derechos constitucionales son de aplicación inmediata. Por lo que esto deviene en inconstitucional siendo que pone en vigencia a normas incompatibles con el derecho fundamental a la consulta previa, al señalar que no deroga ni modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana, siendo D.S 028-2008-EM y DS. 012-2008-EM, las que facultan la participación ciudadana en sector minero e hidrocarburos. Su evidencia de incompatibilidad con el Convenio 169 de la OIT, está en la desnaturalización de la finalidad de la consulta, la oportunidad y la reducción a simples talleres informativos, así mismo que estos se realicen no antes de otorgar la concesión, sino antes de la exploración.

Y respecto a los casos del Lote 192, no se garantizó la participación de los pueblos indígenas, se debe al procedimiento regulado que no establece una participación adecuada y una falta de Institución encargada de llevar a cabo un proceso, obligando a las habitantes de los pueblos indígenas a tener que realizar movilizaciones y paralizaciones de actividades de explotación de sus recursos naturales. Sanborn et al. (2016) señala que existió una falta de información en el proceso de consulta del lote 192 y no respetaron las necesidades que requirieron. Así mismo, el Caso de San Juan Bautista de Cañaris de Lambayeque, la omisión de ser consultados obligó a los pueblos indígenas a realizar su propia consulta. Vigo (2014) señala que la segunda consulta popular fue desfavorable a la empresa, como consecuencia de ello ante la solicitud de la intervención de MINEM favoreciendo al particular generó un gran conflicto. Este resultado guarda relación con lo que sostiene Hillon (2014) al señalar la consulta previa es fundamental para la solución de conflictos pero aplicado correctamente y si no se hace ocasiona más conflictos. Por lo que siempre hay que tener en cuenta el aspecto cultural y riquezas de cada lugar que permiten una identidad, no sólo analizado en particular sino en cada agrupación. (Khan, 2002).

Así mismo la Ley 29785, no respeta los criterios de la CIDH y el TC siendo la aplicación de la consulta previa, libre e informada, la prohibición de otorgar concesiones o dictar otras medidas que afecten derechos de los pueblos indígenas antes de ser consultadas a su ejecución, así mismo el reconocimiento del derecho al pago de una indemnización justa por la explotación de los recursos naturales. Angles (2014) les corresponde el pago del derecho de compartir beneficios por las actividades extractivas y de explotación de recursos naturales. Ello se evidencia en el artículo 15 y la Décima Disposición Complementaria del reglamento.

Por lo que este resultado guarda relación con lo que señala Khan (2002) al referirse de acuerdo a la diversidad de cultura, brinda a cada integrante beneficiarse de sus riquezas que protege. Y también con el trabajo de Mazariegos (2014) al señalar que siendo un universo de pluralidad hace que se conserve la identidad cultural por lo cual la riquezas verdes que protegen deben ser compensadas si se llegan afectar.

IV. CONCLUSIONES:

- La consulta previa en nuestro Estado peruano implementada mediante la Ley 29785, se evidencia y demuestra su ineficacia mediante la omisión e incumplimiento criterios vinculantes establecidos mediante el Convenio 169 de la OIT y la CIDH, los mismos que tienen rango constitucional en nuestro país, al no reconocer el consentimiento libre, previo e informado, brindando la facultad de decidir libremente, el derecho a gozar de indemnizaciones, beneficios por los daños y actividades de explotación de los recursos naturales; desnaturalizar los criterios de identificación a los pueblos indígenas, dejar en vigencia a medidas inconsultas, la cual ello genera una sanción internacional para el Perú.
- La Consulta Previa, es una herramienta para asegurar la protección y respeto de otros derechos implícitos e intangibles de los pueblos indígenas, entre ellos a la vida, la salud, la dignidad, acceso a los recursos naturales que permitan su subsistencia, a la identidad étnica y cultural, a un medio ambiente adecuado y equilibrado, a estudio de impacto ambiental, propiedad comunal, al libre desarrollo y bienestar, lo cual en nuestro país no se garantiza la protección, debido a su deficiente regulación e ineficacia en nuestro país, con ello su afectación al derecho a la libertad, participación , libre determinación.
- Los pueblos indígenas no gozan del Derecho al Veto, entendido como la capacidad para impedir las medidas que se lleven a cabo, debido a la garantía del Estado de la protección de los derechos en un Estado unitario, pero ante la emisión de medidas que afecten derechos el límite desarrollado por la CIDH es la protección de los recurso naturales cuando exista una amenaza de poner en peligro la subsistencia, costumbres y tradiciones.
- La reducida aplicación del proceso de consulta a 4 años de vigencia en nuestro país se debe a la desnaturalización de este derecho mediante la Segunda Disposición Complementaria Final, la cual beneficia a las empresas privadas en materia de minería e hidrocarburos a no consultar, sino realizar charlas y audiencias informativas, con ello generar participación, lo cual no es la finalidad del derecho a la consulta.

- El Órgano Técnico Especializado del Ministerio de Cultura con facultad para proteger los derechos de los pueblos indígenas y supervisar el proceso de consulta es la primera institución en vulnerar el Derecho a la Consulta Previa en solicitar que no se consulte a la Comunidad Indígena de Arboleda una medida administrativa en sector minero, demostrando ineficacia y deficiencia en sus funciones delegadas en La Ley 29785.
- En el proceso de Consulta del Lote 192, se demostró su ineficacia de la Ley 29785 al no permitir la participación adecuada de los representantes de los pueblos indígenas y en efecto realizar una movilización y paralización de actividades. En el caso de Cañaris al no someter a Consulta Previa un proyecto otorgado en el año 2001, solicitado en el 2012 con la vigencia de la Ley de Consulta Previa, generando un conflicto social en Lambayeque.

V. RECOMENDACIONES

- Se debe modificar la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Ley 29785 y de igual manera su Reglamento D.S. 001-2012-MC, de acuerdo a los criterios establecidos en las normas internacionales que han dado origen a su implementación, de igual manera garantizando la protección de los derechos fundamentales implícitos y en atención a los vacíos antes mencionados.
- Crear una institución encargada de desarrollar el proceso de Consulta y fiscalizar el cumplimiento de los acuerdos arribados, con función única y no otorgar facultades a instituciones de diferentes sectores, conllevando a una aplicación diversa y errada de la Consulta Previa.
- Se debe establecer como solución a los casos cuando no llegan a un acuerdo entre el Estado y los Pueblos Indígenas, una nueva consulta teniendo en cuenta los aspectos a mejorar de cada parte.

VI. REFERENCIAS:

- Angles, G. (2016). *El Contenido Constitucional del Derecho a la Consulta Previa*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoconstitucionalperu/2015/05/21/el-contenido-constitucional-del-derecho-a-la-consulta-previa/>
- Angles, G. (2014). *Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio*. (Tesis de Magister). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Alvarado, P. (2016). El libre desarrollo de la personalidad, análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España. Recuperado de: <http://publicaciones.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/271/266>
- Comisión Especializada en Asuntos de Convenios y Recomendaciones. (2009), *Observación Individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989 N° 169*.
- Duran, H. (2011). *Derechos De Consulta, Derechos Colectivos Y Culturales, Una aproximación conceptual*. (1ra Ed.). Lima: Universidad de San Martín de Porres.
- Figaglio, G. (2005), *La Constitución Comentada Tomo I*. (1era Ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Flores, A (1988), *Comunidades Campesinas, cambios y permanencias*. (2da. Ed.). Lima.
- Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinación Nacional de Derechos Humanos. (2012), *Análisis crítico de la Consulta previa en el Perú – Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley y del reglamento*. (1era. Ed.). Lima: Realidades.
- Hillón, T. (2014). *La Consulta Previa en la solución de conflictos socio-ambientales*. Artículo científico publicado en la Universidad de EAFIT de Medellín.
- Mazariegos, M. (2014), *Derecho a la consulta y disenso, por el uso contrahegemónico del derecho*. (Tesis de doctor). Universidad Carlos III Madrid España. Madrid, España.

- Risco, D. (2013), *El derecho de Consulta Previa de los pueblos indígenas frente a la protección de sus recursos naturales*. (Título de Licenciado). Universidad Cesar Vallejo. Trujillo, Perú.
- Rosas, J. (2015). *El Derecho Constitucional Y Procesal Constitucional En Sus Conceptos Claves, Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. (1ra. Ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ruiz, J. (2011). *Guía De Interpretación De La Ley De La Consulta Previa De Los Pueblos Indígenas (Ley 29785). Análisis, comentarios y concordancias*. (1ra.Ed.) Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Ruiz, J. (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas En El Perú. Análisis y Comentarios de cada artículo de La Ley De Consulta Previa y su Reglamento*. (1ra.Ed.) Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Ruiz, J. (2012). *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú, Compendio de legislación y jurisprudencia*. (1era Ed.). Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Ruiz, J. (2011). *La Implementación del Derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas, una mirada constitucional*. (1era Ed.). Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Rubio, M., Eguiguren, F., y Bernales, E. (2011). *Los Derechos Fundamentales En La jurisprudencia Del Tribunal Constitucional. Análisis De Los Artículos 1, 2 Y 3 De La Constitución*. (1ra.Ed.) Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sanborn, C., Hurtado, V. y Ramírez, T. (2016). *La Consulta Previa en el Perú*. (1ra. Ed.). Lima: Universidad del Pacífico.
- Souza, R. (2015), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y el derecho cultural a la autodeterminación: desde el derecho internacional al Constitucionalismo Latinoamericano*. Artículo científico publicado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Vargas, K. (2016). *La implementación del Derecho a la Consulta Previa en el Perú. Aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas*. (1ra. Ed.). Lima: Cooperación Alemana.
- Vigo, A. (2014). *El Enlace Comunitario – Minería, Conflictos Y Desarrollo*. (1ra Ed.). Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.

- Villalobos, K. (2012) *El derecho humano al libre desarrollo de personalidad*. (Tesis para licenciado). Universidad de Costa Rica Sede de Occidente. San Ramón, Costa Rica.
- Servindi. (2017). El colmo cultura pide rechazar pedido comunal de consulta previa. Informe del 24 de noviembre del 2017. Recuperado de: <https://www.servindi.org/actualidad-noticias/24/11/2017/mincu-pide-tc-rechazar-demanda-de-comunidad-que-exige-consulta-previa>
- Sevillano, M. (2010). El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú – Últimos avances. Programa social indígena en el marco del desarrollo de la Mesa 3 sobre la consulta a los pueblos indígenas. (1ra. Ed.). Lima: Derecho Ambiente y Recursos Naturales.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

“La Ineficacia de la Consulta Previa para garantizar la protección del Derecho Al Libre Desarrollo y Bienestar de los Pueblos Indígenas en el Perú”

AUTOR: AVALOS ACOSTA, Jesús

AÑO: 2017

MATRIZ DE CONSISTENCIA	
PROBLEMA	¿Por qué la Consulta Previa es ineficaz y no garantiza la protección del Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar de los Pueblos Indígenas en el Perú?
HIPÓTESIS	La Consulta Previa es ineficaz en el Perú, porque no se ha implementado respetando los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT, la CIDH y el TC del Perú, estableciendo una participación inadecuada de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, no reconocer su derecho al consentimiento, a las indemnizaciones, facultar la actuación parcial de la institución protectora de los pueblos indígenas y no garantiza la protección del Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar de los Pueblos Indígenas en el Perú.
OBJETIVO GENERAL	Demostrar que la Consulta Previa es ineficaz y no garantiza la protección del Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar de los Pueblos Indígenas en el Perú.
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	<ul style="list-style-type: none">• Analizar la Ley de Consulta Previa-Ley 29785 y su Reglamento DS.001-2012-MC, el proceso de consulta del Lote 192 y caso Cañaris, para identificar la ineficacia y vulneración del derecho al libre desarrollo y bienestar de los pueblos indígenas.• Analizar los criterios establecidos en la jurisprudencia vinculante de la CIDH y el TC del Perú sobre el derecho a la Consulta Previa, para determinar si estos se cumplen en nuestro país.• Analizar en el Derecho Comparado entre Perú y Colombia, la implementación de cada Estado sobre el Derecho a la Consulta Previa para establecer criterios positivos que debe adoptar nuestra legislación.
DISEÑO DE ESTUDIO	La presente investigación es CUALITATIVA – APLICADA.
VARIABLES	VI – La Consulta Previa. VD – Derecho al Libre desarrollo y bienestar.

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variables	Definición Conceptual	Definición Operacional	Dimensiones	Indicadores
<p>Independiente: La Consulta Previa a los pueblos indígenas.</p>	<p>Es el derecho que tienen las comunidades indígenas a ser consultados previamente como un mecanismo de efectivizar el derecho de la comunidad en la adopción de decisiones que les puedan afectarlos. (Rosas, 2015)</p>	<p>Para desarrollar esta variable se va realizar mediante un análisis de La Ley de Consulta Previa, derecho comparado y jurisprudencia del TC y de la CIDH.</p>	<p style="text-align: center;">EFICACIA</p>	<p>Verificación del cumplimiento de la legislación mediante entrevista con expertos y análisis de casos.</p> <p style="text-align: center;">SI SE CUMPLIÓ</p>
<p>Dependiente: Derecho al Libre desarrollo y bienestar.</p>	<p>Según Rubio (2011). Significa el desarrollo de la persona como ser humano con todos sus potenciales indispensables y la satisfacción las necesidades a lo largo de la vida hasta alcanzar un nivel adecuado.</p>	<p>Este derecho fundamental permite el desarrollo de los pueblos indígenas, por lo que se va tratar mediante jurisprudencia nacional e internacional.</p>	<p style="text-align: center;">EFICACIA</p>	<p>Verificación de su cumplimiento en el país análisis de casos y jurisprudencia emitidos por el TC y la CIDH.</p> <p style="text-align: center;">SI SE CUMPLIÓ</p>

GUÍA DE ENTREVISTA

DATOS DEL ENTREVISTADO:

- **NOMBRE:**
- **PROFESIÓN:**
- **ÁREA DE TRABAJO:**
- **LUGAR Y FECHA:**

I. PRESENTACIÓN: La presente técnica de recolección de datos tiene por finalidad recabar información para el trabajo de investigación “La Ineficacia de la consulta Previa para garantizar la protección del Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar de Los Pueblos Indígenas en el Perú”.

II. INSTRUCCIONES: Se realizará basado en interrogantes abiertas, las mismas que el entrevistado tiene toda la libertad de desarrollar en base a su experiencia y opinión.

III. INTERROGANTES:

1. ¿Qué son los Pueblos Indígenas y qué representan en nuestra sociedad, una mirada desde su riqueza, cultura, valores, etc.?
2. ¿Qué es la Consulta Previa y cómo se aplica y desarrolla en nuestro país?
3. ¿La Consulta Previa garantiza la protección de los derechos fundamentales entre ellos Derecho al Libre desarrollo y Bienestar de los pueblos Indígenas?
4. ¿Ud. Considera que la Consulta Previa en nuestro país es ineficaz, teniendo en cuenta su implementación en la Ley 29785 y los criterios establecidos por el Convenio 169 de la OIT y la C.I.D.H?
5. Desde su punto de vista, ¿Qué solución plantearía para mejorar la consulta previa y evitar los conflictos socio-ambientales, teniendo en

cuenta los criterios establecidos por el T.C., la C.I.D.H y Derecho Comparado?

- IV. **CIERRE:** La información proporcionada servirá para sustentar el trabajo de investigación. Agradeciendo su gentil colaboración.

GUÍA DE ANÁLISIS DE DOCUMENTOS

- I. **PRESENTACIÓN:** La presente técnica de recolección de datos tiene por finalidad recabar información para el trabajo de investigación “La Ineficacia de la consulta Previa para garantizar la protección del Derecho al Libre Desarrollo y Bienestar de Los Pueblos Indígenas en el Perú”.
- II. **INSTRUCCIONES:** El análisis de los documentos se realizará mediante la los criterios de interpretación y contraste con la realidad y de acuerdo a la investigación.
- III. **PROCEDIMIENTO:** Se van a desarrollar de acuerdo al área problemática, delimitación de impactos, apreciación crítica y finalmente realizar la propuesta argumentativa.
- IV. **DOCUMENTOS:**
- Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-Ley 29785.
 - Reglamento de la Ley de consulta previa (D.S. N° 001-2012-MC).
 - ANGLES YANQUI, Gerard Henry. (2016) “El contenido constitucional del Derecho a la Consulta Previa.”, artículo de opinión.
 - Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinación Nacional de Derechos Humanos. (2012), *Análisis crítico de la Consulta previa en el Perú – Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley y del reglamento.*

V. **CIERRE:** El análisis de los documentos servirá para obtener resultados para el presente trabajo de investigación. Agradeciendo su gentil colaboración.