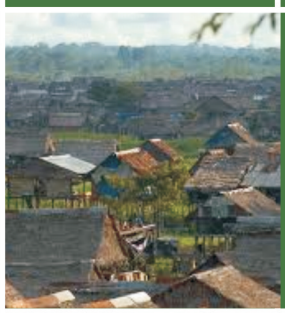
La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú

Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento



Juan Carlos Ruiz Molleda

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL

Fundación Hanns Seidel

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

Juan Carlos Ruiz Molleda

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

© Instituto de Defensa Legal:
Área de Pueblos Indígenas

Edición y elaboración de contenidos: Juan Carlos Ruiz Molleda

Instituto de Defensa Legal
Avenida Del Parque Norte Nº 829
Urb. Córpac, San Isidro, Lima
T. (511) 617 5700
www.idl.org.pe
www.justiciaviva.org.pe
www.justiciaenlosandes.org

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional de Perú N° 2012-16776
Lima, noviembre de 2012
Primera edición: 500 ejemplares.

Carátula, corrección, diagramación e impresión: Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.
Américo Vespucio 110 COVIMA La Molina
Telf.: 349 6636
info@roblerojo.com
www.roblerojo.com

La publicación de este volumen se realiza gracias al apoyo de la Fundación Hanns Seidel, la cual no necesariamente comparte los criterios aquí expuestos.

A mi mamá Irma

«Una democracia representativa decente no puede convivir con la exclusión sistemática de ciertas voces, y mucho menos con la marginación de ciertas voces que tienen mensajes muy importantes para trasmitir. Cuando ello ocurre, el sistema institucional pleno comienza a viciarse, y las decisiones que se adoptan pierden –cada vez más- imparcialidad y, por lo tanto, respetabilidad […] Lo que se exige, más bien, es un cambio de perspectiva capaz de obligarnos a leer los principales conflictos sociales a los que nos enfrentamos de otro modo, esto es, menos como una nueva afrenta de un grupo de aprovechadores, y más como la respuesta angustiosa de grupos que, sistemáticamente, no encuentran salida a sus problemas ni respuesta para sus reclamos. En definitiva, debemos empezar a reconocer que forma parte del propio deber cívico de los excluidos el de extremar sus esfuerzos para tornar reconocibles sus demandas, y evitar que el poder político siga decidiendo de un modo parcial, miope. Al mismo tiempo, forma parte del deber cívico de los funcionarios públicos el reconocer estas circunstancias, y extremar sus esfuerzos para resolverlas, cualquiera sea la posición de poder que ocupen, y cualquiera que sea la postura teórica que en definitiva defiendan»

Roberto Gargarella

ÍNDICE

Presentación 15

Capítulo 1 19
Estudio introductorio sobre el derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas

1. ¿Cómo se precisa el "contenido constitucional protegido" de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT? 19
2. Reconocimiento del derecho a la consulta por el Convenio 169 de la OIT 21
3. El Convenio 169 de la OIT es vinculante desde febrero del año 1995 en el Perú 22
4. El derecho a la consulta previa tiene rango constitucional 22
5. La fuerza normativa de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas 25
6. El contenido constitucional del Derecho a la Consulta ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional 26
7. Los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y son límites de la facultad legislativa del Congreso y reglamentaria del Poder Ejecutivo 27
8. Reglas jurídicas vinculantes del derecho a la consulta expedidas por el Tribunal Constitucional Peruano 29
9. Reglas jurídicas vinculantes del derecho a la consulta expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos 31
   - Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam 31
   - Caso del Pueblo Sarayacu vs Ecuador 33
10. La obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas 37
11. El carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional y el rango constitucional del desarrollo del contenido del derecho de consulta 44
12. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también vincula a todos los funcionarios y poderes públicos 47
13. Reglas jurídicas vinculantes del derecho a la consulta expedidas por la Corte Constitucional de Colombia 49
14. ¿Pueden las normas legales y reglamentarias ser interpretadas de espaldas a las normas constitucionales? 53

15. La obligación del Estado de remover obstáculos que impiden la vigencia de los derechos constitucionales 55
16. ¿Debe el TC resolver los casos tomando únicamente en cuenta las consecuencias de sus decisiones? 56
17. La necesidad pública vs los derechos de los pueblos indígenas 60
18. La necesidad de adecuar y compatibilizar el ordenamiento jurídico nacional al Convenio 169 de la OIT y a su desarrollo jurisprudencial por el TC y la Corte IDH 63
19. ¿Cómo sacarle la vuelta al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas? ¿El derecho civil vs el derecho constitucional? 64
20. ¿Son válidas las compras que las empresas mineras hacen de las tierras de comunidades campesinas a precios ínfimos? 69

Capítulo 2 75
Comentarios a la Ley Nº 29785 que desarrolla el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas

1. Objeto de la ley (artículo 1) 75
2. Derecho a la consulta (artículo 2) 85
3. Finalidad de la consulta (artículo 3) 95
4. Principios (artículo 4) 101
    a. Oportunidad 103
    b. Interculturalidad 109
    c. Buena fe 122
    d. Flexibilidad 128
    e. Plazo razonable 132
    f. Ausencia de coacción o condicionamiento 134
    g. Información oportuna 136
5. Sujetos del derecho a la consulta (Artículo 5) 142
6. Forma de participación de los pueblos indígenas u originarios (Artículo 6) 144
7. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios (Artículo 7) 150
8. Etapas del proceso de consulta (Artículo 8) 163
9. Identificación de medidas objeto de consulta (Artículo 9) 166
10. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados (Artículo 10) 171
11. Publicidad de la medida legislativa o administrativa (Artículo 11) 175
12. Información sobre la medida legislativa o administrativa (Artículo 12) 176

13. Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios (Artículo 13) 181
14. Proceso de diálogo intercultural (Artículo 14) 184
15. Decisión (Artículo 15) 189
16. Idioma (Artículo 16) 210
17. Entidad competente (Artículo 17) 212
18. Recursos para la consulta (Artículo 18) 214
19. Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo (Artículo 19) 215
20. Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios (Artículo 20) 217
21. Primera disposición complementaria final 220
22. Segunda disposición complementaria final 221
23. Tercera disposición complementaria final 231
24. Cuarta disposición complementaria final 231

Capítulo 3 233
Comentarios al Reglamento de la Ley de Consulta
1. Cuestiones previas 233
    a. ¿Cómo analizar la "constitucionalidad" del reglamento? 233
    b. ¿Puede el reglamento ir más allá de la ley? 235
2. Del objeto (Artículo 1) 236
3. Ámbito de aplicación (Artículo 2) 239
4. Definiciones (Artículo 3) 243
5. Contenido de la medida legislativa o administrativa (Artículo 4) 257
6. De la obligación de consultar (Artículo 5) 260
7. Consulta previa y recursos naturales (Artículo 6) 271
8. Sujetos del derecho a la consulta (Artículo 7) 274
9. Identificación de los sujetos del derecho (Artículo 8) 275
10. Derecho de petición (Artículo 9) 275
11. Acreditación de representantes (Artículo 10) 277
12. De la participación de facilitadores, intérpretes y asesores en el proceso de consulta (Artículo 11) 278
13. De la participación de interesados en las medidas administrativas (Artículo 12) 279
14. De la metodología (Artículo 13) 280

15. Inicio del proceso (Artículo 14) 280
16. Reuniones preparatorias (Artículo 15) 280
17. Del Plan de Consulta (Artículo 16) 281
18. Etapa de publicidad de la medida (Artículo 17) 281
19. Etapa de información (Artículo 18) 282
20. Etapa de evaluación interna (Artículo 19) 282
21. Etapa de diálogo (Artículo 20) 290
22. Suspensión y abandono del proceso de diálogo (Artículo 21) 298
23. Acta de consulta (Artículo 22) 299
24. Etapa de decisión (Artículo 23) 300
25. Plazo máximo del proceso de consulta (Artículo 24) 307
26. Informe de consulta (Artículo 25) 308
27. Financiamiento del proceso de consulta (Artículo 26) 309
28. De la consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional (Artículo 27) 310
29. Funciones del Viceministerio de Interculturalidad (Artículo 28) 316
30. Base de Datos Oficial (Artículo 29) 317
31. Deberes del funcionario público en el proceso de consulta (Artículo 30) 318
32. Aplicación del reglamento (Primera disposición complementaria, transitoria y final) 319
33. Seguimiento (Segunda disposición complementaria, transitoria y final) 319
34. Progresividad del Registro de Facilitadores e Intérpretes (Tercera disposición complementaria, transitoria y final) 320
35. Excepción a derecho de tramitación (Cuarta disposición complementaria, transitoria y final) 320
36. Derecho a la participación (Quinta disposición complementaria, transitoria y final) 320
37. Contenidos de los instrumentos del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental (Sexta disposición complementaria, transitoria y final) 320
38. Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas (Sétima disposición complementaria, transitoria y final) 327
39. Aprobación de medidas administrativas con carácter de urgencia (Octava disposición complementaria, transitoria y final) 333
40. Protección de pueblos en aislamiento y en contacto inicial (Novena disposición complementaria, transitoria y final) 334

41. Participación en los beneficios (Décima disposición complementaria, transitoria y final) 336
42. Publicación de la Guía Metodológica (Décimo Primera disposición complementaria, transitoria y final) 338
43. Medidas administrativas complementarias (Décimo Segunda disposición complementaria, transitoria y final) 338
44. Coordinación en procesos de promoción de la inversión privada (Décimo Tercera disposición complementaria, transitoria y final) 339
45. Reinicio de Actividad (Décimo Cuarta disposición complementaria, transitoria y final) 340
46. Educación, Salud y Provisión de Servicios Públicos (Décimo Quinta disposición complementaria, transitoria y final) 340
47. Financiamiento (Décimo Sexta disposición complementaria, transitoria y final) 341

Capítulo 4 343
La pseudo consulta previa: Análisis del Decreto Supremo Nº 028-2008-EM y del Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM
1. ¿Qué entendemos por la pseudo consulta previa? 343
2. Desnaturalización de la finalidad de la consulta 345
3. Solo se admite la consulta previa a partir de la exploración en el caso de la minería y de la negociación en el caso de hidrocarburos 348
4. Reducción de la consulta previa a talleres informativos 351

Anexo 357
- Ley de consulta previa (Ley 29785) 357
- Reglamento de la Ley de consulta previa (D.S. N° 001-2012-MC) 365

PRESENTACIÓN

La aprobación de la ley de consulta y su reglamento, son a la vez punto de llegada y de partida. Son punto de llegada de un proceso y un esfuerzo colectivo por demandar el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, a futuro, la aprobación de las mencionadas normas constituye el punto de partida de un largo proceso de implementación del derecho a la consulta.

En efecto, la obligación estatal de garantizar el derecho a la consulta no se agota con la promulgación de una norma, va mucho más allá. Es ciertamente un paso importante, pero insuficiente. Cada vez que el ordenamiento constitucional reconoce un derecho fundamental, establece tácitamente tres obligaciones al Estado, desarrollar instituciones, procedimientos y asignar presupuesto para la real implementación del derecho reconocido.

A nivel institucional, ya se cuenta con un Ministerio de Cultura, y con un Viceministerio de Interculturalidad, que tienen la titánica responsabilidad de diseñar una institucionalidad idónea y eficaz a favor de la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Ciertamente, estos esfuerzos van más allá del Gobierno central, e involucran a los diferentes niveles de gobierno, y de los otros poderes del Estado.

A nivel procedimental, ya contamos con una ley y con un reglamento que regula los procesos de consulta, fundamentalmente de los actos administrativos del Poder Ejecutivo. Falta desarrollar la consulta de los actos normativos del Congreso, y de los gobiernos sub nacionales (regionales y locales), lo cual pasa indefectiblemente por modificar el Reglamento del Congreso en el primer caso, y por modificar en principio la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades. De igual manera, es necesario regular el proceso de consulta de los actos administrativos de los gobiernos sub nacionales, susceptible de afectar a los pueblos indígenas. Finalmente, tenemos la obligación de asignar presupuesto para la materialización del derecho a la consulta previa, lo cual ha sido de alguna manera reconocido por la ley de consulta y su reglamento.

Es a este proceso hoy en marcha en el Perú, de implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, que quiere aportar y contribuir esta publicación. Ella tiene como finalidad, poner al alcance del lector el análisis de la ley de consulta y su reglamento desde el "cuerpo" de reglas fijadas por el derecho internacional de los

derechos humanos en materia de pueblos indígenas. En efecto, una de las premisas que anima este trabajo, es la conciencia que no basta leer la ley de consulta y su reglamento, sino que estos cuerpos normativos deben ser leídos obligatoriamente, "desde" los estándares internacionales del derecho internacional de los derechos humanos que han desarrollado este derecho, y desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vinculante que ha también precisado el contenido de este derecho.

Nuestra entrada al tema del derecho a la consulta previa, está planteada desde el derecho constitucional y la teoría de los derechos fundamentales, con la finalidad de sustentar la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas antes las autoridades políticas primero, y luego la exigibilidad ante los tribunales, a través del litigio de procesos constitucionales, para incidir en los espacios de producción normativa y para ganar en la interpretación y el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas. Ciertamente, somos conscientes que la mirada jurídica y normativa, y más en concreto la mirada constitucional aquí asumida, no agota ni puede por sí misma explicar el derecho a la consulta. Esa perspectiva aquí desarrollada debe alimentarse de otras disciplinas académicas y enfoques teóricos, que la complementan y enriquecen.

El primer capítulo es introductorio, pues desarrolla algunas premisas que consideramos necesarias para la adecuada comprensión del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, en tanto derecho de rango constitucional. Asimismo, hacemos un rastreo rápido del desarrollo que ha tenido el derecho a la consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional Peruano y de la Corte Constitucional de Colombia.

El segundo capítulo analiza y comenta cada uno de los artículos de la ley de consulta previa de los pueblos indígenas, aprobada mediante Ley N° 29785. Se ha hecho un esfuerzo por precisar los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, así como las referencias normativas y jurisprudenciales que iluminan la interpretación de cada una de las disposiciones de la mencionada ley. En realidad, el capítulo 1 y 2 en su mayor parte fueron trabajados en la *"Guía de interpretación de la Ley de consulta previa de los pueblos indígenas. Análisis, comentarios y concordancias de cada uno de los artículos"*[1] publicación de nuestra autoría. En tal sentido, este libro es un desarrollo y una ampliación de aquella publicación, pues al momento de publicarla el año pasado, aun no se había aprobado y publicado el Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

[1] Puede ser consultado en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo16022012-135533.pdf.

En el tercer capítulo, se analiza y se comenta cada uno de los artículos del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Esta norma es importante, pues permite concretar el derecho a la consulta previa. Por ello resulta indispensable analizar con detenimiento este reglamento desde los estándares internacionales de derecho a la consulta, pues como luego sostendremos, algunas disposiciones de este marco normativo legal y reglamentario, no se ajustan al Convenio 169 de la OIT y a su desarrollo jurisprudencial vinculante.

El cuarto capítulo está dedicado a lo que consideramos la pseudo consulta previa. Esta intenta ser utilizada y aplicada en aquellos actos administrativos en materia de explotación minera y petrolera, susceptible de afectar a los pueblos indígenas, adoptados con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en febrero del año 1995, y con anterioridad a la promulgación de la ley de consulta en setiembre del año 2011. Se analiza en concreto, los decretos supremos que regulan la participación ciudadana en materia de actividades mineras y petroleras, y en qué medida vacían de contenido el derecho a la consulta de manera inconstitucional. En realidad estas normas no son inconstitucionales en sí mismas. Lo que es inconstitucional es aquella interpretación de estas normas, que busca exonerar al Estado de su obligación de realizar el proceso de consulta. Por último, esta publicación tiene como anexos la Ley de Consulta y su Reglamento.

Desde el Instituto de Defensa Legal, estamos convencidos que la agenda de los derechos humanos, pasa hoy por la afirmación y la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, contenidos en diferentes instrumentos de protección internacional de los derechos humanos, firmados y ratificados por el Estado peruano. Asimismo, debemos de decir una vez más, que no nos oponemos en principio a las actividades extractivas. Consideramos que ellas son importantes y deberán ser promovidas, siempre que respeten escrupulosamente los estándares de protección del medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas. Aquí y en todo el mundo, los derechos fundamentales, y entre ellos los derechos de los pueblos indígenas, son criterios de validez material y sustancial, de cualquier acto de ejercicio del poder, sea este administrativo o normativo. Si alguien lo duda basta mirar la ultima parte del artículo 31 de la Constitución, que establece que “Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.”

En otras palabras, las actividades extractivas solo serán admisibles jurídicamente, en la medida en que puedan armonizarse y compatibilizarse con la obligación del Estado y los privados de preservar el medio ambiente adecuado y equilibrado a la vida, y con

los diferentes derechos de los pueblos indígenas, entre los que destacan, los derechos al territorio, al desarrollo, a los recursos naturales, a la integridad cultural y física, a la consulta previa, a la libre determinación, etc., siempre que no pongan en peligro la subsistencia de los pueblos.

Ojalá este libro contribuya a difundir el Derecho a la Consulta y a promover una interpretación más adecuada de este derecho, así como la exigibilidad del mismo, a través de los mecanismos institucionales y democráticos, contemplados en el ordenamiento jurídico. Esa es la motivación central.

Finalmente, queremos agradecer a la Fundación Hanns Seidel, y de manera particular a Henning Senger, responsable de la Oficina de Perú y Ecuador, por el apoyo y respaldo brindado, sin el cual, esta publicación no hubiera sido posible. También quiero agradecer a la gente que en IDL me apoya, especialmente a Graciela Lavado de Administración y a Paulina Quispe, y por supuesto a los compañeros del área de Pueblos Indígenas de IDL. No puedo dejar de mencionar tampoco a las personas con las cuales coordino a nivel nacional, la ejecución del proyecto que financia Hanns Seidel, en especial a Iscra Chávez y a Jesica Valdivia de Aporvidha de Cusco, a Juan Casazola y a Julio Mejia de la Oficina de Derechos Humanos y Medio Ambiente de Puno, a Erika Dávila de la Corte Superior de Justicia de San Martín, y al Instituto Bartolomé de las Casas de Lima. Con todos ellos hemos realizado varias actividades de capacitación y de diálogo en Cusco, Puno, San Martín, Iquitos, Jaén, en todas las cuales el contenido de este libro se ha ido haciendo de a pocos, a partir de las preguntas e inquietudes de los asistentes a los diferentes talleres. A todos ellos infinitas gracias.

Juan Carlos Ruiz Molleda

Capítulo 1

Estudio introductorio sobre el derecho a la consulta previa

Antes de analizar en detalle los derechos de los pueblos indígenas debe comprenderse claramente qué significa que los tratados internacionales de derechos humanos en general y el Convenio 169 de la OIT en particular, tienen rango constitucional, al igual que las normas contenidas en la Constitución Política. Es clave al momento de aplicar el Convenio y la Ley 29785, tener presente la jerarquía y la fuerza normativa de estas normas, así como las herramientas jurídicas necesarias para interpretar las disposiciones que reconocen los derechos de los pueblos indígenas.

1.- ¿Cómo se precisa el "contenido constitucional protegido" de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT?

Como ha precisado el TC y lo reconoce la doctrina ampliamente, debe recurrirse a diferentes fuentes de derecho. Precisa éste que "el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos"[2]. ¿Cuáles son los pasos?

a.- Análisis de la disposición constitucional que reconoce expresamente el derecho. En primer lugar se debe analizar la disposición de la Constitución Política o de una fuente derecho con igual rango constitucional (Convenio 169 de la OIT), que reconoce el derecho con el que vamos a trabajar de manera concreta y específica. Si vamos a trabajar con el derecho a la consulta previa, advertiremos que este no encuentra reconocimiento específico en la Constitución, ni siquiera en las normas que reconocen el derecho a la participación política o a la identidad cultural, razón por la cual debemos ir al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

b.- Análisis de las otras disposiciones que contienen otros bienes jurídicos constitucionales que (de) limitan el derecho. Luego debemos analizar otras disposiciones de la Constitución Política que pueden reconocer derechos, principios o bienes, que

[2] STC N° 4587-2004-AA/TC, f. j. 44.

pueden limitar o delimitar el derecho constitucional con el que estamos trabajando. Por ejemplo, si tendríamos que analizar el derecho de propiedad, deberíamos de analizar por ejemplo que el artículo 71 de la Constitución prohíbe a los extranjeros ser propietarios de 50 Km dentro de las fronteras. Si vamos a trabajar con el derecho de propiedad de las comunidades campesinas, deberíamos de analizar el artículo 66 de la Constitución que establece que el Estado es dueño de los recursos naturales del subsuelo, o quizá el artículo 70 que hace referencia a la expropiación.

c.- Análisis del mismo derecho en los tratados internacionales de derechos humanos. Posteriormente debemos revisar los tratados internacionales de derechos humanos. En el caso de los pueblos indígenas será obligatoria la lectura del Convenio 169 de la OIT. Las normas contenidas en estos tratados vienen a complementar las normas de la Constitución. No debemos de olvidar que los tratados de derechos vienen a complementar la lista de derechos fundamentales.

d.- Análisis del desarrollo jurisprudencial del derecho por tribunales internacionales de derechos humanos. Luego debemos de revisar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es el caso por ejemplo de sentencia recaída en el caso Saramaka o más recientemente la sentencia Sarayacu. En ella existen un conjunto interesante de reglas jurídicas destacadas para los pueblos indígenas, muchas de las cuales no han sido recogidas en el derecho interno o simplemente son desconocidas.

e.- Análisis del derecho en la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional. Éste, al momento de impartir justicia constitucional y resolver los conflictos aplica el derecho constitucional, y al hacerlo se ve urgido precisar y desarrollar el contenido de los derechos fundamentales. No en vano, al ser supremo y definitivo intérprete de la Constitución se le considera un legislador constitucional. Como luego veremos, los pronunciamientos del TC son vinculantes dependiendo de su naturaleza.

f.- **Revisión de la jurisprudencia constitucional comparada.** Los tribunales constitucionales y la Corte Suprema cuando tienen funciones de cortes constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos, no son islas. Muy por el contrario, ellos dialogan, interactúan, se apoyan mutuamente y toman prestado desarrollos jurisprudenciales cuando tienen que enfrentar problemas comunes. Nuestro Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a ello. Hay que integrar todas estas fuentes de derecho, para precisar el contenido. Incluso puede definirse el contenido constitucional de un derecho fundamental en una norma legal.

2. Reconocimiento del derecho a la consulta por el Convenio 169 de la OIT

La norma general que reconoce el derecho a la consulta es el artículo 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT[3]. Esta norma establece las pautas generales y los principios generales de la consulta.

> *"Artículo 6*
> *1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*
> *a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*
> *[…]*
> *2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". (Resaltado nuestro)*
>
> *"Artículo 7*
> *1.- Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente".*
> *"Artículo 15*
> *[…]*
> *2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos*

[3] Organización Internacional del Trabajo. Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Costa Rica, 1989. Fue aprobado e incorporado a la legislación nacional mediante Resolución Legislativa Nº 26253, publicada el 2 de diciembre de 1993.

existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

Dos derechos se desarrollan en el artículo 6 del Convenio, el derecho a la participación, en el numeral 1 letra b y c, y el derecho a la consulta previa, en el numeral 1 letra a y en el numeral 2, en la parte resaltada. La parte referida a la consulta es muy clara, cuando reconoce instituciones y mecanismos de consulta, la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios, la promoción de mecanismos e instituciones de consulta adecuados y exige buena fe y proceder de acuerdo a las circunstancias para lograr el desarrollo a la consulta. No se trata de una formalidad a superar. El objetivo de éste es llegar a un acuerdo, en consecuencia hay que orientar los esfuerzos hacia esa finalidad.

3. El Convenio 169 de la OIT es vinculante desde el año 1995 en el Perú

El Convenio 169 de la OIT es vigente y vinculante desde el mes de febrero del año 1995. Esto lo ha manifestado el TC reiteradas veces. No lo ha dicho en un solo pronunciamiento lo ha dicho en varios (f.j. 11 y 41 de la 00022-2009-PI/TC y f.j. 43 de la 05427-2009-AC/TC). Más recientemente en el fundamento 23 de la sentencia 00025-2009-PI, el TC ha precisado que *"La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa Nº 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento".*

4. El derecho a la consulta previa tiene rango constitucional

Los tratados internacionales de derechos humanos (en adelante TIDH) tienen rango constitucional y son parte del derecho interno. Ello es pertinente señalarlo porque el Convenio 169 de la OIT es TIDH. Si bien la Constitución Política no ha reconocido en forma expresa y literal que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, ello se desprende de una interpretación sistemática[4] de la Consti-

[4] Martín Borowski, La estructura de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, Lima, 2003, pág. 104.

tución, de conformidad con los principios de unidad de la Constitución, y concordancia práctica[5] en consonancia con la jurisprudencia vinculante del TC.

El TC ha precisado que *"habiéndose aprobado el Convenio Nº 169 […] su contenido pasa a ser parte del Derecho Nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes"*. (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f. j. 31)[6].

Ello es posible gracias a las cláusulas de apertura del derecho constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. Tenemos así, el artículo 55 de la Constitución, el cual reconoce de manera general que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del derecho nacional. Es decir, los TIDH son "derecho interno", lo que significa que es derecho directamente aplicable. Luego tenemos el artículo 3 de la Constitución, el mismo que reconoce que serán también derechos fundamentales aquellos que se funden en la dignidad humana, tales como los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Convenio 169 de la OIT. Todos los derechos humanos se desprenden de la dignidad humana. Finalmente, tenemos la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la misma que reconoce que las normas relativas a los derechos y a las libertades reconocidas en la Constitución se interpretan "de conformidad" con los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, con lo cual queda claro, que no tendrá cobertura constitucional una interpretación que no sea conforme con estos instrumentos internacionales de derechos humanos[7].

[5] Cfr. Principio de concordancia práctica (STC exp. Nº 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. b); Principio de corrección funcional
(STC exp. Nº 5854-2005-PA/TC, FJ 12. C); Principio de fuerza normativa de la Constitución (STC exp. Nº 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. E); Principio de función integradora (STC exp. Nº 5854-2005-PA/TC, f.j. 12.d); Principio de unidad de la Constitución (STC exp. Nº 04747-2007-HC/TC, f.j. 5 y STC exp. Nº 5854-2005-PA/TC, f.j. 12. A).

[6] Luego reiterara esto en la STC exp. Nº 00022-2009-PI/TC, f. j. 9.

[7] Ver "Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación", en Actualidad Jurídica, Nº 157, diciembre, 2006, Lima, pp. 161-164.

No obstante ello, además, luego de algunos pronunciamientos equívocos[8], el TC en sostenida y uniforme jurisprudencia[9] ha sostenido que los tratados internacionales de derechos humanos, no solo forman parte del ordenamiento jurídico, sino que tienen rango constitucional[10].

Asimismo, el TC le reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos dos funciones. La primera es la función hermenéutica, en virtud de la cual debe recurrirse a los TIDH[11] al momento de interpretarse los derechos fundamentales para precisarse

---

[8] En la sentencia 0033-2005-PI, f.j. 4.a subsanación, el TC sustentó la tesis de la naturaleza y rango legal del Convenio 169 de la OIT en los siguientes términos: «En lo que importa al Convenio 169 de la OIT, éste fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26253 del Congreso Constituyente Democrático, publicada con fecha 5 de diciembre de 1993. Respecto a su aplicación dentro de nuestro ordenamiento nacional, debe tenerse presente lo expuesto en los artículos 55., 56., 57. y 200.4. de la Constitución; pues, si bien los tratados forman parte del ordenamiento nacional, su incorporación al mismo, lo es con el rango de ley ordinaria –caso contrario, no podrían ser impugnados a través del proceso de inconstitucionalidad–, salvo que regulen materia constitucional, en cuyo caso, su aprobación está sujeta al procedimiento de reforma de la Constitución antes de su ratificación por el Presidente de la República». En la misma sentencia añadió que «En ese sentido, su aplicación también está condicionada a que no colisione con los preceptos constitucionales que establecen atribuciones o competencias expresamente otorgadas por el legislador constituyente o el legislador constituyente derivado, de manera que los tratados no pueden limitarlas o mediatizarlas, dado que si su contenido es contrario a la Constitución, puede ocurrir una de dos cosas:
Que el contenido del Tratado haya sido aprobado sin el procedimiento agravado de reforma de la Constitución previsto en el artículo 57. de la misma: En consecuencia tales tratados son inaplicables por contravenir la Constitución.
Que el contenido del Tratado haya sido aprobado por el procedimiento agravado de reforma de la Constitución previsto en el artículo 57. de aquella: En cuyo caso se aplica el Tratado, toda vez que la Constitución ha quedado modificada por éste.
Por ello, las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT, no operan como marco delimitador de las competencias establecidas expresamente respecto del Congreso de la República».

[9] Cfr. Las siguientes sentencias del TC Exp. Nº 0217-2002-HC/TC y STC Exp. Nº 0218-2002-HC/TC, f.j. 2; Exp. Nº 0026-2004-AI/TC, f.j. 13; Exp. Nº 2798-04-HC/TC, f.j. 8; Exp. N.° 1417-2005-AA/TC, f.j. 7; Exp. Nº 4677-2005 - PHC/TC, f.j. 11-13; Exp. N.° 5854-2005-PA/TC, f.j. 22-23; Exp. N.° 4587-2004-AA/TC, f.j. 44; Exp. Nº 8123-2005-PHC/TC, f.j. 22 y 23; Exp. Nº 0047-2004-AI/TC, f.j. 18-22; Exp. Nº 8453-2005-PHC/TC, f.j. 22 y 23; Exp. Nº 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f.j. 25-35; Exp. Nº 0174-2006-PHC/TC, y Exp. Nº 8817-2005-PHC/TC, f. j. 22; Exp. N.° 2730-2006-PA/TC, f.j. 12-16; Exp. Nº 679-2005-PA/TC, f.j. 35-37; Exp. Nº 00007-2007-PI/TC, f. j. 12-26; Exp. Nº 03938-2007-PA/TC, f.j. 14; etc.

[10] "Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Peruano es parte, integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional". (STC exp. Nº 00025-2005-PI/TC y Nº 00026-2005-PI/TC acumulados, f.j. 25).

[11] Cfr. "el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos". STC N° 4587-2004-AA/TC, f.j. 44.

el contenido constitucional de los mismos. Esta función interpretativa, no solo está recogida en la Cuarta DFT de la Constitución sino en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[12].

Una segunda función que cumplen los TIDH es la denominada función positiva de ensanchar el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Ello solo es posible gracias a las cláusulas de apertura del derecho constitucional y del derecho interno al DIDH y a los TIDH. La consecuencia práctica es que los derechos fundamentales ya no serán los expresamente reconocidos en la Constitución sino el conjunto de derechos reconocidos en los diferentes TIDH y los desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH. Muy ligada a esta función tenemos la función negativa, en virtud la cual los TIDH constituyen límites materiales y criterios de validez sustancial del conjunto del ordenamiento jurídico, y especialmente de la facultad legislativa del Congreso de la República.

5. La fuerza normativa de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DUNDPI)

Según la sentencia 00022-2009-PI, *"El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como soft law, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estados, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de soft law, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano"* (f.j. 8).

No obstante, el artículo 1.4 del Reglamento de la Ley de Consulta, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC, ha reconocido cierta fuerza normativa a la DNUDPI, aún cuando no de manera clara, en los siguientes términos: *"el Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular, coordinar la implementación del derecho a la consulta por las diversas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas"*(subrayado nuestro). ¿Qué debemos entender por "tomar en consideración"?

[12] Mijail Mendoza Escalante, titulado Los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación. Revisar en: http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/v/tratados.internacionales.ddhh.pdf.

Lo único claro, es que no queda clara la fuerza normativa de la DNUDPI.

Otra posibilidad es sostener que la fuerza normativa del DNUDPI deriva de su propio texto. En efecto, el artículo 42 de este instrumento internacional firmado y ratificado entusiastamente por el Estado peruano, señala que *"Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia"*. (Subrayado nuestro). Los tratados internacionales deben observarse de buena fe, en el sentido que todas sus disposiciones deben cumplirse según lo estipulado y de la mejor manera posible. Este principio que se sustenta en la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados, en su artículo 26 consagra el principio pacta sunt servanda que precisa que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Sin embargo, será la sentencia 01126-2012-HC en el famoso caso Tres Islas, en donde el TC aplica directamente la DNUDPI como fuente de derecho, sin previa intermediación legislativa. Esto es clave toda vez que, tal como ya explicamos, el TC había dicho que esta declaración internacional no era en sentido estricto una fuente de derecho normativo vinculante.

Finalmente, para María Clara Galvis, la DNUDPI obliga a todos los Estados de la ONU a actuar de buena fe para lograr su efectiva implementación a nivel interno, a adoptar nuevas leyes o a modificar las ya existentes, de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Declaración, a transformar las prácticas contrarias a lo dispuesto en la Declaración, y finalmente, a implementar políticas públicas y programas sociales encaminados al goce efectivo de los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas[13].

6. El contenido constitucional del derecho a la consulta ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional

El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta ha sido desarrollado por el TC en la sentencia 00022-2009-PI/TC. Según el fundamento 37, este derecho importa; "i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del

[13] María Clara Galvis, Manual de derechos de los pueblos indígenas, DPLF, Washington DC, USA, 2011, pág. 6.

proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta".

En relación con el primer supuesto, señala el TC que *"si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado"(f.j. 38). Añade en relación con el segundo supuesto que, "debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta"* (f.j. 39). En relación con el tercer supuesto *"implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo […] En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado"* (f.j. 40).

Los principios que regulan el derecho a la consulta han sido desarrollados por el TC en los fundamentos, 26 al 36. Estos principios también forman parte del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta. Como precisa el TC *"Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos"*. Estas características son: a) la buena fe; b) la flexibilidad; c) objetivo de alcanzar un acuerdo; d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Agrega el TC que "*Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación, se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una medida de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional"* (STC exp. Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 26).

7. Los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y son límites de la facultad legislativa del Congreso y reglamentaria del Poder Ejecutivo

Una consecuencia del rango constitucional que hoy ostentan los tratados internacionales de derechos humanos, es que hoy son parte del denominado bloque de constitucio-

nalidad[14]. Se entiende por bloque de constitucionalidad, aquel conjunto de normas, que al lado y junto con la Constitución, componen el parámetro de evaluación de la constitucionalidad de las leyes y de las normas reglamentarias, dada su importancia y trascendencia. Esto implicaría que una norma reglamentaria puede ser inconstitucional no solo por violar la Constitución de manera directa, sino, en forma indirecta cuando viola o resulta incompatible con algunas de las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad[15], entre las que se encuentra el Convenio 169 de la OIT.

En palabras del TC, *"la infracción indirecta de la Constitución implica incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental. Se habla en estos casos de vulneración "indirecta" de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad"*[16].

Esta figura ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 79 del Código Procesal Constitucional, cuando señala que *"Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el* ***ejercicio de los derechos fundamentales de la persona****"* (resaltado nuestro).

Y en el caso concreto de los TIDH, está inserción en el bloque de constitucionalidad es fruto de una interpretación sistemática de los artículos 79 del Código Procesal Constitucional en consonancia con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política. Todo esto es importante para efectos prácticos, toda vez que al momento de evaluar la constitucionalidad de las normas legales y reglamentarias que han desarrollado este derecho, los TIDH y en concreto el Convenio 169 de la OIT cumplirá una función de parámetro de validez constitucional.

---

[14] En la sentencia STC exp. 0047-2004-AI/TC en los fundamentos 18 al 22 el TC reconoce a los tratados como fuentes de derecho. Si se quiere profundizar ver Carlos Hakansson Nieto, Curso de Derecho Constitucional, Palestra, Lima, 2009, pág. 163 y sgts.

[15] Un estudio de los orígenes franceses de este concepto recepcionado en España lo podemos encontrar en: Francisco Rubio Llorente. La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 99 y sgts.

[16] STC exp. Nº 00020-2005-AI/TC, f.j. 27. En relación con el concepto de bloque de constitucionalidad. Ver también STC exp. Nº 007-2002-AI/TC, f.j. 5; STC exp. Nº 0041-2004-AI/TC, f.j. 14; STC exp. Nº 0046-2004-AI/TC, f.j. 128; STC exp. Nº 0020-2004-AI/TC, f.j. 27.

8. Reglas jurídicas vinculantes del derecho a la consulta expedidas por el Tribunal Constitucional peruano

El TC en el fundamento 60 de la sentencia 05427-2009-PI, ha hecho una síntesis de las reglas desarrolladas en su sentencia 00022-2009PI/TC, y que según estima, condensa las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta:

a. "La observancia del principio de buena fe. Al respecto, este Tribunal ha señalado que a través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte. En tal sentido, ha precisado que dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la consulta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27)

b. La flexibilidad. Es decir, la consulta debe ser llevada a cabo de manera "apropiada a las circunstancias", razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31)

c. El objetivo de alcanzar un acuerdo. Debiendo entenderse que la finalidad de la consulta no se circunscribe o limita a obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas, sino que también debe prestarse atención al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria correspondiente (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33)

d. La transparencia. En tal sentido, es importante que se ponga a disposición de los pueblos indígenas, toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean éstas positivas o negativas. De igual forma, deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. Finalmente, será necesario evaluar la necesidad de traducir la documentación relevante a efectos de garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35)

e. La implementación previa del proceso de consulta. Con ello, se busca garantizar la expectativa de influencia de los pueblos indígenas sobre la elaboración de las

medidas que puedan afectarlos, si bien esto puede admitir ciertas excepciones a la luz de los hechos concretos (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 36)

f. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37)

g. Por último, cabe señalar que este Tribunal ha brindado ya algunas pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas, y en ese sentido, ha sugerido la conformación de la siguiente secuencia fáctica:

- En primer lugar, el inicio del proceso debe ser la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena, tarea que debe ser realizada por la entidad que está desarrollando la medida

- En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas que pueden ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.

- En tercer lugar, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha.

- En cuarto lugar, si el pueblo indígena involucrado se encuentra de acuerdo con la medida consultada, entonces concluye la etapa de negociación.

De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, precluye la primera etapa de negociación, con lo cual se pretende hacer visibles los puntos sobre los cuales existe desacuerdo. En este punto, la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo afectado (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 41)".

9. Reglas jurídicas vinculantes del derecho a la consulta expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El derecho a la consulta ha sido abordado también por la Corte Interamericana fundamentalmente en dos sentencias, en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*[17] y en el *Caso Sarayacu vs Ecuador*. Ambas sentencias son importantes porque contienen un conjunto de reglas vinculantes, incluso para aquellos países que no han sido parte en el proceso como es el caso de Perú. Destacan dos conjuntos de reglas, las primeras referidas a las condiciones que el Estado debe observar para la explotación de los recursos naturales en territorios de pueblos indígenas, y las segundas, referidas a las características mínimas que debe tener el proceso de consulta. En esta oportunidad haremos referencia a las reglas del proceso de consulta específicamente.

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam

El derecho de propiedad de los pueblos indígenas no es absoluto puede ser restringido. *"No obstante, la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones".* (Párrafo 127)

Criterios de ponderación para la restricción del derecho de propiedad de los pueblos indígenas. *"el artículo 21 de la Convención establece que "la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad". Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales; y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*[18]*. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá*

[17] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 133 al 137.

[18] Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párrs. 144-145 citando (mutatis mutandi) Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. párr. 155. Cfr.,

restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio". (Párrafo 127)

La denegación de las tradiciones y costumbres que pongan en peligro la propia subsistencia de los pueblos indígenas como límites a las restricciones. "*Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Es decir, conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal"*. (Párrafo 128)

Garantías en contra de restricciones al derecho a la propiedad que denieguen la subsistencia o requisitos para la realización de actividades extractivas en territorios de pueblos indígenas. "*Con la finalidad de garantizar que las restricciones impuestas a los pueblos indígenas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: "primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante "plan de desarrollo o inversión")*[19] *que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal"*. (Párrafo 129)

también, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 75, párr. 137.

[19] Al utilizar el término (plan de desarrollo o inversión) la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.

Elementos de la consulta previa. *"la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones […] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones"*[20].

Caso Sarayacu vs Ecuador

La consulta debe realizarse con carácter previo. *"este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado". (Párrafo 180). Añade que "el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso".* (Párrafo 181).

La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo. *"La consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", "que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas". En ese sentido, es inherente a toda consulta*

[20] Ibídem, párrafo 133.

con comunidades indígenas, el establecimiento de "un clima de confianza mutua" y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad y la jurisprudencia nacional de los Estados de la región se han referido a este requisito de buena fe". (Párrafo 186).

La consulta la debe hacer el Estado y no las empresas privadas. *"Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta".* (Párrafo 187)

Necesidad que los pueblos indígenas puedan comprender y hacerse comprender. La Corte IDH plantea la necesidad de "tomar medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena". (Párrafo 201)

La consulta debe ser informada. *"La consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. La jurisprudencia de tribunales nacionales y la legislación interna se han referido a este elemento de la consulta". (Párrafo 208). Añade que "En el presente caso, la Corte constata que no surge del acervo probatorio que el alegado "entendimiento" llevado a cabo por la compañía CGC hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que la alegada "socialización" del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo hubiese servido de*

base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo. Por tanto, la Corte considera que los actos de la empresa no fueron parte de una consulta informada". (Párrafo 209)

La violación del derecho al territorio ocasiona la violación de otros derechos. La Corte IDH en esta sentencia ha recordado pronunciamientos anteriores, donde ha sostenido que *"al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría[n] estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros*"[21]. Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre *"la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio"*[22], los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica[23]. Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que *"[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas"*[24]. (Párrafo 212). Finalmente, la Corte IDH considera que *"la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos"*. (Párrafo 220)

No una sino varias son las consultas deben realizarse en relación con cada proyecto petrolero. Según la Corte IDH estas deben realizarse en "todas la fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena" (párrafo 167)

---

[21] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 147. Véase asimismo, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertadas Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15, de 15 de noviembre de 2007, párr. 43.

[22] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 146.

[23] Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91.

[24] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 154.

La obligación de consultar actos de ejecución de actos administrativos anteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Se establece la obligación de consultar no solo los actos posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, sino los "los actos de ejecución" posteriores, de actos administrativos anteriores, a la entrada en vigencia de este Convenio. (párr. 176)

El derecho de los pueblos indígenas a conocer los beneficios y riesgos del proyecto a consultarse. El Estado debe garantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. (párr. 177). Muy relacionado con este derecho, la Corte reconoce **el derecho de los pueblos indígenas a conocer los reales impactos de la decisión a ser consultada** (párr. 206 y 208)

Prohibición de actos de cooptación de los pueblos indígenas. La buena fe exige *"la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia"*. Asimismo *"la buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades"*. (párr. 186)

La finalidad del EIA es garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas. Según la Corte IDH los EIA son *"salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo"* (párr. 205)

El objetivo de los EIA es evaluar el impacto de la actividad petrolera en los pueblos indígenas y los riesgos ambientales. Según la Corte IDH, *"sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también […] asegurar que los miembros del pueblo […] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad", para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, "con conocimiento y de forma voluntaria"*. (párr. 205)

Las consultoras que elaboren los EIA deben ser independientes, técnicamente capaces y deben ser supervisadas por el Estado. Según la Corte, el Estado debe

"garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental". (párr. 205) En relación con la independencia de la consultora que elabora el EIA, la Corte IDH cuestiona que el EIA "fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización". (párr. 207)

Los requisitos para la validez jurídica de los EIA: 1) deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; 2) respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; 3) ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio; 4) el Estado está obligado a supervisar los Estudios de Impacto Ambiental; 5) uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. (párr. 206)

10. La obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas

El Convenio 169 de la OIT, la sentencia de la Corte IDH recaída en el Caso Saramaka vs. Surinam, la Ley Nº 26839 (Ley sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica), y la Ley Nº 28223 (Ley sobre los desplazamientos internos), reconocen en determinados casos, la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, como requisito adicional a la obligación de realizar el proceso de consulta.

No debemos confundir el consentimiento, como objetivo orientador de todo proceso de consulta, con la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, en casos muy concretos en que se pone en peligro su subsistencia como pueblos indígenas. En este último caso, el Estado, además de consultar, deberá lograr el consentimiento, sin lo cual no podrá continuar. No obstante ello, el Gobierno ha desconocido la obligación del Estado de obtener el derecho al consentimiento de los pueblos indígenas en determinados casos, o como lo llama la CIDH en un reciente informe, "El deber limitado de obtener el consentimiento previo e informado"[25].

[25] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010, pág. 125.

El consentimiento como objetivo de todo proceso de consulta, está reconocido en forma expresa por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT cuando reconoce en el artículo 6.2 que *"Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas"* (subrayado nuestro). Esta norma debe interpretarse conformidad con el artículo 19 de la DNUDPI.

> *Artículo 19*
> *Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.* (Subrayado nuestro)

Será la CIDH la que reconozca expresamente la existencia del derecho al consentimiento. Según esta *"la jurisprudencia interamericana ha identificado derechos de los pueblos indígenas y tribales que los Estados deben respetar y proteger cuando pretendan extraer los recursos del subsuelo o explotar los recursos hídricos; tales derechos incluyen el derecho a un medio ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho de acceso a la justicia y a la reparación"*[26]. (Subrayado nuestro).

La jurisprudencia del TC guarda silencio sobre la obligación de obtener el consentimiento, como excepción a la regla, que establece que la opinión de los pueblos indígenas no es de cumplimiento obligatorio para el Estado. En la sentencia recaída en el exp. Nº 00022-2009-PI/TC el TC señala que *"El derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas" (f.j. 24), añade que "De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.° 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo"* (f.j. 24)[27].

[26] Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Washington, 2010, párr. 180.

[27] Señala el TC que "En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible

Sin embargo, si bien la regla general es que en caso de desacuerdo entre los pueblos indígenas y el Estado, decide este último tal como lo señala el artículo 15 de la Ley de consulta previa, esta regla admite varias excepciones, 1) cuando estamos ante megaproyectos o proyectos de gran envergadura; 2) cuando sea necesario el desplazamiento de los pueblos indígenas; 3) cuando exista almacenamiento de materiales tóxicos; 4) en casos de medidas especiales para la protección de los pueblos indígenas; 5) cuando se trata de la protección de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; y 6) cuando una limitación o restricción de un derecho de un pueblo indígena, no supera el test de proporcionalidad.

a.- Desplazamientos

En relación con el primer caso el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT establece que *"Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa"*. Esta misma regla también puede ser encontrada en el artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el cual establece que *"Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso"*.

Esta norma debe ser interpretada de conformidad con los artículos 7, 8 y 9 de la Ley Nº 28223, más conocida como Ley sobre los desplazamientos internos. Según el artículo 7, inciso 1, *"Todo ser humano tiene derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual". En el inciso 2 letra "c" del mismo se precisa que la prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos: "En casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial"*.

la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona". Exp. Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 25.

En el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT, se contempla el supuesto que se pueda desplazar a los pueblos indígenas de su territorio, incluso contra su voluntad, deberá entenderse que ello solo es posible cuando exista realmente una necesidad pública y un interés público, debidamente acreditado y sustentado, y no un simple interés privado.

El artículo 8 inciso 1 de la norma exige la realización del test de ponderación a través del principio de proporcionalidad. Según este *"Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán que se han estudiado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos"*.

En el caso de pueblos indígenas, el artículo 9 establece la obligación especial del Estado de proteger a los pueblos indígenas contra los desplazamientos forzados. Según esta norma *"El Estado tiene la obligación de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas andinos, nativos de etnias en la Amazonía, minorías campesinas y otros grupos que tengan una dependencia especial con su tierra o un apego particular a la misma"*.

Por último, esta regla ha sido reconocida en la letra "a" de la sétima disposición complementaria, transitoria y final del reglamento de la ley de consulta previa aprobada por Decreto Supremo 001-20012-MC. Esta norma precisa que se trata de una garantía a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas. Esta norma precisa que *"Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos"*.

b.- Planes de desarrollo o de inversión a gran escala

La Corte Interamericana también ha reconocido en forma excepcional, la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, cuando se trate de mega proyectos que generen un elevado impacto en éstos. La Corte IDH ha señalado que *"cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones"*[28]. (Subrayado nuestro)

[28] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 134.

El problema es cómo precisar este supuesto. Esta interrogante ha sido respondida por la Corte IDH en la sentencia del *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. En ella este colegiado no solo estableció la anterior regla, adicionalmente identificó algunos criterios que permiten determinar si un proyecto o plan de desarrollo o inversión tendrá un impacto significativo en un territorio protegido y si las comunidades tendrán que enfrentar cambios sociales y económicos profundos[29]. Los efectos previstos que sirven como criterios para determinar que se está en presencia de proyectos o planes que tendrán impactos mayores son aquellos que implican:

"[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales […] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia" (Sentencia Corte IDH, Caso Saramaka vs Suriname, fondo, párrafo 134).

De este párrafo se pueden desprender los siguientes supuestos:

1. la pérdida de territorios y tierra tradicional,
2. el desalojo,
3. la migración,
4. el posible reasentamiento,
5. el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural,
6. la destrucción y contaminación del ambiente tradicional,
7. la desorganización social y comunitaria,
8. los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración
9. el abuso y la violencia[30].

[29] Maria Clara Galvis, Consulta, consentimiento y veto, en Aportes DPLF, Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal Número 14, Año 3, septiembre de 2010, pág. 11.

[30] ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, citado en Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Cit., párr. 134.

Según el Relator Especial de la ONU, cuando un proyecto tiene efectos como alguno de los indicados, *"[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo"*[31]. Finalmente, sobre el punto el actual Relator de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas ha dicho que *"se requiere el consentimiento indígena, en el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos"*[32]. (Subrayado nuestro)

c.- Manipulación de sustancias tóxicas

Cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios (Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 29.2)[33].

> *"Artículo 29*
> *[…]*
> *2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado".*

En definitiva, si bien es cierto que la Corte IDH no precisa que estamos ante un "derecho" sino ante una obligación del Estado, no se puede poner en duda la existencia de una regla jurídica de naturaleza vinculante[34]. Se trata en realidad de un derecho emergente que está en proceso de configuración. Lo que está regulada es la dimensión objetiva del Estado de protegerla, la cual evidentemente tiene como contrapartida, la dimensión subjetiva. Esta regla también ha sido reconocida en letra "b" de la sétima

[31] ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Cit., párr. 66.

[32] Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la "Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo" aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010, pág. 3: "El Relator Especial agregaría además, como ejemplo en el que se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos".

[33] María Clara Galvis, Amicus Curiae presentado en el Caso Majes Siguas II por la Fundación del Debido Proceso.

[34] La Corte Constitucional Colombiana, primero en la sentencia T-769 de 2009 y luego en la T-129 de 2011, se han hecho de esta regla, razón por la cual resulta útil su revisión.

disposición complementaria, transitoria y final del reglamento de la ley de consulta previa aprobada por Decreto Supremo 001-20012-MC. Aquí también se precisa que se trata de una garantía a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas. Dicha norma, sin citar el artículo 29 de la DNUDPI, precisa que *"No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos"*. Sobre esto volveremos más tarde.

d.- Medidas especiales en favor de pueblos indígenas

Otro supuesto de consentimiento es el referido a las medidas especiales. Según el artículo 4 inciso del Convenio 169 de la OIT, "Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados". Añade en el inciso 2 que "Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados". (Subrayado nuestro).

e.- Conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas

Según el artículo 23 de la Ley Nº 26839, publicada el 16 de julio del 1997, (Ley sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica), se reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. A continuación señala que *"se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización"*. (Subrayado nuestro)

f.- Cuando se demuestre a través de la ponderación que los bienes jurídicos afectados de los pueblos indígenas son de mayor entidad constitucional que aquellos bienes que se intenta concretar

Finalmente, una decisión administrativa, como por ejemplo una actividad extractiva, que no está en ninguno de los supuestos antes descritos, no podrá realizarse sino pasa por el test de proporcionalidad. En otras palabras, las medidas administrativas propuestas

deben cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad, en caso que ellas limiten o afecten los derechos de los pueblos indígenas. En dichos casos, dichas medidas legislativas solo serán válidas y constitucionales si dichas medidas representan una limitación o afectación idónea, necesaria y proporcional a los derechos de los pueblos indígenas. La medida restrictiva del derecho de los pueblos indígenas intervenido ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo, como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho y debe ser adecuada, apta e idónea para la protección de ese fin constitucional legítimo. En segundo lugar, debe acreditarse que no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. En tercer lugar, la medida será proporcional si se demuestra que la intensidad de la afectación de los derechos de los pueblos indígenas es menos gravosa en comparación con la intensidad de la afectación que sufriría el derecho o bien constitucional que promueve la medida a implementarse, de lo contrario, si la intensidad de la afectación del derecho del pueblo indígena es más grave, la medida deberá ser prohibida por su inconstitucionalidad.

Tal como lo hemos sostenido en otra oportunidad, el derecho al consentimiento constituye una concreción o materialización del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Este derecho debe ser tenido en cuenta al momento de realizarse el proceso de consulta previa sin lugar a dudas, y refuerza y mejora la capacidad de negociación de los pueblos indígenas, sin lugar a dudas.

11. El carácter vinculante de las sentencias del TC y de la Corte IDH y el rango constitucional del desarrollo del contenido del derecho a la consulta

Buena parte de las reglas que regulan el derecho a la consulta previa han sido desarrolladas jurisprudencialmente, sin embargo, los operadores del derecho no terminan de entender que estas reglas son vinculantes.

Tres normas fundamentan la fuerza normativa de las sentencias del TC. Tenemos en primer lugar el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, el que señala de forma clara y precisa que *"Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación"* (subrayado nuestro).

En segundo lugar, los párrafos 2do y del 3er párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código procesal Constitucional, disposiciones que desarrollan la doctrina jurisprudencial, *"Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional"*. (Subrayado nuestro).

En tercer lugar tenemos el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual desarrolla y regula los precedentes vinculantes, que si bien no han sido utilizados para casos de derechos de pueblos indígenas, no podemos obviar que constituye jurisprudencia constitucional con la mayor y más intensa fuerza normativa vinculante.

Debemos de precisar el rango constitucional de la jurisprudencia que el TC ha desarrollado en lo que se refiere al derecho a la consulta. En efecto, el TC al interpretar una disposición constitucional, está precisando el alcance de su naturaleza jurídica, y con ello está creando una norma constitucional que es concreción de la disposición constitucional. Está creando pues derecho constitucional, y sus sentencias, que contienen esas concreciones de los derechos constitucionales se convierten en fuente de derecho constitucional[35]. Todo ello nos lleva a concluir que el desarrollo del derecho a la consulta realizado a través de sus sentencias tiene rango constitucional[36]. Esta posición ha sido respaldada por el TC cuando precisa que *"Así, las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado"* (EXP. N.° 1333-2006-PA/TC, f.j. 11).

El fundamento de esta fuerza vinculante de las sentencias del TC descansa en el hecho que éste es el intérprete supremo de la Constitución y su jurisprudencia es de observancia obligatoria por todos los demás órganos jurisdiccionales del Estado. En este sentido, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301) dispone que este "es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad".

[35] Cfr. Luis Castillo Córdova, El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional. En; Luis Sáenz Dávalos, El amparo contra el amparo y el recurso de agravio a favor del precedente. Cuadernos de análisis y crítica a la justicia constitucional, No 3, Palestra, Lima 2007, pág. 13 al 17.
[36] Ibídem.

Como lo ha señalado el TC, cuando mediante resoluciones judiciales se desconoce su jurisprudencia vinculante, procede presentar una demanda de amparo para la protección objetiva del ordenamiento jurídico constitucional. Al referirse al caso especifico del amparo, el TC ha señalado que:

> *"Asimismo resulta razonable el uso de un segundo proceso constitucional para restablecer el orden jurídico constitucional y el ejercicio de los derechos fundamentales que pueda verse afectado con una estimatoria de segundo grado, cuando las instancias judiciales actúan al margen de la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las "anulaciones" de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde"*[37]. (resaltado nuestro)

Por último, en otra oportunidad el TC ha establecido que:

> *"cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas en el artículo 139º, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2º, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y*

[37] STC 4853-2004-PA/TC, f.j. 15.

su consecuente aplicación (artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última ratio en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución)"[38].

12. La jurisprudencia de la Corte IDH también vincula a todos los funcionarios y poderes públicos

Las sentencias de la Corte IDH son fuente de derecho que vincula a todos los poderes públicos y a los particulares en el Perú. En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH también vincula a los jueces peruanos cuando interpreta y desarrolla la Convención Americana de Derechos Humanos. El fundamento de esta regla está en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual es retomada por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual ha señalado que *"El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte"*.

Sobre esa base, el TC ha señalado que: *"al Tribunal Constitucional […] no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso"*[39]*. Añade el TC que "Tal interpretación [de la Corte IDH] conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan*

[38] STC 0030-2005-PI/TC, f.j. 48.

[39] STC exp. Nº 00007-2007- PI/TC, f.j. 36. No es la única vez que lo ha reconocido, "De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región". (STC exp. Nº 0217-2002-HC/TC, f.j. 2).

realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región". (0218-2002-HC, f.j. 2).

En otra oportunidad señaló que *"La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal. […] La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere […] En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte". (2730-2006-AA, f.j. 12, 13 y 14)*

La consecuencia práctica del reconocimiento que los TIDH tienen rango constitucional y que se incorporan al ordenamiento jurídico, es que los jueces tienen la obligación jurídica de aplicar los TIDH directamente a los casos que resuelven, sin necesidad de ninguna intermediación legislativa o desarrollo legislativo previo. Y esto no solo lo ha reconocido la Corte IDH en su jurisprudencia sino el propio TC en su jurisprudencia vinculante.

En efecto, la Corte IDH ha denominado a esta obligación "control de la convencionalidad". Según la doctrina se presentan dos tipos de control de convencionalidad: en sede nacional y en sede interna. En relación con el segundo, "el juez interno tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado,

mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana"[40].

En el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, la Corte IDH señaló: *"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"*[41]. (Subrayado nuestro)

13. Reglas jurídicas vinculantes del derecho a la consulta expedidas por la Corte Constitucional de Colombia

Colombia ha desarrollado uno de los marcos constitucionales y jurídicos más progresistas de América Latina en lo que concierne a asuntos multiculturales. Los desarrollos jurídicos colombianos han sido considerados por activistas y por personas encargadas

[40] Ernesto Rey Cantor. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, México: Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 46 y 47. Revisar también Néstor Pedro Sagues, El control de convencionalidad en particular sobre las Constituciones Nacionales, en: Revista Jurídica del Perú. Derecho Privado y público, Editora Normas Legales, Nº 104, octubre 209, Lima, pág. 79 y sgts.

[41] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, párr. 124. Posteriormente en la sentencia recaída en el Caso trabajadores del Congreso cesados vs. Perú, la Corte IDH señalará que: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones". Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128.

del diseño de políticas públicas como un ejemplo del tipo de legislación que otros países de la región deberían adoptar[42], por ello la jurisprudencia de Colombia es quizá uno de los casos más emblemáticos y una experiencia a revisar[43], no solo en materia de justicia constitucional sino sobre todo, en lo relacionado con respeto de los derechos de los pueblos indígenas[44].

¿Son vinculantes las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (CCC)? No lo son, sin embargo, tienen una función ilustrativa. Como dice el TC se "puede recurrir al Derecho Constitucional comparado como un quinto método de interpretación, en la medida de que se torna en una herramienta explicativa necesaria, pues es en el conocimiento de esa diversidad de repuestas en el contexto de procesos de descentralización, que se podrá establecer los criterios y pautas que deben determinar el análisis del juez constitucional en cada caso en concreto"[45].

Según un informe de la OIT, Colombia tiene más de 40 casos de sentencias en los que se invoca el Convenio 169 de la OIT[46]. Una de las particularidades y de los aportes de la experiencia colombiana, es que le reconoce al Convenio 169 de la OIT no solo fuerza normativa, sino que lo incorpora a su ordenamiento a través de la técnica del bloque de constitucionalidad[47].

---

[42] Daniel Bonilla Maldonado, La Constitución multicultural, Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes, Bogotá, 2006, p. 25.

[43] OIT. Colombia: La implementación del derecho a la consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT, en: La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú, Red Jurídica para la defensa de la Amazonía, Quito, 2009. Sobre la función de la jurisprudencia en el desarrollo de los derechos culturales se puede consultar Juan Pablo Vera Lugo, la jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales, en: Revista Universitas humanística, N°. 62, 2006, pp. 205 y sgts. Un estudio de conjunto sobre el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en materia de derechos de los pueblos indígenas puede ser encontrado en Daniel Bonilla Maldonado, La Constitución multicultural, Siglo de Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad de los Andes, Bogotá, 2006.

[44] Para una visión de conjunto ver Catalina Botero Marino, Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Revista Precedente, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades. Cali, Universidad ICESI, 2003, pp. 45-87.

[45] STC exp. Nº 0002-2005-AI/TC, F.J. 45.

[46] OIT, La aplicación del Convenio Núm. 169 por Tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos, OIT, Ginebra, 2009, p. 9. Ver nota de página número 10. Cfr. sentencia T-405-93 23 de septiembre de 1993, p. 17; Sentencia SU039-97 3 de febrero de 1997, p. 20; Sentencia T-634-99 30 de agosto de 1999; p. 23; Sentencia C-620-03 29 de julio de 2003; p. 38, p. 43; Sentencia T-737-05 de julio de 2005, p. 15, p. 18; Sentencia T 880-06 29 de octubre de 2006, p. 57; Sentencia C-030/08 de enero de 2008, p. 45; p. 48, Sentencia C-175/09 de marzo de 2009, p. 28.

[47]Christian Courtis, Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas por los tribunales de América Latina, en. Revista Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos, Año Nº 6, Número 10, Sao Paulo, Junio del año 2009, p. 58.

En la sentencia T-129 del 2011 de la Corte se hace un resumen de las reglas del derecho a la consulta desarrolladas jurisprudencialmente. Según esta, "todo acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidades étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.
(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.
(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o

vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma. En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine. (subrayando nuestro)

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados. (Subrayado nuestro)

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación".

Agrega la CCC "Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional"

14. ¿Pueden las normas legales y reglamentarias ser interpretadas de espaldas a las normas constitucionales?

Tal como está redactada la norma pareciera que la ley de consulta y su reglamento serían las únicas normas que regulan el derecho a la consulta previa, es decir, que deberían de interpretarse de espaldas al derecho internacional en materia de pueblos indígenas, cuando no es así. En efecto, una tendencia peligrosa que venimos advirtiendo desde hace algún tiempo en los operadores del sistema jurídico nacional, a propósito del conflicto entre derechos de pueblos indígenas y actividades de las industrias extractivas, muchas veces respaldadas por el Gobierno, es la interpretación de las normas legales sobre concesiones mineras, petroleras, forestales, de espaldas no solo a la Constitución Política sino fundamentalmente al Convenio 169 de la OIT y al desarrollo jurisprudencial de estos derechos por la Corte IDH y el TC, reglas jurisprudenciales por cierto vinculantes[48]. En general, es una interpretación de espaldas al cuerpo jurídico de normas de rango constitucional que desarrollan los derechos de los pueblos indígenas, a pesar de su supremacía jurídica normativa reconocida en el artículo 51º y en el artículo 138º segundo párrafo de la Constitución.

Este fenómeno es explicado de manera clara por Néstor Sagüés[49]. Las razones que explican la poca consideración de la Constitución pueden ser varias. Tal vez la más significativa sea la visión esencialmente "jusprivatista" del mundo jurídico, que identifica "derecho" con el Derecho Civil. A ello se suma que el Derecho Constitucional se perfila, no obstante su vocación de supremacía sobre el resto del aparato jurídico, como un derecho débil, a menudo vapuleado por el poder político[50]. Es interesante advertir como varios juristas procuran en cambio mostrar al derecho privado como derecho "mejor", en el sentido edénico de derecho "neutral", "puro", no contaminado políticamente, como sería el caso del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como del propio Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas[51].

Lo que está ocurriendo es que en los conflictos entre normas de rango constitucional y de rango legal y/o reglamentario, "se tiende a abordar y a razonar jurídicamente con la

[48] El mejor ejemplo es el argumento esgrimido por el Procurador del Ministerio de Energía y Minas, el cual recoge el TC en los fundamentos 10 y 11 en la sentencia 00022.2009-PI.
[49] SAGÜÉS, Néstor."Del juez legal al juez constitucional".En: Revista Estado Constitucional, Año 1, Número 1. Lima, Abril 2011, p. 26.
[50] Ibídem.
[51] Ibídem.

mentalidad civilista con la que cotidianamente opera. Por una especie de casi insalvable deformación profesional, es normal que […] capte al derecho constitucional con los criterios, los enfoques y hábitos mentales, los valores, la metodología, las soluciones y el discurso propio de la especialidad en la que ha sido formado y con la que convive diariamente, vale decir, el derecho civil"[52]. La ausencia de mentalidad constitucionalista en los abogados que aplican las normas sobre actividades extractivas no formados en el Derecho Constitucional, aparte de llevar a visualizar a este último con los ojos de otras disciplinas, ocasiona una interpretación legalista de la Constitución, que solo genera indefensión para los derechos de los pueblos indígenas. Para estos abogados, la Constitución y el Convenio 169 de la OIT son básicamente un fenómeno extranormativo, un "instrumento de gobierno" entendido como una suerte de herramienta para el manejo del poder, no para regular jurídica y cotidianamente la vida de los habitantes[53].

Los abogados deben incorporar en su caja de herramientas jurídicas el principio de supremacía constitucional. Esto es muy importante y tiene enormes consecuencias para la suerte de los pueblos indígenas. Como dice Néstor Sagüés, "el derecho positivo subconstitucional no es un derecho independiente de la Constitución, sino dependiente de ella. Un derecho subconstitucional ajeno a la Constitución, o separado de la misma, es, prima facie, un derecho inconstitucional, tal como lo es un derecho violador de la Constitución"[54]. Es necesario adecuar todo el ordenamiento jurídico, susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas, a este cuerpo de derechos, desarrollado en el Convenio 169 de la OIT, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia de la Corte IDH. En otras palabras, el gran desafío es "convencionalizar" el ordenamiento jurídico nacional. Este pedido de adecuación ha sido formulado incluso por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en el Informe 2010. Este ha instado al Gobierno peruano "a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2º, 6º, 7º y 15º del Convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional".

Si bien el debate en torno a la naturaleza jurídica vinculante del Convenio 169 de la OIT ha sido zanjado y superado, reconociéndose que este es de rango constitucional y de cumplimiento obligatorio; para la gran mayoría de los operadores del sistema de justicia y para la generalidad de los peruanos, el Convenio 169 de la OIT no existe o

[52] Ibídem.
[53] Ibídem.
[54] Ibídem, p. 29.

sigue siendo una norma política que contiene aspiraciones. Sin embargo, no es concebido como una norma con efecto vinculante y exigible en las instancias jurisdiccionales.

No se trata de una reflexión académica sin consecuencias prácticas. Todo lo contrario, aquí se juega la fuerza política y su capacidad de generar cambios en la realidad de los pueblos indígenas en el Perú. Es por ello que Riccardo Guastini precisa que una de las condiciones para la "constitucionalización" del ordenamiento jurídico es la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas[55]. Esto implica que las relaciones políticas y los conflictos políticos sean resueltos a través de los mecanismos previstos en la Constitución, que hagan de la Constitución ese conjunto de reglas mínimas que deben orientar el ejercicio del poder.

15. La obligación del Estado de remover obstáculos que impiden la vigencia de los derechos constitucionales

Resulta indispensable que el Estado cumpla con su obligación de remover obstáculos legales que en este caso impiden la vigencia de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas. En efecto, la falta de adecuación del ordenamiento jurídico al Convenio 169 de la OIT y a los estándares internacionales de los derechos de los pueblos indígenas, impide la aplicación a las comunidades campesinas y nativas del Convenio 169 de la OIT. Esto implica dejar en la indefensión a estos colectivos, fuera de la protección que este instrumento internacional proporciona.

El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación del Estado de "*adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"*. Esta norma establece en consecuencia la obligación del Estado de remover los obstáculos legales y fácticos que impiden el ejercicio de los derechos humanos.

Ello le impone al Estado la obligación de adecuar y compatibilizar el ordenamiento jurídico nacional al Convenio 169 de la OIT y a su desarrollo jurisprudencial por el TC y la Corte IDH. Este pedido de adecuación ha sido formulado incluso por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en el Informe 2010. Este ha instado al Gobierno peruano *"a que adopte las medidas*

[55] GUASTINI, Riccardo."La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano". En: CARBONELL, Miguel (editor).Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 57.

necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2º, 6º, 7º y 15º del Convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional".

En definitiva, el Estado tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales, en palabras de la Corte IDH en sus más emblemáticas sentencias, el Estado tiene la obligación de *"(...) organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"*[56]. En el presente caso estamos ante una violación por comisión. Añade que *"La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"*[57].

16. ¿Debe el TC resolver los casos tomando únicamente en cuenta las consecuencias de sus decisiones?[58]

Este es el dilema que el TC debe plantearse al resolver sobre un caso de adjudicación de lote petrolero no consultado. En otras palabras, cuál es el peso y la importancia que se le debe atribuir a las consecuencias de las decisiones. El tema de fondo es acerca del criterio que debe tenerse en cuenta al realizar el control constitucional de decisiones económicas. En otras palabras, debe examinarse, si solo se atiende el marco normativo constitucional al momento de resolver, o se resuelve en función de las consecuencias de la decisión, es decir, el impacto de esta decisión en el presupuesto. En la mayoría de los casos, lo que está detrás no es otra cosa que la vigencia de los derechos sociales. El punto central es analizar la constitucionalidad del argumento consecuencialista, es decir, del argumento que exige mirar y decidir en función de las consecuencias de las decisiones.

[56] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166.
[57] Ibídem, párrafo 167.

[58] Ver: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=908.

El criterio consecuencialista que no es otro que el criterio utilitarista, si bien es un criterio que debe ser tomado en cuenta, no puede ser el único criterio en virtud del cual se adopten decisiones en un Estado Constitucional, más aún si se tiene que decidir sobre derechos fundamentales, que tienen una intensa carga axiológica, pues pueden conducir a consecuencias reprochables jurídica y éticamente. Si solo nos guiáramos por la lógica consecuencialista, habría que ordenar por ejemplo, la tortura de un detenido, en razón de que de esa manera la policía puede desarticular una peligrosa banda de secuestradores, pues el sufrimiento que hubieran podido ocasionar esos delincuentes compensa el dolor ocasionado por el Estado al detenido[59]. Esta solución resulta absolutamente incompatible con los derechos humanos y con la dignidad humana.

Siguiendo a Uprimny, *"una rama judicial puramente consecuencialista deja de ser una administración de justicia centrada en la protección de derechos y en la aplicación de las normas, para convertirse en un órgano exclusivamente político, que para decidir evalúa y clasifica intereses conforme a valoraciones subjetivas". Añade que para evitar esta "disolución del sistema jurídico, la democracia postula que los jueces deben decidir basándose en las pautas normativas del ordenamiento jurídico, pues ésa es la única manera en que se logra una cierta seguridad jurídica"*[60]. En definitiva, es el propio juez el que debe decidir conforme a derecho y no en función de las consecuencias sobre los efectos de sus decisiones. Esto obviamente, no excluye cierta valoración de esos efectos, pero ésta no puede convertirse en el elemento decisivo en la solución de las controversias judiciales.

Resultan relevantes las palabras del Tribunal Europeo de Justicia, en la sentencia del 15 de diciembre de 1995, cuando rechazó la solicitud de una de las partes en el proceso, que había pedido que no se tomara una determinada decisión por los graves efectos económicos que tendría. Dijo entonces ese tribunal que *"las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente"*, pero que *"no puede llegarse hasta el punto de distorsionar la objetividad del Derecho y poner en peligro su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial. Como máximo, tales repercusiones podrían ser tenidas en cuenta para decidir, en su caso, si procede, con carácter excepcional, limitar los efectos de una sentencia en el tiempo"*[61].

[59] Seguimos los argumentos desarrollados por Rodrigo Uprimny, Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía, en: ¿Justicia para todos? Sistema Judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Grupo editorial Norma, Bogotá, 2006, págs. 168 y sgts.

[60] Ibídem.

[61] Ibídem.

Ante esta situación Uprimny propone diferenciar entre un análisis *"sensible a las consecuencias"* y un razonamiento *"totalmente consecuencialista"*. Señala que *"uno de los retos más difíciles e interesantes de una buena dogmatica constitucional es incorporar esa dimensión consecuencial, a fin de construir argumentaciones sensibles a las consecuencias, sin que el derecho se disuelva en un puro cálculo programático de los eventuales efectos financieros y sociales de las sentencias"*[62].

El criterio consecuencialista, fue recogido a nivel nacional en materia tributaria en el artículo 81 del Código Procesal Constitucional[63] y luego ha sido ampliado a otros campos. Según el TC, *"este tiene la potestad de modular, procesalmente, el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales, en general, y en el proceso de amparo, en particular"* (STC Nº 05033-2006-AA/TC, fundamento 62) Asimismo, en el caso materia de análisis, el TC sostiene que el requisito establecido en la sentencia 0168-2005-PC/TC, como requisito para la procedencia de todo proceso de cumplimiento, de estar ante un mandato incondicional, no se aplica al caso cuando este dependa de una habilitación presupuestaria.

Un cuestionamiento final es el que pueden formular algunos sectores, quienes ven en el control constitucional una fuente de inseguridad jurídica. Habría que preguntarnos inseguridad jurídica para quién. La anulación de un acto administrativo o normativo por parte del juez constitucional, quiere precisamente asegurar y proteger la seguridad jurídica de los ciudadanos en sus derechos frente a las violaciones de éstos por parte del poder político. El control constitucional de las decisiones económicas y su control por un tribunal independiente, justamente intenta ser un mecanismo para lograr una cierta seguridad jurídica frente a la "volubilidad y variabilidad de criterios de los órganos políticos"[64].

Ciertamente, el control constitucional de decisiones económicas tiene siempre sus riesgos y sus cuestionamientos[65], pues en manos de malos jueces puede ocasionar consecuencias funestas. Algunos por ejemplo, cuestionan la idoneidad técnica de los jueces constitucionales en este campo, y temen que esta produzca malas políticas económicas. Otros cuestionan, la supuesta generosidad de los jueces, en la medida en que no tienen en cuenta, las restricciones presupuestales, ya que no les corresponde a

[62] Ibídem, pág. 170.
[63] "Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo".
[64] Ibídem, pág. 193.
[65] Ibídem, págs. 147 y sgts.

ellos cobrar los impuestos y hacer malabares para que el presupuesto alcance a todos los sectores. Para otros, la materia tributaria y presupuestal es tarea de las mayorías representadas en el Congreso, el cual ha sido elegido, y no en jueces a quienes nadie ha elegido, razón por la cual, temen que estos últimos terminen imponiendo su filosofía económica a las mayorías. Para otros, la anulación de ciertas decisiones económicas, sería incompatible con un modelo plural económico contenido en la Constitución, imponiéndose una sola concepción y modelo económico. Otro argumento, es que la intervención de los jueces pone en peligro la certeza y la seguridad en el tráfico comercial y en los contratos, debido a que en determinadas circunstancias, las leyes podrían ser anuladas. Finalmente, un último argumento, es que esta intromisión de los jueces, puede terminar erosionando la participación ciudadana, en la medida en que se entienda que el litigio constitucional, puede terminar sustituyendo la participación democrática y la movilización ciudadana.

No hay espacio para examinar cada uno de estos cuestionamientos, solo queremos referirnos al que cuestiona la falta de experticia de los jueces en materia económica, pues es quizá uno de los más recurrentes. ¿Son los jueces incompetentes para conocer materia económica? Para Uprimny[66], *"si se acepta que un juez puede decidir un homicidio basándose en un concepto médico; un asunto contractual a partir del peritaje arquitectónico o químico, o una discusión sobre derechos de las comunidades indígenas, tomando en cuenta análisis antropológicos"*; en tal sentido, este autor se pregunta: ¿por qué no podrá pronunciarse sobre un asunto financiero o sobre una política macro económica? ¿Cuál es la especial dificultad de la ciencia económica frente a otras disciplinas, igualmente complejas, como la medicina, la ingeniería o la antropología?

El control constitucional de las decisiones económicas, tiene una especial conexión con el concepto de Estado Social, el cual cobra sentido, en un país como el nuestro, con profundas desigualdades sociales, económicas y políticas, y donde la actuación del Estado a través de la inversión de recursos del presupuesto, se hace necesario, para enfrentar la situación de pobreza y pobreza extrema de peruanos. Ciertamente, esto no puede hacerse violando los principios constitucionales presupuestales, pues, el Estado no puede ser indiferente al tema de la pobreza. El reconocimiento del Estado social realizado por nuestra Constitución no es irrelevante al momento de realizar el control constitucional de la actividad económica. El artículo 43 de la Constitución reconoce que el Estado peruano es "social y democrático de derecho". A su vez, el artículo 58 de la misma, precisa que la "iniciativa privada es libre" y que se "ejerce en una economía social de mercado". Habría que agregar el artículo 59 de la Carta Política, que precisa

[66] Ibídem, págs. 158 y sgts.

que "El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad". Este último consagra el principio del favorecimiento de sectores excluidos, sustentando la adopción de medidas típicas de discriminación positiva, la cual a su vez, tiene estrecha relación con el principio de igualdad sustancial, desarrollado por un sector de la doctrina.

En conclusión, preservar el control constitucional sobre decisiones económicas es defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, los cuales tienen su fundamento en la dignidad humana, y su realización es esencial para la paz social, para asegurar la gobernabilidad y la democracia, en un país como el nuestro con profundas e intolerables desigualdades.

17. La necesidad pública vs los derechos de los pueblos indígenas[67]

Uno de los argumentos que suele utilizarse para evadir y escapar de las obligaciones que la Constitución y el ordenamiento jurídico establece, especialmente en la obligación de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, es la invocación casi mágica a conceptos como utilidad pública, necesidad pública, interés público, interés nacional. Quizá el mejor ejemplo sea el artículo V del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 014-92-EM según el cual *"La industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en su actividad es de interés nacional"*. Otro buen ejemplo es el artículo 70 de la Constitución, la cual luego de reconocer que el derecho de propiedad es inviolable precisa que *"a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública"*.

Este tema es relevante para los pueblos indígenas, en un contexto donde el gobierno apoya el crecimiento acelerado de las actividades extractivas, en territorios de los pueblos indígenas, con prescindencia de su obligación de proteger el derecho de estos, sin consideración de la conflictividad que ello genera en las actuales circunstancias. Hace falta precisar qué cosa es la necesidad o el interés público. *¿Dónde está el problema?*

El problema está en que como consecuencia de su absoluta indeterminación y hasta de confusión de estos conceptos, esta puede servir para justificar abusivas injerencias, limitaciones y hasta violaciones de los derechos de los pueblos indígenas. Urge entonces una definición conceptual o de contenido de estos conceptos tan alegremente utilizados

[67] Ver: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=807.

por el poder. No estamos especulando. Esto fue precisamente lo que sucedió en Puno y fue en parte el desencadenante de los conflictos que asolaron el año pasado esa región. En efecto, el Gobierno declaró a través del Decreto Supremo Nº 083-2007-EM, que la actividad de la empresa canadiense Bear Creek Mining Company era de "necesidad pública", con la finalidad de saltarse la prohibición del artículo 71º de la Constitución, que prohibía "*dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer […] minas"*. Sustenta su pedido el mencionado D.S. en que *"Dado que el interés en establecer la titularidad del derecho minero solicitado trasciende el interés privado, incidiendo de manera importante en el interés de la comunidad, toda vez que mediante dicha excepción se trata de lograr el desarrollo de las zonas de frontera, con el consiguiente aumento del nivel de vida en las zonas de incidencia de las actividades mineras descritas"*. En definitiva no hay un análisis concreto en cómo se beneficiaría a las zonas de frontera.

¿Estamos ante zonas de ejercicio del poder inmunes al control democrático? En otras palabras, *¿Son revisables y pasibles de control constitucional la aplicación de estas conceptos jurídicos? ¿Qué tan discrecional es la facultad del Estado para fijar los contenidos de estos conceptos?* Siguiendo a García de Enterría[68], *la utilidad pública* –similares a conceptos como *necesidad pública, interés público, interés nacional*- son lo que se denomina en teoría de derecho público "conceptos jurídicos indeterminados".

Lo peculiar de ellos es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una; o se da o no se da el concepto o hay utilidad pública o no la hay. No estamos ante las denominadas *"potestades reglamentarias"*, caracterizadas por una pluralidad de soluciones justas posibles. En este último caso, cualquiera de las soluciones, alternativamente, es igualmente justa precisamente porque existe una libertad de decisión. Este no es el caso de la *necesidad pública*.

En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados como lo es el de la *necesidad pública*, la ley no nos da la solución concreta de cada caso, ésta debe buscarse acudiendo a criterios de valor o experiencia valorados jurídicamente. El proceso de constatación de si un concepto jurídico se cumple o no, no puede ser un proceso discrecional o de libertad de decisión, sino un proceso de juicio y de estimación, debidamente motivados. En él deben evaluarse por una parte las circunstancias reales que han de calificarse y por otra el sentido jurídico preciso que la ley le ha asignado.

[68] Eduardo García de Enterría, Democracia, Ley e inmunidades del poder, Palestra, Lima, 2004, pág. 44.

Resulta indispensable fijar requisitos para una correcta aplicación de estos principios, a efectos de una correcta aplicación, a efectos de evitar que se menoscaben los derechos y libertades públicas en general, y los derechos de los pueblos indígenas en concreto. Para ello habrá de analizarse con mucho cuidado la motivación de estas decisiones. Debe atender el sentido real del concepto jurídico, es decir debe haber una real *utilidad pública, necesidad pública, interés público, interés nacional*. Y lo público no solo es interés del Gobierno sino interés de todos los peruanos, de toda la comunidad. Avendaño señala por ejemplo en relación con la expropiación de la propiedad, que la necesidad pública alude a lo que es indispensable, a lo que el interés público requiere, como por ejemplo, la construcción de un hospital[69]. En la misma materia, para César Ochoa el concepto *necesidad pública tiene como objetivo lograr un determinado fin esencial de la comunidad*[70].

En segundo lugar, debe analizarse y de demostrarse en el caso real cómo se concreta la necesidad pública. No basta la simple invocación a estos conceptos. En el caso de la minera canadiense se debió demostrar en qué medida esta actividad traía beneficios.

En tercer lugar deberá respetarse los derechos fundamentales en todo momento y en caso de colisión entre el bien jurídico que la invocación a la necesidad pública intenta materializar y derechos de pueblos indígenas posiblemente afectados, deberá recurrirse al principio de proporcionalidad. Según este, las medidas estatales que invocan la necesidad pública en caso que ellas limiten o afecten los derechos de los pueblos indígenas, para ser constitucionales y legítimas deben cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad, es decir deben deberán representar una limitación o afectación idónea, necesaria y proporcional. Es evidente, que los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial de la *necesidad pública*. De esa manera se podrá poner coto a la desnaturalización de este tipo de institucionales jurídicas (conceptos jurídicos indeterminados). Solo de esta manera podemos hablar de una utilización "constitucional" de los conceptos jurídicos indeterminados.

[69] Jorge Avendaño, Derecho de propiedad. Expropiación, en: La Constitución Comentada. Artículo por artículo, Gaceta Jurídica, Lima, pág. 945.

[70] César Ochoa Cardich, Economía Social de Mercado en la Constitución Política del Perú y su incidencia en los derechos reales, pág. 9.

18. La necesidad de adecuar y compatibilizar el ordenamiento jurídico nacional al Convenio 169 de la OIT y a su desarrollo jurisprudencial por el TC y la Corte IDH

Pero, no solo basta con adecuar el Reglamento de Consulta al Convenio 169 de la OIT. Es necesario adecuar todo el ordenamiento jurídico, susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas, a este cuerpo de derechos, desarrollado en el Convenio 169 de la OIT, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia de la Corte IDH. En otras palabras, el gran desafío es "convencionalizar" el ordenamiento jurídico nacional.

Este pedido de adecuación ha sido formulado incluso por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en el Informe 2010. Este ha instado al Gobierno peruano *"a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2º, 6º, 7º y 15º del Convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional"*.

Si bien el debate en torno a la naturaleza jurídica vinculante del Convenio 169 de la OIT ha sido zanjado y superado, reconociéndose que este es de rango constitucional y de cumplimiento obligatorio; para la gran mayoría de los operadores del sistema de justicia y para la generalidad de los peruanos, el Convenio 169 de la OIT no existe o sigue siendo una norma política que contiene aspiraciones. Sin embargo, no es concebido como una norma con efecto vinculante y exigible en las instancias jurisdiccionales.

Hay que hacer lo mismo que Manuel Aragón propone en relación con la Constitución. Este precisa que es necesario impulsar un proceso de "constitucionalización de la cultura jurídica"[71]. Para Aragón, una cultura jurídica que esté mucho más apegada a la interpretación de la ley que de la Constitución, o, mejor dicho, a los modos de interpretación "legal" que a los de interpretación "constitucional", que conciba los derechos más como derechos legales que como derechos fundamentales o constitucionales; en definitiva, una cultura jurídica "legalista" y no "constitucionalista" es difícilmente compatible con la existencia de una Constitución democrática, esto es, de una Constitución auténtica[72], y agregaríamos nosotros con una Constitución entendida como norma jurídica vinculante.

[71] ARAGÓN REYES, Manuel. "La Constitución como paradigma". En: AA.VV. El significado actual de la Constitución. México D.F., UNAM, 1998, p. 29.
[72] Ibídem.

Esto se aplica al Convenio 169 de la OIT y a las demás fuentes de rango constitucional que reconocen los derechos de los pueblos indígenas.

No se trata de una reflexión académica sin consecuencias prácticas. Todo lo contario, aquí se juega la fuerza política y su capacidad de generar cambios en la realidad de los pueblos indígenas en el Perú. Es por ello que Riccardo Guastini precisa que una de las condiciones para la "constitucionalización" del ordenamiento jurídico es la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas[73]. Esto implica que las relaciones políticas y los conflictos políticos sean resueltos a través de los mecanismos previstos en la Constitución, que hagan de la Constitución ese conjunto de reglas mínimas que deben orientar el ejercicio del poder.

19. ¿Cómo sacarle la vuelta al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas? ¿El derecho civil vs el derecho constitucional?[74]

Como dicen los abogados en el Perú, "las normas se acatan pero no se cumplen". Esa parece ser la suerte del derecho a la consulta previa de prosperar la Quinta Disposición Complementaria y Final[75] del proyecto de reglamento del derecho a la consulta, presentado por el Viceministerio de Interculturalidad[76]. Dicha norma consagra el acuerdo previo, el cual constituye una forma "legal" de saltearse la obligación de consultar con los pueblos indígenas.

Esta norma convalida e intenta dar cobertura normativa en la práctica a las compraventas que algunas empresas hacen de las tierras de las comunidades campesinas y nativas (pueblos indígenas), no pocas veces a precios ínfimos, con la finalidad de evitarse la obligación de realizar el proceso de consulta, lo que está ocurriendo principalmente en la sierra y con concesiones mineras. No en vano muchos estudios de abogados recomiendan a las empresas mineras que patrocinan, que compren las tierras de las comunidades campesinas en cuyo territorio realizarán su actividad minera.

---

[73] GUASTINI, Riccardo. "La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano". En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 57.

[74] Ver: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=718.

[75] "QUINTA.- Acuerdo Previo
El proceso de consulta es independiente, y complementario, de la obligación prevista en el artículo 7° de la Ley N° 26505, Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, modificado por la Ley N° 26570".

[76] Esta tesis fue sostenida de manera entusiasta por el actual Viceministro de Interculturalidad, en una entrevista que dio al diario El Comercio el día

Es evidente que las empresas mineras no están utilizando la figura de la servidumbre minera regulada por el artículo 7 de la Ley Nº 26505[77] y su reglamento (D.S. Nº 017-96-AG). Según el mencionado artículo, *"La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley"*. La mejor prueba de ello está en que son poquísimas las servidumbres mineras registradas en el Ministerio de Energía y Minas.

¿Por qué la figura del "acuerdo previo" es inconstitucional? Porque desconoce la especial protección que el ordenamiento constitucional e internacional le brinda al derecho al territorio de los pueblos indígenas. El fundamento de ello es la especial importancia que la tierra y el territorio tienen para los pueblos indígenas. Eso lo dice por ejemplo el artículo 13.1 del Convenio 169 de la OIT: "Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna u otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación". En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado en jurisprudencia vinculante que "la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras [...]La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural"[78].

En otra oportunidad la Corte IDH precisó que "entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión

[77] Esta norma fue derogada por el Decreto Legislativo 1064 y restituido por la Ley 29376.
[78] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párrafos 124 y 135.

y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"[79].

La consecuencia de ello la reseña muy bien Bartolomé Clavero[80]. Él señala que: "El derecho territorial indígena no es así sólo un derecho de orden civil derivado de un código o de una mera ley, sino también, como derecho humano, un derecho de alcance constitucional o, dicho mejor, preconstitucional, un derecho al que, como a todos los derechos humanos, la Constitución del Estado y el Estado mismo se deben. El derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios no depende de la Constitución ni de ley, de poder constituyente ni de poder constituido, sino que les precede". Añade que: "Hay con todo esto una "relación especial de los pueblos indígenas y sus territorios", algo que no cabe reducirse al simple derecho de propiedad de cualquier titular privado por muy derecho humano que éste también se califique"[81].No se trata de una opinión académica. El Tribunal Constitucional ha acogido en buena medida esta tesis en la sentencia recaída en el Exp. Nº 00022-2009-PI. En el fundamento 52 de esta precisa que "cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales". No son los únicos que se han pronunciado en ese sentido. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su último y destacado informe sobre el derecho al territorio y a los recursos naturales[82], ha desarrollado el amplio contenido específico del derecho de propiedad al territorio y, sobre todo, cómo la falta de protección de este derecho constituye un obstáculo para el goce efectivo de otros derechos de los pueblos indígenas.

La conclusión es evidente en razón de esta especial importancia que la tierra tiene para los pueblos indígenas. La figura del "acuerdo previo" es inconstitucional, al desproteger dicho derecho de rango constitucional, como consecuencia de su tratamiento como un derecho civil más. Esta falta de adecuación del "acuerdo previo" a las normas que establecen la especial protección del derecho a la propiedad genera un vicio de nulidad que acarrea su invalidez. El sustento jurídico de ello es que los derechos constitucionales y los que provienen del derecho internacional de los derechos humanos que tienen rango constitucional son criterios de validez material de la actividad legislativa del

[79] Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrafo 149.

[80] Ver Ver http://clavero.derechosindigenas.org/?p=10554.

[81] Ibídem.

[82] CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Puede ser revisado en: http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf

poder político y de la libertad contractual de las empresas cuando compran las tierras de los pueblos indígenas[83]. Urge, en consecuencia, adecuar esta figura del acuerdo previo al Convenio 169 de la OIT y a su desarrollo jurisprudencial. El empleo de la figura del acuerdo previo, es decir, del ejercicio del derecho a la libertad contractual y a la autonomía privada para vaciar de contenido el derecho al territorio de los pueblos indígenas, constituye un "abuso del derecho" reconocido en el artículo 103º de la Constitución Política.

En esa línea, estimamos insuficiente la protección que el ordenamiento jurídico constitucional y legal brinda al derecho de propiedad de los pueblos indígenas. Ella resulta absolutamente incompatible con la obligación de los Estados de proteger dicho territorio y la relación establecida entre los pueblos indígenas o tribales y sus tierras o recursos naturales, como medio para permitir el ejercicio de su vida espiritual, regla jurídica vinculante que ha sido reiteradamente sostenida y reafirmada por la Corte IDH[84].Es decir, no basta la exigencia de que solo sea 2/3 de la asamblea de las comunidades campesinas y nativas la que pueda tomar la decisión de disponer del territorio y lo señalado en el artículo 89 de la Constitución, cuando precisa que *"La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior"*. Lo que sí resultaba compatible con la exigencia del Convenio 169 de la OIT es la protección que brindaba el artículo 163º de la anterior Constitución de 1979, que establecía que las tierras de las comunidades campesinas y nativas eran *inembargables, imprescriptibles e inalienables*[85].

---

[83] Retomamos algunas ideas desarrolladas en nuestro artículo "¿Son válidas las compras que las empresas mineras hacen de las tierras de comunidades campesinas a precios ínfimos?". Revisarlo: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=701

[84] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 131, 135, 137. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118, 121. Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(j). CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaxa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 113(a).

[85] "Artículo 163.Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el

En el peor de los casos, en caso de admitirse la posibilidad de que las comunidades campesinas y nativas puedan vender sus tierras, tal como lo permite nuestra Constitución, debería de asegurarse que las comunidades campesinas y nativas tengan información relevante sobre el valor de sus tierras y de los recursos minerales que ella esconde. De igual manera, deberían de tener información sobre la rentabilidad que la explotación de los minerales que hay en ellas generará en el mercado. Asimismo, se deberá garantizar que ellas tengan realmente la capacidad y la libertad de negociar los términos de la compraventa o la disposición de ellas, a efectos de evitar que las empresas se aprovechen de su extrema pobreza y necesidad, de su desconocimiento del sistema jurídico nacional, tal como viene ocurriendo en la actualidad. Sobre la invalidez de estas compraventas ya nos hemos pronunciado[86].

En realidad todo esto está poniendo en evidencia un problema mayor, y que debe ser rápidamente corregido, y es que seguimos viendo los derechos de los pueblos indígenas, que son derechos de naturaleza constitucional, con categorías del derecho civil y privado, las cuales no solo desnaturalizan y desfiguran los derechos de los pueblos indígenas, sino que en los hechos desprotegen y dejan en la indefensión a estos. Se está interpretando normas que afectan a los pueblos indígenas de espaldas al cuerpo jurídico de normas de rango constitucional que desarrollan sus derechos (Convenio 169 de la OIT y su desarrollo jurisprudencial por la Corte IDH).Estamos ante una visión que Néstor Sagüés llamaría esencialmente "jusprivatista" del mundo jurídico, que identifica "derecho" con el Derecho Civil. Según este, el Derecho Constitucional se perfila, no obstante su vocación de supremacía sobre el resto del aparato jurídico, como un "derecho débil", a menudo vapuleado por el poder político[87]. No son pocos los juristas que en nuestras facultades de derecho procuran mostrar al derecho privado como derecho "mejor", en el sentido edénico de derecho "neutral", "puro", no contaminado políticamente, como sería el caso del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como del propio derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. Siguiendo a Sagüés, se tiende a "abordar y a razonar jurídicamente con la mentalidad civilista con la que cotidianamente opera. Por una especie de casi insalvable deformación profesional". Es normal que se "capte al derecho constitucional con los criterios, los enfoques y hábitos mentales, los valores, la metodología, las soluciones

acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad".

[86] Retomamos algunas ideas desarrolladas en nuestro artículo "¿Son válidas las compras que las empresas mineras hacen de las tierras de comunidades campesinas a precios ínfimos?". Revisarlo: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=701.

[87] SAGÜÉS, Néstor."Del juez legal al juez constitucional".En: Revista Estado Constitucional, Año 1, Número 1. Lima, Abril 2011, p. 26.

y el discurso propio de la especialidad en la que ha sido formado y con la que convive diariamente, vale decir, el derecho civil"[88].

Todo ello ocasiona una interpretación "legalista" de la Constitución, que solo genera indefensión para los derechos de los pueblos indígenas. Para estos abogados, la Constitución y el Convenio 169 de la OIT son básicamente un fenómeno extranormativo, un "instrumento de gobierno" entendido como una suerte de herramienta para el manejo del poder, no para regular jurídica y cotidianamente la vida de los habitantes. El principio de supremacía constitucional exige que las normas legales y reglamentarias se adecúen a las normas que desarrollan los derechos de los pueblos indígenas. Esto es muy importante y tiene enormes consecuencias para la suerte de los pueblos indígenas. Como dice Sagüés, "el derecho positivo subconstitucional no es un derecho independiente de la Constitución, sino dependiente de ella. Un derecho subconstitucional ajeno a la Constitución, o separado de la misma, es, prima facie, un derecho inconstitucional, tal como lo es un derecho violador de la Constitución"[89]. (Juan Carlos Ruiz Molleda).

20. ¿Son válidas las compras que las empresas mineras hacen de las tierras de comunidades campesinas a precios ínfimos?[90]

Esta es una pregunta que cada vez más líderes de comunidades campesinas de Cusco y Puno se hacen, lo que luego trae como consecuencia otra pregunta igual de inquietante: ¿estás compras son jurídicamente válidas?

De acuerdo a la información que hemos obtenido, las empresas mineras no están utilizando las figuras legales del acuerdo previo y la servidumbre minera regulado por el artículo 7 de la Ley 26505[91] y su reglamento (D.S. Nº 017-96-AG), porque antes que ponerse de acuerdo con las comunidades campesinas para establecer un derecho de paso, las empresas prefieren comprar las tierras para evitar futuros problemas y, en estos casos, los precios son irrisorios[92]. Sobre esto, planteamos un análisis de la cuestión.

Criterios de validez. Tres son los criterios que se deben utilizar para evaluar la validez de estas compraventas de tierras: 1) si el derecho de propiedad de los pueblos

[88] Ibídem.
[89] Ibídem, p. 29.
[90] Ver: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=701.
[91] Esta norma fue derogada por el Decreto Legislativo 1064 y restituido por la Ley 29376.
[92] Ciertamente, deben hacerlo a la comunidad campesina, porque es ella la titular del derecho de propiedad, no a los campesinos en forma individual, pues ellos son poseedores o usufructuarios del derecho de propiedad. La ficha registral está a nombre de la comunidad campesina.

indígenas[93] es homologable al derecho civil de libre disposición; 2) si estos contratos violan derechos fundamentales en general; y 3) si hay una manifiesta equivalencia de las prestaciones y obligaciones con el precio pagado.

Sobre el primer punto, debemos preguntarnos si tiene el derecho de propiedad de los pueblos indígenas una "protección especial" respecto al derecho de propiedad general contenido en el Código Civil. La respuesta es afirmativa. La importancia y el papel de la tierra y el territorio para la vida y la subsistencia de los pueblos indígenas, exige al Estado y al ordenamiento jurídico una protección especial en atención a los bienes jurídicos comprometidos y cuya protección está por encima de la libertad contractual (por ejemplo, el Estado tiene la obligación de proteger el pluralismo cultural en virtud del art. 2.19 de la CP).

En efecto, el derecho de propiedad está indisolublemente ligado a otros derechos de los pueblos indígenas de rango constitucional. Nos referimos al derecho a la libre determinación, a la identidad e integridad cultural, al derecho al territorio, a los recursos naturales, etc. Es decir, el derecho de propiedad sobre la tierra de los pueblos indígenas, es condición para la vigencia de los otros derechos de los pueblos indígenas.

Por tal motivo, creemos que existe la necesidad de adecuar nuestra legislación civil al concepto de propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus territorios desarrollado por la Corte IDH[94] y quizá se debería comenzar por revisar la legislación sobre servidumbres mineras antes mencionada. Incluso el propio TC ha reconocido esto en su jurisprudencia, cuando precisó que *"cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales"* (STC 000222009-PI, f. j. 52). Esta especial protección se concreta cuando el artículo 89 de la Constitución precisa que "La propiedad de la tierra es imprescriptible". También se concreta cuando se exige que para la venta de tierras de las comunidades campesinas, el voto conforme de dos tercios de los comuneros calificados de una comunidad[95].

[93] Siempre que las comunidades campesinas reúnan los requisitos del art. 1 del Convenio 169 de la OIT y puedan ser consideradas pueblos indígenas.

[94] Ver la sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua por ejemplo.

[95] En ese mismo sentido se pronuncia Bartolomé Clavero en su blog. Ver http://clavero.derechosindigenas.org/?p=10554. Según este ""El derecho territorial indígena no es así sólo un derecho de orden civil derivado de un código o de una mera ley, sino también, como derecho humano, un derecho de alcance constitucional o, dicho mejor, preconstitucional, un derecho al que, como a todos los derechos humanos, la Constitución del Estado y el Estado mismo se deben. El derecho de propiedad de

Un segundo elemento de evaluación tiene que ver con los límites que los derechos fundamentales le imponen a la libertad contractual. En otras palabras, los derechos fundamentales son condición material de validez de los contratos y acuerdos[96] y esto implica que la inobservancia de tales derechos constituye un vicio material que trae consigo su invalidez[97]. Para Mijail Mendoza el fundamento está en que los derechos fundamentales representan en su dimensión objetiva, principios objetivos del ordenamiento jurídico y de la sociedad y, por otra parte, constituyen manifestación de la dignidad humana (dimensión subjetiva). La consecuencia de ello es que son irrenunciables, con la sola excepción del derecho de propiedad[98]. Piénsese por ejemplo en una reparación irrisoria por afectación del derecho a la vida, a la salud o al medio ambiente. Si el monto acordado representa un monto simbólico, se estará ante una afectación del derecho sustantivo[99].

El tercer elemento es la evaluación de si el contenido del contrato o acuerdo es manifiestamente irrazonable o injusto. Siguiendo a Mendoza, los contratos en general, y los contratos de compraventa de propiedad deben ser razonables y proporcionales, lo cual implica que estos sean "justos". El carácter "sinalagmático" del contrato, es decir, la equivalencia de las prestaciones, constituye un elemento consustancial a su validez, y por ello un presupuesto material de su validez. El presupuesto de validez de

los pueblos indígenas sobre sus territorios no depende de Constitución ni de ley, de poder constituyente ni de poder constituido, sino que les precede". Agrega Clavero que "No sólo se trata de que los pueblos indígenas tengan derecho de propiedad sobre sus territorios, porque tienen otros, incluso más fundamentales, que afectan igualmente a los mismos, a los territorios, por la fuerte vinculación que suponen entre pueblo y tierra. Existen como derechos suyos, de los pueblos indígenas, de un alcance igualmente colectivo derechos como el derecho a la vida, el derecho a la integridad y el derecho a la cultura, a una vida, a una integridad y a una cultura, las propias como pueblos, que es difícil, si no imposible, que se sostengan sin la base de la propia tierra. Hay con todo esto una "relación especial de los pueblos indígenas y sus territorios", algo que no cabe reducirse al simple derecho de propiedad de cualquier titular privado por muy derecho humano que éste también se califique".

[96] Véase Mendoza Escalante, Mijail. Derechos Fundamentales y derecho privado, Lima: Grijley, 2009, p. 102.

[97] Ibídem, p. 118.

[98] Esto ha sido reconocido por el propio TC: "La libertad de contrato constituye un derecho fundamental, sin embargo, como todo derecho tal libertad encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Desde tal perspectiva, resulta un argumento insustentable que lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales. En consecuencia, debe examinarse si la estipulación analizada constituye además una "irrazonable autor restricción" de determinados derechos constitucionales" (STC Nº 06534-2006-AA, f.j. 6). Ver también las STC 0858-2003-AA (f.j. 22 y 23).

[99] Mijail Mendoza, ob. cit., p. 122.

un convenio o contrato no solo es que haya sido acordado libremente por las partes, sino que también su contenido no sea manifiestamente injusto. La consecuencia es que si en un contrato de compraventa, "el monto o cuantificación económica resulta manifiestamente desproporcional e irrazonable, ello permite afirmar que se está ante una afectación del derecho de propiedad"[100].

Sobre esto, Mendoza hace una precisión oportuna. Señala que no se exige en sentido "positivo" que el contenido del contrato sea "justo", pues esto sería contrario al contenido de este derecho que es una libertad, sino en sentido negativo, que el contenido no sea manifiestamente injusto. Tal precisión resulta indispensable a efectos de evitar una intervención ilegítima en la libertad contractual y en la libertad de celebrar todo tipo de acuerdo"[101].

Lo que se deberá de analizar es la "desproporción" o la "irrazonabilidad" entre el precio pagado por las tierras y el verdadero valor comercial de estas tierras. Los contratos en general, y los contratos de compraventa de propiedad deben ser, según Mijail Mendoza, razonables y proporcionales, lo cual implica que estos sean justos. El carácter bilateral del contrato constituye un elemento consustancial a su validez, y por ello un presupuesto material de su validez. La consecuencia es que si en un contrato de compraventa, *"el monto o cuantificación económica resulta manifiestamente desproporcional e irrazonable, ello permite afirmar que se está ante una afectación del derecho de propiedad"*. Sobre el particular, el TC ha dicho en la sentencia 0858-2003-AA que *"dado que se presentan relaciones contractuales en las que es patente la existencia de una heteronomía, esto es, una pérdida efectiva de autonomía privada por una de las partes, los derechos fundamentales, en su dimensión institucional y como sistema de valores materiales del ordenamiento, pueden y deben servir de fundamento para defenderse contra las consecuencias del propio hacer, es decir, que pueden lícitamente invocarse en la protección frente a sí mismos"* (f.j. 23).

Análisis del caso. En teoría todos los ciudadanos podemos en ejercicio de la autonomía privada y de la libertad contractual celebrar contratos y acuerdos. Sin embargo, eso no es lo que está ocurriendo. Las empresas, aprovechando la situación de miseria y el desconocimiento que las comunidades campesinas tienen del verdadero valor comercial de sus tierras, pagan precios ínfimos por las mismas, que en otras condiciones no pagarían. Es decir, si esas comunidades supieran el verdadero valor de sus tierras por los recursos mineros y la renta que estos generarían, venderían a un precio mucho

[100] Ibídem, p. 123.
[101] Ibídem, p. 122.

mayor[102], pero al no tener la información necesaria, existe un aprovechamiento por parte de las empresas sobre esta situación y sobre la pobreza y la miseria en que viven estas comunidades, todo lo cual acarrea un vicio de nulidad respecto del contrato. Pero además, se trata del derecho de propiedad colectiva de las comunidades campesinas sobre sus territorios, el cual tiene una especial protección por parte del Estado como ya hemos expresado.

¿Qué hacer? La solución la plantea el propio TC. Ante esta situación *"recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido a consecuencia de una relación de desigualdad, y de proteger los derechos fundamentales como sistema material de valores"*. Esto trae como consecuencia, *"una labor garantista de los mismos órganos estatales frente a las restricciones de los derechos y libertades fundamentales aceptadas voluntariamente por la parte contratante más débil, es decir, en aquellos casos en los que los presupuestos funcionales de la autonomía privada no están suficientemente garantizados"*(STC Nº 0858-2003-AA, f. j. 23).

[102] Obviamente, cuando las empresas compran esas tierras, lo hacen muchas veces a través de terceros, y no les dicen a las comunidades nada acerca de los beneficios que generarán los recursos que hay debajo de sus territorios.

Capítulo 2.

Comentarios a la Ley Nº 29785 que desarrolla el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT[103]

Artículo 1. Objeto de la Ley.- La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253.

Análisis del artículo

Se trata de una norma general que presenta el objetivo de la ley y plantea las fuentes normativas que permitirán interpretar el contenido de las diferentes disposiciones. Varias reglas se pueden desprender de este artículo. La primera es que las normas de rango legal y reglamentario deben ser interpretadas de conformidad con las normas de rango constitucional. Esto puede sonar evidente para los abogados, pero en la realidad no lo es tanto, pues aún encontramos que las normas legales y reglamentarias que regulan las actividades del Ministerio de Energía y Minas no han sido adecuadas al Convenio 169 de la OIT a pesar de su superioridad jerárquica normativa.

En efecto, el ordenamiento jurídico debe ajustarse al Convenio 169 de la OIT. La validez de cada disposición de esta ley estará en función que se ajuste y que no desnaturalice el Convenio 169 de la OIT, de lo contrario, la disposición o norma de esta ley que la contradiga tendrá un problema de validez material. En otras palabras tendrá un vicio de nulidad de conformidad con el último párrafo del artículo 31 de la Constitución. Asimismo, si bien toda norma que reglamenta una ley debe ajustarse y no desnaturalizar esta, ello solo será en la medida en que la ley a su vez no contravenga o incumpla norma de rango constitucional. La norma reglamentaria también debe respetar las normas de rango constitucional de conformidad con el artículo 51 y el artículo 138 segundo párrafo de la Constitución. En caso de contradicción entre las normas del Convenio y las de

[103] La primera versión de esta parte fue elaborada con el apoyo de Luis Andrés Alva.

rango legal o reglamentario, prevalecerán las del Convenio 169 de la OIT en atención a su jerarquía jurídica, resultando nulas las de inferior jerarquía.

No se trata de separar las normas jurídicas de rango constitucional (que involucra a las normas del derecho internacional y las que tengan rango legal o reglamentario (infra legal) de las normas de rango legal o legislativo. Todas las normas, tengan rango o jerarquía constitucional, legal o reglamentario, forman parte de un solo ordenamiento jurídico, en consecuencia, deben ser interpretadas de forma armónica. No hay dos ordenamientos jurídicos, hay uno solo[104].

Nuestra principal crítica es que no se reconoce que el desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta realizado por el TC y por la Corte IDH es también fuente de derecho. La función pedagógica que las normas cumplen, exigía precisar esto en el texto. De lo contrario, una interpretación literal del artículo 1 por parte de operadores del derecho, que desconozca esta jurisprudencia podría dar pie a interpretaciones restrictivas. Quizá debió agregarse en el texto de la ley, que se interpreta de conformidad con el Convenio 169 de la OIT "y su desarrollo jurisprudencial por los órganos jurisdiccionales competentes". Habrá que interpretar que cuando se hace referencia al carácter vinculante del Convenio, también se hace tácitamente referencia a la interpretación de este Convenio por el TC y la Corte IDH, en la medida en que la interpretación de estos tribunales se "adhiere" a las disposiciones del mencionado instrumento de protección de los derechos de los pueblos indígenas, como luego veremos.

Asimismo, es necesario precisar que el derecho internacional de los derechos humanos, no tiene solo "fuerza interpretativa", como parece asignársele al Convenio 169 de la OIT y al DIDH, sino que tiene "fuerza normativa". Lo primero implica que el DIDH será utilizado para precisar el contenido de cada uno de los derechos fundamentales, para rellenar los vacios y las lagunas, lo segundo implica que el Convenio 169 de la OIT y el resto del DIDH constituyen verdaderos parámetros de validez de las normas de inferior jerarquía.

[104] Como señala Diego López, existe en la ideología jurídica presente en los operadores jurídicos, la idea de que "El Derecho Constitucional Público y el Derecho Común privado son sustancialmente diferentes. Los métodos interpretativos del derecho privado, su rigor intelectual, los temas de los que trata, los valores que protege, etc. están relativamente aislados de la crítica política proveniente del derecho constitucional". Añade que esta concepción olvida que el ordenamiento constitucional nacional y la doctrina sostienen "una relativa unidad e interpenetración entre Derecho Constitucional y Derecho Privado, como corolario jurídico de una tesis general de la filosofía moral: la distinción entre el espacio público y privado es un artificio del individualismo liberal, que buscaba aislar de la crítica político-constitucional los circuitos de creación privada de riqueza y capital". Diego Eduardo López Medina, El derecho de los jueces, Universidad de los Andes, Colombia, 2006, pág. 324.

Finalmente, habrá que tener cuidado al momento de aplicar la jurisprudencia del TC, pues si bien hay sentencias que han hecho importantes desarrollos del derecho a la consulta y de los derechos de los pueblos indígenas, hay otras, cuyo desarrollo jurisprudencial resulta errático y zigzagueante, incluso en las que el propio TC después ha rectificado[105]. El problema con las sentencias es que por un lado desarrollan importantes conceptos, y de otro lado, al momento de resolver el caso concreto, desprotegen a los pueblos indígenas[106]. En ese sentido, no deberán ser recogidas aquellas sentencias que son incompatibles con el Convenio 169 de la OIT y con el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH.

Comentarios

El Convenio 169 de la OIT está vigente desde el año 1995. El Convenio 169 de la OIT fue aprobado por el Estado Peruano el 5 de diciembre de 1993 a través de la Resolución Legislativa Nº 26253, y ratificado el 17 de enero de 1994. Conforme a lo establecido en el propio Convenio, éste es de cumplimiento obligatorio para nuestro país a partir del 2 de febrero de 1995. Su vigencia a partir del año 1995 fue ratificada por el TC en diferentes sentencias[107].

El Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional. Tiene rango constitucional de conformidad con el artículo 3, 55 y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Esto ha sido reiterado por la sentencia del TC 00022-2009-PI/TC, la cual ha señalado que el Convenio 169 de la OIT tiene su función normativa e interpretativa (f.j. 31). Esto luego fue reiterado en la STC Nº 05427-2009-/TC (f.j. 9)[108].

[105] Por ejemplo, cuando dio que el Convenio 169 resultaba exigible desde junio del año 2010 en la sentencia aclaratoria 06316-2008-AA (2do punto del fallo), para luego rectificar y señalar que ella es exigible desde el año 1995 en el fundamento 23 de la sentencia 00025-2009-PI.

[106] Ver Juan Carlos Ruiz Molleda, Balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derecho a la consulta previa, IDL–Justicia Viva, Documento de Trabajo Nº 56, 06 de octubre del 2011. Puede ser revisado en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc20102011-194607.pdf.

[107] Ver STC 00022-2009-PI/TC, f.j. 41; en la STC 06316-2008-PA/TC, f.j. 23; en la STC 00025-2009-PI, f.j. 23.

[108] En relación con la fuerza normativa de los tratados internacionales de derechos humanos el TC ha dicho que "Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional". STC Nº 00025-2005-PI/TC y Nº 00026-2005-PI/TC acumulados, f.j. 25. Asimismo, "El rango que detentan trae consigo que dichos tratados estén dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste,

La DNUDPI es un documento que tiene una función interpretativa. Las normas de la Declaración de las Naciones Unidas de los derechos de los Pueblos Indígenas, se aplican en la medida en que desarrollen un derecho que ha sido reconocido en una norma vinculante para el Estado peruano, como por ejemplo el Convenio 169 de la OIT[109]. Así por ejemplo, el artículo 16 del Convenio que desarrolla el desplazamiento de los pueblos indígenas deberá interpretarse en consonancia con el artículo 10 de la DNUDPI.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene fuerza vinculante. Dos normas fundamentan la fuerza normativa de las sentencias del TC. Tenemos en primer lugar el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, el que señala de forma clara y precisa que *"Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación"* (subrayado nuestro). Y en segundo lugar, los párrafos 2do y del 3er párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código procesal Constitucional, disposiciones que desarrollan la doctrina jurisprudencial, *"Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional"*. (Subrayado nuestro).

La jurisprudencia de la Corte IDH tiene fuerza vinculante. El rango constitucional de las sentencias de la Corte lo podemos encontrar en la Cuarta Disposición Final y Transitoria y en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Asimismo, sobre la fuerza normativa de esta última el TC ha dicho "En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de

en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución". STC Nº 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, acum. f.j. 34.

[109] Ver reconocimiento de la fuerza normativa moral y persuasiva de la DNUDPI en la STC 00022-2009-PI/TC, f.j. 8.

procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso". STC Nº 00007-2007-PI/TC, f.j. 36).

Ant**ecedentes normativos**

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 1º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 1º.
- Documento Final de la Mesa 3, "Sobre el Derecho de Consulta". Grupo Nacional de Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 1º.

Ley 28237 Código Procesal Constitucional

"Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales [o de rango constitucional] El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte". (Subrayado nuestro)

Concordancias con la jurisprudencia del TC

¿Cómo precisar el contenido constitucional de los derechos de los pueblos indígenas?

"el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos". STC N° 4587-2004-AA/TC, f.j. 44.

Rango constitucional de los tratados internacionales de los derechos humanos

"Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional". STC Nº 00025-2005-PI/TC y Nº 00026-2005-PI/TC acumulados, f.j. 25[110].

Fuerza normativa de los tratados internacionales de los derechos humanos

"El rango que detentan trae consigo que dichos tratados estén dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución".
STC Nº 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, acum. f.j. 34.

Fuerza normativa de las sentencias de la Corte IDH

"En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso". STC Nº 00007-2007-PI/TC, f.j. 36).

[110] No se trata de una línea jurisprudencial aislada sino reiterada. Ver: Exp. Nº 0217-2002-HC/TC y Exp. Nº 0218-2002-HC/TC, f.j. 2; Exp. Nº 0026-2004-AI/TC, f.j. 13; Exp. Nº 2798-04-HC/TC, f.j. 8; Exp. N.° 1417-2005-AA/TC, f.j. 7; Exp. Nº 4677-2005-PHC/TC, f.j. 11-13; Exp. N.° 5854-2005-PA/TC, f.j. 22-23; Exp. N.° 4587-2004-AA/TC, f.j. 44; Exp. Nº 8123-2005-PHC/TC, f.j. 22 y 23; Exp. Nº 0047-2004-AI/TC, f.j. 18-22; Exp. Nº 8453-2005-PHC/TC, f.j. 22 y 23; Exp. Nº 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f.j. 25-35; Exp. Nº 0174-2006-PHC/TC, y Exp. Nº 8817-2005-PHC/TC, f. j. 22; Exp. N.° 2730-2006-PA/TC, f.j. 12-16; Exp. Nº 679-2005-PA/TC, f.j. 35-37; Exp. Nº 00007-2007-PI/TC, f. j. 12-26; Exp. Nº 03938-2007-PA/TC, f.j. 14.

Rango del Convenio 169 de la OIT

"habiéndose aprobado el Convenio Nº 169 […] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes". STC Nº 03343-2007-PA/TC, f. j. 31

Aplicación directa e inmediata del derecho internacional de los derechos humanos

"En efecto, la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional". (Exp. Nº 02798-2004-HC/TC, f.j. 6). "Así, las obligaciones, en materia de derechos humanos, no sólo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito". (Exp. Nº 02798-2004-HC/TC, f.j. 8)

Jurisprudencia del TC relevante

- STC Nº 00022-2009-PI/TC: Reconocimiento del inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT (f.j. 11, 41).
- STC Nº 06316-2008-PA/TC: El Convenio 169 de la OIT está vigente desde 1995 (F.J. 23).
- STC Nº 05427-2009-/TC: Reconocimiento del inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT (f.j. 11, 43).
- STC Nº 00023-2009-PI/TC: Toda norma no consultada es nula (f.j. 5).
- STC Nº 06316-2008-PA/TC: El acto administrativo no consultado es incompatible con la Constitución (f. j. 27).

- STC (Resolución de aclaración de la sentencia) Nº 06316-2008-PA/TC: El derecho a la consulta es exigible desde junio del año 2010 (Segundo punto del fallo)
- STC Nº 00025-2009-PI: ¿Desde cuándo tiene vigencia el Convenio 169 de la OIT? (f.j. 23)
- STC Nº 00022-2009-PI/TC: Reconocimiento de la fuerza normativa moral y persuasiva de la DNUDPI (f.j. 8).
- STC Nº 00022-2009-PI/TC: Reiteración del reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT y de su función normativa e interpretativa (f.j. 31)
- STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 31. El rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.
- STC Nº 00022-2009-PI/TC: Inaplicabilidad de norma que contradiga el Convenio 169 de la OIT (f.j. 10).
- STC Nº 00022-2009-PI/TC: Reconocimiento de la aplicabilidad inmediata del Convenio 169 aun cuando no haya sido reglamentada (f.j. 12 y 13).
- STC Nº 00022-2009-PI/TC: Los derechos constitucionales son vinculantes incluso aun cuando no han sido desarrollados normativamente por el Congreso. (f.j. 12).
- STC Nº 00022-2009-PI/TC: En caso de falta de ley de consulta por omisión del legislador los jueces están en la obligación de desarrollar las reglas necesarias e indispensables para la vigencia de los derechos constitucionales (f.j. 13).
- STC Nº 05427-2009-/TC: El principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales (f.j. 15).
- STC Nº 05427-2009-/TC: La obligación de "operativizar" las clausulas constitucionales (f.j. 15).
- STC Nº 05427-2009-/TC: La renuencia a acatar la eficacia de las normas constitucionales constituye "fraude a la Constitución" (f.j. 16).
- STC Nº 05427-2009-/TC: La no reglamentación desprotege a los pueblos indígenas y genera inseguridad en las inversiones (f.j. 39 y 48).
- STC Nº 05427-2009-/TC: La reglamentación del derecho a la consulta no ha sido idónea ni se ha hecho referencia expresa a los pueblos indígenas (f.j. 53, 62 y 63).
- Le corresponde al Congreso legislar la ley de consulta (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 40)

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

Control de convencionalidad (obligación de los jueces nacionales de inaplicar derecho interno que viola normas internacionales sobre derechos humanos)

"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[111]".

Comisión de Expertos de la OIT (CEACR)

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en su Informe sobre Perú del 2010 instó "al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional […][112]".

Asimismo, CEACR en su informe sobre Perú para el año 2011 observó que: "La Comisión pone de relieve que la sentencia núm. 022-2009-PI/TC tiene fecha 9 de junio de 2010. Por lo tanto, el derecho de consulta no se consideraría obligatorio antes de dicha fecha. A este respecto, la Comisión recuerda que de conformidad con el artículo 38 del Convenio, el mismo entrará en vigor para cada miembro de la OIT, 12 meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación. Teniendo en cuenta que el Perú ratificó el Convenio el 2 de febrero de 1994, la Comisión recuerda que todas sus disposiciones, incluidas aquellas relativas a la obligación de consulta son vinculantes

[111] Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. párr. 124.
[112] OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) sobre Perú en el año 2010, p. 5

desde el 2 de febrero de 1995. En virtud del mencionado artículo 38 del Convenio y a la luz del artículo 12 del Convenio relativo a la protección judicial de los derechos reconocidos en el Convenio, la Comisión solicita al Gobierno que indique cómo se garantiza que los pueblos indígenas puedan disponer de una tutela judicial efectiva del derecho a la consulta a partir de la entrada en vigor del Convenio.[113]"

Por último, CEACR en su informe general para el año 2011, al referirse sobre Perú, esta Comisión observó que "En relación a las consultas, la Comisión toma nota de dos desafíos fundamentales: i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de abordar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; y ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de los recursos naturales. La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión — con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas — de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos. Por consiguiente, la Comisión considera importante que los gobiernos, con la participación de los pueblos indígenas y tribales establezcan de forma prioritaria, mecanismos apropiados de consulta con las instituciones representativas de esos pueblos. Debería realizarse una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los pueblos interesados, a fin de continuar mejorando su eficacia[114]".

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile

[113] OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) sobre Perú en el año 2011; y también, OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación General sobre la obligación de consulta del 2010. CEACR 2010/81, reunión diciembre 2010, publicada 16 de febrero 2011. Ver: http://www.politicaspublicas.net/panel/oitcontrol/ceacr169pe/724.html?task=view

[114] OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación General sobre la obligación de consulta del 2011, CEACR ILC.100/III/1A, reunión 16 de febrero de 2011, publicado el 25 de febrero 2011. Ver: http://www.mapuexpress.net/content/publications/print.php?id=4765

"En la medida en que constituyen un trámite prescriptivo en relación con la planificación y adopción de las medidas legislativas o administrativas que les afecten, las consultas deben responder a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Este requisito responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios. La adopción de dichos procedimientos debería ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas.[115]"

Artículo 2. Derecho a la consulta.- 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, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.

Análisis del artículo

Es quizá una de las normas centrales de la ley en la medida en que precisa el contenido del derecho a la consulta previa. La disposición retoma el contenido del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. En efecto, el legislador precia que la consulta procederá cuando se afecten los derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Un tema que deberá de evaluarse es si la redacción está cerrando la posibilidad que se realice la consulta cuando se afecten derechos individuales de los miembros de los pueblos indígenas ejercidos masivamente. Decimos esto porque el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT no restringe a los derechos colectivos. Lo único que exige es que afecten a los pueblos indígenas. Sin embargo, el artículo 2 restringe la consulta a los derechos colectivos. Esta distorsión ha sido introducida por el TC (00025-2009-PI, f.j. 28). Esta tesis de solo consultar la afectación de los derechos colectivos no estaba en la sentencia 00022-2009-PI (ver, por ejemplo, el fundamento 19).

[115] ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009. Apéndice A, Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, párr. 34

Comentarios

La obligación que el derecho a la consulta le impone al Estado. La entidad responsable de ejecutar la consulta no dará curso a su iniciativa legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, sin agotar el procedimiento adecuado que busque lograr el consentimiento o llegar a acuerdos con los representantes de los pueblos indígenas. El cumplimiento del procedimiento señalado constituye una condición de validez de las decisiones estatales que requieran ser consultadas en virtud de la presente Ley y su reglamento.

Invalidez de acto administrativo y legislativo no consultado. Esto es muy importante en caso que se quiera burlar este derecho de los pueblos indígenas. Los actos administrativos y legislativos que afectando de manera directa a un pueblo indígena se implementen sin el procedimiento adecuado de consulta, tienen un vicio de nulidad, debiendo ser suspendidos en sus efectos hasta que ese proceso se lleve a efecto. Esto debería quedar así establecido en la ley. Al carecer de validez legal tales actos no generan derechos adquiridos siendo la entidad responsable de ejecutar la consulta, responsable de los daños y perjuicios ocasionados al pueblo indígena y a los terceros afectados por el incumplimiento de esta obligación. Como señala la última parte del artículo 31 de la Constitución, "Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos."

Todos los derechos de los pueblos indígenas son indivisibles. Si bien esta ley está referida al derecho a la consulta, no podemos olvidar que el derecho a la consulta permite la defensa de otros derechos como el derecho al territorio o a los recursos naturales. Por ello resulta vital no perder de perspectiva esto. Como dice el TC "todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí." (STC Nº 2945-2003-AA, f.j. 11). El Estado está en la obligación de proteger y desarrollar normativamente todos y cada uno de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. Por eso no debemos de perder de perspectiva la vigencia de los otros derechos de los pueblos indígenas.

La consulta la hace el Estado y no las empresas privadas. Solo tendrán valor de consulta las realizadas por el Estado, no las realizadas por las empresas privadas. Esto es muy importante pues las empresas privadas son las que han hecho pseudo procesos de consulta, y que según esta norma, no tendrían valor de consulta, y que en términos prácticos, no exoneran al Estado de su obligación de consultar.

Naturaleza de los derechos de los pueblos indígenas. "El derecho a la consulta no es un derecho humano general de todo ser humano, por la forma como ha sido recogido en el Derecho Internacional de Derechos Humanos (en adelante DIDH), se puede afirmar que el mismo no está atribuyendo a todos los seres humanos por el sólo hecho de serlo (como los derechos fundamentales de la persona, ejemplo: la vida, la integridad física o las libertades personales) o por ocupar alguna posición concreta, pero abierta a cualquier persona (como los derechos políticos, las garantías judiciales o los derechos laborales), sino únicamente a una categoría especial de sujetos colectivos: Pueblos indígenas o tribales"[116].

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 2º, b).
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 2º, a).
- Documento Final de la Mesa 3, "Sobre el Derecho de Consulta". Grupo Nacional de Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 2º. b).

Concordancias normativas

Convenio 169 de la OIT

Artículo 6 [derecho a la consulta previa]

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

[…]

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

[116] Documento de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), La ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lima, 16 de Julio de 2012, pág. 5.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 19
Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado."

Artículo 32.
(…) 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo".

Concordancias con la jurisprudencia del TC

"Puesto que el Convenio N.° 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso la obligación de llevar a cabo la consulta. Es por ello que el Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta. Ello desde luego no diluye la responsabilidad de los pueblos indígenas de plantear organizaciones que puedan detectar previamente al dictado de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, y por lo tanto, plantear al órgano estatal pertinente que se lleve a cabo la consulta. Ello pone a prueba la transparencia con la que opera el Estado al momento de establecer medidas, en este caso, relativas a los pueblos indígenas". (STC 00022-2009-PI, f.j. 34)

La consulta como un derecho colectivo. "En el mismo sentido se ha pronunciado el tribunal: "El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del convenio 169 de la OIT". (STC Nº 00025-2009-PI/TC, f.j. 22)

Sobre los fundamentos del derecho a la consulta
"esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser concretización también del artículo 2.17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículo 6 y 7 del Convenio 169". STC Nº 03343-2007-PA/TC, f. j. 33.

El diferente fundamento del derecho a la consulta. Para la Corte IDH el fundamento del derecho a la consulta es el derecho de propiedad contenido en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto es evidente en la sentencia Saramaka en tanto que para la Corte Constitucional Colombiana, el fundamento es el derecho a la participación, mientras que para el TC peruano, el fundamento es el derecho a la identidad cultural. Esto es importante señalar pues si en algún momento se decide denunciar el Convenio 169 de la OIT, el derecho a la consulta será exigible, toda vez que está contenido en otros derechos.

- El doble carácter de los derechos fundamentales. STC Nº Exp. Nº 3330-2004-AA/ f.j. 5, 9; Exp. Nº 2050-2002-AA/TC, f.j. 25; Exp. Nº 1091-2002-HC, f.j. 4
- STC Nº 00022-2009-PI/TC: La determinación del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta (f.j. 37, 38 y 40).
- STC Nº 00022-2009-PI/TC: Reconocimiento del principio de la protección de los derechos para garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas (f.j. 14)
- STC Nº 06316-2008-PA/TC: La prohibición de la imposición y de las presiones de las empresas contra los pueblos indígenas y la armonía y la paz como límites de la libertad de empresa. (f.j. 15)
- STC Nº 06316-2008-PA/TC: También se consulta a las comunidades colindantes (f.j. 17)
- STC Nº 06316-2008-PA/TC: La consulta previa de pueblos en aislamiento voluntario (f.j. 15)
- STC Nº 05427-2009-/TC: Las reglas sobre el derecho a la consulta, establecidas jurisprudencialmente (f.j. 60)
- La consulta como reflejo de la responsabilidad social de la empresa y el principio del menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 39)

Concordancias con la Corte IDH

Los TIDH como límites materiales

"el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentra en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas". (Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, 2001, párr. 68).

La obligación del Estado de garantizar el derecho a la consulta exige medidas legales y administrativas

"8. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia[117]".

La consulta es obligación del Estado no de las empresas

"Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta". (Corte IDH, Sentencia Caso Sarayacu, párr. 187). "Es decir, el Estado no sólo delegó en parte, inadecuadamente, en una empresa privada su obligación de consulta, en incumplimiento del referido principio de buena fe y de su obligación de garantizar el derecho del Pueblo Sarayaku a la participación, sino que desfavoreció un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona, al favorecer la ejecución de un contrato de exploración petrolera". (Corte IDH, Sentencia Caso Sarayacu, párr. 199)

La obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas según la CIDH

"Sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos específicamente definidos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los estándares internacionales exigen jurídicamente que los Estados obtengan el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas con carácter previo a la ejecución de planes o proyectos que puedan afectar sus derechos de propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales". (Informe CIDH sobre los derechos al territorio y a los recursos naturales, párrafo 329[118])

[117] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 8

[118] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010.

El consentimiento libre, previo e informado como una salvaguarda reforzada cuando se ponga en peligro la vida y la identidad cultural

"El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos". (Informe CIDH sobre los derechos al territorio y a los recursos naturales, párrafo 333)

El consentimiento libre, previo e informado cuando se priva a los PPII de acceso a los recursos para su subsistencia

"El consentimiento de los pueblos indígenas también se requiere, según la Corte Interamericana en el caso Saramaka, en los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia". (Informe CIDH sobre los derechos al territorio y a los recursos naturales, párrafo 334)

Sobre la naturaleza del derecho a la consulta

"La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta, en tanto forma de garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, deben "propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños"668. El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos pro forma. Incluso en los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea un requisito necesario, los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración. (Informe CIDH sobre los derechos al territorio y a los recursos naturales, párrafo 285)

El contenido mínimo del deber de consulta según la CIDH

"Los contenidos mínimos del deber de consulta, tal y como han sido elaborados por la jurisprudencia interamericana y los instrumentos y la práctica internacionales, definen la consulta no como un acto singular, sino como un proceso de diálogo y negociación

que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo". (Informe CIDH sobre los derechos al territorio y a los recursos naturales, párrafo 292)

Consecuencias de la explotación de los recursos naturales sin consulta

"La explotación de los recursos naturales en territorios indígenas sin la consulta y consentimiento de los pueblos indígenas afectados viola su derecho a la propiedad y su derecho a participar en el gobierno". (Informe CIDH sobre los derechos al territorio y a los recursos naturales, párrafo 289)

El derecho control del territorio. Será la sentencia 01126-2012-HC del TC peruano, la que reconozca de manera clara el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, y más en concreto el derecho de los pueblos indígenas a poner tranqueras a la entrada de su territorio para frenar el ingreso de mineros y madereros informales, estas habían sido destruidas por orden de un juez, por afectación de la libertad ambulatoria. Para el TC, estas comunidades nativas, tienen derecho a controlar su territorio ante la intromisión de personas ajenas a la comunidad, y que encima depredan su hábitat. Lo interesante es que, a juicio de este tribunal, este derecho a controlar su territorio, tiene su fundamento en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

No hay derecho al veto según el relator de las NNUU

"[e]n todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas. (…) esta exigencia no confiere a los pueblos indígenas un 'poder de veto' sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas. (…) Esos principios [de consulta y consentimiento] han sido concebidos para crear un diálogo en que los Estados y los pueblos indígenas puedan trabajar de buena fe con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a un acuerdo satisfactorio. (…) el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso." (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos

humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrafos 48-49).

La responsabilidad de la consulta es del Estado

"La realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado, y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contrato de inversión. En muchos de los países que forman parte del sistema interamericano, se ha transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas, generando una privatización de facto de la responsabilidad del Estado. Los procesos de negociación resultantes con las comunidades locales, así, con frecuencia no toman en consideración un marco de derechos humanos, porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias. La consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes". (Informe de la CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010, párrafo 291).

CEACR OIT

"1) las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo; 2) tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias; 3) tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas; 4) deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas[119]*"*.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile

"El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la

[119] OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) sobre Perú del 2011, p. 3

población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras"[120].

Corte Constitucional de Colombia

Validez de la ley no consultada según la Corte Constitucional colombiana
"En ese escenario sería forzoso concluir que, de acuerdo con la jurisprudencia, la omisión de la consulta afecta la materialidad misma de la ley, porque, independientemente del sentido y alcance de sus disposiciones, existe una carencia en las mismas, porque no son portadoras del valor que les conferiría el hecho de haber sido consultadas con las comunidades afectadas de manera previa a su adopción". (C-380-08, Ley forestal)

Fuerza normativa de la DNUDPI
La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es un criterio de interpretación relevante (T-514 de 2009).

Las dos dimensiones del derecho a la participación a propósito del artículo 6 del convenio 169 de la OIT "Para la CCC cabe distinguir dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: Primero, la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. En segundo lugar, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos. Cuando se adopten medidas en aplicación del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos nativos: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les competen, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación; y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta". (Sentencia T-769 de 2009)

[120] ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 63

Sobre la inexistencia del derecho al veto, la no imposición y la consulta como una oportunidad para la concertación

"El derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizadas para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiciable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios". (SU-383 de 2003)

La consulta es consecuencia del derecho a decidir las prioridades de desarrollo

"En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación". (Sentencia C-030/08)

Artículo 3. Finalidad de la consulta.- La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

Análisis del artículo

La norma recoge lo establecido en el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT, sin embargo, objetivamente introduce una precisión, y es la referencia a que el proceso de diálogo busca proteger los derechos colectivos. Tal como ya lo dijimos, esta restricción

puede ser peligrosa pues el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de la DNUDPI no restringen la consulta a la afectación de derechos colectivos. Ambas disposiciones hablan solo de afectar a los pueblos indígenas. De otro lado, el artículo plantea dos escenarios. Uno es que los pueblos indígenas dan su consentimiento a la propuesta del Estado. El otro escenario es en el que el Estado y los pueblos indígenas, luego de un intenso y prolongado diálogo se ponen de acuerdo, lo cual implica múltiples concesiones mutuas. Consideramos que este segundo escenario será en nuestra opinión el más recurrente en la realidad, razón por el cual hace bien la ley en recogerlos.

Un aspecto discutible en esta norma es que no reconoce la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado. Sin embargo, algunos podrán decir con razón que si está reconocido, cuando la disposición hace referencia al consentimiento. Discrepamos con esa posición, no debemos confundir el consentimiento como objetivo orientador de todo proceso de consulta, con la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, en casos muy concretos en que se pone en peligro su subsistencia. En este último caso, el Estado, además de consultar, deberá de lograr el consentimiento, sin lo cual no podrá continuar.

Comentarios

¿Cuáles son los criterios para identificar "los impactos significativos en los pueblos indígenas"? La Corte IDH identificó algunos criterios que permiten determinar si un proyecto o plan de desarrollo o inversión tendrá un impacto significativo en un territorio protegido y si las comunidades tendrán que enfrentar cambios sociales y económicos profundos. Los efectos previstos que sirven como criterios para determinar que se está en presencia de proyectos o planes que tendrán impactos mayores son aquellos que implican: 1) la pérdida de territorios y tierra tradicional, 2) el desalojo, 3) la migración, 4) el posible reasentamiento, 5) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, 6) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, 7) la desorganización social y comunitaria, 8) los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración, y 9) el abuso y la violencia[121].

La finalidad de la consulta fue desnaturalizada por normas que esta ley intenta resucitar en la segunda disposición complementaria final para las concesiones mineras y petroleras anteriores a su promulgación. No se trata de un antecedente o de una norma

[121] ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, citado en Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Cit., párr. 134.

pasada, estas normas siguen vigentes. En efecto, nos referimos al Decreto Supremo Nº 028-2008-EM, a la Resolución Ministerial Nº 304-2008-MEM/DM y al Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM, que reglamentaron la participación ciudadana en el sector minero e hidrocarburos. Ellas son incompatibles con el Convenio 169 de la OIT pues desnaturalizan la finalidad de la consulta, cuando establecen que la función de la consulta es conocer si los intereses de los pueblos indígenas que habitan las zonas serán afectados. Ello ocasiona que en los hechos los procesos de consulta se transforman en talleres informativos. (Ver los comentarios a la Segunda Complementaria y final)

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborado por Pedro García Hierro. Artículo 35º, a).
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborado por la Defensoría del Pueblo. Artículos 2º, b) y 17º.
- Documento Final de la Mesa 3, "Sobre el Derecho de Consulta". Grupo Nacional de Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Articulo 21º.

Concordancias normativas

Convenio 169 de la OIT

Artículo 6
[…]
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

"Artículo 32. (…) 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo".

Concordancias con la jurisprudencia del TC

- STC Nº 00022-2009-PI/TC: Principio constitucional de la finalidad de alcanzar un acuerdo (f.j. 33).
- STC Nº 00022-2009-PI/TC: Principio de la inclusión antes que de la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante (f.j. 14 y 18).
- El fundamento del derecho de consulta (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 33)
- La consulta legitima la acción gubernamental (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 36)
- La consulta como reflejo de la responsabilidad social de la empresa y el principio del menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 39)

El objetivo de la consulta es alcanzar un acuerdo. "Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados". (STC 00022-2009-PI, f.j. 33)

La consulta como herramienta para tutelar sus intereses. "Otro ejemplo será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.° 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas". (STC 00022-2009-PI/Tc, f.j. 15)

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

La finalidad de la consulta

"la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones […] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde infor-

mación, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo"[122].

"Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", "que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas". En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de "un clima de confianza mutua" y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia". (Sentencia Sarayacu, párr. 186)

Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la ONU

"(…) los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones.[123]."

Concordancia con la Corte Constitucional de Colombia

La finalidad de la consulta

Para la CCC "La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b)

[122] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 133

[123] ANAYA, James. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile". Abril de 2009, párr. 40

Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada". (Subrayado nuestro) (SU-039 de 1997)

Sobre la finalidad de la consulta

La CCC haciendo referencia al artículo 6.2 del Convenio, a la obligación y a la finalidad de la consulta. Según esta disposición, "Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas." (Subrayado nuestro). También, la CCC tiene las cosas muy claras, detrás del proceso de consulta "lo que está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural, por "absurdas o exóticas" que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida" (T-129 del 2011). De otro lado resalta "la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma". (Subrayado nuestro) (Sentencia T-219 de 2011)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La obligación de desarrollar normativamente el derecho a la consulta y la obligación de realizar la consulta aún sin ley según la CIDH

"El cumplimiento del deber estatal de consulta debe regularse en el ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas o administrativas (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana), de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados. Sin embargo la ausencia

de regulación no exime al Estado de dicho deber. Los Estados deben aprobar legislación que desarrolle los derechos individuales de los indígenas, que garantice mecanismos de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de índole política, económica y social que afecten sus derechos y que incremente su participación política en la adopción de decisiones a nivel nacional; para estos efectos, los Estados deben prescribir reglas y requisitos claros para el proceso de las consultas, que incluyan por ejemplo la información que debe ser compartida con las comunidades afectadas o el alcance del apoyo comunitario necesario para permitir el otorgamiento de la licencia" (Informe de la CIDH, derechos …., párrafo 298). (Citas omitidas)

Artículo 4. Principios.- Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

Análisis del artículo

No se han recogido todos los principios desarrollados por el TC. Este no solo desarrolla principios en materia de derecho a la consulta sino en otras materias referidas a los derechos de los pueblos indígenas, los cuales son fundamentales al momento de la interpretación de los mismas. Ciertamente como ya lo dijimos anteriormente, debemos de analizar muy críticamente la jurisprudencia del TC pues para nadie son un secreto sus fallos erráticos[124].

Comentarios

El TC ha ampliado el contenido de los principios del derecho a la consulta. Esta ampliación ha permitido enriquecer el contenido constitucional de estos principios, yendo muchas veces más allá de lo establecido por la ley. El mejor ejemplo es el principio de buena fe que el TC desarrolla ampliamente.

Los principios sobre la consulta desarrollados por el TC tienen rango constitucional y vinculan a todos. Esto es algo que todavía no se termina de comprender. Los principios jurídicos pero sobre todo los constitucionales, no son simples aspiraciones o recomendaciones, sino que constituyen verdaderos mandatos cuya inobservancia acarrea la invalidez de la norma o el acto que se desvincula.

[124] Sobre ello nos hemos pronunciado. Ver por ejemplo nuestro artículo "Balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derecho a la consulta previa", Documento de Trabajo Nº 56, el cual puede ser revisado en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc06102011-201216.pdf.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborado por Pedro García Hierro. Artículo 3º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborado por la Defensoría del Pueblo. Artículo 3º.
- Documento Final de la Mesa 3, "Sobre el Derecho de Consulta". Grupo Nacional de Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 3º.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

STC Nº 00022-2009-PI/TC: Reconocimiento de principios que orientan la realización de la Consulta Previa (f.j. 26).

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

La inobservancia del contenido esencial del derecho a la consulta genera responsabilidad internacional

"De la inobservancia de los principios que definen el contenido esencial del deber de consultar resulta el surgimiento de responsabilidad internacional en cabeza del Estado. De hecho, en el caso Saramaka, la falta de aplicación del deber de consulta y de otras garantías conexas fue el principal argumento de la Corte Interamericana para llegar a concluir que había habido una violación del derecho de propiedad de dicho pueblo y determinar las correspondientes reparaciones[125]"

Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la ONU

En relación con el proceso de consulta, *"1. Debe realizarse con carácter previo; 2. No agotarse con la mera información; 3. Debe ser de buena fe; 4. Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 5. Debe ser sistemática y transparente; y 6. Debe determinarse su alcance*[126]". Asimismo, en otro momento, el mismo Relator Especial, mencionó que: *"(…) los principios de consulta y consentimiento no otorgan a los pueblos indígenas el derecho de imponer unilateralmente su*

[125] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 156.
[126] Ibídem.

voluntad a los Estados cuando éstos actúen a favor del interés público, legítimamente y de buena fe. En vez de ello, [dichos principios] buscan un entendimiento mutuo y tomar decisiones consensuadas[127]"

Concordancia con la Corte Constitucional de Colombia

Para la CCC para que se realice un proceso de consulta previa debe de reunirse ciertos criterios como: "(i) la participación indígena debe ser real y efectiva en relación con los asuntos que afectan a las comunidades, particularmente respecto de la explotación de recursos naturales yacentes en sus territorios; (ii) los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa; y (iii), dichos mecanismos, particularmente el derecho de consulta previa, deben desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas". (Sentencia C-891/02 de 2002)

Artículo 4. Principios.- Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:
a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.

Análisis del artículo

Esto es clave y no estaba muy claro en el Convenio 169 de la OIT. Se recoge en realidad una regla que el TC, la Corte IDH, la CEACR y los diferentes pronunciamientos del Relator de las naciones Unidas sobre pueblos indígenas precisaron. El requisito de la oportunidad es en realidad un requerimiento que pone a prueba si existe una real intención de realizar el proceso de consulta previa, o si en realidad se quiere cumplir una formalidad carente de sentido. La idea de hacerlo antes es precisamente porque se considera importante la opinión de los pueblos indígenas, y se espera escuchar a los pueblos indígenas con miras a incorpora sus planteamientos y eventualmente reformular el proyecto o incluso desistir de su realización. El mismo nombre de consulta "previa" sugiere que es antes de que se tome la decisión y no posteriormente. En aquellos casos en que se continúe con el proyecto sin consulta, el juez constitucional tendrá que suspender el acto administrativo inconsulto hasta que se consulte tal como lo ha hecho la Corte Constitucional de Colombia en el caso T-769 de 2009.

[127] ANAYA, James. Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas. Doc. A/HRC/12/34, julio de 2009, párr. 49

Comentarios

La consulta se adopta antes de la decisión. Por eso se dice consulta previa. Una desnaturalización de ello se puede encontrar en el Decreto Supremo Nº 028-2008-EM, en la Resolución Ministerial Nº 304-2008-MEM/DM y en el Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM, que reglamentaron la participación ciudadana en el sector minero e hidrocarburos. En ellas se establece que la consulta se realizará luego de tomar la decisión administrativa entrega de concesión y no antes de ella, desconociendo lo ordenado por el TC[128]. Estas normas han sido convalidadas por la segunda Disposición complementaria y final de la ley de consulta, aún cuando en nuestra opinión, ellas adolecen de un vicio de nulidad. Sobre este punto regresaremos luego.

Los estudios de impacto ambiental en materia minera se hacen después de la concesión y no antes. Ello implica que los pueblos indígenas tomaran una decisión sin poder antes revisar cuáles serán los reales y verdaderos impactos de la minería en sus territorios. Esto exige adecuar dicha reglamentación al Convenio 169 de la OIT. Como luego veremos, igual ocurre en materia de hidrocarburos, pues los EIA se hacen luego de la celebración del contrato, lo cual ocasiona que el proceso de consulta, que se hace antes de la celebración del contrato se realice sin los EIA que son la herramienta idónea para medir los reales impactos. Sobre esto regresaremos más tarde.

[128] De igual manera, la inconstitucional modificación de la oportunidad de los procesos de consulta por el MINEM previa vía reglamentaria es incompatible con el principio de "implementación previa del proceso de consulta", reconocido por el TC en el fundamento 36 de la sentencia 00022-2009-PI/TC. Sobre el particular el TC ha señalado "que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión". Fundamento ello en que "la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que éstas puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe." (f.j. 36). Los referidos decretos al alterar la naturaleza de los procesos de consulta y convertirlos en los hechos en talleres informativos, incurre en una violación del principio de "buena fe", consagrado en los fundamentos 27, 28, 29 y 30 de la sentencia 00022-2009-PI/TC. Según el propio TC "el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta" (f.j. 27). Añade que el principio de buena fe, debe ser comprendido como "aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta" (f.j. 27). La conclusión es evidente, el desarrollo reglamentario del derecho a la consulta es absolutamente incompatible con el contenido constitucional del derecho a la consulta.

Antecedentes

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborado por Pedro García Hierro. Artículo 3º, e) y 9º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborado por la Defensoría del Pueblo. Artículo 3º. 2, c).
- Documento Final de la Mesa 3, "Sobre el Derecho de Consulta". Grupo Nacional de Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 3º c).

Convenio 169 de la OIT

Artículo 6
1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [subrayado nuestro].

El artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, que requiere a los Estados que lleven a cabo consultas con los pueblos indígenas "antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras"

DNUDPI

Oportunidad de la consulta Según la Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.2 la consulta debe realizarse "antes de aprobar cualquier proyecto que afecta a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos".

Concordancia con la jurisprudencia del TC

Principio constitucional de implementación previa del proceso de consulta. "Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas.

Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan". (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 36)

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

"Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso" [129].

"Sobre el particular, este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado". (Sentencia Sarayacu, párr. 180)

"Al respecto, el Comité de Expertos de la OIT ha establecido, al examinar una reclamación en que se alegaba el incumplimiento por Colombia del Convenio Nº 169 de la OIT, que el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso. Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas". (Sentencia Sarayacu, párr. 181)

[129] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 133..

Comisión de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

"*7.6 El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad. Además, las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros.*"[130].

"(…) llevar a cabo un proceso de consultas con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras en las que viven, y garantizar que en ningún caso dicha explotación atente contra los derechos reconocidos en el Pacto[131]".

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile

La consulta debe realizarse con carácter previo

"18. Resulta evidente que toda consulta realizada en virtud del Convenio Nº 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas. […]"

"20. En el caso de la adopción de una medida legislativa, y dependiendo de los procedimientos constitucionales del país del que se trate, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión[132]".

"Como bien señala el Relator Especial de la ONU, James Anaya, el deber de realizar procesos de consultas por parte del Estado, lo obliga a realizarlas de forma previa, es

[130] En la Comunicación Nº 1457/2006 de la Comisión de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en abril del 2009, de la Comisión, en el caso Poma Poma contra el Perú, pág. 26.

[131] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Panamá. CCPR/C/PAN/CO/3, 92º período de sesiones, 4 de abril de 2008, párr. 21

[132] ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009. Apéndice A, Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, párrs. 19 y 20

decir, antes de que se tome cualquier decisión. Recalcando que estos no deben de ser mecanismos encaminados a entregar información sobre decisiones ya tomadas, sin permitir que los indígenas tengan genuinamente influencia en el proceso de toma de decisiones[133]".

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989

Para James Anaya, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, uno de los Principios Internacionales Aplicables a la Consulta es el que precisa que la consulta debe realizarse con carácter "previo". Según este, "*toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas*[134]".

CIDH

¿Cuándo debe realizarse el proceso de consulta?

"La consulta, para ser previa, debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución. Los procedimientos de consulta se deben desarrollar "antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas". (Informe de la CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, CIDH, Washington, 2010, párrafo 302).

[133] ANAYA, James. Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas. Doc. A/HRC/12/34, julio de 2009, párr. 47

[134] OIT. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT) [en adelante, "Reclamación – Colombia"], GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90

La consulta se realiza antes de la concesión según la CIDH

"En cuanto a los proyectos y concesiones de explotación o extracción de los recursos naturales en territorios indígenas, la consulta debe realizarse desde que se realiza la evaluación misma del otorgamiento de la concesión: los Estados deben garantizar, de antemano, la participación efectiva del pueblo indígena o tribal afectado, a través de sus métodos tradicionales de toma de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación del otorgamiento de concesiones en su territorio, como en la adopción de las decisiones correspondientes" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010, párrafo 304).

Artículo 4. Principios.- Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

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

Análisis del artículo

No se ha precisado con claridad en qué consiste el principio de interculturalidad[135]. Resulta urgente e indispensable que se precise los alcances de este principio pues constituye el fundamento de la ley de consulta. Su comprensión pasa necesariamente por diferenciarlo del principio de multiculturalidad. Este último supone reconocer que todos somos iguales en dignidad y el derechos, al mismo tiempo somos distintos y tenemos derechos a ser distintos. Lo que caracteriza al multiculturalismo es el reconocimiento de esta pluralidad, y fundamentalmente del derecho que tiene cada cultura a ser diferente de los demás. El interculturalismo parte de esto pero no se queda allí, va más allá, considera que estamos llamados a actuar o a interactuar respetuosamente para dialogar y aprender lo mejor de cada uno. Ello también exige de parte del Estado renunciar a su costumbre de imponer su voluntad a los que son diferentes, exigiendo en su lugar

[135] En esta parte hacemos nuestro algunos conceptos desarrollados por Carlos GIMÉNEZ ROMERO en su artículo "Pluralismo, Multiculturalismo e Interculturalidad. Propuesta de clarificación y apuntes educativos". Ver: http://www.google.com.pe/url?sa=t&source=web&cd=1&ved=0CBgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fservlet%2Ffichero_articulo%3Fcodigo%3D2044239%26orden%3D69348&rct=j&q=gimenes%20interculturalidad&ei=_C8aTuL7OKHw0gHpos3NBQ&usg=AFQjCNG_9BUZHbdTvQlkunTNIVOuz4GnlA.

articular y armonizar estas diferentes experiencias culturales. Acá resulta impostergable no solo el diálogo con otras disciplinas sino una aproximación multidisciplinaria, pues el derecho en general, y el derecho constitucional es incapaz por sí mismo de abordar el tema cultural, tiene una mirada sin lugar a dudas, pero resulta insuficiente.

Comentarios

El principio de interculturalidad es una manifestación del derecho a la identidad cultural. El derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2 inciso 19 de la Constitución, es una pieza clave que ayuda a entender no solo este principio sino el propio derecho a la identidad cultural. Por ello resulta clave entender el contenido constitucional derecho a la identidad cultural tal como lo ha reconocido el propio Estado. Según la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, el derecho a la identidad étnica es:

"el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa" y que tal derecho comprende: "a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico-cultural. f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j. El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda" (subrayado agregado).

Adviértase que en la letra d. se reconoce que el derecho a la consulta forma parte del contenido constitucional del derecho a la identidad cultural. Esto ha sido reconocido por la sentencia del Tribunal Constitucional 00022-2009-AI (f.j. 5). Ya en una sentencia anterior el TC lo había reconocido[136].

[136] STC 03343-2007-AA/TC, f. j. 30.

Sobre el principio de interculturalidad. Quizá una buena definición de este principio es el que Giménez denomina el principio de la interacción positiva[137]. No es posible entender lo intercultural si antes no definimos lo multicultural o el multiculturalismo. Siguiendo a Giménez, lo esencial del multiculturalismo es reconocer la diferencia y respetarla como tal, el interculturalismo en cambio, quiere ir más allá y propugna no solo un acercamiento sino un dialogo y una interacción entre estas diferentes experiencias culturales, no para mezclarse y confundirse, sino para enriquecerse y complementarse, para aprender unos de otros, sabiendo que todos tienen su espacio y su propia singularidad. Añade este autor que, "La contribución genuina del interculturalismo se encuentra, en aquel hueco o vacío dejado por el multiculturalismo. Dicho de otra forma, su aportación específica está en su énfasis en el terreno de la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciados"[138]. Para él, el núcleo de la novedad interculturalista se halla en proponer algo sustantivo sobre el deber ser de las relaciones interétnicas, más allá de que deben ser relaciones no discriminatorias entre iguales y basadas en el respeto y la tolerancia, principios éstos ya asumidos en el idearío pluralista. En otras palabras, el multiculturalismo se contenta con la constatación que somos diferentes y punto, mientras que el interculturalismo, da un paso más allá y propone la interrelación, pues aspira a una noción de complementariedad en el fondo

Para el movimiento multiculturalista el acento está puesto en cada cultura o experiencia cultural, en el planteamiento intercultural lo que preocupa es abordar la relación entre ellas. Si el multiculturalismo acentúa, con acierto, la identidad de cada cual como un paso absolutamente necesario para reclamar el reconocimiento, y ello conlleva el énfasis en las diferencias, la perspectiva intercultural buscará las convergencias sobre las cuales establecer vínculos y puntos en común. Si el multiculturalismo enfatiza la cultura e historia propia de cada una de ellas, los derechos de cada cual, el sistema jurídico de cada pueblo o cultura, el interculturalismo va a poner el acento en el aprendizaje mutuo, la cooperación, el intercambio[139]. Si el multiculturalismo parece conformarse con la coexistencia, o en todo caso espera que la convivencia social surja del respeto y aceptación del otro. Sin embargo, la perspectiva intercultural sitúa la convivencia entre diferentes en el centro de su programa, por lo que incorpora un mensaje de regulación

[137] Hacemos nuestro algunos conceptos desarrollados por Carlos GIMÉNEZ ROMERO en su artículo "Pluralismo, Multiculturalismo e Interculturalidad. Propuesta de clarificación y apuntes educativos". Ver: http://www.google.com.pe/url?sa=t&source=web&cd=1&ved=0CBgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fservlet%2Ffichero_articulo%3Fcodigo%3D2044239%26orden%3D69348&rct=j&q=gimenes%20interculturalidad&ei=_C8aTuL7OKHw0gHpos3NBQ&usg=AFQjCNG_9BUZHbdTvQlkunTNIVOuz4GnlA.

[138] Ibídem pág. 13.

[139] Ibídem pág. 13.

pacífica de la conflictividad interétnica, de la que nada o poco dicen los multiculturalistas. Si el multiculturalismo aborda la diversidad, el interculturalismo trata de vercómo construir la unidad en la diversidad[140].

El reconocimiento y la base normativa de este principio es el artículo 17 último párrafo de la Constitución, el cual reconoce la educación intercultural. Este principio tendría como premisas el derecho de igualdad en dignidad y derechos de cada cultura de cada uno pueblos indígenas, (art. 1 y 2.2 de la Constitución), el derecho a ser diferentes (art. 2.19 de la Constitución), y la obligación estatal de promover a los sectores excluidos (art. 59 de la Constitución).

Necesidad de una metodología intercultural. No basta con la aprobación de una ley de consulta, es necesario la aprobación un protocolo que viabilice un verdadero diálogo intercultural. Así por ejemplo no podemos olvidar que el idioma no es neutro culturalmente hablando, el ejercicio del poder se manifiesta en el tema cultural.

El concepto de interculturalidad supone reconocer a los pueblos indígenas como interlocutores. Hay tres afirmaciones en los considerandos del Convenio 169 de la OIT que resultan claves para entender la interculturalidad: 1) la superación de la perspectiva asimilacionista (4to considerando del Convenio 169), 2) el principio de control de instituciones (5to considerando del Convenio 169), 3) el reconocimiento de la contribución de los pueblos indígenas a la humanidad en varios campos (6to considerando del Convenio 169). Esta perspectiva no es otra que el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de su propio destino e historia. En esa línea se inscribe el artículo 2.19 de la Constitución, donde no solo se reconoce el derecho a ser distinto, sino sobre todo, la obligación del Estado de reconocer y de proteger este pluralismo cultural y étnico.

El gobierno ya no puede decidir de espaldas a los pueblos indígenas asuntos relacionados con ellos. Esta exigencia está reconocida en el Convenio 169 en forma clara. En efecto, el artículo 2.1 es muy claro cuando señala que: "Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad". En otras palabras, toda decisión política que los afecte no solo debe ser consultada sino que debe hacerse con la participación de ellos. De otro lado, el artículo 7.1 establece que: "Los pueblos interesados deberán tener el

[140] Ibídem pág. 13.

derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente".

Los estudios de impacto ambiental no miden el impacto social, cultural y espiritual. Este es un tema clave y que concreta el respeto a la interculturalidad, pues permitiría evaluar si los lugares que serán concesionados son lugares sagrados o que tienen una especial relevancia para los pueblos indígenas. Esto por ejemplo hubiera permitido detectar que el cerro Khapia en Puno que fue concesionado era un lugar sagrado.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 3º, m).
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 2º, e) y 3º, i).
- Documento Final de la Mesa 3, "Sobre el Derecho de Consulta". Grupo Nacional de Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 3º g).

Constitución Política

"Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:
[…]
19.- A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad".

"Artículo 89°. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.
Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de

abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas". (subrayado nuestro)

Concordancias con la jurisprudencia del TC

- El principio de la tolerancia a la diversidad (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 27)
- Prohibición de la homogenización (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 27)
- Dimensión objetiva del derecho a la identidad cultural (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 28)
- El derecho de la etnia a existir y la obligación del Estado de respetar, reafirmar y promover las costumbres. (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 29)
- El contenido constitucional del derecho a la identidad cultural (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 30)
- Reconocimiento del principio del diálogo intercultural (STC Nº 00022-2009-PI/TC. f.j. 17).
- El principio del Estado Pluricultural y Pluriétnico. STC 0042-2004-AI/TC (f.j. 1).
- Reiteración del valor de tolerancia y respeto a la diversidad STC 00022-2009-PI/TC y 00042-2004-AI, f.j. 2.
- Reconocimiento del principio de la concepción pluralista de la Constitución. STC 00022-2009-PI/TC (f.j. 3)
- El reconocimiento tácito del principio de la Constitución cultural STC 00022-2009-PI/TC (f.j. 4)
- Reiteración del contenido del derecho a la identidad étnica. Exp. Nº 0006-2008-PI/TC (f.j. 21).
- Reiteración del principio del Estado Social y Democrático de Derecho. (STC Exp Nº 00042-2004-AI, f.j. 1)

La consulta como un diálogo intercultural

"Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos

de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados". (STC 00022-2009-PI, f.j. 33)

La consulta para la inclusión. "Por medio de tales medidas lo que se pretende es una reivindicación en clave de inclusión de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales". (STC 00022-2009-PI, f.j. 18)

Integrar la normatividad en la realidad. Como dice el TC en relación con los pueblos indígenas, "se debe disponer una tutela adecuada a su contexto y necesidades"[141]. En otra oportunidad, ha precisado que "debe tomarse en cuenta que las tensiones y distancia entre la normativa y la realidad son parte de la dinámica social y del fenómeno jurídico. Es pues, deber del Estado, en su función implementadora del ordenamiento jurídico, resolver estas tensiones e integrar la normativa en la realidad, a fin de que las consecuencias deseadas por las leyes y reglamentos tengan un impacto efectivo en la vida de los ciudadanos"[142].

Multiculturalismo y Constitución

"De lo expuesto, resulta fácil advertir que la Constitución reconoce la diversidad cultural y el pluralismo étnico como dos rasgos esenciales de la sociedad peruana, superando la visión, durante mucho tiempo homogénea, de nuestra sociedad identificada por un solo patrón cultural y unos únicos valores fundantes. El reconocimiento de la

[141] STC 03343-2007-PA/TC, f.j. 32.
[142] STC 01126-2011-H/TC, f.j. 17.

diversidad, que hace nuestra Constitución, permite, de este modo, la incorporación de unos específicos derechos para los pueblos indígenas, y con ello, su plena afirmación y el libre desarrollo de su ethos social. Por ello, la Constitución Multicultural, al igual que la Constitución del Estado Social, marca un cambio y un distanciamiento con la igualdad formal postulada durante muchos años por el Estado Liberal. En el caso de una Constitución Multicultural, la diversidad cultural pasa a ser la condición esencial que determina la construcción de un modelo distinto de Estado, donde sólo el reconocimiento de un "estatus jurídico" particular a las comunidades indígenas puede significar la presencia de una real y efectiva igualdad material, basada en la dignidad". (STC N° 04611-2007-AA, Voto singular de Landa Arroyo, f.j. 8)

"En suma, sólo la comprensión de nuestra Constitución como un texto normativo marcado por esta realidad fáctica y conceptual, donde se ha otorgado autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas, donde se ha reconocido el derecho a su propia lengua, a su cultura, a la libre disposición de sus tierras y a su propia jurisdicción; puede permitir el respeto de su existencia digna, libre e igual, tanto como grupo humano y colectivo, como por las individualidades que lo conforman, tal como lo manda el artículo 1 de nuestra Carta Fundamental; constituyendo, por otro lado, la única base sobre la cual se puede construir un nuevo contrato social inclusivo que se alimente de la pluralidad y la coexistencia pacífica y respetuosa". (STC N° 04611-2007-AA, Voto singular de Landa Arroyo, f.j. 9)

El principio de la Constitución Multicultural

"La Constitución Multicultural no debe ser, sin embargo, sólo un marco conceptual que se alimente de la retórica y/o de vacías categorías dogmáticas, sino un principio efectivo contenido en la obligación del Estado de asumir políticas multiculturales adecuadas, y en una especial labor del juez ordinario y constitucional en la resolución de específicas controversias jurídicas. De nada vale que el marco jurídico y la política hayan sido penetrados por esta nueva perspectiva multicultural, si en la aplicación concreta de dicho marco jurídico o al surgir conflictos derivados de políticas multiculturales, el juez ordinario o el juez constitucional no incorporan también dicha óptica en la solución de los casos sometidos a su jurisdicción. En este punto, es crucial la función de la interpretación jurídica y, en el caso concreto, de la interpretación constitucional". (STC N° 04611-2007-AA, Voto singular de Landa Arroyo, f.j. 10)

La interpretación de la Constitución Multicultural

"No debe escapar, pues, a la atención de este Tribunal que la interpretación de las disposiciones que integran la Constitución Multicultural reúne algunas peculiaridades que es menester explicitar en vista de sus significativas implicancias al momento de emprender la labor de concretización –y efectiva protección– de los derechos que aquella comprende. […] Ahora bien, parece claro que la tarea consistente en definir en qué podría consistir esa especificidad no puede valerse ya (sólo) de la invocación de otras normas jurídicas, ni mucho menos de alambicadas construcciones teóricas. Antes bien, una circunstancia tal obliga a este Tribunal a asumir un enfoque multidisciplinario conducente a introducir algunos elementos extranormativos a su labor interpretativa con el fin de arribar a una mejor comprensión de la estructura social del grupo (o grupos) de cuyos derechos se trata. […] En ese sentido, habrá que partir por reconocer que, en lo que atañe a su parte dogmática, la Constitución asume de ordinario una visión occidental de los derechos fundamentales según la cual estos se caracterizan por ser universales y por admitir únicamente titularidades individuales o personales. Son universales en la medida en que el derecho-principio de dignidad humana que les sirve de sustento corresponde a todas las personas sin distinción alguna. Y son de titularidad individual pues los mecanismos de defensa que ellos otorgan se enderezan a proteger a la persona individualmente considerada y a maximizar su privado círculo de intereses. Por supuesto, esta última consideración admite algunos matices como consecuencia del modelo social de Estado de derecho que la Constitución consagra. Sin embargo, hemos de convenir que ambas características –universalidad e individualidad– constituyen, en principio, la plataforma conceptual desde la cual el juez constitucional define el contenido de (y resuelve los conflictos entre) los derechos fundamentales. […] Sin embargo, si dirigimos nuestra atención hacia aquellas tradiciones y costumbres que las Comunidades Campesinas y Nativas comparten, advertiremos rápidamente que su visión comunitaria sobre la vida en sociedad difiere notoriamente de la matriz ideológica que hemos descrito brevemente en el considerando anterior". (STC N° 04611-2007-AA, Voto singular de Landa Arroyo, f.j. 11-14)

La dimensión comunitaria de los pueblos indígenas

"En efecto, si hay algo que distingue a las Comunidades Campesinas y Nativas respecto de otros tipos de colectivos, ello es precisamente el conjunto de lazos de cooperación y cohesión que une a cada uno de sus miembros y que forman parte de su estructura como grupo social. Ello explica bien por qué nociones tales como "progreso", "propiedad", "bienestar", "religión", "honor", entre otras, estén siempre cifrados en relación con la

comunidad en su conjunto, en vez de referirse a sus miembros individualmente considerados. En dicho contexto, donde la persona determina su desarrollo y lo conecta, de modo tan directo y esencial, con el bienestar de la comunidad, los intereses de ésta siempre son entendidos, más que en cualquier otro contexto, como intereses suyos. Así, un atentado contra los intereses de la comunidad, será sentido, por cada individuo de ella, como un atentado contra sus propios intereses". (STC N° 04611-2007-AA, Voto singular de Landa Arroyo, f.j. 15)

Necesidad de un enfoque culturalmente abierto

"De lo expuesto, cabe, pues, concluir que el proceso interpretativo conducente a definir el contenido de los derechos que comprende la denominada Constitución Multicultural exige partir de un enfoque culturalmente abierto, de modo tal que el juez constitucional se mantenga siempre atento a la cosmovisión del grupo humano titular de los derechos que interpreta y, al mismo tiempo, esté dispuesto a olvidar sus prejuicios e incluso su propia visión sobre el mundo en aras de arribar a una solución equitativa y acorde con el sustrato cultural que la Norma Fundamental reconoce". (STC N° 04611-2007-AA, Voto singular de Landa Arroyo, f.j. 16)

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

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

debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones" [143]. (Subrayado nuestro)

"Este Tribunal estableció en otros casos que las consultas a Pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones. Por su lado, el Convenio Nº 169 de la OIT dispone que "los gobiernos deberán […] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas", así como tomar "medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces", teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena". (Sentencia Caso Sarayacu, párr. 201)

Convenio 169 de la OIT

Quinto considerando
"Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven";

"Artículo 5
Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:
a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de esos pueblos;"

Artículo 7
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas

[143] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 133.

Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 16
(…)
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

CIDH.

"El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos"[144].

Concordancia con la Corte Constitucional de Colombia

La ponderación implica un diálogo intercultural
"[…] en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo e interlocución –directa o indirecta–, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural". (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-510/98).

Sobre el derecho a la identidad cultural
"se trata de un derecho constitucional fundamental radicado en cabeza, tanto de los grupos humanos que ostentan una cultura específica y diferenciable, que es precisamente el caso de las comunidades indígenas, como de los individuos que hacen parte de esos grupos. En este sentido la misma jurisprudencia ha precisado que el derecho

[144] CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050.

a la identidad se proyecta en dos dimensiones: una colectiva, que busca orientar la protección constitucional hacia las comunidades tradicionales que no siguen la forma de vida de la sociedad mayoritaria, permitiendo que éstas puedan desarrollarse de acuerdo con su propia cultura, y otra individual, en el sentido de considerar que la aludida protección es también en favor de cada uno de los miembros de las comunidades nativas, garantizando que éstos puedan autodeterminarse dentro y fuera de su territorio según su propia cosmovisión. Respecto de la doble dimensión que ostenta el derecho a la identidad cultural, la Corte ha aclarado que la protección otorgada a la comunidad como sujeto de derechos no se opone a la protección individual de sus miembros, toda vez que garantizar las manifestaciones individuales puede resultar imprescindible para la concretización y materialización del derecho colectivo del grupo étnico del cual se hace parte". (Sentencia C-208/07)

Sobre los límites al derecho a la identidad cultural

"El derecho a la diversidad étnica y cultural no tiene en todo caso un alcance absoluto. La jurisprudencia constitucional ha dejado claro que el mismo encuentra límites, sin que ello signifique que cualquier mandato constitucional o legal prevalezca sobre él, pues, precisamente, se trata de un principio fundante del Estado que a su vez encuentra soporte en otros principios de igual categoría como la dignidad humana, el pluralismo y la protección de las minorías. Bajo ese entendido, ha precisado la Corte que "para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira la Constitución tornándolo inocuo." Así, los límites que la jurisprudencia le ha reconocido al derecho a la diversidad étnica y cultural están relacionados con aquello que "verdaderamente resulte intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre", razón por la cual tales límites están constituidos en su aspecto más básico por (i) el respeto al derecho a la vida; (ii) la prohibición a la tortura y la esclavitud; (iii) la responsabilidad individual por lo actos propios y (iv) la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas; derechos que, además de pertenecer al grupo de derechos intangibles reconocidos por todos los tratados de derechos humanos, en lo que tiene que ver con su respeto y observancia existe un verdadero consenso intercultural". (Sentencia C-208/07, citas omitidas)

Las culturas indígenas enriquecen la cultura nacional. Señala la CCC que "Las culturas indígenas, enriquecen la cultura nacional […] no se trata solamente de reconocer constitucionalmente a las culturas indígenas sino de algo mucho más importante: considerar que éstas enriquecen la cultura nacional, e inclusive a la cultura universal

porque es sabido que los indígenas tienen como eje de la vida a la naturaleza, luego ésta, al no ser una simple mercancía, adquiere una connotación indispensable para un equilibrio ecológico que permita que sobreviva la humanidad. Ese solidarismo indígena alrededor de la naturaleza se contrapone al economicismo liberal del modelo de Estado Liberal que proyectaron las revoluciones burguesas. No es justo, en ningún momento, que se afecte, o lo que es peor, se hunda esa cultura indígena, que como toda cultura está ubicada en la superestructura de las sociedades, y en ocasiones cumple funciones que el propio Estado descuida o está incapacitado para dar. Es decir, cuando se afecta la cultura indígena se afecta un derecho colectivo". (Sentencia T-634 de 1999)

Artículo 4. Principios.- Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

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

Análisis del artículo

La ley recoge uno de los principios que más desarrollo ha merecido por el TC, y sin embargo, este desarrollo no ha sido debidamente recogido por la ley de consulta. Es sin lugar a dudas el principio más importante del derecho a la consulta, y que le exige al Estado una verdadera actitud y voluntad de dialogar con los pueblos indígenas. Esto choca frontalmente con la percepción del Estado y de las empresas de ver a la consulta como un mero trámite o requisito a superar antes de iniciar las actividades extractivas. Esta mirada es incompatible con el derecho a la consulta.

La norma establece varios mandatos al Estado. En primer lugar le exige que analice y valore la posición de los pueblos indígenas. Esto implica en buena cuenta tomarse en serio la opinión de estos, interesarse y escuchar lo que ellos proponen. El segundo mandato es que las partes realicen el proceso en un clima de confianza, colaboración y un clima de respeto mutuo. Esto no es poesía sino que plantea exigencias muy concretas al Estado, y que no serán fáciles de implementar toda vez que será necesario remontar un clima de desconfianza, consecuencia de un estilo de tomar decisiones de espaldas a los pueblos indígenas. Asimismo, existe un mandato dirigido a los pueblos indígenas, para su actuar de buena fe, proscribiéndose "todo proselitismo partidario

y conductas antidemocráticas". Si bien uno tiende a exigir al Estado buena fe, por la asimetría de poder, los pueblos indígenas deben observar este principio también. No podemos idealizar a los pueblos indígenas.

Comentarios

Es necesario incorporar el contenido de este principio desarrollado por el TC. Este principio en realidad ha sido ampliamente desarrollado y recreado por la doctrina del TC en jurisprudencia vinculante. Según la STC 0022-2009-PI/TC, este Tribunal ha señalado que a través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte. En tal sentido, ha precisado que dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la consulta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida (f.j. 27).

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborado por Pedro García Hierro. Artículo 3º, n).
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborado por la Defensoría del Pueblo. Artículo 3º, j).
- Documento Final de la Mesa 3, "Sobre el Derecho de Consulta". Grupo Nacional de Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 3º h).

Convenio 169 de la OIT

"Artículo 6

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

Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas

El derecho a la consulta también ha sido recogido en el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue aprobada recientemente en la Asamblea General de la ONU con el apoyo del Estado Peruano,

el 13 de septiembre de 2007 con el voto de 143 países a favor y 4 en contra, con 11 abstenciones.

"Artículo 32.-

[…]

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo".

Esta norma debe ser leída e interpretada en consonancia con otras normas de la misma Declaración. También tenemos el artículo 19 referido a las consultas en específico, que señala que:

"Articulo 19.-

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado"

Concordancias con la jurisprudencia del TC

Principio constitucional de buena fe de la consulta previa

"Este Tribunal Constitucional estima que el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) determinación de la afectación directa; 2) la consulta en sentido estricto; y 3) la implementación de la medida. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas. (STC 00022-2009-PI/TC, f. j. 27)

CIDH

El principio de buena fe

La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta, en tanto forma de garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, deben "(…) propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños[145]".

El principio de buena fe según la CIDH

"El énfasis puesto por la regulación internacional y regional sobre la buena fe en el cumplimiento del deber estatal de consulta a los pueblos indígenas busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales, una práctica desafortunadamente frecuente que ha sido denunciada consistentemente por los pueblos indígenas. Los procesos de consulta no equivalen al cumplimiento de una serie de requisitos pro forma. La CIDH ha explicado que los procedimientos de consulta, en tanto medios para garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos que pueden afectarles, deben estar diseñados para "propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños". (Informe de la CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, CIDH, Washington, 2010, párrafo 317). (Citas omitidas)

La prohibición de la coerción como contenido del principio de buena fe

"La consulta de buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia. En demasiados casos, las consultas a los pueblos indígenas se llevan a cabo en climas de hostigamiento e incluso de violencia perpetrada por guardias de seguridad privados contratados por las empresas responsables de los proyectos y, a veces, por las fuerzas de seguridad públicas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010, párrafo 318).

[145] CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

La prohibición de desintegración de las comunidades como contenido del principio de buena fe

"La buena fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. (Informe de la CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010, párrafo 319).

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

"la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones […] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo"[146].

"Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", "que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas". En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de "un clima de confianza mutua" y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad y la jurisprudencia nacional de Estados de la región se han referido a este requisito de buena fe". (Sentencia Sarayacu, párr. 186)

[146] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 133..

Concordancia con la Corte Constitucional de Colombia

Para la CCC, "La realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados. De allí que se deba proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados sobre los proyectos que se pretende desarrollar en sus territorios, y que el objetivo fundamental del proceso participativo sea llegar a un acuerdo con tales pueblos, para proceder con el proyecto con respeto por sus derechos colectivos fundamentales". (Sentencia C-461/08)

La consulta no es un trámite formal

"En otras palabras, el procedimiento de consulta no puede constituirse en un simple trámite formal, sino que debe estar realizada de modo tal que, de llegarse a un acuerdo o concertación sobre el contenido de la medida legislativa, tales conclusiones incidan en la formulación definitiva de la política pública correspondiente. En caso contrario, si el procedimiento de consulta se lleva a cabo de manera que sus efectos no pueden lograr trascendencia alguna en la confección final de la medida legislativa, la actuación sería incompatible con la buena fe que guía ese proceso […]De lo que se trata es que la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes tengan la potencialidad de incidir materialmente en el contenido de la medida legislativa, lo que implica que el momento en que se efectúa la consulta previa debe armonizarse con las condiciones constitucionales que otorgan racionalidad al procedimiento de producción normativa, en especial los requisitos de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible". (Sentencia C-175/09)

El principio de buena fe como límite del principio de flexibilidad y la incidencia real como manifestación del principio de buena fe Señala la CCC que "la jurisprudencia constitucional ha establecido que, si bien existe ese grado de flexibilidad en la determinación del procedimiento aplicable a la consulta previa, éste debe acompasarse con la vigencia del principio de buena fe. Como fue expuesto en el fundamento jurídico 29 de esta sentencia, el contenido concreto de ese principio para el caso del deber de consulta previa, consiste en que las comunidades tradicionales conserven un grado de incidencia adecuado y suficiente en la determinación del contenido material de la medida legislativa que las afecta directamente. Ello es así, puesto que otorgar eficacia material al proceso de consulta, como se indicó anteriormente, implica su entendimiento como un espacio de deliberación entre las autoridades gubernamentales y los

representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, destinado a obtener una concertación o acuerdo sobre el contenido de la medida legislativa. Este deber no conlleva, como ya se ha señalado, que los pueblos indígenas y tribales tengan poder de veto en relación con la expedición de la norma legal; empero, contrae la necesidad que el producto del proceso participativo pueda incidir eficazmente en la definición de la política pública. Tal condición solo es posible cuando el procedimiento de consulta incluya las diferentes temáticas que surjan de la deliberación entre los interesados, no sólo aquellas que puedan ser incorporadas luego de cumplir con los requisitos del trámite legislativo, en especial los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible". (Sentencia C-175/09)

Artículo 4. Principios.- Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

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

Análisis del artículo

Esta norma es una respuesta a un hecho objetivo y es el pluralismo cultural de nuestro país. No hay dos pueblos indígenas idénticos. Cada uno de ellos tiene su propia especificidad, su propia singularidad desarrollada a través de años y cuya identidad se sigue recreando y reinventándose. Es por ello que no podemos hablar de formulas rígidas y de moldes aplicables a todos los casos. Ello podría desnaturalizar y violentar a los pueblos indígenas. Entonces a partir de algunos conceptos e instituciones debemos de ideas respuestas flexibles. Esta flexibilidad no solo viene por el lado de la diferencia cultural de los pueblos indígenas sino también por el lado de las medidas a consultarse. Las medidas administrativas pueden variar unas de otras, igual las medidas legislativas, y pueden afectar de diferentes maneras. Todo ello exige entonces mirar y analizar con cuidado cada caso.

Criterio de interpretación

La flexibilidad no significa relajar la obligación del Estado de consultar sino la metodología del "caso por caso". Este es un principio que puede prestarse a confusiones. No se trata de reducir la obligación del Estado sino de exigir que su aplicación tenga siempre

presente las circunstancias que en cada caso se presentan. Es este contexto el que debe ser mirado antes que concebírselo como una puerta para que el Estado escape de sus obligaciones. Según la STC 0022-2009-PI/TC, este principio exige que la consulta sea llevada a cabo de manera "apropiada a las circunstancias", razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres (f.j. 31).

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborado por Pedro García Hierro. Artículo 3º, r).
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborado por la Defensoría del Pueblo. Artículo 2º. l)
- Documento Final de la Mesa 3, "Sobre el Derecho de Consulta". Grupo Nacional de Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 3º j).

Convenio 169 de la OIT

"Artículo 6
[…]
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". (Subrayado nuestro)

"Artículo 34
La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país".

Concordancias con la jurisprudencia del TC

Principio constitucional de la flexibilidad. "Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se

establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una "manera apropiada a las circunstancias […] De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados. (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 31 y 32).

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

"En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres[147]"

Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la ONU

"(i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; (ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; (iii) deben incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y (iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género.[148] "

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile

[147] Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 63

[148] ANAYA, James. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile". Abril de 2009, párr. 31

"El ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas debe ser interpretado de forma flexible, dependiendo de la medida objeto de la consulta, y de las circunstancias específicas de cada país, incluyendo la institucionalidad y procedimientos constitucionales[149]*"*

Concordancia con la Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T-129 de 2011

La CCC por ello, "encuentra inaplazable que las comunidades afectadas puedan hacer uso de la posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención, no sólo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo. Para ello, conforme a las especificidades y exigencias propias de cada caso, al momento de la consulta inicial se deberán fijar los tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo" (subrayado nuestro).

Añade que "no es plausible pensar en la determinación de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, ya que homogenizar este tipo de procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas. Por ello, el proceso deberá efectuarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce y rompe los tiempos propios de las comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no en la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro, incluido el de los empresarios".

El principio de flexibilidad según la CIDH
"Es importante notar que, si bien la jurisprudencia interamericana y la práctica internacional han desarrollado los contenidos mínimos del deber estatal de consultar, no existe una fórmula única aplicable en todos los países para cumplir con este deber". (Informe de la CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, párrafo 301). (Citas omitidas)

[149] ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009. Apéndice A, Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, párr. 14

El principio de flexibilidad en el Convenio 169 de la OIT

El artículo 34 del Convenio 169 incorpora explícitamente el principio de flexibilidad en la aplicación de sus disposiciones: "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país".

> **Artículo 4. Principios.-** Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:
> **e) Plazo razonable.** El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.

Análisis del artículo

Esta norma guarda correspondencia con la anterior. Se trata de respetar los procesos de diálogo y no forzar la consulta. Lo razonable es en buena cuenta un concepto que en cada caso deberá ser precisado, dependiendo de la naturaleza de cada pueblo indígena y de la medida consultada. En ese sentido deberá interpretarse de forma conjunta el principio de flexibilidad y el principio del plazo razonable. Ciertamente tampoco se trata de procesos eternos que nunca acaban. Las autoridades correspondientes deberán de evaluar cada proceso y su dinámica. En todo caso deberemos de tener en cuenta que lo razonable deberá de interpretarse en función de la finalidad del proceso de consulta.

Comentarios

Del plazo rígido al plazo razonable. El TC ha establecido en el fundamento 41 de la sentencia STC 0022-2009-PI/TC, un conjunto de pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas. En ese sentido ha precisado que se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha[150]. Un buen ejemplo de cómo no deben ser las cosas, es el artículo 9 del Reglamento de consulta previa de las

[150] El TC ha reiterado esta regla en el fundamento 60 de la sentencia 05427-2009-PI. En esta última se hace una síntesis de las reglas desarrolladas en la sentencia 00022-2009-PI.

actividades minero energéticas, aprobado mediante D.S. 023-2011-EM. En él se puede apreciar cómo los estrechos plazos de la consulta en el Reglamento desnaturalizan el "proceso" de consulta. Se establece que los pueblos indígenas tendrán 20 días hábiles luego de recibir la información para evaluar las implicancias de la medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas (art. 9.a). Luego se tendrán 20 días hábiles para el proceso de diálogo con el Estado. Se trata de plazos sumamente rígidos y estrechos que en los hechos anulan el proceso de consulta. Esto compromete el principio de buena fe del Estado, el cual establece según el TC "que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran" (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 30).

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 43º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 22º.
- Documento Final de la Mesa 3, "Sobre el Derecho de Consulta". Grupo Nacional de Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 29º.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

El plazo razonable como concreción del principio constitucional de buena fe. "Asimismo, es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación". (STC Nº 00022-2009-PI/TC. f.j. 30)

Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la ONU

"62. Como han establecido los órganos de control normativo de la OIT, los plazos para la realización de una consulta deben ser adecuados en relación con el tipo de medida a consultar. Resulta evidente que, en el caso de una reforma constitucional como la que se

plantea, los plazos deben ser lo más amplios posibles para asegurar que la consulta sea significativa y cumpla con los requisitos establecidos en las normas internacionales".[151]

Corte Constitucional de Colombia

Tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta "Es preciso aclarar que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra ese instrumento y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, "lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar". (Subrayado nuestro) (Sentencia C-030-08)

Artículo 4. Principios.- Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:
f) Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.

Análisis del artículo

Esta es una norma que concreta el artículo 3.2 del Convenio 169 de la OIT. La referida norma precisa que "No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio". Se trata de una regla que es fundamental. Deberá de entenderse que esta coacción puede realizarse no solo a través de medios físicos sino a través de otro tipo de medios más sutiles, que tienen relación con los condicionamientos y que tienen como objetivo burlar, ignorar o torcer la voluntad.

[151] ANAYA, James. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile". Abril de 2009, párr. 62.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 3º, d).
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 3º b).
- Documento Final de la Mesa 3, "Sobre el Derecho de Consulta". Grupo Nacional de Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 3º b) y 19º.

Convenio 169 de la OIT

Artículo 3
[…]
2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

"Artículo 18
La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones".

Jurisprudencia de la Corte IDH

"En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de "un clima de confianza mutua" y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad y la jurisprudencia nacional de Estados de la región se han referido a este requisito de buena fe". (Sentencia Sarayacu, párr. 186)

"Por otro lado, los actos de la empresa, al pretender legitimar sus actividades de exploración petrolera y justificar sus intervenciones en el territorio Sarayaku, dejaron de

respetar las estructuras propias de autoridad y representatividad a lo interno y externo de las comunidades. La compañía CGC se limitó a ofrecer dinero y diversos beneficios económicos al Pueblo Sarayaku (así como lo hizo con otras comunidades de la zona, supra párrs. 73 a 75, 82 y 84), con la finalidad de obtener su consentimiento para realizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales que existirían en su territorio, sin que el Estado emprendiera o supervisara un proceso sistemático y flexible de participación y diálogo con la misma. Además, según fue alegado y no controvertido por el Estado, la compañía CGC se habría valido de procedimientos fraudulentos para la obtención de firmas de apoyo por parte de miembros de la comunidad de Sarayaku". (Sentencia Sarayacu, párr. 194)

Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 8
1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

- La consulta como dialogo y debate sin coerción (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 35)
- La prohibición de la imposición y de las presiones de las empresas contra los pueblos indígenas y la armonía y la paz como límites de la libertad de empresa (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 15)

Artículo 4. Principios.- Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

g) Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación.

Análisis del artículo

La norma hace referencia a una de las principales condiciones para que se realice a cabalidad un proceso de consulta. Hay que destacar que se señala que se debe entregar

"toda" la información, que sea "necesaria". Asimismo, se precisan dos condiciones más: que se brinde "desde el inicio" y con la "debida anticipación", suponemos para que sea leída y estudiada. Hubiese sido bueno incidir en que ella sea accesible y comprensible, es decir, no solo que esté en términos claros y sencillos, sino traducida a la lengua nativa. Ello debió reconocerse.

Comentarios

Aquí se juega la eficacia y el éxito de la consulta previa. Si bien es importante dar la posibilidad a los pueblos indígenas de dar su opinión, si estos carecen de información objetiva e idónea tomarán decisiones equivocadas. Por eso resulta central que los pueblos indígenas accedan a información completa, veraz y adecuada. Solo en la medida que los pueblos indígenas conozcan a ciencia cierta los reales y verdaderos impactos ambientales y de otro tipo en sus derechos, podrán tomar no solo una buena decisión sino podrán prevenirse los daños. De lo contrario se tomarán decisiones en forma ciega, y se desnaturalizaráa y se vaciará en los hechos el sentido de la consulta. Esto es muy importante pues según la actual legislación, los estudios de impacto ambiental se hacen luego de la concesión y no antes[152].

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 37º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 3º c).
- Documento Final de la Mesa 3, "Sobre el Derecho de Consulta". Grupo Nacional de Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 19º y 36º.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

"la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían

[152] Iván Bascopé San Jines. Lecciones aprendidas sobre consulta previa. Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social, La Paz Bolivia, 2010, pág. 305.

efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla". STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 35.

No entregar información afecta el contenido constitucional del derecho a la consulta

"[…] debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas". (STC 00022-2009-PI/TC, f. j. 39)

Principio de transparencia

"El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuales van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuales van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse con plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto". (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 35).

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

Para la Corte IDH "la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan "conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria". Añade que "este deber requiere que el Estado

acepte y brinde información", e "implica una comunicación constante entre las partes". (Saramaka, párr. 133)

"la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones […] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes (…)"[153].

"Según fue señalado, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes. La jurisprudencia de tribunales nacionales y la legislación interna se han referido a este elemento de la consulta". (Sentencia Sarayacu, párr. 208)
"En el presente caso, la Corte constata que no surge del acervo probatorio que el alegado "entendimiento" llevado a cabo por la compañía CGC hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que la alegada "socialización" del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo hubiese servido de base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo. Por tanto, la Corte considera que los actos de la empresa no fueron parte de una consulta informada". (Sentencia Sarayacu, párr. 209)

La consulta informada según la CIDH

De igual manera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó a propósito de otro caso que: "los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. *En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de "consentimiento pleno e informado" requiere "como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva"*[154].

[153] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 133.
[154] CIDH. Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de To-

"Los procesos de otorgamiento de concesiones extractivas o de implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta". Añade la CIDH, que "el carácter informado de la consulta conecta con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a estos pueblos" (Informe de la CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales : normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, párrafo 308). (Citas omitidas)

La consulta informada segunda el relator de las NNUU

"en los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen." (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53).

El acceso a la información como un prerrequisito para la consulta

"el acceso a la información es un prerrequisito para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y el privado. Las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, de conformidad con lo que prescribe el artículo 13 de la Convención Americana". Añade la CIDH que "dado que el derecho de participar en la toma de decisiones y el de iniciar recursos judiciales eficaces requieren acceso a la información, la Comisión recomienda que el Estado tome medidas para mejorar los sistemas de divulgación de información sobre las cuestiones que afectan a

ledo, supra nota 84, párr. 142. Citada por la Comisión en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam¸ de fecha 28 de noviembre de 2007, en el pie de página 130.

la población, así como para dar más transparencia y oportunidades de participación del público en los procesos cuyas repercusiones inciden en los habitantes de los sectores en desarrollo". (Informe de la CIDH, derechos ..., párrafo 309). (Citas omitidas)

La obligación del Estado de brindar asistencia técnica a los Pueblos Indígenas
"Del mismo modo, puede requerirse que el Estado suministre a dichos pueblos otros medios, que pueden incluir asistencia técnica e independiente, con miras a que los pueblos indígenas tengan la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas". (Informe de la CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, párrafo 312). (Citas omitidas)

La obligación del Estado de garantizar que los pueblos indígenas comprendan
Artículo 12
(…) "Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces".

La consulta informada en explotación de recursos naturales según el Convenio 169 de la OIT
La CIDH hace una interpretación importante. A juicio de ella "el Convenio 169 de la OIT establece que las consultas de los proyectos de exploración o explotación de los recursos naturales deben tener como finalidad "determinar si los intereses de esos pueblos ser[án] perjudicados, y en qué medida" (art. 15). El derecho de los pueblos indígenas a ser plenamente informados sobre el contenido y finalidad, así como sobre los posibles impactos negativos y positivos de los planes o proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas en sus territorios tradicionales, se deriva del derecho de estos pueblos "a determinar y elaborar las prioridades y estrategias del desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos" (art. 7.1). (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010, párrafo 310).

Concordancia con la Corte Constitucional de Colombia

La obligación del Estado de proporcionar la información como condición para facilitar el derecho a la participación "En procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos

de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiendo sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna. Desde luego que el derecho a la información así servido se convierte en poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectiva, en el entendido de que las autoridades estatales, a más de esa información, deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública de los temas pertinentes; recordando a la vez que la participación ciudadana en esos ámbitos de discusión constructiva supone el recíproco respeto de los criterios expuestos por los interlocutores institucionales y privados, pero no pasivamente, sino reedificando mutuamente sobre la comprensión de lo ya examinado y depurado de manera concertada, al tiempo que la diferencia y pluralidad de opiniones actualizan su poder constructivo en el suceso democrático". (Sentencia C-891/02)

Artículo 5. Sujetos del derecho a la consulta. Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.

Análisis del artículo

La norma no dice nada nuevo. Reitera algo que está en el Convenio 169 de la OIT, y es que el titular del derecho a la consulta previa son los pueblos indígenas. Resulta interesante anotar que vuelve a agregar y quizá de forma más clara, que la consulta solo procederá ante la violación de los derechos colectivos. Una pregunta relevante que conviene analizar, a propósito de este artículo, es la siguiente: ¿El Estado declara o constituye los derechos? Los derechos humanos o los derechos constitucionales no son concesiones del Estado, sino que son anteriores a este. El fundamento de los derechos de los pueblos indígenas tiene su fundamento en la dignidad humana y no la voluntad del Estado. Lo que hace el Estado es reconocer una realidad anterior a ella, en ese sentido el Estado no constituye, no crea los derechos, sino que reconoce derechos que existían antes que ellos sean positivizados.

Comentarios

¿Quiénes son los pueblos indígenas? Este es un tema clave pues en nuestro país se carece de información sobre quiénes son los pueblos indígenas en el Perú. Los últimos censos en el Perú no han estado dirigidos a levantar este tipo de informaciones. Ahora

el problema no se soluciona con un padrón actualizado de comunidades campesinas. Esto ayuda pero no soluciona el problema. Será pueblo indígena aquel que cumpla con los requisitos contenidos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículos 12º y 14º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículos 4º y 5º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 4º.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

- También se consulta a las comunidades colindantes (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 17)
- La consulta previa de pueblos en aislamiento voluntario (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 15)

Convenio 169 de la OIT

Artículo 1
1. El presente Convenio se aplica:
a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
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.

CEACR OIT

"La Comisión reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio. Esto no significa que no se pueden desarrollar acciones diferenciadas para atender necesidades específicas de ciertos grupos como por ejemplo las comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario. La Comisión señala una vez más a la atención del Gobierno que las variadas denominaciones y tratamiento legislativo genera confusión y dificulta la aplicación del Convenio. En consecuencia, la Comisión solicita nuevamente al Gobierno que proporcione, en consulta con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, un criterio unificado sobre los pueblos susceptibles de ser cubiertos por el Convenio, que ponga fin a la confusión resultante de las varias definiciones y términos y a proporcionar informaciones sobre el particular. Además, insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular. [155]"

Artículo 6. Forma de participación de los pueblos indígenas u originarios. Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.

Análisis del artículo

Dos puntos queremos destacar de esta norma. Lo primero si se le consulta a las bases, a las organizaciones representativas, o a ambas. Este tema resulta pertinente pues en muchos casos las bases pueden desbordar a las organizaciones representativas, o en otros casos el mandato que se le ha dado a las organizaciones representativas, no es del todo claro, no descartándose casos de corrupción y de compra de dirigentes por las empresas y el propio Estado. En nuestra opinión dependerá del tipo de medida a ser consultada, y fundamentalmente del ámbito territorial comprometido, y obviamente

[155] CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2009. En: http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2009.htm

del mandato que los pueblos indígenas le den a sus representantes. El otro punto es el agregado que hace este artículo respecto del Convenio 169 de la OIT. La ley habla de "instituciones" además de las organizaciones representativas, el Convenio solo de estas últimas. En nuestra opinión, estos temas deberán ser analizados y resueltos por los propios pueblos indígenas, en el marco de su autonomía y autodeterminación.

Comentarios

¿Todo debe ser consultado con todos? No todo debe ser consultado con todos. Para eso están las organizaciones representativas. Ello dependerá de la naturaleza de la medida a ser consultada, es decir de grado y nivel de afectación local, provincial, regional o nacional. Si estamos ante una norma nacional, no tiene sentido consultar con cada uno de los miembros de los pueblos indígenas, a diferencia de la consulta de una decisión local, que si podría realizarse, una consulta con las bases de los pueblos afectados. Lo importante es que los dirigentes sean representativos y tengan un mandato y criterios claros a la hora de dialogar y negociar con el Estado. El artículo 6 de la ley es una disposición que recoge lo establecido en el artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT.

El derecho a la consulta como concreción del principio de control de sus propias instituciones[156]. La consulta previa no es un derecho aislado de los pueblos indígenas, concreta un principio de control de sus propias instituciones y que puede ser encontrado en el 5to considerando del Convenio 169 de la OIT cuando señala que "Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven". Este principio tiene varias manifestaciones. En tal sentido, la consulta no es la única forma de participación que tienen los pueblos indígenas ni es el único derecho. Tenemos: 1) el derecho a la autodeterminación o el derecho a decidir autónomamente (art. 7.1 del C169); 2) el derecho a la participación en "formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente" (art. 7.1, 7.2 y 6.b del C169); 3) el derecho a la consulta previa libre e informada (art. 6 y 15.2 del C169); y 4) el derecho al consentimiento (art. 16.2 del C169 y Saramaka párr. 134).

[156] Tomamos como referencia lo planteado por Raquel Yrigoyen Fajardo en su artículo "Sobre los derechos de participación, consulta y consentimiento. Fundamentos, balance y retos para su implementación", en: Consulta previa. Experiencias y aprendizajes, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, Bogotá, 2009, págs. 113 y sgts.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 2º d).
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 9º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 2º e) y 9º.

Constitución Política

"Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:
[…] 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum".

"Artículo 31°. Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica".

Convenio 169 de la OIT

5to considerando (Principio de control de las propias instituciones)
Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Artículo 2 (la obligación del Estado de promover la participación de los pueblos indígenas)
1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

Artículo 6 (el derecho a la participación de los pueblos indígenas)
1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
[…]

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

Artículo 6 (el derecho a la consulta)
1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
[…]
c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 15 (el derecho a la consulta cuando se exploten recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas)
[…]
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras…".

Artículo 7 (el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo)
1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural…".

Artículo 7 (el derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de programas de desarrollo)
1. […] Además, dichos pueblos [indígenas] deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Artículo 15(el derecho a participar en la administración de los recursos naturales)
1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Artículo 15 (el derecho a participar en los beneficios de la explotación de los recursos naturales)
2. […] Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.
Artículo 16 (el derecho al consentimiento)
[…]
Declaraciones de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 3
Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4
Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5
Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

- Límites al derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 20)
- El derecho a la autodeterminación (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 32)

Corte Constitucional de Colombia

La diferencia entre representación y participación de los pueblos indígenas
"Al ser, así, expresiones de distintos principios que subyacen al régimen democrático colombiano, no se deben confundir las instancias de representación y participación de los grupos étnicos en el proceso de formación de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. La representación de los grupos indígenas en el Consejo Nacional de Planeación, que es una representación general de todas las etnias del país, no suple el deber imperioso de realizar la consulta previa de los proyectos susceptibles de afectar concreta, directa y específicamente a grupos étnicos particulares, en la misma medida en que este deber no se suple con la simple existencia de representantes o senadores indígenas y afro-descendientes en el Congreso de la República. Cada una de dichas instancias cumple un papel distinto dentro del sistema democrático establecido por el constituyente en 1991" (sentencia C-461/08).

Las dos dimensiones del derecho a la participación a propósito del artículo 6 del convenio 169 de la OIT Para la CCC cabe distinguir dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: Primero, la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. En segundo lugar, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos. Cuando se adopten medidas en aplicación del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos nativos: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les competen, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación; y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta". (Sentencia T-769 de 2009)

El derecho a la participación va más allá del derecho a la defensa

Establece la CCC que *"cada proceso de consulta previa "no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades."* (Sentencia T-737 de 2005)

Siguiendo con este orden de ideas, la CCC explicó que *"de este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades."* (Sentencia SU-039 de 1997)

Las diferentes maneras de participación de los pueblos indígenas

Para la CCC cabe distinguir dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: *"Primero, la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. En segundo lugar, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos. Cuando se adopten medidas en aplicación del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos nativos: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les competen, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación; y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta"*. (Sentencia T-769 de 2009)

Artículo 7. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios. Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes:

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

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

c) Instituciones sociales y costumbres propias.

d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.
El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.

Análisis del artículo

Si uno revisa este artículo y lo confronta con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT puede concluir que estamos ante una desnaturalización de los criterios para identificar a los pueblos indígenas. En esta parte la ley ha ampliado de forma impropia y preocupante los criterios establecidos por el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. En ese sentido esta ley exigiría más requisitos que los que exige el artículo del Convenio. En primer lugar nos preocupa qué se entiende por descender "directamente". Ese requisito no está en el artículo 1.b del Convenio 169 de la OIT. En segundo lugar, el inciso b del artículo 7 hace referencia al vínculo de los pueblos indígenas con el territorio que tradicionalmente han ocupado, lo cual puede ser interpretado en el sentido que si no se demuestra ese vinculo con el territorio, no se les aplicaría el Convenio 169 de la OIT, lo cual resulta peligroso pues muchas comunidades fueron expulsadas de sus territorios violentamente. En tercer lugar, se elimina el requisito de conservar "parcialmente" las instituciones sociales, culturales, religiosas, políticas, etc., lo cual puede ser interpretado en el sentido que tiene que conservar todas las costumbres ancestrales. Los incisos b, c y d muy bien pudieron ser resumidos en uno solo: conservar total o parcialmente sus instituciones sociales, económicas, políticas, culturales, etc. Nos preocupa que se quiera exigir que los pueblos indígenas hayan permanecido intactos y congelados en el tiempo, negando lo que es evidente, que estos pueblos evolucionan, que dialogan e interactúan con otros pueblos, en ejercicio de su derecho a la libre determinación.

Criterios objetivos y subjetivos. Tal como lo ha señalado el Convenio 169 de la OIT, existen elementos objetivos y subjetivos que sirven para determinar cuando un grupo tiene la condición de pueblo indígena. De acuerdo con dicho instrumento en el artículo 1.1.b, se entiende:

"Artículo 1
1. El presente Convenio se aplica:
[…]

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

Como se puede apreciar, para que un grupo sea considerado "indígena" se exige dos criterios objetivos: que los mismos "desciendan" de las poblaciones originarias de los Estados, es decir, que habitaban dichos territorios antes de la conquista o de la colonización, y que conserven "todas" o "parte" de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Asimismo, se exige un requisito subjetivo. En efecto, además de estos criterios eminentemente objetivos se añade un elemento que en palabras del propio Convenio 169, debe ser considerado fundamental: *la autoconciencia del grupo de poseer una identidad indígena o tribal*. En resumen, para que exista un pueblo indígena, deberá reunirse los dos elementos objetivos (descender de pueblos originarios y conservar total o parcialmente sus instituciones) y el elemento subjetivo (la auto identificación).

En relación con el elemento subjetivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de Xakmok Kásek vs Paraguay, ha señalado que "no corresponde a este tribunal ni al estado determinar la pertenencia étnica … de la comunidad" ya que este proceso "es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía", razón por la cual la Corte y el estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en ese sentido presente la comunidad, es decir, *la forma como esta se auto-identifique*"[157] Vale decir, según esta jurisprudencia, el criterio autoconciencia en realidad habría que entenderlo como "auto-identificación" y, por tanto, corresponde a cada pueblo identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado pueda rechazarlo o controvertirla[158].

[157] Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Sentencia del 24 de agosto del 2010, párr.37.
[158] Documento de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), La ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lima, 16 de Julio de 2012, pág. 6.

Sobre la base de lo señalado es posible sostener que la calificación o la condición como pueblo indígena es algo que atañe fundamentalmente a cada pueblo o comunidad, sin que los Estados puedan inferir en el proceso o cuestionar sus resultados. La cobertura normativa de esta interpretación la podemos encontrar en el artículo 33 inciso 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos los Pueblos Indígenas que, en todo su articulado, prescinde de los elementos objetivos, y tan solo se limita a señalar que "los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones".

Como señala el informe de COMISEDH, "los Estados no podrán contestar o rechazar la presencia del elemento subjetivo (ya que como señala la Corte IDH, ello corresponde únicamente al pueblo en cuestión) pero si están facultados para constatar el cumplimiento, al menos de los elementos objetivos previstos en el Convenio 169 de la OIT"[159]. Dicho en otros términos, mientras el elemento subjetivo no está sujeto a evaluación por parte del Estado, los elementos objetivos si.

En consecuencia, si un colectivo se autoidentifica como pueblo indígena existirá una presunción que estamos ante un pueblo indígena. Si el Estado quiere controvertir y quiere cuestionar que este colectivo es un pueblo indígena, y que en consecuencia no se le aplica el Convenio 169 de la OIT, deberá demostrar que no reúne los dos requisitos objetivos, esto es que descienden de pueblos originarios y que conserven total o parcialmente sus costumbres. Por ello carece de cobertura normativa el intento del Ministerio de Cultura, de exigir adicionalmente los requisitos de permanecer en el territorio ancestral o conservar la lengua indígena.

Directiva del Ministerio del Ministerio de Cultura establece criterios adicionales a los establecidos en el Convenio 169 de la OIT[160].

La Resolución Ministerial Nº 202-2012-MC que aprobó la Directiva Nº 03-2012/MC "Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios" viola los alcances del artículo 7º de la Ley de Consulta Previa, artículo 3º, literal k) de su Reglamento y 1º, numeral 1), literal b) del Convenio 169 de la OIT, toda vez que desconoce, que lo que define a un pueblo como indígena es si se

[159] Ibídem, pág. 8.

[160] En esta parte recogemos en excelente análisis desarrollado en el Documento de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), La ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lima, 16 de Julio de 2012, pág. 5, 6 y 7.

cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169 de la OIT[161]. En tal sentido, la Ley de Consulta Previa y su reglamento, no pueden a nivel legal y reglamentario, agregar nuevos requisitos.

En efecto, mediante la Resolución Ministerial Nº 202-2012-MC, se aprobó la Directiva Nº 03-2012/MC que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios,[162] la misma que, y en lo que se refiere a las acciones de identificación de los pueblos indígenas, señala lo siguiente:

a. Que "Los criterios Objetivos incluyen lo siguiente: "continuidad histórica", es decir, permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado; "conexión territorial", entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas.[163]

b. Que "el criterio subjetivo se refiere a la autodeterminación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario del territorio nacional"[164]

c. Que *"La Base de Datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo; y* tierras comunales *de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de "continuidad histórica" desde tiempos anteriores al establecimiento del estado"*[165].

Como se puede apreciar, dicha Directiva no concuerda con los estándares internacionales y nacionales establecidos tanto en artículo 1º, numeral 1, Literal b) del Convenio 169 de la OIT que a la Letra dice: "…..a los pueblos en países independientes, considerados indígenas, por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su

[161] Juan Carlos Ruiz Molleda, Guía de Interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley Nº 29785) Instituto de Defensa Legal, IDL, Lima, 2011, pág. 155.

162 La elaboración de dicha base viene impuesta por el artículo 29 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

[163] Párrafo 7.1.3 de la Directiva.

[164] Párrafo 7.1.4 de la Directiva.

[165] Párrafo 7.1.5 de la Directiva.

situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas".

Primera violación: La auto identificación es como pueblos y no como individuos según el Convenio 169 de la OIT

Dice la directiva

a) Que "el criterio subjetivo se refiere a la autodeterminación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario del territorio nacional"[166]

Como señala el informe de COMISEDH[167], al que seguimos en esta parte, en el DIDH el elemento de identificación subjetivo hace referencia a la potestad de los pueblos mismos como colectividades, y no de sus miembros como individuales de decidir, según sus usos y costumbres, si son o no un sujeto colectivo con una identidad étnica indígena o tribal, criterio que incluso, ha sido recogido por la Ley de Consulta Previa que señala que dicho requisito se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Esto es así porque, como se ha señalado la Corte IDH en el caso de Saramaka, "la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes (… comunales…) por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo (….) el derecho a la personalidad jurídica (como pueblo indígena o tribal)"[168]. Por tanto, es ilegal disponer, como hace dicha Directiva, que la autodeterminación se predica con respecto a los miembros del sujeto colectivo que pretende ser reconocido como indígena u originario.[169]

Segunda violación: La permanencia en el territorio no es un requisito exigido por el Convenio 169 de la OIT

a) Que "Los criterios objetivos incluyen lo siguiente: "continuidad histórica", es decir, permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al esta-

[166] Párrafo 7.1.4 de la Directiva.
[167] Documento de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), La ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lima, 16 de Julio de 2012, pág. 11
[168] Corte IDH. Caso del Pueblo de Saramaka vs Surinam…., párr. 164.
[169] Documento de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), Ibídem, , pág. 10, penúltimo párrafo (el subrayado es nuestro).

blecimiento del Estado; "conexión territorial", entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas.[170]

b) Que *"La Base de Datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: […] y tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de "continuidad histórica" desde tiempos anteriores al establecimiento del estado"*[171].

Por otro lado, al definir "continuidad histórica" como la "permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado", podría dar pie a interpretaciones que alteren el sentido de este criterio, según los términos del Convenio 169 de la OIT. Como se dijo en el punto precedente, por la continuidad histórica se resalta el hecho de que un pueblo es indígena porque, entre otras cosas, desciende de una sociedad anterior a la conquista o a la colonización. Si la exigencia de "Permanencia… desde tiempos previos…" se entiende en ese sentido, es decir, que alude a un pueblo que permanece en el tiempo porque desciende de una sociedad anterior (permanencia temporal), creemos que no habría ninguna dificultad[172]. Simplemente, dice con otras palabras lo que establece el Convenio 169 de la OIT. No obstante, en tanto la fórmula completa es "permanencia en el territorio nacional…" podría generarse una práctica administrativa inadecuada excluyente de denegar la condición de pueblo indígena a aquellos colectivos que no permanecen en el área que ocupaban sus ancestros dentro de lo que hoy es el territorio nacional (permanencia espacial, territorial o geográfica) [173]. De esta manera, se corre el riesgo de consagrar, de esta forma la exclusión en el goce de los derechos de los pueblos indígenas, de pueblos a quienes precisamente de manera violenta se les expulsó de sus territorios.

No debe olvidarse que, como ha resaltado la OIT, "Las tierras de los pueblos indígenas pueden incluir en algunos casos aquellas tierras perdidas en forma reciente u ocupada por los pueblos indígenas en una época más reciente (por lo general después de su desplazamiento de las tierras que ocupaban previamente)"[174]. Es por esa razón que el mismo Convenio 169 de la OIT en el artículo 14.3, obliga a los Estados a establecer

[170] Párrafo 7.1.3 de la Directiva.
[171] Párrafo 7.1.5 de la Directiva.
[172] Documento de Trabajo de la Comisión de Derechos Humano (COMISEH), Op. Cit., pág. 11.
[173] Ibídem.
[174] OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, oc. Cit., pág. 94.

mecanismos para resolver los problemas relativos a las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas y tribales. Por tal razón, lo regulado por la Directiva resulta absolutamente incompatible con el Convenio 169 de la OIT.

Con respecto, al requisito de "conexión territorial", tal como ha sido recogido en la directiva en cuestión, de un lado se sostiene que dicho elemento alude a "la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros" y, de otro, se dispone que las tierras comunales (…) establecen la existencia de conexión territorial". Es decir, se afirma que este requisito se verifica demostrando: i) que los antepasados estaban asentados en el territorio nacional, y, ii) a la vez, que hoy se ocupa un territorio concreto bajo el régimen de propiedad comunal. Claramente, pues, se está excediendo los alcances del Convenio 169 de la OIT que, como se dijo, dispone que el requisito "conexión territorial" tan solo implica sostener que el pueblo del que se afirma descender, habitaba el país o la región del caso, antes de la conquista y de la colonización, sin exigir mantener el control de un área concreta del territorio[175].

Pero no solo eso, siguiendo el informe de COMISEDH la redacción utilizada por la Directiva en mención, puede dar lugar también a la práctica administrativa maliciosa de afirmar que el requisito "conexión territorial" supone demostrar que las tierras comunales que hoy se ocupan, son las mismas que antes fueron habitadas por los antepasados (conexión física). No se debe olvidar que las tierras que hoy ocupan muchos pueblos, no son las que históricamente ocuparon sus ancestros, razón por la cual el propio Convenio 169 de la OIT prevé la posibilidad de plantear acciones reivindicatorias. En tal sentido, es muy posible que existan colectivos que reclamen aun la restitución de los territorios que perdieron, motivo por el cual sería un despropósito exigir probar la existencia de conexión física entre los territorios nuevos y los antiguos. En este punto, pues, la Directiva también debe ser reformulada[176],

[175] La CEACR cuando, en el año 2009, evaluó el en ese entonces Proyecto de Ley Marco de los Pueblos Indígenas u Originarios del Perú, señalo lo siguiente: "La comisión nota, (…), que entre los elementos objetivos de la definición prevista por el proyecto, aparece la referencia a que estos pueblos "se encuentran en posesión de un área de tierra" que no figura en el convenio" (OIT-CEACR. Observación individual 2009, Perú. En: OIT, Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2012, p. 114..Disponible www.ilo.org/wcmsp5/groups/---ed norm/---normes/documents/publication/wcms 150209.pdf,

[176] Documento de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), La ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lima, 16 de Julio de 2012, pág. 12.

Tercera violación: El requisito de mantener la lengua indígena no está en el Convenio 169 de la OIT

La directiva señala:

a) Que "La Base de Datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo; y tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de "continuidad histórica" desde tiempos anteriores al establecimiento del estado"[177].

Finalmente, como señala el informe de COMISEDH, al señalar que es indispensable mantener o manejar la lengua indígena, en conjunción con la posesión de tierras comunales, para demostrar el criterio "descendencia" (continuidad histórica), la Directiva cuestionada está yendo otra vez más allá de lo señalado por el Convenio 169 de la OIT y por la Ley de Consulta Previa[178].

Ciertamente, y esto está fuera de toda duda, que un colectivo conserve la lengua de las poblaciones originarias de las que desciende, es prueba objetiva del mantenimiento de las instituciones sociales y culturales. Pero, también es posible que la misma, en virtud del mestizaje, haya desaparecido. Es por esa razón que el Convenio 169 de la OIT, como vimos, tan solo exige conservar "parte" de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas del pueblo en cuestión. En tal sentido, el hecho de que "no se mantenga la lengua originaria no puede ser un criterio determinante, a los efectos de rechazar la pretensión de un colectivo de ser considerado "indígena u originario", siempre que este conserve otras instituciones sociales y culturales del pueblo del que afirma descender. Es más, la LCP cuando se refiere a los criterios objetivos se remite genéricamente a la conservación de "instituciones sociales y costumbres propias" y, mucho más preciso, el reglamento supra citado afirma que se puede mantener parcialmente las mismas. Por ende también en este punto, la Directiva como se puede apreciar es ilegal".[179]

[177] Párrafo 7.1.5 de la Directiva =3-2012/MC(el Subrayado y la Negrita es nuestro).
[178] Documento de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), La ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lima, 16 de Julio de 2012, pág. 12
[179] Ibídem.

El Estado peruano ha reconocido de forma oficial que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas siempre que reunan los requisitos exigidos por el Convenio 169. Así lo informó el Estado a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR). Esta comisión hizo referencia a lo manifestado por el Estado Peruano y, además, señaló que este era un pronunciamiento había sido reiterado en años anteriores. Según la CEACR "La Comisión toma nota que el Gobierno informa que el reglamento de la ley núm. 28945, Ley del Instituto Nacional de Pueblos Andinos, señala en su artículo 2 las definiciones que abarcarían a los pueblos andinos, pueblos amazónicos y pueblos afroperuanos. La Comisión toma nota que según el Gobierno las comunidades campesinas y las comunidades nativas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectividades similares a los pueblos indígenas, enfatizando los aspectos sociales, políticos y culturales. Esta afirmación parece ser positiva en el sentido de que confirma anteriores memorias del Gobierno y comentarios de la Comisión en el sentido de que las comunidades indígenas están cubiertas por el Convenio independientemente de su denominación"[180].

En todo caso, la propia CEACR reiteró que las comunidades campesinas y nativas reúnen los requisitos previstos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, y en consecuencia que se les aplica el referido Convenio: "La Comisión considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación"[181]. La CEACR "reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio"[182].

Si bien no de manera expresa, el ordenamiento jurídico reconoce en forma tácita que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas. En efecto, el artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley Nº 24656) señala que "Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determi-

[180] CEACR, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2009, párr. tercero.
[181] Ibídem, párr. tercero.
[182] Ibídem, párr. cuarto.

nados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país." Asimismo, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de las regiones de selva y ceja de selva (Decreto Ley Nº 22175), "Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso".

Estas normas deberán ser interpretadas de conformidad con el artículo 89 de la Constitución que señala que "Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas".

Por último, citaremos el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 065-2005-PCM que precisa que los pueblos andinos "Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluye a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa". Asimismo, los pueblos amazónicos "Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Incluye a las comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial". Finalmente, la referida disposición señala que "a los pueblos andinos y pueblos amazónicos, se les podrá denominar pueblos indígenas".

En esa misma línea tenemos el artículo 2 letra a de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (Ley No 28736). Según esta norma, se consideran pueblos indígenas a *"Aquellos que se autorreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial"*.

Criterios de interpretación

¿Las comunidades campesinas son pueblos indígenas? La norma establece que las comunidades indígenas "también" pueden ser pueblos indígenas. Sobre el particular debemos de decir que el nombre de comunidad campesina no será el criterio último y definitivo. Lo que define a un pueblo como indígena es si se cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169 de la OIT, pues no podemos descartar que existan comunidades campesinas que no sean descendientes de pueblos originarios.

Se ha obviado otros supuestos. Se establece que son pueblos indígenas aquellos que desciendan directamente de pueblos originarios, sin embargo, el Convenio en el artículo 1.b hace referencia a los pueblos indígenas que tengan su origen en la Colonia o al momento de independizarse en los siguientes términos: "considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales" (subrayado nuestro). No puede una norma de rango legal modificar un convenio de rango constitucional. Ello está proscrito por el artículo 51 de la Constitución.

¿Quién elige a las autoridades de los pueblos indígenas? Los dirigentes de los pueblos indígenas deben ser elegidos por ellos mismos, en ejercicio de su derecho a la autonomía y a la determinación. En tal sentido, el Estado no podrá interferir y designar con quienes negocia. Tampoco podrá promover el Estado o las empresas interesadas dirigencias paralelas que solo buscan debilitar a los pueblos indígenas al momento de la negociación. Existe una exigencia que las dirigencias sean realmente representativas de los pueblos indígenas.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 15º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 6º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 2º a) y e).

Convenio 169 de la OIT

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

Jurisprudencia del TC

Derecho a la identidad. "Sobre el derecho a la identidad étnica, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho "supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]." (HÄBERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Tecnos, Madrid; 2000, p. 34). En la STC 03343-2007-PA/TC, este Tribunal recogió lo expuesto en la Resolución Ministerial N.° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es: "el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa" y que tal derecho comprende: "a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]" (STC 00022-2009-PI, f.j. 5)

CEACR de la OIT

La propia CEACR reiteró que las comunidades campesinas y nativas reúnen los requisitos previstos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, y en consecuencia que se les aplica el referido Convenio.

"La Comisión considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación"[183]*. La CEACR "reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio"*[184].

Artículo 8. Etapas del proceso de consulta. Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

a) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.

b) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.

c) Publicidad de la medida legislativa o administrativa.

d) Información sobre la medida legislativa o administrativa.

e) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente.

f) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.

g) Decisión.

---

[183] Ibídem, párr. tercero.
[184] Ibídem, párr. cuarto.

Análisis del artículo

Estamos ante uno de los artículos más importantes de la ley de consulta. Su lectura permite comprender que la consulta no es un momento sino un proceso, que nada tiene ver con talleres informativos o audiencias públicas. Se han precisado en nuestra opinión los diferentes momentos, cuidándose el legislador de precisar que son las etapas mínimas. Quizá algunos agregados hubiesen ayudado a precisar y apuntalar algunas ideas pero nos parece una norma apropiada. Queda claro también que no es la empresa la que hace la consulta sino el Estado, razón por la cual los innumerables talleres informativos realizados por las empresas no tienen valor ni exoneran al Estado de su obligación de hacer la consulta.

Comentarios

La consulta es un proceso y no un trámite burocrático. Todavía hay sectores que consideran que la consulta se agota en el momento en el que le piden a los pueblos indígenas su opinión, olvidando que la consulta es un proceso con varias etapas, todas las cuales deben ser cumplidas indefectiblemente. La consulta es un proceso en el tiempo que se prolongará dependiendo de las circunstancias. Por eso es que los talleres informativos no pueden ser confundidos con procesos de consulta, los cuales son un momento en el tiempo. La consulta no es solo preguntar sí o no a los pueblos indígenas, sino que involucra todo el proceso anterior.

¿Qué ocurre si no hay acuerdo en una primera reunión? La ley no contempla la posibilidad de nuevas reuniones, solo hace referencia a que estas serán las etapas mínimas. Se deberá de entender que las negociaciones continuarán hasta que razonablemente quede en evidencia que no hay acuerdo. Asimismo, se advierte que no hay plazo para la realización de cada una de las etapas, como si lo establecía por ejemplo el Decreto Supremo 023-2009-EM (artículo 9) que reglamentó la consulta de las actividades mineras energéticas. Esto nos parece positivo pues no se puede encorsetar los procesos de consulta, como si existiera un solo molde. Deberá de entenderse que estamos ante plazos flexibles dependiendo de la naturaleza y de la complejidad de los temas materia del proceso de consulta. En tal sentido, el criterio a utilizarse deberá ser el plazo "razonable" en cada caso concreto. El reglamento de la ley ha establecido plazos que en su momento serán materia de comentario.

¿Cuántas veces se consulta en un proyecto? Este es un tema sobre el cual guarda silencio la ley, aun cuando habla de "etapas mínimas". Un primer supuesto es cuando

cambian sustancial y radicalmente las circunstancias y las premisas en función de las cuales se realizó el proceso de consulta. Aquí se justifica la realización de un nuevo proceso de consulta. El otro supuesto es cuando estamos ante las diferentes etapas del proceso de explotación petrolera o minera. Por ejemplo en este último caso, se necesitan diferentes permisos administrativos para la etapa de exploración y luego para la etapa de explotación. Luego de la exploración pueden variar los términos en los que se negoció, puede haberse encontrado más mineral del que se preveía. Estos supuestos deberían ser recogidos en la norma.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 36º, 1.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 24º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 34º.

Convenio 169 de la OIT

Artículo 6
1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

Concordancias con la jurisprudencia del TC

- *Sobre las etapas del proceso de consulta (STC 00022-2009-PI/TC. f.j. 41). Esta define las siguientes reglas en relación con las etapas del proceso de consulta:*

"i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.

ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.

iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión

respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.

iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.

v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visibles los puntos sobre los cuales existe disconformidad".

"la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían pata que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla". STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 35.

Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta. Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas. Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio. En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Análisis del artículo

Esta norma tiene un problema de fondo que no podemos dejar de abordar, y que debe ser replanteado pues aparentemente el Viceministerio de Interculturalidad estaría cumpliendo dos funciones en nuestra opinión contradictorias. La disyuntiva es la siguiente: ¿el Viceministerio de Interculturalidad emite opiniones técnicas en primera instancia (artículo 19.d) o es segunda instancia administrativa (3 párrafo del artículo 9)? Si ya adelantó opinión técnica, no será una autoridad independiente en segunda instancia. Hay un tema fundamental que debe ser analizado con detenimiento en relación con el diseño institucional de órgano técnico especializado. Esto lo veremos al momento de revisar las funciones del órgano técnico especializado al comentar el artículo 19 de la ley.

Criterios de interpretación

¿Cuándo existe afectación directa de normas legislativas? Debería de incorporarse en el reglamento el desarrollo jurisprudencial que el TC ha hecho en relación con la consulta de actos normativos. El TC ha dicho que solo se consultarán aquellas normas que afectan directamente a los pueblos indígenas, sean estas normas específicas o generales, y luego ha señalado que las normas generales que afectan indirectamente a los pueblos indígenas, no se consultan. Este tema es clave pues el TC ha desestimado procesos de inconstitucionalidad contra leyes que no fueron consultadas. El argumento utilizado en ellas ha sido son normas generales que no afectan a los pueblos indígenas directamente. Discrepamos de esas sentencias pues en muchos casos si afectaban a los pueblos indígenas. Es el caso por ejemplo de la ley de recursos hídricos o la ley de titulación de predios rústicos, a pesar de ser general afectaban a los pueblos indígenas. Por ello urge precisar criterios más claros sobre que debe entenderse por afectación directa. En nuestra opinión se debería establecer que existe afectación directa cuando se violan o amenazan derechos de los pueblos indígenas y/o la implementación de estas medidas se realizará en territorios de los pueblos indígenas.

Criterios para determinar la afectación directa de normas administrativas. García Hierro propone como criterios: para determinar el nivel de afectación de las normas o actos administrativos tres criterios, del ámbito territorial, la afectación de derechos y los riesgos. En primer lugar, se entenderá afectación directa cuando la medida afecta en concreto y de manera directa el hábitat tradicional de determinado pueblo o pueblos indígenas de acuerdo a los criterios establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En segundo lugar, cuando hay afectación de derechos de los pueblos indígenas, y en tercer

lugar, cuando los pueblos indígenas pueden verse sometidos a riesgos por efecto de una iniciativa ajena a ellos.

Incorporar la consulta previa en los TUPA´s. Para que esta etapa de concrete, las diversas entidades del Estado deberán incluir en sus Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA), una guía de criterios relativos a determinar si sus iniciativas son o no susceptibles de afectar directamente derechos indígenas, a fin de que, en su caso, se incorpore la consulta como etapa previa a la elaboración final y la implementación de la medida prevista.

Necesidad de una asesoría del Vice ministerio de Interculturalidad. Los diferentes sectores del gobierno nacional, regional y locales tienen un profundo desconocimiento sobre los alcances de los procesos de consulta. Es necesario una permanente capacitación y asesoría. De lo contrario tendrá mucha dificultad a la hora de pronunciarse.

El EIA debe realizarse con la participación de los pueblos indígenas. Esto se desprende del artículo 7, incisos 3 y 4 del Convenio 169 de la OIT. No obstante el texto del reglamento y la propia realidad del MINEM lo ignoran.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 7º, 2.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 16º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 25º.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

> "En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias

normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta". (STC 00022-2009-PI/TC, f. j. 21)

- Establecimiento de reglas para definir la afectación directa a los pueblos indígenas (STC Nº 00022-2009-PI/TC. f.j. 19, 20, 21 y 23)
- Sobre las etapas del proceso de consulta (STC 00022-2009-PI/TC. f.j. 41).

Comisión de Expertos de la OIT

"(…) que, con la participación y consulta de los pueblos indígenas adopte sin demora las medidas necesarias para garantizar: 1) la participación y consulta de los pueblos indígenas de manera coordinada y sistemática a la luz de los artículos 2, 6, 7, 15 y 33 del Convenio; 2) la identificación de situaciones urgentes relacionadas con la explotación de recursos naturales que pongan en riesgo las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados y la aplicación rápida de las medidas especiales que se precisen para salvaguardarlos"[185].

Medidas que deben consultarse según la Corte IDH

"En el caso Saramaka, la Corte interamericana dio ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren consulta previa, cuando ordenó al Estado de Surinam que consultara con el pueblo Saramaka "al menos acerca de los siguientes seis asuntos":

1. el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka;
2. el proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran;
3. el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado;
4. el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres;
5. en relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y

[185] CEAVCR, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ava. reunión, en el año 2009.

6. en relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka". (Saramaka, interpretación de sentencia, párrafo 16)

Medidas que deben consultarse según la CIDH

"En otros casos, la CIDH ha precisado que está sujeta a consulta previa, efectiva e informada la adopción de medidas relacionadas con los procesos de acceso y goce efectivo del territorio ancestral 657, así como el establecimiento de las fronteras del territorio indígena a través de los procesos de delimitación y demarcación efectivas 658. La adopción en el derecho doméstico de las medidas legislativas, administrativas u otras que sean necesarias para delimitar, demarcar y titular o de otra forma aclarar y proteger el territorio en el que el pueblo indígena tiene un derecho de propiedad comunal, también debe ser realizada mediante consultas plenamente informadas, de conformidad con sus prácticas consuetudinarias de uso de la tierra y sin perjuicio para otras comunidades indígenas". (Informe de la CIDH sobre derecho a la tierra y a los recursos naturales de los pueblos indígenas[186], párrafo 280)

CIDH

Consulta cuando se afecta derechos o intereses

"La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas" (Informe CIDH sobre los derechos al territorio y a los recursos naturales, párrafo 276)

Concordancia con la Corte Constitucional de Colombia

La afectación directa de las comunidades indígenas

Asimismo, la CCC ha dicho que "La consulta, resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles d*e afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos*. Igualmente, precisó que no todo lo concerniente "en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa

[186] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010.

que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios". (Subrayado nuestro) (Sentencia C-030/08 de 2008)

Artículo 10. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados. La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.

Análisis del artículo

Esta norma debe de interpretarse de conformidad con el artículo 7 que establece los criterios para identificar a los pueblos indígenas. Debió señalarse que para dicha tarea se deberá acceder a la base de datos de pueblos indígenas que se deberá crear. De lo contrario la tarea de identificar a los pueblos puede resultar compleja. Esta norma pone en todo caso en evidencia la necesidad de una base datos. La realización de los procesos de consulta dependerá de la seriedad con que se elabore oportunamente y se mantenga actualizada la Base de Datos oficial de los Pueblos Indígenas del Perú, la cual estará a cargo del Vice ministerio de Interculturalidad. Asimismo no podemos olvidar que esta base de datos es declarativa y no constitutiva de la condición jurídica de pueblos indígenas.

Comentarios

El derecho al reconocimiento de la personalidad de los pueblos indígenas es un derecho de suma importancia. La falta de personería jurídica es un pretexto del cual se valen el poder político y el poder económico para desconocer y violar los derechos de los pueblos indígenas. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica está reconocido en la Convención Americana en el artículo 3. La Corte IDH por su parte, ha establecido que "La comunidad indígena […] ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia. La personería jurídica, por su parte, es el mecanismo legal que les confiere el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamen-

tales, como por ejemplo la propiedad comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados"[187].

Asimismo, en otra oportunidad la Corte ha analizado anteriormente el derecho de personas particulares a obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención Americana. De este modo, la Corte lo ha definido como el derecho a ser reconocido legalmente como sujeto de derechos y obligaciones. Es decir, el "derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer".

La Corte también ha manifestado que la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o terceros. En especial, la Corte ha observado que "el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley"[188]. El derecho a la personalidad jurídica no es un derecho intrascendente, todo lo contario, el goce y ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas requiere el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas[189]. En palabras de la Corte IDH, "el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas"[190].

El reconocimiento de este derecho se hace más imperativo si reparamos en que los pueblos indígenas tienen un elevado nivel de vulnerabilidad en sus derechos[191]. Si a eso se agrega, que los que violan o amenazan sus derechos son el gobierno y las grandes corporaciones por lo general, adquirirá más relevancia este derecho. Por ello "La Corte considera que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de

[187] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 83.
[188] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
[189] Elizabeth Salmón, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tomo 3 Los derechos de los pueblos indígenas, Idehpucp, Lima, 2010, pág. 65.
[190] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 82.
[191] Elizabeth Salmón, op. Cit., pág. 65.

las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Ésta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria"[192].-

Presunción de identidad indígena. Se deberá de presumir la identidad indígena de los pueblos que la invoquen de conformidad con el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, que hace referencia al autoreconocimiento de los pueblos indígenas. En consecuencia, se debe realizar obligatoriamente el proceso respectivo, salvo que se demuestre fehacientemente la falta de concurrencia de los aspectos subjetivos y objetivos que caracterizan a los pueblos indígenas, y contenidos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 16º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 25º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 23º.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

- Sobre las etapas del proceso de consulta (STC 00022-2009-PI/TC. f.j. 41).
- Reconocimiento de la inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 11, 41).
- Una norma no consultada es inconstitucional (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 10 ultima parte)
- El Convenio 169 de la OIT está vigente desde 1995 (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 23).
- Una medida administrativa no consultada es inconstitucional (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 27).
- Reconocimiento de la inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT (STC Nº 05427-2009-PC/TC, f.j. 11, 43).

[192] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

- Toda norma no consultada es nula (STC Nº 00023-2009-PI/TC, f.j. 5).
- ¿Desde cuándo tiene vigencia el Convenio 169 de la OIT? (STC Nº 00025-2009-PI, f.j. 23)

CEACR de la OIT

Informe de la CEACR sobre Perú 2009

"(…),que elimine en la legislación las ambigüedades en cuanto a la identificación de los pueblos abarcados por ella en virtud del artículo 1, que es también un aspecto esencial que se ha de abordar para conseguir un progreso sostenible en la aplicación del Convenio".

CIDH.

Informe No. 75/02, Caso Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002
"El requisito de participación plena de los pueblos indígenas y tribales en la determinación, por las autoridades administrativas, de sus derechos o intereses de propiedad territoriales, se desconoce cuándo hay miembros de tales pueblos que no han tenido la oportunidad de jugar un rol pleno o efectivo en la selección, autorización o instrucción de quienes actúan a nombre del pueblo frente a las autoridades[193]"

Los pueblos indígenas que no tienen título de propiedad también deben ser consultados según CIDH
"Los procedimientos de consulta previa "deben efectuarse con respecto a los grupos que pueden resultar afectados, o bien porque poseen la tierra o territorio respectivo, o bien porque el reconocimiento de los mismos se encuentra en proceso de reivindicación"690. En otras palabras, los pueblos indígenas y tribales que carecen de títulos formales de propiedad sobre sus territorios también deben ser consultados respecto del otorgamiento de concesiones extractivas o la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión en sus territorios". (Informe CIDH sobre los derechos al territorio y a los recursos naturales, párrafo 293) (citas omitidas)

Representación de los pueblos indígenas según CIDH
"Sin perjuicio de lo anterior, la representación de estos pueblos durante los procesos

[193] CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

de consulta debe ser la que determine el propio pueblo afectado de conformidad con su tradición, y habiendo tenido en cuenta la voluntad de la totalidad del pueblo canalizada a través de los mecanismos consuetudinarios correspondientes". (Informe de la CIDH, derechos …., párrafo 287).

Representación de los pueblos indígenas según Corte IDH

En la sentencia Saramaka sobre interpretación de sentencia se dice lo siguiente:
"los Saramaka deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas" (párr. 15). Luego se dice que "Al declarar que la consulta se debe realizar 'de conformidad con sus costumbres y tradiciones', la Corte reconoció que es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal"(párr. 18). Se añade que "consecuentemente, el pueblo Saramaka debe informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente. El Estado deberá consultar con tales representantes a fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal. Una vez realizada la consulta, el pueblo Saramaka dará a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, así como sus fundamentos" (párr. 19)

Artículo 11. Publicidad de la medida legislativa o administrativa. Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan.

Análisis del artículo

Esta norma pareciera estar contenida en el artículo siguiente. En todo caso pudieron ir ambas normas juntas. Dos reglas se establecen, la primera es que se deberá de comunicar a los pueblos indígenas de las medidas a consultarse. Se entiende que esta comunicación deberá de hacerse antes que se tome la decisión y no después. La segunda regla es que esta comunicación deberá hacerse, no de forma burocrática o como una formalidad más. La ley exige poner un celo especial en esta comunicación, pues exige hacerlo "mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan". Ello implica un esfuerzo adicional y deja traslucir una especial consideración que compartimos y que resulta válida y necesaria, toda vez que los pueblos indígenas se encuentran en zonas alejadas.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 37º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 26º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 36º.

Concordancia con la jurisprudencia del TC

- Oportunidad de la consulta previa e información que debe darse a los pueblos indígenas (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 35)
- Obligación del Ministerio de Energía y Minas de informar a las comunidades sobre los procesos de explotación (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 30)
- Los talleres informativos no son consulta previa (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 25)

Principio de Transparencia. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuales van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuales van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse con plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. (STC 00022-2009-PI, f.j. 35)

Artículo 12. Información sobre la medida legislativa o administrativa. Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa.

Análisis del artículo

El artículo 12 recoge un aspecto clave y fundamental en todo proceso de consulta. De qué sirve diseñar y organizar un proceso de consulta y dar la oportunidad a los pueblos indígenas de emitir opinión sobre un aspecto vital para ellos si es que esa decisión carece de los elementos de juicio mínimos y necesarios para decidir razonablemente. No se trata de un elemento accesorio y de segunda importancia. La calidad de la decisión que puedan asumir los pueblos indígenas dependerá que estos cuenten con toda la información necesaria.

Varios mandatos contiene esta norma, en primer lugar deja claro que la tarea de brindar información no le corresponde a la empresa privada sino al Estado. Ello implica que quien deberá pedir información a la empresa no será los pueblos indígenas sino el propio Estado. Hay una obligación del Estado de garantizar la información frente a los pueblos indígenas. Un segundo mandato es sobre la oportunidad en que esta información es entregada. El artículo exige que sea antes del proceso de consulta y con la debida anticipación. El espíritu del artículo es que los pueblos indígenas puedan acceder a la información con el tiempo anterior necesario para que puedan analizarla y evaluarla con detenimiento.

Un tercer mandato tiene que ver con las características que esta información debe tener. Este mandato, según el artículo debe contener los "motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa". No se trata de entregar cualquier información por cumplir. Debe ser información significativa y sustancial sobre el impacto de la medida a consultarse. Implícitamente se reconoce que la información que deberá de entregarse deberá ser veraz. Nos preguntamos si el estudio de impacto ambiental realizado por una consultora pagada por la empresa extractiva, contará con información objetiva e imparcial. En nuestra opinión solo podrá ser independiente la consultora que hace el EIA, si es que tiene independencia respecto de la empresa extractiva, pero no bajo las actuales condiciones.

Comentarios

Aquí se juega la eficacia de la consulta. Tal como lo señalamos, tan importante como dar la oportunidad a los pueblos indígenas para que expresen su decisión, es que ésta sea adoptada sobre un pleno conocimiento de los reales y objetivos impactos de la medida a adoptarse. Y sobre este conjunto de información destaca por su importancia,

la que es de naturaleza ambiental, pues es este el que se ve afectado por las industrias extractivas[194].

Sobre la calidad de la información a entregarse a los pueblos indígenas. El Estado debe proporcionar información oportuna, suficiente, necesaria, con adecuación cultural y en el idioma de los pueblos indígenas consultados, empleando procesos metodológicos adecuados, a efectos de garantizar un proceso de diálogo real. Los procesos metodológicos serán los adecuados si es que son los que responden a las necesidades, usos, mecanismos y formas de decisión de cada pueblo indígena concreto.

Es el Estado el que debe entregar la información a los pueblos indígenas. Esta parte es importante pues mucha información está en poder de las empresas y no del Estado. Le corresponde al Estado exigirla y alcanzarla a los pueblos indígenas[195].

Derecho a exigir información adicional. En caso de que lo consideren necesario, estos podrán solicitar información adicional o el asesoramiento técnico necesario. Esto es importante pues permite asegurar que los pueblos indígenas puedan realmente comprender las implicancias de las medidas a ser consultadas. Se debería reconocer esta facultad a los pueblos indígenas.

Necesidad de que los pueblos indígenas puedan realmente comprender las medidas. El artículo no se contenta con que se difunda una medida sino que exige que los destinatarios realmente puedan comprender dichas medidas y para ello establece que esta difusión se realice a través de "métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan". No es suficiente la traducción a las lenguas nativas, es necesario un esfuerzo adicional para que la medida sea explicada en el marco de la cosmovisión y de la experiencia cultural del pueblo a ser consultado. Definitivamente este principio concreta no solo el derecho a la identidad cultural sino el principio de interculturalidad.

[194] Iván Bascopé San Jines. Lecciones aprendidas sobre consulta previa. Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social, La Paz Bolivia, 2010, pág. 305.

[195] Ver la sentencia Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. En ella se recurre a la justicia supranacional para exigir la entrega del estudio de impacto ambiental de unas concesiones forestal, luego de que el Estado se negara a entregarla aduciendo que no era información pública..

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 37º y 38º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 26º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 36º 3.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

Sobre la obligación de entregar información

"la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían pata que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla[196]".

- Sobre las etapas del proceso de consulta (STC 00022-2009-PI/TC. f.j. 41).
- Principio constitucional de transparencia (STC Nº 00022-2009-PI. f.j. 35).
- Obligación del Ministerio de Energía y Minas de informar a las comunidades sobre los procesos de explotación. (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 30)
- Los talleres informativos no son consulta previa. (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 25)
- Obligación del Ministerio de Energía y Minas de informar a las comunidades sobre los procesos de explotación (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 30)
- Los talleres informativos no son consulta previa (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 25)

[196] STC. Nº 03343-2007-PA/TC, f. j. 35.

CIDH.

Informe No. 40/04, caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004

De igual manera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó a propósito de otro caso que: *"los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de "consentimiento pleno e informado" requiere "como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva"*[197].

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

"la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones […] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones" [198].

[197] CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

[198] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 133.

Concordancia con la Corte Constitucional de Colombia

Sobre la obligación de entregar información

Para el CCC la información que se le da a los pueblos indígenas es importante *"En procura de la materialización del derecho a participar en las decisiones que afectan o puedan llegar a afectar los legítimos intereses y derechos de los habitantes del país, le corresponde a las entidades estatales suministrarle a las personas oportunamente toda la información que no goce de reserva constitucional o legal; advirtiendo sí, que esta información oficial debe ser completa, consistente, coherente, verificable, comparable, contextualizada, diáfana y siempre oportuna. Desde luego que el derecho a la información así servido se convierte en poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectiva, en el entendido de que las autoridades estatales, a más de esa información, deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas a la discusión pública de los temas pertinentes; recordando a la vez que la participación ciudadana en esos ámbitos de discusión constructiva supone el recíproco respeto de los criterios expuestos por los interlocutores institucionales y privados, pero no pasivamente, sino reedificando mutuamente sobre la comprensión de lo ya examinado y depurado de manera concertada, a tiempo que la diferencia y pluralidad de opiniones actualizan su poder constructivo en el suceso democrático".* (Sentencia C-891/02 de 2002)

Artículo 13. Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios. Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.

Análisis del artículo

Aquí radica la diferencia sustancial entre un taller informativo y un proceso de consulta. En el primero se les presenta información parcializada sobre la medida. En el segundo, sin la presencia del Estado los pueblos indígenas debaten internamente. Ciertamente el éxito y la clave de esta etapa es que se pueda contar con "toda" la información sustantiva sobre el verdadero impacto de la medida. Sin esa información el debate y la evaluación interna sería vacía e inútil. Este espacio permitirá poner sobre la mesa las razones de un lado y de otro. Esta etapa esta encadenada a la anterior.

Dos mandatos podemos distinguir en este artículo, el primero es que esta evaluación "interna" se hace internamente, sin le presencia del Estado y de la empresa. El espíritu de esta propuesta es que la evaluación interna se realice sin presiones e interferencias ajenas que distorsionen el proceso de reflexión colectiva al interior de los pueblos indígenas. El segundo mandato es la exigencia del plazo razonable. Una manera de boicotear esta evaluación interna es estableciendo plazos razonables para que este proceso de reflexión colectiva.

Este proceso de evaluación, además cumple una función de hacer que la decisión no sea de un pequeño grupo de dirigentes, no pocas veces comprado con favores y ofrecimiento por parte de las empresas extractivas. Esta evaluación interna permitirá, que la mayor cantidad de miembros de pueblos indígenas participen en dicha decisión, inhibiendo a sectores que buscan los arreglos bajo la mesa y de espaldas a los intereses de los pueblos indígenas. En la medida en que la decisión se desplaza y se involucra a más personas, la decisión se hace más transparente, todo lo cual abona en mayor legitimidad de dicha medida.

Comentarios

También los pueblos indígenas deben motivar sus decisiones u opiniones. Lo más importante en el proceso de la consulta no es el sí o el no que pueden brindar los pueblos indígenas en relación con la medida objeto de consulta, sino las razones que hay detrás del sí o del no. En tal sentido, existe una necesidad de dar cuenta de las razones de la posición de los pueblos indígenas. Le alcanza la misma obligación de sustentar y de motivar su posición.

Falta etapa de acuerdos previos. Es necesario antes de la evaluación interna, introducir una etapa que consideramos importante y que contribuye a darle formalidad e institucionalidad a los procesos de consulta. Nos referimos a una etapa de acuerdos pre-consultivos. Esta etapa tendría como objetivo acordar los aspectos generales de la consulta en conformidad con la presente Ley. Estos acuerdos previos a la consulta serían de carácter procedimental y serían con las entidades del Estado que vayan a estar a cargo de la consulta. El resultado de estas reuniones deberán ser los acuerdos relativos a los pormenores formales de la consulta, en aspectos tales como la fecha, los puntos críticos de la consulta, el nivel de decisión de los participantes, la información necesaria y el tiempo requerido para procesarla, los aspectos logísticos y financieros, y cuantos sean necesarios para dar seguridad y eficacia a la consulta[199]. Sobre esta te

[199] Ver el proyecto de José García Hierro el cual propone esta etapa pre-consultiva.

regresaremos pues el reglamento se ha pronunciado pero de una manera poco adecuada como luego veremos.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 17º y 18º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 27º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 37º.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

- Sobre las etapas del proceso de consulta (STC 00022-2009-PI/TC. f.j. 41).

La evaluación interna de la medida

"la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla". STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 35.

"Asimismo, es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación". (STC 00022-2009-PI, f.j. 30)

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

Sobre la discusión interna

"Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones" [200].

Artículo 14. Proceso de diálogo intercultural. El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta. Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo.

Análisis del artículo

La principal crítica que debemos de hacer a este artículo es que no precisa que debe entenderse por diálogo intercultural. Ello resulta preocupante pues se trata no solo de un criterio sino de una perspectiva y un horizonte totalmente desconocidos por la mayoría de los operadores del sistema de justicia y por los funcionarios públicos del Estado. Este vacío dificulta la correcta aplicación de este principio, debiendo en todo caso ser desarrollado vía legislación o a través de la jurisprudencia del TC o de la propia Corte IDH. En todo caso algunos pasos están dados[201].

[200] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 133..

[201] Ver Juan Carlos Ruiz Molleda, Balance preliminar de jurisprudencia del TC en materia de derechos culturales. Puede ser consultado en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo13082010-055916.pdf.

El artículo establece la agenda del dialogo intercultural. El mandato contenido en el artículo es hablar primero sobre los fundamentos de la medida. Deberá de entenderse el fundamento jurídico como el fundamento fáctico de la medida. El primero será la cobertura normativa y el segundo, las bases del proyecto. El segundo punto es sobre las posibles consecuencias. Este mandato concreta lo establecido en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT cuando precisa esta última que "los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras." (Subrayado nuestro)

Resulta preocupante la restricción otra vez más a la afectación solo de los derechos colectivos. Una lectura literal podría interpretar que si se afecta los derechos sociales de los pueblos indígenas como es el derecho a la salud por ejemplo, no procedería la realización del proceso de consulta. Un tercer punto de la agenda del dialogo intercultural son las recomendaciones y sugerencias. Esto significa que deberá de dialogarse y conversarse sobre ellas en el proceso de consulta. Ellas no solo deberán ser puestas en conocimiento del Estado sino que deberán ser materia de debate y discusión.

Comentarios

Necesidad de introducir cierta formalidad. La reunión de consulta debe comenzar con la lectura de los acuerdos pre-consultivos y la definición precisa y transparente de los puntos críticos que van a centralizar el debate. Posteriormente vendrá el proceso de consulta, durante el cual tanto la Entidad Responsable y las instituciones representativas de los pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe[202].

¿Una o varias sesiones? De acuerdo con las circunstancias, el proceso podrá realizarse en una o varias sesiones que, para efectos del presente procedimiento, constituirán un solo proceso integral, y se respetarán los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas desarrollen, de acuerdo a sus costumbres, un proceso de reflexión y evaluación, debate y formulación de propuestas que permitan llegar a acuerdos y decisiones ajustadas a sus necesidades.

[202] Ibídem.

Sobre las actas de la consulta. Se debe precisar tal como lo hace el proyecto de García Hierro que el acta de consulta contendrá todos los actos y ocurrencias realizadas durante el proceso de consulta, así como los acuerdos definitivos a los que las partes hayan arribado, los mismos que tienen carácter vinculante para ellas y son oponibles frente a terceros. Las funciones de la relatoría y la secretaría deben corresponder a equipos mixtos integrados por representantes de ambas partes. Los borradores de las Actas deberán ser cotejados aprobados por ambas partes y en casos de conflicto, se volverá a plantear a los consultados los puntos en los que haya inconformidad. El informe final de los relatores incluirá todos los puntos que los pueblos indígenas consideren que se han de incluir en el Acta final.

La consulta detener una influencia real. El diálogo no puede ser infructuoso ni retórico, debe dar resultados, incluso aun cuando no hay acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas. Esto mismo ha sido reconocido por el propio TC. En efecto la sentencia 00022-2009-PI del TC ha establecido que "La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas" (f.j. 36). En el mismo sentido se pronuncia el proyecto de García Hierro, el cual habla del principio de influencia real, según el cual "los resultados de la consulta previa deben reflejarse claramente en la medida a ser implementada o en la norma a aprobar".

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 3º, m).
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 2º e).
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 38º.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

"la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían pata que al interior del

grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla". STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 35.

El Derecho de consulta como diálogo intercultural. "Con el Convenio N.° 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad. En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida". (STC 00022-2009-PI, f.j. 14)

"El mandato establecido en el artículo 6 es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas. Dentro de ciertos ámbitos este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos". (STC 00022-2009-PI, f.j. 17)

"Por medio de tales medidas lo que se pretende es una reivindicación en clave de inclusión de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal

sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales". (STC 00022-2009-PI, f.j. 18)

- Sobre las etapas del proceso de consulta (STC 00022-2009-PI/TC. f.j. 41).
- La consulta como un dialogo intercultural (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 14 y sgts.).
- La prohibición de la imposición y de las presiones de las empresas contra los pueblos indígenas y la armonía y la paz como límites de la libertad de empresa. (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 15)

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

"*la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones […] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes"*[203].

CEACR OIT

"(…) la consulta es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos[204]"

[203] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname¸ de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 133..

[204] CEACR. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR 2005/76ª Sesión. Observación individual sobre el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Guatemala, párr. 6.

Concordancia con el Consejo de Administración de la OIT

"(…) el concepto de las consultas a las comunidades indígenas [...] comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre las partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común[205]".

Artículo 15. Decisión. La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

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

Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.

Análisis del artículo

Este artículo constituye el núcleo de la ley de consulta y es posiblemente una de las normas que debe ser leída con más cuidado y detenimiento. Varios mandatos contiene esta disposición. La primera es que la decisión final en el proceso de consulta del Estado, y en concreto de la denominada entidad estatal competente. Un segundo mandato es que la decisión debe estar motivada, es decir debe estar sustentada en razones objetivas y como luego veremos, orientada al interés público. Un tercer mandato, es tomar en cuenta la opinión de los pueblos indígenas, es decir las recomendaciones y sugerencias planteadas por los pueblos indígenas durante el proceso de consulta. Un cuarto mandato es tomar en cuenta "el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada

[205] OIT. Consejo de Administración. Repertorio de Decisiones. 282ª reunión, Ginebra, noviembre de 2001, GB.282/14/2. Ver: http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/refs/pdf/rod282.pdf , párrs. 36-39

medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano". Esta regla es clave y aborda y nos remite a la dimensión sustantiva del derecho a la consulta, es decir, el derecho a la consulta sirve para proteger otros derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado contenido en el artículo 2.22 de la Constitución. Este "tomarse en cuenta" significará en buena cuenta no un saludo a la bandera, sino la obligación del Estado de respetar los otros derechos de los pueblos indígenas, así como las normas sobre protección del medio ambiente. Y en caso que estos derechos sean limitados o restringidos, se deberá acreditar que esto se hace luego de una adecuada ponderación donde se acredite la existencia de bienes jurídicos constitucionales de mayor entidad constitucional, y siempre que se mitiguen los posibles daños que se cometan. Otro mandato contenido es el que establece el carácter obligatorio de los acuerdos a que se arribe en el proceso de consulta.

Un mandato de particular importancia es que señala que en caso que no haya acuerdo "corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.". Como luego lo explicaremos más en detalle, el Estado en caso que no haya acuerdo, no tiene un poder ilimitado y absoluto, cualquier decisión que tome solo será válida en tanto no afecte bienes jurídicos constitucionales. Y no solamente nos referimos a los contemplados en el artículo 59 de la Constitución.

Una última regla se establece. Que los acuerdos podrán ser exigidos en sede judicial y administrativa. En nuestra opinión, la vía más idónea, aún cuando no es la única, es el proceso de amparo, toda vez que de conformidad con la sentencia 00022-2009-PI/TC, constituye un elemento del contenido constitucional directo el cumplimiento de los acuerdos obtenidos en los procesos de consulta. Como dice el fundamento 37 de la mencionada sentencia "la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta".

Comentarios

La obligación de motivar las decisiones. La decisión final del Estado haya o no acuerdo debe estar motivada. Si bien se le reconoce al Estado la facultad discrecional de tomar un conjunto de decisiones, si esta no está motivada ella deviene en arbitraria y en consecuencia en inconstitucional. Motivar es dar argumentos, razón y causa de una decisión. Es darle las explicaciones tanto fácticas como jurídicas a las partes

involucradas. Por ello, la falta de motivación genera indefensión, inseguridad e ilegitimidad. Indefensión porque al carecer de sustento se genera un supuesto de arbitrariedad, en tanto, no existe razonamiento. Inseguridad debido a que no se expone la fundamentación jurídica, dejando limbos caprichosos por parte del juzgador, e ilegitimidad en el sentido que la motivación posee un poder de convicción sobre la parte. La argumentación de las sentencias son pedagógicas, sustentadoras y son la voz del Estado[206].

Criterios de interpretación

No basta motivar, la medida consultada debe orientarse al interés público. Si el Estado decide realizar la medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas contra la opinión de los pueblos indígenas, no solo debe motivar sino que dicha decisión debe estar orientada al interés público. Como dice el TC "el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad"[207]. La decisión de continuar con la medida consultada contra la opinión de los pueblos indígenas, no es una decisión arbitraria e inmune al control constitucional. Si bien el ejercicio del poder supone, en determinados sectores y materias, el reconocimiento de ciertos márgenes de discrecionalidad a la hora de tomar decisiones para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, no se trata de una facultad absoluta e ilimitada. Esto por cierto, no significa desconocer que determinadas autoridades y funcionarios necesitaban márgenes de libertad para cumplir con eficacia las funciones que se les habían encargado. Tal como el TC lo ha precisado en la sentencia 0090-2004-AA/TC, las decisiones no motivadas e inadecuadamente fundamentadas carecen por ello de cobertura constitucional, con lo que dejan de ser actos discrecionales para convertirse en actos arbitrarios, incompatibles con el Estado Constitucional de Derecho[208].

[206] Ver Víctor García Toma, Los derechos fundamentales en el Perú, Juristas Editores, Lima, 2008, pág. 643. Según este autor, las funciones que cumple la motivación son dos, primero una garantía de defensa, según la cual, las partes deben conocer bajo qué sustento se ha tomado una decisión o se les concede a fin de que exista la posibilidad de impugnación. De haber razones podrá haber críticas y discrepancias. En segundo lugar una función de garantía legitimadora, de conformidad con la cual la ciudadanía logra confiar en sus autoridades mientras estas se apeguen al derecho

[207] STC Nº 00090-2004-AA, f. j. 11.

[208] Ciertamente, no se trata de obstaculizar la gestión de determinadas instancias del Estado. El fallo reconoce que: «La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal» (expediente 0090-2004-AA/TC, f.j. 9).

El principio de interdicción de arbitrariedad[209]. Los principios jurídicos son mandatos de optimización que ordenan la concreción de una determinada finalidad en el máximo grado posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas, *"los principios constitucionales, una vez determinados, adquieren proyección normativa y, al igual que los valores, son instituciones jurídicas vinculantes para los poderes públicos*[210]". El TC es muy claro en reconocer que el requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. Según este, *"la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica"*[211]. Para el TC *"las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico*"[212].

La prohibición de la arbitrariedad ha dado origen al principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado según el TC. *"a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad"*[213].

Señala García de Enterría[214] en relación con la interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria, bajo el concepto de arbitrariedad se comprenden los siguientes supuestos: 1) una falsa apreciación de los hechos, 2) una ruptura del principio de igualdad, 3) que se pretenda transgredir los principios inmanentes a la naturaleza de instituciones cuya configuración trasciende los poderes reglamentarios, 4) que se intente establecer un régimen restrictivo que no guarde proporción o congruencia con

[209] Para ver el alcance de este principio puede revisarse el artículo de Eduardo García Enterría, La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria, en: Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 30, 1959, págs. 131-166. Asimismo, se puede revisar el libro de Tomás Ramón Fernández, Discrecionalidad, Arbitrariedad y control jurisdiccional, Palestra, Lima, 2006.

[210] Teresa Freixes y José Remotti, Los valores y principios de la interpretación constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 12, Nº 35, 1992, pág. 101

[211] STC 00090-2004-AA/TC, f.j. 12.

[212] Ibídem.

[213] Ibídem.

[214] Eduardo García Enterría, La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria, en: Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 30, 1959, págs. 161-165.

las finalidades positivas perseguidas, 5) que suponga una manipulación de los medios elementales de vida de los destinatarios como instrumentos coercitivos, 6) que aparezcan motivados en una finalidad de protección de simples intereses particulares, para cuya elevación al rango de intereses públicos no se reconoce un poder soberano a la calificación reglamentaria, 7) vulneración de derechos fundamentales, concepciones esenciales y principios declarados en las llamadas leyes fundamentales o constitucionales, 8) reglamentos que pretendan tener efectos retroactivos, 9) reglamentos que aboquen a resultados manifiestamente injustos o iniquidad manifiesta o atenten a la justicia natural, 10) reglamento intrínseca y objetivamente irrazonables, 11) reglamentos que notoriamente faltan a la buena fe exigible en la relación poder público – súbditos o a la criterios o estándar de buena administración, 12) o que por la magnitud e importancia de sus efectos haya que reservar al dominio de la ley formal, requiriendo al menos una habilitación legal específica.

La Ley omite la regulación del derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios. La sentencia de Saramaka ha establecido tres garantías para asegurar la subsistencia de los pueblos indígenas cada vez que se explotaran recursos naturales en territorios de pueblos indígenas, realizar la consulta, que una institución independiente y técnicamente capaz realicen un estudio de impacto ambiental y, lo que nos interesa, que se garantice que el pueblo indígena se beneficie de esta explotación. Ciertamente esta negociación debe realizarse desde el inicio, como lo da a entender la mencionada sentencia, razón por la cual el proceso de consulta se convierte en el espacio oportuno para precisarse su respeto y cumplimiento.

El derecho de los pueblos indígenas a "compartir beneficios" de las actividades extractivas que se realizan en sus territorios, tiene su fundamento en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, y ha sido desarrollado por el TC en el fundamento 52 y 53 de la sentencia 00022-2009-PI/TC. Esta regla ha sido reconocida por la Corte IDH en el caso Saramaka en el párrafo 196 letra a. Según este alto tribunal, el Estado puede otorgar concesiones de exploración y explotación de recursos naturales siempre que cumplan con tres garantías o procedimientos, uno de los cuales es el deber de garantizar que los miembros de los pueblos indígenas se beneficien del plan de desarrollo que se lleve a cabo dentro de su territorio[215]. Como puede apreciarse, la Corte IDH ha establecido que

[215] "129. En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su

es una condición previa al otorgamiento de concesiones, entre otras cosas, garantizar a los pueblos indígenas participar en los beneficios de forma razonable.

La obligación de protección de los derechos de los pueblos indígenas exige al Estado armonizar y compatibilizar los intereses en juego. Es necesario armonizar los derechos de los pueblos indígenas, el interés del Estado de promover la explotación de los recursos naturales, la protección del derecho al medio ambiente y los estándares de protección de los recursos naturales y los legítimos intereses de la empresa privada. Como sabemos los derechos y principios constitucionales con frecuencia entrarán en conflicto o en tensión, en esos casos deberemos recurrir a la ponderación que es la técnica constitucional idónea para resolver y armonizar los bienes jurídicos constitucionales en juego[216]. Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia en un proceso constitucional donde ordenó suspender la actividades de una minera por no haber sido consultado su funcionamiento con todos los pueblos indígenas afectados, "la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios nativos hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.); y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento"[217].

---

subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante "plan de desarrollo o inversión") que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal". Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 129.

[216] Ver su uso por ejemplo en la sentencia del Tc 00022-2009-PI/TC, f.j. 51.

[217] Sentencia T-769-09. En ella agrega que "La exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación y exploración de recursos naturales en su hábitat, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha actividades".

La consulta previa es una herramienta para asegurar el respeto y la protección de otros derechos. Hay una pregunta central que debemos de hacernos y que hasta ahora no la hemos hecho, y es: ¿sobre la base de qué criterios se van a resolver los conflictos entre el Estado y los Pueblos Indígenas en caso que no haya acuerdos? El Estado no tiene un poder absoluto e ilimitado para hacer lo que le venga en gana. Asimismo, no es suficiente la motivación de la decisión y que esta esté orientada al interés público, lo cual es bastante. En efecto, el ordenamiento constitucional no solo exige la obligación de consultar sino que la decisión que se adopte debe respetar los derechos de los pueblos indígenas y en caso de colisión con otros derechos o bienes jurídicos, la decisión que adopte el Estado debe ser adoptada luego de una ponderación entre los derechos y bienes jurídicos que invoca el Estado y los que invocan los pueblos indígenas. Dicha ponderación tendrá como objetivo la armonización de ambos bienes y derechos, y en caso de imposibilidad, deberá de optarse por protegerse los bienes jurídicos de mayor entidad constitucional en el caso concreto. Por eso resulta de vital importancia tener claro los derechos de los pueblos indígenas que al momento de la decisión del Estado este deberá de respetar, incluso al momento de la ponderación.

En efecto, existen derechos y principios que son "intangibles"[218], es decir, que bajo ningún supuesto pueden ser afectados, incluso cuando entran en conflicto con otros derechos y principios. Estos deberán ser respetados en todo momento.

1. El derecho de los pueblos indígenas a existir como pueblo indígena, es decir, la obligación del Estado de protegerlos a efectos de evitar la extinción de los mismos, (art. 2.1 de la Constitución). Esto implica la no aprobación de proyectos que amenacen la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas (Corte IDH, sentencia Saramaka, párr. 128).
2. El derecho al acceso de los recursos naturales que permiten la sobrevivencia de los pueblos indígenas.
3. El respeto a la dignidad de los pueblos y la prohibición de ser tratados con violencia o algún tipo de coerción, (art. 1 y 1.1 de la Constitución y 3.2 del Convenio 169)
4. El derecho a la vida y a la salud de cada uno de los miembros de los pueblos

[218] Sobre los derechos "intangibles" y "maximizables", tomamos los conceptos de Raquel Yrigoyen Fajardo, sobre los derechos de participación, consulta y consentimiento. Fundamentos, balance y retos para su implementación, en: Consulta previa. Experiencias y aprendizajes, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, Bogotá, 2009, pág. 101 y siguientes. Sin embargo, discrepamos con Yrigoyen cuando precisa que solo tres son los derechos intangibles derecho a la existencia, a la integridad física y cultural, y a las indemnizaciones.

indígenas, lo que supone la prohibición de poner en peligro los mencionados derechos de cada uno de ellos (art. 2.1, 7 y 44 de la Constitución),

5. El derecho a la integridad física (territorios y alimentos) (art. 2.1, 5.d del Convenio 169),
6. El derecho a la identidad cultural (identidad, instituciones y costumbres) de los pueblos indígenas, el cual trae como correlato la obligación del Estado de proteger el pluralismo cultural y étnico (2.19 de la Constitución y 5.a del Convenio 169),
7. El derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado de los pueblos indígenas (2.22 de la Constitución y 7.4 del Convenio 169) lo cual ocasiona el deber estatal de prevenir la contaminación ambiental. Esto también acarrea el deber estatal de acción inmediata de suspensión, reparación y prevención de daños ulteriores (Corte IDH, sentencia Saramaka párr.39[219]).
8. El derecho a un estudio de impacto ambiental debe ser realizado con la participación de los pueblos indígenas y debe medir el impacto social, cultural y espiritual de la medida prevista de ser adoptada. (art. 7.3 del Convenio 169)
9. El estudio de impacto ambiental debe ser realizado por una institución independiente y técnicamente capaz. (Corte IDH, sentencia Saramaka, párr. 129)
10. El derecho a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios (art. 15.2 del C169, Corte IDH, sentencia Saramaka párr. 129).
11. El derecho a ser indemnizado por los daños que se generen a los derechos de los pueblos indígenas. (art. 15.2 del Convenio 169).
12. El derecho a la implementación efectiva de los estándares legales existentes (art. 2 CADH y 44 de la Constitución).
13. El derecho a la revisabilidad de los actos administrativos (concesiones) no consultados con los pueblos indígenas (Corte IDH, sentencia Saramaka, párr. 196).

Asimismo, la interpretación de los derechos debe apuntar a su maximización en la medida que ello sea posible jurídicamente y fácticamente. En caso de colisión se deberá intentar armonizarlos. Esto no significa que hay licencia para violar estos bienes jurídicos de los pueblos indígenas. La decisión del Estado de explotar los recursos naturales en territorio de los pueblos indígenas, no deroga automáticamente los derechos constitucionales de estos. Ellos siguen siendo exigibles y siguen vinculando al Estado y solo

[219] Corte IDH, Caso Saramaka vs. Suriname, interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

retrocederán si es que se demuestra que ello es condición ineludible para proteger bienes jurídicos de mayor relevancia y entidad constitucional. Entre estos derechos tenemos:

1. El derecho a decidir autónomamente y el principio de control indígenas de sus propias instituciones[220], (considerando 5to art. 7.1 del Convenio 169),
2. El derecho a decidir sus prioridades de desarrollo, (art. 7.1 del Convenio169),
3. El derecho a la posesión y propiedad de sus territorios, (art. 13 y 14 del Convenio 169),
4. El derecho al aprovechamiento de los recursos naturales en sus territorios que han utilizado tradicionalmente, (art. 15.1 de Convenio 169),
5. El derecho a no ser desplazados de sus territorios (art. 16 del Convenio 169) y
6. El derecho al mejoramiento de las condiciones de vida, de salud y de bienestar (7.2 del Convenio 169).

Finalmente, existen un conjunto de factores que deben ser tenidos en cuenta al momento de ponderar en casos de colisión de derechos y principios de los pueblos indígenas y del Estado y de las empresas[221]. Como dijimos, en caso de conflicto entre derechos y principios se deberá intentar armonizarlos y compatibilizarlos, y cuando realmente esto no sea posible, se deberá de proteger a aquellos bienes jurídicos (derechos, y principios) de mayor importancia en el caso en concreto. Esta ponderación deberá de apoyarse en los siguientes criterios o factores.

1. Se deberá preferir la protección de aquellos derechos que tienen conexión directa con la dignidad, con el derecho a la vida y a la salud. Se deberá preferir por ejemplo el derecho a la salud que el derecho a la libertad de empresa.
2. Se deberá de proteger aquellos derechos cuyo grado de "reparabilidad" sea más difícil, complejo o imposible.
3. Se deberá preferir aquellos derechos que no brindan otras alternativas a las víctimas. En el caso de la libertad empresarial, la empresa extractiva puede irse a explotar en otros sitios donde no se genere tanto daño en el caso que lo cause, en cambio los pueblos indígenas no puede ir a otro sitio porque tienen un solo territorio.
4. Se deberá preferir la protección de los derechos que afecten en mayor extensión

[220] Raquel Yrigoyen, op. cit. pág. 113.

[221] Estos criterios han sido desarrollados por Mijail Mendoza. Puede revisarse por ejemplo su libro Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor, Palestra, Lima, 2007, págs. 441 y sgts.

geográfica a aquellos que afecten una área geográfica más reducida.

5. Se deberá preferir la protección de los derechos cuya violación tenga una mayor durabilidad en el tiempo
6. Se deberá preferir la protección de los derechos cuya violación tenga más efectos colaterales
7. Se deberá preferir la protección de los derechos cuya violación genere un mayor costo en la intervención.
8.

Este conjunto de derechos y principios constituye en conjunto un test que podrían tener en cuenta los pueblos indígenas a la hora de dialogar con el Estado y las empresas privadas. El mismo tiene como base la idea de que los derechos no son negociables y deben ser cumplidos, pues constituyen criterios de validez material de las decisiones del Estado y de las propias empresas. Como señala Raquel Yrigoyen en lo procesal, los derechos a la consulta, a la participación y al consentimiento, obligan al Estado a no tomar decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas. En lo sustantivo, los estados quedan obligados a respetar un conjunto de derechos, algunos intangibles y otros, deberán ser armonizados y ponderados adecuadamente[222], pero bajo ninguna circunstancia deberán ser dejados de lado.

Hay un silencio sobre la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. Esta regla ha sido desarrollada en el inicio de este informe cuando se comenta el artículo 3, y a pesar de su fuerza vinculante, se guarda silencio sobre ella de forma lamentable. En efecto, esta obligación ha sido reconocido por la sentencia de la Corte IDH en el Caso Saramaka vs. Surinam y por el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT en aquellos casos en que se trate de proyectos de envergadura, ante casos de desplazamiento o cuando se manipule sustancias tóxicas. Incluso, como ya vimos, la Corte IDH ha establecido criterios sobre qué debemos de entender por proyectos de gran impacto en los pueblos indígenas.

La subsistencia como límite de las industrias extractivas. La ley guarda silencio sobre el hecho que la subsistencia de los pueblos indígenas es un límite para la explotación de los recursos naturales en territorios de pueblos indígenas. En otras palabras, no se puede realizar actividades extractivas si ellas ponen en peligro la subsistencia y la sobrevivencia de un pueblo indígena. La Corte IDH es clara al sostener en jurisprudencia vinculante que el Estado no puede otorgar una concesión, ni aprobar un plan o proyecto de desarrollo o inversión, que pueda afectar la supervivencia del pueblo indígena o

[222] Raquel Yrigoyen, op. cit. pág. 102.

tribal correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida. Precisa que el Estado puede restringir el derecho de un pueblo indígena o tribal al uso y goce de las tierras y recursos naturales que tradicionalmente les pertenecen, "únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos allí establecidos y, además, cuando no deniegue su supervivencia como pueblo indígena o tribal". (Corte IDH, Saramaka, párr. 128). Añade que "respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes" (Corte IDH, Saramaka, párr. 128)[223].

El consentimiento como garantía de subsistencia de los pueblos indígenas. El Relator Especial de la ONU en materia de pueblos indígenas determinó que, "en aquellos casos en que el impacto de una propuesta o iniciativa sobre el bienestar o derechos de un pueblo indígena es significativo, el consentimiento de la parte indígena, por medio de un acuerdo, no solamente es el objetivo de la consulta [sino] también es una precondición exigible para la ejecución de la medida legislativa"[224]. Añade que "La parte indígena podría verse justificada de no otorgar su consentimiento, no en base a un derecho unilateral de veto, sino siempre y cuando el Estado no demostrara adecuadamente que los derechos de la comunidad indígena afectada fueran debidamente protegidos bajo la medida o proyecto propuesto, o no demostrara que los impactos negativos sustanciales fueran debidamente mitigados"[225].

---

[223] Sobre la diferencia entre sobrevivencia y existencia la Corte ha señalado que "la frase 'supervivencia como una comunidad tribal' debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de 'preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio', de tal forma que puedan 'continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (…)'. Por tanto, el término 'supervivencia' significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física". (Corte IDH, Saramaka, párr. 37). La Corte enfatizó en la Sentencia que la frase "supervivencia como una comunidad tribal' debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de 'preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio', de tal forma que puedan 'continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (…)'. Por tanto, el término 'supervivencia' significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física". (Corte IDH, Saramaka, párr. 37).

[224] Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la "Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo" aprobada por el Congreso de la República del Perú. Ver http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=S

[225] Ibídem.

Necesidad de mitigar y reducir los impactos de las industrias extractivas. No basta con reconocer los intereses de los pueblos indígenas a nivel legislativo. La obligación del Estado es garantizar su efectiva y oportuna protección, sobre todo cuando comprometen su propia subsistencia. Es deber del Estado de prevenir el daño ambiental. Como señala la CIDH "Los Estados tienen la obligación de prevenir daños al medio ambiente en territorios indígenas o tribales que puedan afectar el ejercicio de sus derechos humanos. El cumplimiento de esta obligación requiere la adopción de las medidas que sean necesarias para proteger el hábitat de las comunidades indígenas del deterioro ecológico como consecuencia de actividades extractivas, ganaderas, agrícolas, forestales y otras actividades económicas, así como de las consecuencias de los proyectos de infraestructura, puesto que tal deterioro reduce sus capacidades y estrategias tradicionales en términos de alimentación, agua y actividades económicas, espirituales o culturales"[226].

Están los intereses de la mayoría por encima de los intereses de la minoría. Existe en el sentido común la idea que sostiene que el interés de la mayoría está por encima de la minoría. Para comenzar, jurídica y constitucionalmente todos los derechos son importantes, pero además, los derechos se respetan independientemente que se cuente con el respaldo de mayorías y minorías. Por ello se dice que los derechos son contra mayoritarios. Finalmente, el pluralismo cultural y la preservación de los derechos de los pueblos indígenas, no son un interés particular sino parte del interés público. En todo caso, los pueblos indígenas no son una parte pequeña de la población peruana. En una comunicación al Comité de Expertos de la OIT (setiembre del 2004), el Estado peruano señaló que la población indígena en el Perú comprende aproximadamente al 40% de la población total del país (página 8, numeral 1), aunque líneas después se contradice al señalar que suman ocho millones de un total aproximado de 24 que se calcularon en aquel informe, es decir que la población indígena solo comprendería al 33% de la población total peruana.

Derechos de los pueblos indígenas vs. Bien común e interés general. Se tiende a subordinar los derechos fundamentales a conceptos indeterminados sin explicar previamente en qué medida se afecta en concreto estos intereses o bienes jurídicos, olvidando que por definición, la ponderación nunca se realiza en abstracto sino en el caso en concreto. En consecuencia hay que analizar la violación o la afectación de estos bienes en el caso en concreto. Un buen ejemplo de esto lo podemos encontrar en la exigencia

[226] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Washington, 2010, pág. 89 y 90.

del TC de prohibir o restringir el derecho de reunión por "motivos probados"[227]. Según el TC, "No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas. Así mismo, al igual que en el caso de la libertad, en materia de pueblos indígenas habría que aplicar una presunción a favor de los derechos de los pueblos indígenas[228]. Debe tenerse presente que la restricción de los diferentes derechos de los pueblos indígenas debe ser la última ratio a la que puede apelar la autoridad administrativa, y solo cuando ello sea necesario y no haya otro forma de lograr lo mismo sin afectar dichos derechos, debiendo optarse, entonces de ser posible, por medidas menos restrictivas.

Dicha restricción debe estar debidamente motivada por la autoridad competente, caso por caso, de manera tal que los derechos de los pueblos indígenas "sólo se vean restringidos por causas válidas, objetivas y razonables (principio de razonabilidad), y, en modo alguno, más allá de lo que resulte estrictamente necesario (principio de proporcionalidad)"[229]. Como señala Gargarella, "los derechos no deberían ceder frente a generalizaciones o reclamos hechos en nombre del "bien común" o los "intereses generales" del país. Si algunos intereses humanos le damos la categoría de derechos humanos, es precisamente, por nuestra pretensión de asegurarles la mayor protección posible"[230].

---

[227] STC 04677-2004-AA/TC, f. j. 18.

[228] En la STC 04677-2004-AA/TC, f. j. 18. El TC precisa que "Y es que, como ha señalado correctamente nuestro homólogo español, "si existieran dudas sobre si tal ejercicio en un caso determinado puede producir los efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, aquellas tendrían que resolverse con la aplicación del principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (favor libertatis), sin que baste para justificar su modulación o prohibición la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados". (Sentencia del Tribunal Constitucional español. Nº 195/2003, Fundamento 7).

[229] STC 04677-2004-AA/TC, f. j. 18.

[230] Roberto Gargarella, el derecho a la protesta, AD-HOC, primera reimpresión, Buenos Aires 2007, pág. 65. Como señala este autor Detrás de esta tesis esta aquella que sostiene que los derechos son importantes en tanto y en cuanto ellos no contradigan ciertos intereses aparentemente más importantes, asociados al bienestar general. Incluso llegan a sostener que no hay derechos absolutos. Los problemas con esas apelaciones generalizadas son varios. En primer lugar, "esta posición se encuentra demasiado abierta a abusos, dado que nunca se nos dice con claridad a que se está haciendo referencia cuando se habla de "intereses generales" o "bien común". ¿Se alude a decisiones que la mayoría respalda con su voto? ¿Se hace referencia a cuestiones que la mayoría de hecho respalda, aunque no haya votado por ellas? ¿Se apunta más bien –como suele ocurrir- a intereses que la ciudadanía no reconoce o no valora de modo explícito pero que, sin embargo, debe valorar? Esta "vaporosidad" que rodea a tales nociones hace que ellas permitan, finalmente, que bajo un "paraguas teórico" atractivo, el juez de turno –de buena o mala fe- "contrabandee" o incluya su propia visión acerca de los valores que la comunidad debería defender". El problema con esta opción es la discrecionalidad que

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículos 36º, f); 50º y 51º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 29º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 39º.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

"En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona". (STC 00022-2009-PI, f.j. 25)

- Obligación de armonizar los intereses en conflicto (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 34)
- El principio de la motivación de las decisiones y la discrecionalidad política (STC Nº 00090-2004-AA, f. j. 8, 9, 10 y 11).
- Reconocimiento del principio de la protección de los derechos para garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 14)
- La diferencia entre el derecho a la consulta y el derecho al veto ((STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 24 y 25)
- El principio de la obligación jurídica del Estado de delimitar los territorios indígenas ((STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 44).
- Reconocimiento de la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 52).
- La participación de las comunidades en las rentas que se generen (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 39)

encierra. Como señala Gargarella, ¿para qué sirven los derechos fundamentales incorporados en la Constitución "si ellos pueden ser removidos frente a cualquier invocación hecha en norma del interés general?".

- Límites al derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. f.j. 20)
- Toda norma no consultada es nula (STC Nº No 00023-2009-PI/TC, f.j. 5).
- Necesidad de ponderar los bienes jurídicos constitucionales en tensión (STC Nº No 00023-2009-PI/TC, f.j. 9)
- La consulta legitima la acción gubernamental (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 36)
- La consulta como reflejo de la responsabilidad social de la empresa y el principio del menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 39)

Concordancia con la jurisprudencia de la Corte IDH

Las tres condiciones para explotar recursos en territorios de los pueblos indígenas

"[…] a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante "plan de desarrollo o inversión")124 que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal" [231].

La obligación estatal de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas ante megaproyectos

"Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe

[231] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, de fecha 28 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 129.

obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis"[232]. "Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que: [s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales […] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia."[233].

La obligación de garantizar los beneficios debe ser precisada en el proceso de consulta "La consulta informada también exige a los Estados garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa "se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo". (Informe de la CIDH, derechos ..., párrafo 313). (Citas omitidas)

La obligación del Estado de superar el desequilibrio de los pueblos indígenas frente al Estado y las empresas

"por lo general los pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas. (…) los Estados deben tratar debidamente de superar el desequilibrio de poder, garantizando a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten y haciéndolo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas." (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 50-51)

[232] Ibídem párrafo 134.
[233] Ibídem, párrafo 135.

El deber de acomodo según la CIDH

"En la medida en que los planes o proyectos de desarrollo o inversión o las concesiones extractivas afecten de manera sustancial al derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos, el deber de consulta requiere, de todas las partes involucradas, flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego. El deber de los Estados es el de ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho". Añade la CIDH que "El no prestar la consideración debida a los resultados de la consulta en el diseño final de los planes o proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas va en contra del principio de buena fe que rige el deber de consultar, el cual debe permitir a los pueblos indígenas la capacidad de modificar el plan inicial. Desde otra perspectiva, las decisiones relativas a la aprobación de estos planes, que no expresen las razones que justifican la falta de acomodo de los resultados del proceso de consulta, podrían ser consideradas contrarias a las garantías del debido proceso establecidas por los estándares del sistema interamericano de derechos humanos". (Informe de la CIDH, derechos ..., párrafo 324-325). (Citas omitidas)

El deber de adoptar decisiones razonadas según el CIDH

"El hecho de que el consentimiento de los pueblos indígenas no se exija al término de todos los procesos de consulta no implica que el deber estatal de consulta se limite al cumplimiento de procedimientos formales. Desde un punto de vista sustantivo, los Estados tienen el deber de tomar en cuenta las preocupaciones, demandas y propuestas expresadas por los pueblos o comunidades afectados, y de prestar la debida consideración a dichas preocupaciones, demandas y propuestas en el diseño final del plan o proyecto consultado". Añade la CIDH que "Cuando quiera que el acomodo no sea posible por motivos objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática, la decisión administrativa que apruebe el plan de inversión o desarrollo debe argumentar, de forma razonada, cuáles son dichos motivos. Esa decisión, y las razones que justifican la no incorporación de los resultados de la consulta al plan final, deben ser formalmente comunicadas al pueblo indígena respectivo". (Informe de la CIDH, derechos ..., párrafo 326 y 327). (Citas omitidas)

Sobre la obligación de motivación

"las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar los derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes…Asimismo, la motivación

demuestra a las partes que éstas han sido oídas." (Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 5 de Agosto de 2008, Serie C N° 182, párr. 78.e). La motivación de las decisiones judiciales o administrativas es la garantía que "otorga credibilidad [a] las decisiones jurídicas en una sociedad democrática", "proporciona la posibilidad de criticar la resolución y un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores" y, en consecuencia, es "una de las «debidas garantías» incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso". (Corte IDH, Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Sentencia de 27 de enero de 2007, Serie C, No. 193, párrs. 152-153).

Comisión de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

"7.6 El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad. Además, las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros."[234].

"(…) llevar a cabo un proceso de consultas con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras en las que viven, y garantizar que en ningún caso dicha explotación atente contra los derechos reconocidos en el Pacto[235]*"*.

Concordancia con la Corte Constitucional de Colombia

¿Qué ocurre que si no hay una alternativa menos lesiva?

Señala que, "en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine". (Subrayado nuestro) (T-129 de 2011).

Sobre este tema, la CCC menciona que *"la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios nativos hace necesario armonizar dos intereses contra-*

[234] En la Comunicación Nº 1457/2006 de la Comisión de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en abril del 2009, de la Comisión, en el caso Poma Poma contra el Perú, pág. 26.

[235] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Panamá. CCPR/C/PAN/CO/3, 92º período de sesiones, 4 de abril de 2008, párr. 21

puestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.); y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento […] La exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación y exploración de recursos naturales en su hábitat, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha actividades". (Sentencia T-769 de 2009)

Tiene dicho la CCC que *"en los casos en que cumplidos los requisitos y garantías anteriormente descritas, no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto. Empero, el ejercicio de esa potestad carece de naturaleza omnímoda, sino que debe (i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; (ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; (iii) contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural"*. (Sentencia C-175/09 de 2009)

Sobre el deber del Estado de generar condiciones de vida mínimas aplicables a los pueblos indígenas

"Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria[236]*"*

[236] Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, de fecha 28 de noviembre de

Comisión de Expertos de la OIT

"La Comisión solicita al Gobierno que, con la participación y en consulta con los pueblos indígenas, proceda a dotarse de las instituciones y mecanismos previstos por el artículo 33 del Convenio, que se asegure de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones, y que proporcione informaciones sobre las medidas adoptadas al respecto[237]*".*

Las revisiones jurisdiccionales de las decisiones adoptadas por el Estado

"Las decisiones adoptadas deben estar sujetas a revisión por parte de las instancias administrativas y judiciales de nivel superior, a través de procedimientos adecuados y efectivos, que evalúen la validez y pertinencia de dichas razones, así como el equilibrio entre los derechos e intereses en juego". (Informe de la CIDH, derechos ..., párrafo 328). (Citas omitidas)

Concordancia con la Corte Constitucional de Colombia

El deber estatal de garantizar los la disponibilidad de los recursos suficientes a los pueblos indígenas

Para el CCC, *"En relación con la asignación de recursos a los grupos y comunidades indígenas, a fin de hacer efectivos sus derechos fundamentales, cabe recordar lo dispuesto por el Convenio 169 de 1989 de la OIT, que además de consagrar de manera expresa, que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, del conjunto de sus normas se desprende el deber del Estado de garantizar la disponibilidad de recursos suficientes y la toma de medidas y actuaciones para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, interpretación que ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, no es suficiente que la Constitución y los Pactos internacionales aprobados y ratificados por Colombia establezcan un conjunto de derechos para las comunidades indígenas, entre los cuales se cuenta el de la diversidad étnica y cultural, pues como lo ha considerado esta corporación, es preciso que se garanticen las vías para hacerlos factibles en la práctica. Como se ha recordado, una comunidad indígena que no tenga a su disposición los recursos básicos para realizar sus derechos constitucionales fundamentales a la salud,*

2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 162

[237] CEACR. Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2009. En: http://www.ilo.org/ilolex/gbs/ceacr2009.htm

a la vivienda digna, a la educación, a disponer de agua potable, no está recibiendo un trato digno y se está desconociendo el derecho constitucional fundamental de la colectividad. Es más, corre el riesgo de sufrir una discriminación injustificada por pertenencia a una cultura determinada cuando las posibilidades de hacer efectivos sus derechos constitucionales fundamentales se contrastan con las que tienen otros sectores de la población." (Subrayado nuestro) (Sentencia T-704 de 2006)

Interés general vs interés particular La CCC cuestiona un pronunciamiento anterior de un juez, cuando señalaba que el interés general estaba por encima de los intereses particulares. A juicio de la CCC "En caso de conflicto entre el interés general y otro interés protegido constitucionalmente, la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales. Esta labor de interpretación es función primordial del juez y en especial de la Corte Constitucional". Añade que "En el caso a estudio, se trata de un conflicto entre dos intereses de tipo colectivo, no de un conflicto entre el interés particular y el interés general. Ambos intereses colectivos poseen diferencias en cuanto a su grado de generalidad. El interés de la comunidad indígena está claramente delimitado en un ámbito espacial y temporal; en cambio el interés de los beneficiarios de la ampliación de la carretera, que en términos generales podría ser descrito como el interés de los pobladores de la zona cafetera del occidente colombiano, abarca un mayor número de personas, e incluso se puede afirmar que dentro de ese número de personas se incluye a la comunidad indígena. En estas circunstancias, se trata de un conflicto entre dos intereses colectivos, siendo uno de ellos compartido por ambas colectividades". Añade "El interés de la comunidad indígena posee una legitimación mayor, en la medida en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la Constitución".(subrayado nuestro). (T-428 de 1992)

La necesidad de armonizar intereses

Esta es una regla importante y clave y es la llave maestra para encauzar la solución de los conflictos. "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura". Agrega que "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o

sustitución (art. 80 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena" Este es un pronunciamiento clave y fundamental. Para la CCC "La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación. (Citas omitidas) (SU-039 de 1997)

Artículo 16. Idioma. Para la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena. Para ello, los procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo**.**

Análisis del artículo

Este artículo es una concreción de los derechos lingüísticos reconocidos en el artículo 2.19 de la Constitución y en el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT. Este último precisa que "Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces". Esto resulta vital si lo que se quiere es impulsar un verdadero diálogo y no un simple monólogo del Estado. Dos mandatos contiene el artículo 16 de la ley, el primero es que se tome en cuenta la diversidad lingüística, y el segundo que es consecuencia de este, es la necesidad de contar con intérpretes. Habría que agregar que no basta con estos, es incluso necesario que se traduzcan los documentos escritos a la lengua nativa cuando no estemos ante culturas orales ciertamente. Se trata de traducir los documentos más importantes como por ejemplo el estudio de impacto ambiental.

Comentarios

Los derechos lingüísticos tienen rango constitucional. El derecho al propio idioma está reconocido en el artículo 2 inciso 19 de la Constitución, y en concordancia con este debe ser interpretado el artículo 16 de la ley de consulta. El derecho al propio idioma es una concreción del derecho a la identidad cultural. Como señala la mencionada disposición

constitucional, "Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete". Esto mismo ha sido reconocido por la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, la cual enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. En ese sentido se reconoce que el derecho a la identidad étnica es: "el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa" y que tal derecho comprende: "El derecho a expresarse en su propia lengua". (Subrayado agregado). Esto ha sido reconocido por el TC en su sentencia STC 03343-2007-AA/TC (f.j. 30)

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículos 38º y 39º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 21º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 3º i) y 28º.

Convenio 169

"Artículo 12
[…] Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces".

Constitución Política

"Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:
[…] 19.- […] Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad".

Declaraciones de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 16
1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

- El Estado y los derechos lingüísticos (STC Exp. No 04719-2007-HC, f. j. 11, 12)
- El Estado y los derechos lingüísticos (STC Exp. No 00006-2009-AI, voto singular de Landa Arroyo, f.j. 1 al 5)
- El Estado y los derechos lingüísticos (STC, Exp. No 04232-2004-AA, f. j. 15).

Artículo 17. Entidad competente. Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley.

Análisis del artículo

El artículo 17 reitera una vez más que le corresponde al Estado y en concreto al sector del Estado que prevé adoptar la medida, realizar el proceso de consulta. Esta norma implicará que los entes del Estado susceptibles de adoptar decisiones que pueden generar impacto directo en los pueblos indígenas, deberán de incorporar en los Texto Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA) los respectivos procesos de consulta previa de las decisiones de sus sectores. Queda claro una vez más que será el Estado y no las empresas las que tendrán bajo su responsabilidad los procesos de consulta. Esto implicará contratar personal o reasignarlo, una profunda capacitación de los profesionales encargados a efectos que puedan conducir con éxito los procesos de consulta, asegurando un mínimo de permanencia de los mismos. También demandara infraestructura física, equipos y recursos económicos, bibliográficos ente otros.

Comentarios

Los gobiernos regionales y locales deben también realizar procesos e consulta. No solo el gobierno central debe consultar. Como es lógico, los Gobiernos Regionales y Municipales que cuenten con presencia de pueblos y comunidades indígenas en su ámbito territorial, en consulta y con participación plena de las organizaciones indígenas de su jurisdicción, deberán elaborar una ordenanza en la que se establezca las pautas y mecanismos de consulta de acuerdos a los principios propuestos por la presente ley.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículo 2º, c).
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 10º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 10º.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

- El encargado de realizar los procesos de consulta no es la empresa privada interesada sino del Estado en sus diferentes niveles. (Resolución de Aclaración 06316-2008-PA/TC, f.j. 4).

Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la ONU

"El Relator Especial ha observado varios casos en que el Estado transfiere las obligaciones sobre las consultas a la empresa privada que interviene en un proyecto. Tal delegación a una empresa privada de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, además de que no absuelve al Estado de la responsabilidad que le incumbe en última instancia, puede no ser conveniente e incluso ser problemática, dado que los intereses de la empresa privada son en general fundamentalmente lucrativos y, por lo tanto, no pueden estar en plena consonancia con el interés público ni con el interés superior de los pueblos indígenas afectados.[238]*" El Relator concluyó, por ende,*

[238] ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fun-

que "Incluso cuando, en la práctica, son las empresas privadas las que promueven o llevan a cabo las actividades que afectan a los pueblos indígenas, como la extracción de los recursos naturales, sigue incumbiendo a los Estados la responsabilidad de celebrar las consultas adecuadas o de garantizar su realización"[239].

Corte Constitucional de Colombia

La consulta debe ser organizada por el Estado no por la empresa privada "Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible". (SU-039 de 1997)

Artículo 18. Recursos para la consulta. Las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios.

Análisis del artículo

Esta norma concreta el artículo 33.1 del Convenio 169 de la OIT que a la letra precisa que "La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones". De igual forma esta norma tiene su fundamento en el artículo 2 de la CADH que establece la obligación del Estado de remover los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Este es un tema de primera importancia, y sin embargo, se guarda silencio sobre el mismo.

Finalmente, como muy bien señala Robert Alexy, el reconocimiento de un derecho fundamental por parte del ordenamiento constitucional implica la imposición al

damentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 55

[239] ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 72

Estado del deber de crear y desarrollar una organización y procedimientos necesarios adecuados para la efectiva concreción de los derechos fundamentales[240]. Sobre esta parte regresaremos en el reglamento la ley de consulta.

Antecedentes normativos

- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborado por la Defensoría del Pueblo. Artículo 3º h).
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 3º f).

Artículo 19. Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Respecto a los procesos de consulta, son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes:

a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.

b) Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.

c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa.

d) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.

e) Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.

[240] ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 454 y siguientes.

f) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas.

g) Registrar los resultados de las consultas realizadas.

h) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.

i) Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento.

Análisis de artículo

Esta norma nos presenta un dilema en el diseño institucional: ¿Fiscaliza o es segunda instancia administrativa el órgano técnico especializado? Hay un tema fundamental que debe ser analizado con detenimiento en relación con el diseño institucional de órgano técnico especializado. Si uno revisa el artículo 9 3er párrafo de esta ley, se establece la función de resolver por vía administrativa los recursos de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, en los casos en que una entidad estatal se desligue arbitrariamente de su obligación legal de llevar a cabo una consulta, o no considere procedentes los petitorios al respecto. Sin embargo, si uno revisa el artículo 19 inciso d, se le concede la función de emitir opinión sobre los recursos de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas en los casos en que una entidad estatal se desligue arbitrariamente de su obligación legal de llevar a cabo una consulta o no considere procedentes los petitorios al respecto a fin de que las Entidades Responsables de la Ejecución de la Consulta tomen en cuenta dicha opinión al pronunciarse sobre dichos recursos. La pregunta es si estos dos roles son compatibles, pues si emite opinión, difícilmente podrá luego cumplir con el rol de órgano que regule en segunda instancia, pues pierde independencia. Debió de optarse por alguna de las dos funciones[241].

Comentarios

¿Quién se encarga de organizar los acuerdos pre consultivos? Habría que agregar tal como propone el proyecto de García Hierro, como facultad del órgano técnico especializado organizar los contactos previos entre la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta y los Pueblos Indígenas a ser consultados, para establecer los acuerdos pre-consultivos que sean necesarios para la realización de la consulta. De igual modo

[241] El proyecto de García Hierro por ejemplo, señala que eran opciones distintas pero incompatibles.

debería de recibir la propuesta de Plan de Consulta de parte de la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta y presentarla a los Pueblos Indígenas a ser consultados. De igual manera, este ente debería registrar oficialmente los resultados de las consultas realizadas y expedir copias al respecto.

¿Quién supervisa el cumplimiento de los acuerdos? Este es un tema fundamental pues de qué sirve hacer esfuerzos por ponerse de acuerdo si al final los acuerdos no serán cumplidos. En atención a ello es que consideramos que el órgano técnico especializado en materia de pueblos indígenas debería hacer seguimiento del cumplimiento de los acuerdos.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículos 20º, 21º y 22º.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 11º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 2º d) y 15º.

CEARC de OIT

"La Comisión insta al Gobierno a que asegure la participación efectiva de las instituciones representativas de los pueblos indígenas en el diseño y puesta en práctica de los mecanismos de diálogo y los otros mecanismos necesarios para administrar coordinada y sistemáticamente los programas que afecten a los pueblos indígenas, incluida la reforma del INDEPA. La Comisión solicita igualmente al Gobierno que se asegure que tales mecanismos dispongan de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones y de independencia e influencia real en los procesos de adopción de decisiones. Sírvase proporcionar informaciones sobre las medidas adoptadas al respecto.[242]"

Artículo 20. Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios. Créase la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del órgano técnico

[242] CEACR. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión, OIT: Ginebra, 2010, p. 901

especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La base de datos contiene la siguiente información:
a) Denominación oficial y auto denominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
b) Referencias geográficas y de acceso.
c) Información cultural y étnica relevante.
d) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
e) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.
f) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.

Análisis del artículo

Lo que esta norma propone es parte de la institucionalidad que debe construirse para la realización de los procesos de consulta. Este tipo de herramientas serán fundamentales para la identificación de los pueblos indígenas. Ciertamente, y lo debemos de decir una vez más, el registro al igual que el reconocimiento del Estado no es constitutivo de derechos y de la etnicidad de los pueblos indígenas, sino tan solo declarativo de una realidad anterior. La naturaleza de los pueblos indígenas entonces no dependerá de su inscripción en esta base de datos sino de que reúna los requisitos exigidos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. (Ver nuestras críticas a la base de datos).

Criterios de interpretación

Necesidad de centralizar información de diferentes fuentes. El vice ministerio de Interculturalidad deberá de actualizar permanentemente esta base datos, y para ello deberá de emplear a la información producida por las diferentes entidades del Estado, las instituciones académicas o no gubernamentales y por la información suministrada por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.

Necesidad de autorización de los pueblos indígenas. Como precisa García Hierro en su proyecto, la información contenida en la base de datos debe ser autorizada por el pueblo indígena respectivo y deberá determinarse qué información es restringida y aquella que es de acceso público.

¿Base de datos para organizaciones indígenas? Sugiere el proyecto de García Hierro que debe quedar claro que corresponde a los pueblos indígenas, elegir a sus instituciones u organizaciones representativas, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, sin

interferencia del Estado. La identificación de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas para el proceso de consulta particular, es realizada en forma previa a dicho proceso. Asimismo, los criterios de representatividad deben responder a una pluralidad de identidades culturales, organizativas, territoriales, etarias y de género. Añade García Hierro que la base de datos de los pueblos indígenas debería incluir además de la denominación, el ámbito de representación, las comunidades o federaciones afiliadas y su respectiva jurisdicción, el año de constitución si tuviera personería jurídica, el padrón de asociados o afiliados, el estatuto si lo tuviera, identificación de sus líderes o representantes, el periodo de representación. Continúa el mencionado proyecto, que ante discrepancias respecto a afiliados o asociados, el Vice ministerio de interculturalidad en su condición de Unidad Técnica Especializada realizará un proceso de verificación interna con presencia de las organizaciones representativas nacionales. De igual manera, las diferentes organizaciones representativas de un determinado pueblo indígena pueden consensuar reglamentos conjuntos de aplicación de consultas determinando los criterios de representatividad.

En relación con la representatividad de los pueblos indígenas. Como precisa el proyecto de García Hierro, la representación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta debe corresponder al ámbito de influencia de la afectación directa: incluyendo entre otros, el comunal, intercomunal, distrital, interdistrital, cuenca hidrográfica, provincial, interprovincial, regional, interregional o nacional. Asimismo, el pueblo indígena afectado por medidas del Estado deberá determinar qué niveles organizativos deben participar en las consultas y su secuencia, de manera que los resultados de una consulta parcial a segmentos o comunidades de determinado pueblo no condicionen las decisiones finales mientras no se complete la consulta al resto de los segmentos y comunidades. Finalmente, en caso de desacuerdo entre organizaciones representativas, a cualquier nivel, o entre dos pueblos afectados, la consulta deberá prolongarse presentando nuevas alternativas hasta que se llegue a un acuerdo o a la obtención del consentimiento de todas las partes.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Artículos 22º, 13).
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Artículo 8º.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Artículo 7º.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Para efectos de la presente Ley, se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

Análisis del artículo

La segunda disposición complementaria final precisa que las funciones de órgano técnico especializado serán asumidas por el Viceministerio de Interculturalidad. Esta norma deberá ser interpretada en consonancia con los artículos 19 y 20 de esta ley que señalan cuales serán las funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

El problema que está ocurriendo en nuestro país es que no se tiene claro cuál es el diseño institucional estatal pues por un lado INDEPA viene haciendo gestiones y coordinaciones con los pueblos indígenas y por otro lado, la ley otorga al Viceministerio de Interculturalidad la función de órgano técnico especializado. Esta situación debe definirse. Como señala Javier la Rosa[243], uno de los temas que empieza a vislumbrarse como urgente a resolver, a fin de desarrollar la consulta previa, es el referido a la institucionalidad estatal encargada de este proceso. En efecto, cuando se revisa la normativa vigente se encuentra que la Ley 29565 -Ley de creación del Ministerio de Cultura- señalaba en su artículo 11 que el INDEPA quedaba adscrito a dicho Ministerio, debiendo el Poder Ejecutivo aprobar la fusión por absorción del citado organismo, lo que efectivamente ocurrió el 14 de octubre del 2010 mediante decreto supremo 001-2010-MC. Asimismo, en la ley en mención se derogaron las disposiciones legales que se oponían a la misma, es decir la Ley de creación del INDEPA. También, en la citada Ley del Ministerio de Cultura, se señalaba en su Tercera Disposición Complementaria Final que propondría la creación de Unidades Ejecutoras en el marco de estos procesos de fusión, lo que efectivamente así se hizo.

Para Javier La Rosa, a partir de este panorama se puede concluir inicialmente que no existe, por lo menos, una claridad sobre el papel de esta Unidad Ejecutora INDEPA y, por el contrario, todo indicaría, que la misma no tiene la capacidad legal ni la competencia para encargarse de dirigir el proceso de reglamentación de la Ley de consulta. Ante ello, Javier La Rosa propone entonces primero una reforma legal al más alto nivel, que

[243] Javier La Rosa, Desafío urgente: institucionalidad estatal sobre pueblos indígenas (A propósito de la reestructuración de INDEPA) publicado en el portal de Justicia viva, el cual puede ser revisado en: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=669

pasaría por el Congreso de la República, para proponer una Comisión Multisectorial (que se acorde con el artículo 36 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo) que institucionalice un diálogo permanente con las organizaciones nacionales representativas de los pueblos andinos y amazónicos. Adicionalmente, propone que debería debatirse y tomarse una decisión si se le otorga a la Unidad Ejecutora INDEPA el estatus de organismo técnico especializado o si se apuesta a la creación de un nuevo órgano que tendría el mismo nivel, pero con una nueva configuración política y una mejor credibilidad por ser novedoso.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

SEGUNDA. La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.

Análisis del artículo

Esta segunda disposición complementaria es preocupante pues intenta poner un candado a tres cosas: 1) a las normas de participación ciudadana en materia minera y petrolera que desnaturaliza el derecho a la consulta, 2) a las medidas legislativas inconsultas posteriores a la entrada en vigencia del convenio 169 de la OIT, y a las 3) medidas administrativas posteriores al año 1995 en que entró en vigor el Convenio 169 de la OIT y que no fueron consultadas. Si bien está prohibida la irretroactividad de las leyes. Este no es el caso del proceso de consulta, pues el Convenio está vigente desde el año 1995, y bien sabemos que los derechos constitucionales son de aplicación inmediata, aun sin ley.

Comentarios

Se quieren aplicar normas que desnaturalizan el Convenio 169 de la OIT. La 2da final y disposición complementaria es inconstitucional pues pretende poner en vigencia normas que son incompatibles con el derecho a la consulta cuando señala que "La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana". Nos referimos al Decreto Supremo Nº 028-2008-EM, a la Resolución Ministerial Nº 304-2008-MEM/DM y al Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM, que reglamentan la participación ciudadana en el sector de minero e hidrocarburos. Ellas son incompatibles con el Convenio 169 de la OIT pues desnaturalizan este derecho en tres aspectos fundamentales: a) desnaturaliza la finalidad de la consulta, b) desnaturaliza

la oportunidad de la consulta y c) reduce la consulta previa a talleres informativos. El análisis de estas normas se encuentra en el capítulo cuatro.

Se reconoce indirectamente la existencia de los talleres informativos en vez de consulta. La 2da disposición complementaria final al reconocer vigencia del Decreto Supremo Nº 028-2008-EM, de la Resolución Ministerial Nº 304-2008-MEM/DM y del Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM, que reglamentan la participación ciudadana en el sector de minero, están reconociendo de forma indirecta la validez y la vigencia de los talleres informativos en la actualidad, contradiciendo lo señalado en su propio articulado. Tal como lo ha precisado el TC en relación con los reglamentos que convertían a la consulta en talleres informativos, "ninguna de los reglamentos emitidos hasta el momento ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar "talleres informativos" con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado". (STC Nº 05427-2009-AC/TC, f.j. 62)[244].(subrayado nuestro)

El derecho a la consulta es diferente del derecho a la participación. Existe un desconocimiento de parte del MINEM de la naturaleza del derecho a la consulta. Ignora éste que el derecho a la consulta es un derecho diferente del derecho a la participación, tal como lo sugiere la 2da disposición complementaria final. Si bien el derecho a la consulta previa constituye para muchos una manifestación del derecho a la participación política, se trata de un derecho que tiene una configuración y un contenido constitucional autónomo y diferente. No se les puede confundir tal como lo ha reconocido el propio TC. En efecto, en el fundamento 62 de la sentencia 05427-2009-AC/TC, el TC precisa "que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6º, inciso b) y 7º." (Subrayado nuestro)

[244] Incluso se desconoce lo señalado por la Comisión de Expertos de la OIT, 2010 y recogido por el TC en su propia jurisprudencia, "la Comisión subraya que meras reuniones de información o socialización no cumplen con los requisitos del Convenio" (exp. Nº 05427-2009-AC/TC, f.j. 64).

La norma posterior deroga a la anterior. Se señala que esta ley no derogará las normas sobre participación ciudadana. Sin embargo ello es incompatible con el artículo 103 de la Constitución que señala que "La ley se deroga sólo por otra ley". La 2da disposición complementaria final de la ley desconoce algo que es indiscutido en el mundo del derecho, que una norma con rango de ley deroga y/o modifica todas las normas anteriores que se le opongan.

¿Qué pasa con los actos posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT que afectan a los pueblos indígenas que no fueron consultados? Este es un tema clave y tal parece que se ha optado por blindar ese conjunto de decisiones a pesar de su incompatibilidad con el Convenio 169 de la OIT. Esto se desprende cuando la segunda disposición complementaria final dice que "Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia". Dichos actos tienen un vicio de nulidad de conformidad con el artículo 46 de la Constitución. El fundamento jurídico de ello está en el hecho que el Convenio 169 de la OIT es vigente desde el año 1995, tal como lo ha reconocido el propio TC cuando precisó que "La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa Nº 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento" (exp. Nº 00025-2009-PI, f.j. 23) (subrayado nuestro). Esta omisión es absolutamente incompatible con la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Samaraka. Ese tribunal internacional estableció en el párrafo 196 letra a, la revisión de concesiones otorgadas por el Estado en tiempos anteriores. Precisó que "Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka".

Los antecedentes: El Gobierno y el Congreso ha intentado incumplir el Convenio 169 de la OIT. En efecto, según la 1ra disposición complementaria del Decreto Supremo Nº 023-2011-EM, publicada el 12 de mayo del año 2011, norma que aprobó el Reglamento del procedimiento del proceso de consulta de actividades minero energéticas, de 1995 hasta el 12 de mayo del año 2011, se aplicarían a las concesiones inconsultas

las normas de participación ciudadana que regulan las actividades mineras y petroleras. Nos referimos al Decreto Supremo Nº 028-2008-EM (Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero) y al Decreto Supremo Nº 012-2008-EM (Reglamento para la participación ciudadana de las actividades de hidrocarburos).

Lo irregular de estas normas es que intentan vaciar de contenido el derecho a la consulta: primero reconocen el derecho a la consulta previa con bombos y platillos (ver el artículo II del Título Preliminar del Decreto Supremo 012-2008-EM y el artículo 4 del DS 028-2008-EM), y luego dicen, que este derecho se ejercerá a través de los mecanismos de participación ciudadana contenidos en esas mismas normas. ¿Dónde está la trampa? En que cuando uno revisa los diferentes mecanismos de participación ciudadana de estas normas (art. 6 del DS Nº 028-2008-EM), no encuentra nada que se parezca a la consulta. Lo más cercano son los talleres informativos, que no exoneran al Estado de su responsabilidad de consultar con los pueblos indígenas (06316-2008-AA/TC, f.j. 25).

Luego, el 7 de setiembre del año 2011 se publica la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley 27985). Según su cuarta disposición complementaria final (DCF), esta ley entró en vigencia el 7 de diciembre del año 2011 (90 días después de su publicación). Esta norma en su 3ra DCF derogó el DS 023-2011-EM, estableciendo en su 2da DCF que esta norma no modifica las normas que regulan la participación ciudadana en actividades extractivas. Con lo cual, las concesiones entre el 12 de mayo del 2011 y el 7 de diciembre del mismo año, se sujetarán a las cuestionadas normas que regulan la participación ciudadana ante mencionada (D.S. Nº 028-2008-EM, y al D.S. Nº 012-2008-EM). En síntesis, no existe el Convenio 169 de la OIT y tampoco el derecho a la consulta.

¿Cuál es la vigencia de los reglamentos de participación ciudadana en materia minera y energética? En principio estos reglamentos son normas jurídicas generales, es decir de alcance general en materia de minería. Respecto del conjunto de peruanos son válidas. Para los pueblos indígenas solo serán válidas, en la medida que no desnaturalicen el derecho a la consulta, es decir, mientras no quieran hacernos pasar talleres informativos por procesos de consulta previa.

La validez jurídica de las concesiones mineras y petroleras no consultadas. Partiendo de la premisa que el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional (00022-2009-PI/TC, f.j. 10) y que con o sin desarrollo normativo y reglamentario es vinculante y exigible desde el año 1995 (00022-2009-PI/TC, f.j. 12), podemos identificar cuatro

posiciones. Una primera es la tesis de la validez de las concesiones, asumida por el Gobierno y por el TC en su momento. Esta sostiene que todas las concesiones anteriores a la aprobación y publicación son válidas y que el derecho a la consulta en realidad se debe aplicar para las concesiones futuras. Esta posición está en la sentencia 06316-2008-AA (f.j. 27) y en su resolución aclaratoria (f.j. 7), en el D.S. Nº 023-2011-EM (1ra DT) y en la Ley Nº 29785 (2da DCF). Para ellos, no debería de aplicarse el Convenio 169 de la OIT pues no hay ley y reglamento y además porque pues se afectaría la buena fe o la "confianza" de las empresas. El problema con esta tesis es que no tiene fundamento constitucional, pues el Convenio 169 de la OIT está vigente desde el año 1995, y la vigencia de los derechos no está subordinada a su desarrollo legislativo y reglamentario.

La otra es la tesis de la nulidad de las concesiones. Ella puede ser hallada en el 3er párrafo del artículo 46 de la Constitución, según el cual son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas. El Estado (MINEM) carece de competencia para expedir concesiones que afectan pueblos indígenas inconsultamente. También puede ser hallada el artículo 10.1 de la Ley General de Procedimientos Administrativos (Ley Nº 27444). El fundamento de esta tesis es la jerarquía normativa de la Constitución (art. 51 y 3er párrafo del art. 138 de la Constitución). La Constitución -y las normas de igual jerarquía como el Convenio 169 de la OIT[245]-, no solo es la norma de mayor jerarquía, sino que es un criterio de validez del resto del ordenamiento jurídico (00047-2004-AI/TC, f.j. 9). El problema con esta tesis, es que si se aplicara a todas las concesiones expedidas desde el año 1995, todas estas serían nulas, generando una grave e intolerable afectación a la seguridad jurídica, la cual es un bien jurídico constitucional que debe también ser protegido.

En el medio de estas dos posiciones hay fundamentalmente dos posiciones intermedias. La tesis de la suspensión, y la tesis del plazo para la adecuación. La tesis de la suspensión de las concesiones, es la que ha asumido por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia ante actos administrativos no consultados relacionados con actividades extractivas u obras de infraestructura pública[246]. No se declaran nulas las concesiones inconsultas, sino que se suspende sus efectos hasta que se consulte. Esta tesis también la propuso el Comité de Expertos de la OIT del año 2010[247] e incluso la propia Corte

[245] STC Nº 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, acumulados, f.j. 34.

[246] Ver por ejemplo T-652/98, T-880/06, T-769/09.

[247] La CEACR precisa que "suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio".

Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Saramaka vs. Suriname (párrafo 196.a). El problema con la suspensión generalizada de todas las concesiones es que también generaría en caos jurídico y una intolerable afectación del principio de seguridad jurídica, que podría no solo generar una ola de demandas contra el Estado, sino poner en peligro la política energética del país, el normal funcionamiento del país y en definitiva la gobernabilidad del país, lo cual no busca la consulta previa.

En nuestra opinión, debe hacerse una ponderación entre el principio de seguridad jurídica y el derecho a la consulta previa de rango constitucional y debe buscarse optimizar ambos bienes jurídicos. En ese sentido, proponemos una tesis del plazo para la adecuación de las concesiones al Convenio 169 de la OIT. Esta ponderación debería de conducirnos a una fórmula intermedia donde los dos mencionados bienes jurídicos sean protegidos. Esto solo es posible de lograr, si se otorga al Ejecutivo un plazo razonable para realizar la consulta de las decisiones administrativas o normativas, posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, y anteriores a la publicación de la ley de consulta. En caso que no se haya realizado la consulta en el plazo concedido, las concesiones deberán ser suspendidas por un plazo y de persistirse la negativa, declaradas nulas. Asimismo, debería de precisarse que, si las actividades han generado condiciones intolerables para la salud, la alimentación, el medio ambiente o la dignidad de los pueblos indígenas, las concesiones deberán ser objeto de cancelación, dado que no son compatibles con la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

¿Qué hacer con las concesiones inconsultas de los años anteriores? Se debe requerir al ente público que ha tomado la decisión inconsulta, a que realice el proceso de consulta. En caso que este se resista, se debe recurrir a un proceso de amparo. Tenemos 60 días hábiles para hacerlo desde la fecha de la expedición del hecho lesivo (la concesión). El "acceso a la consulta" es parte del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta (00022-2009-PI/TC, f.j. 37), y sabemos que las demandas de amparo tiene que estar referidas necesariamente al contenido constitucional de un derecho, si no quieren ser declaradas improcedentes (art. 5.1 del Código Procesal Constitucional – Ley Nº 28237). ¿Qué hacer cuando las concesiones fueron expedidas hace 4 o 5 años? En principio deberían ser declaradas improcedentes (art. 5.10 del Código Procesal Constitucional). Sin embargo, en aquellos casos, el hecho lesivo que se deberá cuestionar no debería ser la concesión, sino la omisión del Estado de realizar el proceso de consulta. Solo en ese caso, podríamos aplicar el artículo 44.5 del Código Procesal Constitucional, el cual precisa que "Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista".

¿Cómo armonizar la supremacía normativa de la Constitución con el principio de seguridad jurídica? Consideramos que deben ser ponderados y armonizados los derechos en conflicto en cada caso en concreto. Tenemos tres opciones, la primera es la tesis de la caducidad[248] de todas concesiones, la cual es peligrosa y reñida con la seguridad jurídica pues generaría un caos peligroso, la segunda es la tesis de la revisión, es decir, optar por revisar cada una de las concesiones expedidas inconsultamente. Ello resultaría harto complicado pues demandaría un esfuerzo administrativo de revisión interminable. Nos inclinamos por la tesis de la continuidad, tan igual como hizo el Congreso Constituyente ante los actos normativos expedidos en gobiernos de facto[249]. Según esta, mientras no se revise se presume la legalidad de dichos actos inconsultos. Esta solución en nuestra opinión permite armonizar y compatibilizar adecuadamente la tensión o la colisión entre los bienes jurídicos en juego, es decir se garantiza el derecho a la consulta, sin dejar de cautelar la seguridad jurídica. Esta posición nos parece conveniente además, porque es compatible con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs Suriname. En el párrafo 196 letra a, la sentencia permite la revisión de concesiones otorgadas por el Estado en tiempos anteriores: "Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka". En tal sentido, debería de suspenderse los actos inconsultos hasta que se realice el proceso de consulta.

El CEACR y la Corte Constitucional han optado por suspender la vigencia de los actos normativos y administrativos inconsultos. Asimismo, esta posición fue la asumida por el Comité de Expertos de la OIT (CEACR), en su informe del año 2010, oportunidad en que recomendó al Estado Peruano "suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio". No se está decretando la nulidad de los actos inconsultos sino su suspensión. Finalmente no estamos asumiendo una posición jalada de los pelos. La prestigiosa Corte Constitucional de Colombiana, que nuestro TC toma mucho como referencia, en los procesos constitucionales que ha conocido por violación del derecho a la consulta ha optado por proteger tal derecho. En efecto, decidió

[248] Sentencia del TC recaída en el exp. Nº 0010-2002-AI/TC, f.j. 12.
[249] Cesar Landa Arroyo, Tribunal Constitucional y Estado Democrático, 2da edición, Palestra, Lima, 2003, pág. 641.

no declarar nulos los actos administrativos no consultados, sino ordenar la suspensión de la actividad minera y la realización del proceso de consulta. No se tratan de pronunciamientos aislados, de 11 sentencias contra medidas administrativas inconsultas, 9 fueron declaradas fundadas[250]. Y en las otras dos sentencias no se dijo lo contrario. De las otras 2, 1 porque si hubo consulta y la otra porque estaba siendo tramitada en otra autoridad jurisdiccional.

Propuestas normativas

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Cuarta disposición complementaria transitoria y final Comisión de Expertos de la OIT
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Cuarta disposición complementaria final.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Cuarta disposición complementaria y final.

Concordancias con la jurisprudencia del TC

- Reconocimiento de la inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 11, 41).
- Obligación de armonizar los intereses en conflicto (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 34)
- El rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 31)
- Norma no consultada es inconstitucional (STC Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 10 última parte)
- La consulta legitima la acción gubernamental (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 36)
- El Convenio 169 de la OIT está vigente desde 1995 (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 23).
- Una medida administrativa no consultada es inconstitucional (STC Nº 06316-2008-PA/TC, f.j. 27).
- Reconocimiento de la inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT (STC Nº 05427-2009-PC/TC, f.j. 11, 43).

[250] Ver http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637.

- Toda norma no consultada es nula (STC Nº 00023-2009-PI/TC, f.j. 5).
- Entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT (Resolución de aclaración de la sentencia Exp. No 06316-2008-PA/TC, Segundo punto del fallo
- ¿Desde cuándo tiene vigencia el Convenio 169 de la OIT? (STC Nº 00025-2009-PI, f.j. 23)
- El principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales (STC Nº 05427-2009-PC/TC, f.j. 15).
- La obligación de "operativizar" las cláusulas constitucionales (STC Nº 05427-2009-PC/TC, f.j. 15).
- La renuencia a acatar la eficacia de las normas constitucionales constituye "fraude a la Constitución" (STC Nº 05427-2009-PC/TC, f.j. 16).
- La no reglamentación desprotege a los pueblos indígenas y genera inseguridad en las inversiones (STC Nº 05427-2009-PC/TC, f.j. 39 y 48).
- La reglamentación del derecho a la consulta no ha sido idónea ni se ha hecho referencia expresa a los pueblos indígenas (STC Nº 05427-2009-PC/TC, f.j. 53, 62 y 63).
- Las reglas sobre el derecho a la consulta, establecidas jurisprudencialmente (STC Nº 05427-2009-PC/TC, f.j. 60)
- La consulta como reflejo de la responsabilidad social de la empresa y el principio del menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades (STC Nº 03343-2007-PA/TC, f.j. 39)

CEACR de la OIT

Cuestionando al TC cuando inconstitucionalmente señaló que el derecho a la consulta era exigible desde el año 2010

Asimismo, CEACR en su informe sobre Perú para el año 2011 observo que: "La Comisión pone de relieve que la sentencia núm. 022-2009-PI/TC tiene fecha 9 de junio de 2010. Por lo tanto, el derecho de consulta no se consideraría obligatorio antes de dicha fecha. A este respecto, la Comisión recuerda que de conformidad con el artículo 38 del Convenio, el mismo entrará en vigor para cada Miembro de la OIT, 12 meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación. Teniendo en cuenta que el Perú ratificó el Convenio el 2 de febrero de 1994, la Comisión recuerda que todas sus disposiciones, incluidas aquellas relativas a la obligación de consulta son vinculantes desde el 2 de febrero de 1995. En virtud del mencionado artículo 38 del Convenio y a la luz del artículo 12 del Convenio relativo a la protección judicial de los derechos reconocidos en el Convenio, la Comisión solicita al Gobierno que indique

cómo se garantiza que los pueblos indígenas puedan disponer de una tutela judicial efectiva del derecho a la consulta a partir de la entrada en vigor del Convenio".[251]

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile

"21. Una de las situaciones más comunes a las que ha tenido que enfrentarse los órganos de control normativo de la OIT es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información. Según han reiterado estos órganos, "una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio", particularmente a la vista del establecimiento de un "diálogo genuino entre ambas partas signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común"[252].

Corte Constitucional de Colombia

Sobre la validez de los talleres informativos "No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica". Añade que "Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación". (SU-039 de 1997)

[251] OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) sobre Perú en el año 2011; y también, OIT. . Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observación General sobre la obligación de consulta del 2010. CEACR 2010/81, reunión diciembre 2010, publicada 16 de febrero 2011. Ver: http://www.politicaspublicas.net/panel/oitcontrol/ceacr169pe/724.html?task=view

[252] Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. A/HRC/12/34/Add.6. Las citas han sido eliminadas.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

TERCERA. Derógase el Decreto Supremo 023-2011-EM, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas.

Análisis del artículo

¿Era necesario derogar todo este decreto? En nuestra opinión si bien este decreto contenía disposiciones que desnaturalizaban el derecho a la consulta, pudo haberse optado por el camino de adecuación a la ley de consulta y al Convenio 169 de la OIT. En todo caso, debería ser retomado y ciertamente corregido las disposiciones que contradicen el Convenio, y llenado los vacíos de los cuales adolecía[253].

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

CUARTA. La presente Ley entra en vigencia a los noventa días de su publicación en el diario oficial El Peruano a fin de que las entidades estatales responsables de llevar a cabo procesos de consulta cuenten con el presupuesto y la organización requerida para ello.

Antecedentes normativos

- Propuesta de Ley Marco de la Consulta a los Pueblos Indígenas elaborada por Pedro García Hierro. Segunda disposición complementaria transitoria y final.
- Propuesta de la Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas elaborada por la Defensoría del Pueblo. Segunda disposición complementaria final.
- Coordinación para el desarrollo de los Pueblos Amazónicos. 03 de diciembre de 2009. Segunda disposición complementaria y final.

La obligación del Estado de adecuar el ordenamiento jurídico a Convenio 169 de la OIT

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en su Informe sobre Perú del 2010 instó "al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a

[253] Puede revisarse nuestro informe http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc19052011-181320.pdf.

establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional […] insta al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional"[254].

[254] OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) sobre Perú en el año 2010, p. 5

Capítulo 3

Comentarios al Reglamento de la ley de consulta

A continuación presentamos nuestros cuestionamientos al *"Reglamento de la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo"* (en adelante el Reglamento), aprobado mediante Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, y publicado en el diario oficial El Peruano el día martes 3 de abril del año 2012 pasado. En esta parte haremos un análisis de la "constitucionalidad" del reglamento, es decir, de la adecuación de este a las normas del derecho internacional de los derechos humano que han establecido reglas sobre el derecho a la consulta.

Nuestra conclusión general luego de revisar el reglamento, es que si bien se puede advertir un esfuerzo por adecuar las normas que regulan el derecho a la consulta a los estándares establecidos en el Convenio 169 de la OIT, y en menor medida, la intención de recoger algunas de las ideas planteadas por los pueblos indígenas, estimamos que estos esfuerzos son insuficientes, pues aún se pueden encontrar en el reglamento, al igual que en la ley de consulta, disposiciones que desnaturalizan este derecho en aspectos sustanciales, los cuales en los hechos vacían de contenido y neutralizan la fuerza normativa de este derecho.

Cuestiones previas

¿Cómo analizar la "constitucionalidad" del reglamento?

Debemos comenzar por distinguir dos niveles de análisis. Si bien el Congreso y en menor medida el Poder Ejecutivo tienen un margen de discrecionalidad a la hora de configurar el contenido de las normas legales y reglamentarias, esta facultad no implica un poder y una libertad irrestricta. Tiene un límite, el contenido constitucional y/o el contenido esencial del derecho a la consulta, el cual está precisado y desarrollado tanto en el Convenio 169 de la OIT como en su desarrollo jurisprudencial por parte del Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y por el Tribunal Constitucional (TC). Estas reglas son vinculantes y limitan la discrecionalidad del poder político a la hora de desarrollar normativamente el derecho a la consulta.

Asimismo, en general cada vez que analicemos textos normativos, debemos distinguir y diferenciar lo que son errores o simples imprecisiones, o defectos en la redacción, corregibles vía interpretación por los operadores del derecho, de lo que son desarrollos normativos que afectan el contenido esencial del derecho a la consulta, que en los hechos desnaturalizan o vacían de contenido el derecho en cuestión, neutralizando y bloqueando la fuerza normativa y la finalidad del derecho fundamental establecido.

Finalmente, debemos de señalar que independientemente del necesario análisis de conveniencia y de oportunidad del reglamento, el parámetro para analizar la constitucionalidad de este reglamento, es su adecuación a normas de mayor jerarquía jurídica que contemplan desarrollan este derecho. Estas normas de rango constitucional que desarrollan el contenido del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, cumplen la función de parámetro y de criterio de validez de las normas de rango legal y reglamentario. Es decir, aquella norma que se oponga o que desnaturalice carecerá de validez y de eficacia jurídica.

1. Comentarios a los artículos del reglamento

Decreto Supremo Nº 001-2012-MC

Artículo 2º.- Vigencia
El presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, aplicándose a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha, sin perjuicio de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29785. Respecto a los actos administrativos, las reglas procedimentales previstas en la presente norma se aplican a las solicitudes que se presenten con posterioridad a su publicación.

Solo se aplica la consulta a los actos posteriores a la entrada en vigencia de este reglamento. El artículo 2 del Decreto Supremo 001-2012-MC (no del Reglamento), establece que el reglamento solo se aplica a los actos administrativos y normativos posteriores a la entrada en vigencia de este decreto supremo. Esto significa que las decisiones normativas y administrativas adoptadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en febrero del año 1995 y con anterioridad a la expedición de la ley de consulta (Ley 29785) el 7 de setiembre del año 2011, no serán objeto de proceso de consulta. Esto desconoce la jurisprudencia del TC que señala que el derecho a la consulta es exigible desde febrero del año 1995. Se podría sostener que el regla-

mento de la ley de consulta no puede modificar una ley, sin embargo, lo ha hecho en el artículo 3.k del Reglamento, disposición donde corrige lo establecido en el artículo 7 de la Ley de consulta, que establecía requisitos adicionales a los que el artículo 1 reconocía para ser considerado pueblo indígena. Tal como lo ha reconocido el propio TC cuando precisó que: *"La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa Nº 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento"* [255].

Reglamento de la ley de consulta previa

Artículo 1º.- Del objeto

1.1 La presente norma, en adelante "el Reglamento", tiene por objeto reglamentar la Ley Nº 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante "La Ley", para regular el acceso a la consulta, las características esenciales del proceso de consulta y la formalización de los acuerdos arribados como resultado de dicho proceso, de ser el caso.

1.2 El derecho a la consulta se ejerce conforme a la definición, finalidad, principios y etapas del proceso establecidos en la Ley y en el Reglamento.

¿Puede el reglamento ir más allá de la ley? Según el artículo 118 inciso 8 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República, y se entiende a los diferentes ministerios, "Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones". No

[255] Como señala el TC en el fundamento 23 de la sentencia recaída en el expediente N° 00022-2009-PI "La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa Nº 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento." Esta regla deviene en vinculante en virtud del artículo 82 del Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley 28237.

obstante, surge una interrogante, ¿Cómo reglamentar una ley que es manifiestamente incompatible con normas de rango constitucional como el Convenio 169 de la OIT? ¿Hay obligación de seguir disposiciones que resultan inconstitucionales?

Las normas constitucionales deben ser interpretadas desde su finalidad[256]. La idea del artículo 118 inciso 8 antes mencionado, es que hay un conjunto de decisiones que por su importancia corresponden al Congreso, que es el titular de la representación nacional, no a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, pues la norma reglamentaria, está subordinada a la norma de rango legal (art. 51 y 138 de la Constitución). Sin embargo, esta regla deberá ser relativizada en caso en que el legislador desarrolle a través de una ley (la Ley Nº 29785) una norma de mayor jerarquía como es el Convenio 169 de la OIT. En estos casos el legislador no cumple una función constitutiva (de creación de derechos), sino una función declarativa, es decir, de reiteración de reglas contenidas en cuerpos normativos de mayor jerarquía. Esto es precisamente lo que ocurre con el derecho a la consulta.

En resumen, el reglamento no podrá exceder los límites que la ley de consulta establece, siempre que sus disposiciones sean consonantes y acordes con el Convenio 169 de la OIT y su desarrollo jurisprudencial por la Corte IDH y por el TC. En caso que estemos ante disposiciones en la Ley de Consulta inconstitucionales o con un vicio de nulidad, porque de manera manifiesta desnaturalizan e incumplen normas de rango constitucional, el Poder Ejecutivo, tendrá la facultad y fundamentalmente la obligación, no solo de apartarse de dichas cláusulas y límites, sino acatar y dar cumplimiento a las normas de rango constitucional que regulan los derechos de los pueblos indígenas.

Artículo 1º.- Del objeto
1.3 El derecho a la consulta se realiza con el fin de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos como tales por el Estado Peruano en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Perú y las leyes.

Se restringe la consulta previa a la afectación de derechos colectivos. Al igual que ocurre con la ley de consulta, se viola otra vez el artículo 6.1.a del Convenio al restringir la consulta a la afectación de derechos colectivos en los siguientes artículos: Artículos.1.3. 3.b, 3.c, 3.f, 3.i, 3.k, 5.e, 6, 7.1, 8.1, 9.1, 19.1, 19.3, 23.1, 23.3, 27.1, 27.4, 27.5 y en la sexta disposición final transitoria y complementaria. Esta restricción puede

[256] Luis Castillo Córdova, Comentarios al Código Procesal Constitucional, Tomo I, Título Preliminar y disposiciones generales, Palestra, Lima, 2006, págs.. 232 y sgts. Según este autor los derechos fundamentales se definen desde su finalidad.

ser peligrosa pues ni el artículo 6 ni el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y ni el 19 de la DNUDPI restringen la consulta a la afectación de derechos colectivos. Ambas disposiciones hablan solo de afectar a los pueblos indígenas. Ante esta situación, habrá que reconducir la afectación de derechos individuales de los miembros de los pueblos indígenas, al derecho a la identidad cultural.

Como señaló las Naciones Unidas, *"Los derechos relacionados con los pueblos indígenas buscan proteger, además de los derechos individuales, sus derechos colectivos, ya que el reconocimiento de tales derechos es necesario para garantizar la existencia, el desarrollo y el bienestar de los pueblos indígenas, como colectividades distintivas. La experiencia ha demostrado que a menos que se respeten los derechos colectivos de los pueblos indígenas existe el riesgo de que tales culturales desaparezcan mediante la asimilación forzada"*[257].

¿Por qué son importantes los derechos colectivos de los pueblos indígenas? Un punto que no se termina de comprender es la diferencia entre los derechos individuales y los derechos colectivos. Incluso, algunos sectores se preguntan para qué los derechos colectivos si ya existen derechos individuales. Los derechos colectivos son aquellos cuya titularidad recae en el colectivo no en las personas. Se trataría de proteger en este caso la cohesión interna. En estos casos el grupo no sólo es un mero beneficiario del derecho, sino que se constituye en titular del mismo[258]. Los derechos colectivos son "ejercitables en común solamente con los individuos que integran un "grupo diferenciado" dentro de la población del Estado"[259]. En efecto, nos referimos al derecho de los pueblos en tanto pueblos a determinar su condición política. Quizá el más representativo de estos derechos sea el derecho de autodeterminación.

En relación con su justificación, tal como lo ha señalado el canadiense Kymlicka, los derechos individuales de determinados pueblos indígenas, solo podrán ser efectivos en la medida en que se protejan derechos colectivos. En otras palabras, "los derechos colectivos pueden ser condiciones necesarias para la autonomía individual"[260]. Asimismo

[257] Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Directrices de los asuntos de los pueblos indígenas, 2008, página 14. Puede ser revisado en http://servindi.org/pdf/ONU_DirectrizPI_Desarrollo.pdf.
[258] Gurutz Jáuregui. Derechos individuales versus Derechos Colectivos: Una realidad inescindible. Pág. 57. En: Una discusión sobre Derechos Colectivos. Dykinson 2001
[259] Fernando Mariño Menéndez. Derechos Colectivos y ordenamiento Jurídico Internacional. Pág. 77 En: Una discusión sobre Derechos Colectivos. Dykinson 2001
[260] Freeman M. citado por Nicolás López Calera, Sobre los derechos colectivos, en: Fco. Javier Ansuátegui Roig (editor), La discusión sobre derechos colectivos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 27.

Nicolás López Calera nos dice: "los derechos colectivos son una realidad insoslayable y que, además, muchos de los derechos individuales no podrían tener una realización adecuada sino en un contexto social y jurídico – político que reconozca y respete los derechos colectivos" [261].

Es preciso distinguir dos tipos de derechos, los denominados derechos difusos y los derechos colectivos. Ambos tipos de derechos, comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc.). Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de una conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos. Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables[262].

Artículo 1º.- Del objeto

1.4 El Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Reconocimiento de la fuerza normativa de la DNUDPI. Se establece en el artículo 1.4 del Reglamento que el Viceministro de Interculturalidad tomará en consideración la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Resulta importante que el Viceministerio haga esta declaración, pues es coherente con el artículo 42 de la DNUDPI que establece que "los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración". No obstante, en el ordenamiento jurídico prevalece la tesis que sostiene que las declaraciones internacionales de derechos, de conformidad con el artículo 56, al no haber sido además de firmadas y ratificadas por el Estado peruano, no tienen "fuerza normativa" dado que no han sido firmadas y ratificadas por el Estado peruano, aún cuando el Estado peruano fue uno de sus impulsores. Lo que sí es consenso, es que estas tienen fuerza "interpretativa", es decir permite precisar el

[261] Nicolás López Calera, Sobre los derechos colectivos, en: Fco. Javier Ansuátegui Roig (editor), La discusión sobre derechos colectivos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 30.

[262] STC N° 05287-2008-AA, f.j. 21

contenido constitucional de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos de las cuales el Perú es signatario, o en legislación interna que es vinculante. Ver nuestros comentarios sobre la fuerza normativa de la DNUDI en la parte introductoria.

Artículo 1º.- Del objeto
1.5 El resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes.

No hay un reconocimiento expreso del derecho al consentimiento. En efecto, el artículo 1.5 guarda silencio a pesar que el Convenio 169 de la OIT, la DNDDPI y la jurisprudencia de la Corte IDH han reconocido diferentes supuestos de consentimiento. Es decir, se desconoce que en determinas supuestos, además de la consulta se exige el consentimiento de los pueblos indígenas para que se ejecute la medida consultada. Deberemos ir a la sétima disposición complementaria transitoria y final del reglamento de la ley de consulta, para encontrar dos supuestos de consentimiento. (Ver nuestros comentarios en la parte introductoria sobre el derecho al consentimiento).

Artículo 2º.- Ámbito de aplicación
2.1 El Reglamento se aplica a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos que se emitan conforme a lo establecido en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú. Igualmente establece las reglas que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de todas las entidades del Estado. También se aplica a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

¿Qué significa que este reglamento se aplicara a todas las entidades del Estado? La norma no es clara cuando dice que "Igualmente establece las reglas que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de todas las entidades del Estado". No queda claro si se está refiriendo el Poder Ejecutivo, es decir el Gobierno central, o también alcanza a los gobiernos sub nacionales, como son los gobiernos regionales y locales. Esta duda será despejada en el siguiente inciso.

La consulta de los planes, programas y proyectos de desarrollo. Esta norma guarda relación con lo establecido en el artículo 6.1.b del Convenio 169 de la OIT, el cual precisaba como obligación del Estado "establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida

que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan". El aporte del Reglamento está en el señalamiento que este tipo de medidas también deben ser consultadas, en consonancia con el artículo 6.1 del mismo Convenio, toda vez que se trata de medidas estatales que afectan directamente a los pueblos indígenas.

Necesidad de tener en cuenta el proyecto de desarrollo de los pueblos indígenas. No solo hay que tomar en cuenta el proyecto de desarrollo que el Gobierno plantea a los pueblos indígenas. Es necesario también tomar en cuenta el proyecto de desarrollo y los planes de vida de los pueblos indígenas. El artículo 7.1 del Convenio, es muy claro cuando precisa que "Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente". (subrayado nuestro). El desafío es armonizar estos proyectos de vida haciéndolos compatibles en la medida en que esto sea posible. Según el artículo 60 de la Constitución, "El Estado reconoce el pluralismo económico", esto significa que los proyectos de desarrollo de los pueblos indígenas tendrán cobertura constitucional, en la medida en que la Constitución no ha reconocido un solo modelo económico.

Artículo 2º.- Ámbito de aplicación

2.2 Las disposiciones del presente Reglamento serán aplicadas por los gobiernos regionales y locales para los procesos de consulta a su cargo, sin transgredir ni desnaturalizar los objetivos, principios y etapas del proceso de consulta previstos en la Ley y en el presente Reglamento, y en el marco de las políticas nacionales respectivas.

Es una pauta para los gobiernos regionales y locales. De conformidad con el artículo 192 de la Constitución, "Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo" (subrayado nuestro). En este caso, el reglamento está estableciendo, que en la medida en que el derecho a la consulta constituye una política pública nacional, que desborda el ámbito del Gobierno central, este reglamento vincula a los Gobiernos Regionales y Locales. En palabras del reglamento "Igualmente establece las reglas

que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de todas las entidades del Estado".

Artículo 2º.- Ámbito de aplicación
2.3 Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida.

¿Invasión de competencias de los gobiernos subnacionales por el Poder Ejecutivo? Genera preocupación esta disposición pues se estaría subordinando la consulta a la decisión del Gobierno Central, asimismo, se desconoce cuál sería el criterio a utilizarse. Se está creando un nuevo requisito para realización de los procesos de consulta, la opinión favorable del mencionado Viceministerio de Interculturalidad, la cual no está contemplada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Pero además, en este aspecto, el Reglamento de consulta va más allá de la ley de consulta, la cual no contempla esta regulación.

Del principios de jerarquía al principio de competencia. Las relaciones entre el Gobierno Nacional y los gobiernos regionales no son de jerarquía sino de competencia. Esto significa que no se puede subordinar una decisión de un gobierno regional a la aprobación de un ente estatal de un Ministerio ni viceversa.

La autonomía normativa del Gobierno Regional. Se viola la autonomía normativa y política y el principio de competencia de los gobiernos regionales, cuando una norma reglamentaria del Poder Ejecutivo configura competencias de un gobierno regional, y viceversa, cuando un gobierno regional intenta regular materias que le corresponden al gobierno central. Es como si el gobierno regional regulara aspectos del gobierno central. En otras palabras, hay una reserva de ley orgánica en materia de competencias y atribuciones de los gobiernos regionales, que no puede ser cubierta por una norma reglamentaria, como lo es el reglamento de la ley de consulta previa.

La articulación de las competencias normativas regionales con las nacionales. El artículo 192 es muy claro, los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la

economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. Es decir, deben encuadrar sus decisiones en las políticas públicas, en otras palabras, las decisiones del Poder Ejecutivo que definen políticas públicas vinculan a los Gobiernos Regionales. Si bien los Gobiernos Regionales tienen autonomía normativa en sus competencias, ellas deben adecuarse a las normas expedidas por el Poder Ejecutivo, cuando estas definen políticas públicas nacionales. Una de ellas es precisamente es la referida a los pueblos indígenas y al derecho a la consulta.

Se viola el principio constitucional de jerarquía normativa contenido en el artículo 51 y 138 (2do párrafo) de la Constitución. Esta violación ocurre en dos momentos, primero cuando a través de una norma reglamentaria, es decir de rango infralegal, como es el decreto supremo se modifican normas de rango legal, como son leyes orgánicas. Nos referimos a la Ley 27867 (Ley orgánica de gobiernos regionales). Este principio de jerarquía normativa también se viola cuando, se crea a través una norma reglamentaria, un nuevo requisito para la realización de un derecho constitucional. Es decir, a través de una norma de rango infralegal, se está modificando una norma de rango constitucional, como es el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785.

Se han modificado normas del bloque de constitucionalidad a través de un decreto supremo. La Ley 27867 (Ley orgánica de gobiernos regionales) al desarrollar las funciones de un gobierno regional, es una norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, es decir tiene la misma fuerza que las normas constitucionales para efectos del control constitucional, de acuerdo con el artículo 79 del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, al ser una norma de rango constitucional, no puede ser modificada por un Decreto Supremo como es el Reglamento de la ley de Consulta (D.S. Nº 0001-2012-MC), tal como lo pretende el artículo 2.3 de este.

El Gobierno ha ejercido la potestad reglamentaria de manera inconstitucional violándose el artículo 118.8 de la Constitución. Lo establecido en el artículo 2.3 del Reglamento D.S. Nº 0001-2012-MC excede y va más allá de lo establecido en la Ley de consulta (Ley 29785), pues esta facultad no estaba en la ley. En tal sentido se viola el artículo 118.8 de la Constitución, que establece que es atribución del Presidente de la República "Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones".

Esta modificatoria debió realizarse por ley orgánica. En todo caso, una restricción como la contenida en el artículo 2.3 del Reglamento D.S. Nº 0001-2012-MC, debió de haberse

discutido y aprobado a través de una ley y no del reglamento. La ley orgánica de los gobiernos regionales constituye junto con la Ley de Bases de la Descentralización, son normas fundamentales de los gobiernos regionales, que establecen sus competencias y atribuciones. Ellas forman parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 79 del Código Procesal Constitucional. Mal pueden ser modificadas por una norma reglamentaria, es decir de menor jerarquía, como es el decreto supremo que aprueba el reglamento de la ley de consulta

Artículo 3º.- Definiciones

El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la Ley y el Convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

a) Acta de Consulta.- Instrumento público, con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcance como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. Es suscrita por los funcionarios competentes de la entidad promotora y por los o las representantes del o de los pueblos indígenas. En caso de que los o las representantes no fueran capaces de firmar el acta, estamparán sus huellas digitales en señal de conformidad. Los documentos sustentatorios del acuerdo forman parte del acta de consulta.

Y si no hay acuerdo. Debió de haberse señalado, que también deberá de levantarse acta en el caso que no se alcance un acuerdo. En ambos casos es necesario un registro de las incidencias de los procesos de consulta. Esta acta deberá de contener las exigencias y los requerimientos de los pueblos indígenas. Asimismo, debe registrar no solo el debate sino el esfuerzo del Estado por lograr un acuerdo o el consentimiento de los pueblos indígenas. En tal sentido, el Estado no solo deberá contentarse con informar a los pueblos indígenas sobre las medidas consultadas.

Artículo 3º.- Definiciones

b) Afectación Directa.- Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos

Debemos diferenciar la afectación directa en casos de actos normativos de actos administrativos. Como regla general sabemos que el objeto del proceso de consulta es toda medida estatal que sea susceptible a afectar los derechos de los pueblos originarios. Se entenderá por afectación toda limitación o menoscabo de los derechos de los

pueblos originarios y cualquier realización u optimización de su contenido o ejercicio, originada por una medida estatal. Pueden haber dos tipos de afectación: negativa y positiva. Hay afectación negativa cuando se limita o menoscaba los derechos de los pueblos indígenas u originarios y hay afectación positiva cuando se protege, realiza, beneficia u optimiza tales derechos. Nuestra crítica a esta disposición del reglamento es que el criterio para determinar si una norma afecta derechos de los pueblos originarios no es la denominación de la disposición, sino el análisis específico de los efectos que ella ocasiona en tales derechos.

En el caso de los actos normativos, se aplica la jurisprudencia del TC recaída en la sentencia 00022-2009-PI. ¿Dónde está el problema en la consulta de actos normativos? Si bien hay varios temas complejos en la regulación de esta materia, en nuestra opinión, el tema central donde se juega la consulta previa está en el establecimiento de las reglas y de los criterios para definir cuándo un cuerpo normativo "afecta directamente" a los pueblos indígenas. Como señala el Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia 00022-2009-PI/TC, en el f.j. 19, es sencillo precisar cuándo una medida administrativa afecta directamente a los pueblos indígenas; sin embargo, no es sencillo precisar cuando las medidas legislativas afectan a los pueblos indígenas.

Este tema ha sido regulado por el TC en su sentencia 00022-2009-PI (f.j. 21). Según este hay tres tipos de medidas normativas: 1) las normas que están específicamente referidas a los pueblos indígenas; 2) las normas generales que afectan directamente a los pueblos indígenas; y las 3) las normas generales que afectan indirectamente a los pueblos indígenas. A manera de ejemplo, en el primer grupo tenemos la Ley general de comunidades campesinas, en el segundo grupo tenemos la ley forestal y en el tercer grupo tenemos la ley de títulos valores. Ciertamente, las normas específicas sobre pueblos indígenas se deben consultar, las normas generales que afectan directamente a los pueblos indígenas también. No se consultan las normas generales que afectan indirectamente a los pueblos indígenas. Todo parece indicar que el origen de estas reglas está en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana].

Queda claro que el gran tema de discusión serán las normas generales, es decir las normas no necesariamente dirigidas a los pueblos indígenas, pero que afecten de forma directa los derechos de los pueblos indígenas. En concreto cuando hay afectación directa, cuando indirecta. En estos casos el TC fijó un criterio vinculante —según el artículo 82 del Código Procesal Constitucional—, que ha sido repetido en reiterada jurisprudencia: "En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente

la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta" (00022-2009-PI, f.j. 21). (Subrayado nuestro). Este criterio debe ser leído en consonancia con lo establecido por el TC en su sentencia 00025-2009-PI, cuando precisa que "En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida "afecta" directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas". (f.j. 25) (Subrayado nuestro).

El TC ha expedido siete sentencias contra medidas legislativas no consultadas. Lo sorprendente es que todas fueron desestimatorias, y solo una fue una sentencia estimatoria (fundada), para ser más preciso fue una sentencia interpretativa (00022-2009-PI). En esta última, establecía que la medida legislativa no debería aplicarse a los pueblos indígenas. Las demás demandas fueron rechazadas dejándose en la indefensión a los pueblos indígenas.

Quizá el caso emblemático para analizar la posición del TC peruano es la sentencia 00025-2009-PI/TC. Se trata de un caso donde el TC desarrolla un criterio que luego repetirá en posteriores sentencia, y que en nuestra evaluación vacía de contenido el derecho a la consulta. Nos referimos al proceso de inconstitucionalidad contra la Ley Nº 29338, Ley de Recursos Hídricos. Para el TC, se trata en principio de una norma general, tesis que compartimos toda vez que no sólo está dirigida a los pueblos indígenas. Sin embargo, a continuación señala que esta no afecta directamente a los pueblos indígenas, y en consecuencia, no resulta exigible el derecho a la consulta en el caso de la Ley de recursos hídricos (exp. Nº 00025-2009-PI, f.j. 28). Por todo ello, resulta de vital importancia fijar un criterio que sea lo suficientemente abierto y al mismo tiempo preciso, para evitar que se vacíe de contenido el derecho a la consulta.

Por nuestra parte consideramos que se debe establecer claramente, que una medida legislativa afecta directamente a los pueblos indígenas cuando esta repercute en los pueblos indígenas, sea porque aun cuando no está referida a estos, del contenido material de la medida normativa se desprende una posible afectación de tales pueblos en ámbitos que les son propios. En tal sentido, deberían ser consultadas no solo las normas que imponen restricciones o limitaciones a los pueblos indígenas (afectación negativa) sino incluso las que confieren beneficios, realizan u optimizan el contenido y el ejercicio de un derecho de los pueblos indígenas (afectación positiva). La denominación de la

disposición no es el criterio para evaluar la afectación directa, sino el análisis específico de los efectos que ella ocasiona en los pueblos indígenas. El criterio a tenerse en cuenta serán en primer lugar, cuando la medida normativa afecte los derechos de los pueblos indígenas, de manera especial cuando la referida medida afecte en concreto y de manera directa el territorio, el hábitat tradicional y los recursos naturales de determinados pueblos indígenas, cuando afecte sus vidas, identidad, creencias, instituciones y bienestar espiritual o a las tierras que ocupan y/o utilizan de alguna manera, así como cuando se afecte su propio desarrollo económico, social y cultural. Ciertamente, las reglas que se establezcan para realizar la consulta previa de los actos normativos, no deberán tomarse de espaldas a los pueblos indígenas. Deberá escucharse a las organizaciones indígenas previamente y tomarse en cuenta sus planteamientos. Solo de esa manera estaremos ante un intento genuino de crear un pronunciamiento intercultural del derecho.

Artículo 3º.- Definiciones

c) Ámbito Geográfico.- Área en donde habitan y ejercen sus derechos colectivos el o los pueblos indígenas, sea en propiedad, en razón de otros derechos reconocidos por el Estado o que usan u ocupan tradicionalmente.

Necesidad de incorporar el concepto de territorio. Una de las dificultades que se advierte en el desarrollo normativo y reglamentario de los derechos de los pueblos indígenas es la dificultad para incorporar el concepto de territorio de los pueblos indígenas, como categoría distinta al derecho a la propiedad. El artículo no habla de territorio de los pueblos indígenas, como si lo hace el artículo 3.f del mismo Reglamento de la ley de consulta y el artículo 7 de la ley de consulta aunque de manera muy rápida e imprecisa. A pesar de lo establecido en el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT y de lo desarrollado jurisprudencialmente por la Corte IDH en el caso Awas Tigni, no terminan de entender fundamentalmente tres elementos, el primero, que la tierra no solo cumple una función económica para los pueblos indígenas como si ocurre para occidente, luego, la relación espiritual que estos pueblos tienen con sus tierras y que el territorio no se circunscribe al espacio geográfico donde está la casa donde se vive, sino que involucra, los espacios donde siembran y cosechan, donde cazan, donde pescan, los bosques donde están los árboles que les brindan medicinas, los lugares sagrados, etc.

Quizá la mejor definición del contenido del derecho al territorio sea la desarrollada por Alberto Chirif y Pedro Garcia Hierro. Según estos "Entre las garantías que deben caracterizar al territorio indígena como una nueva categoría jurídica están las de la inalienabilidad, el carácter colectivo, la integridad, el control cultural, la autonomía, la calidad de derecho transgeneracional no prescriptible ni sujeto a mercado y la dotación

de seguridad y garantías externas capaces de protegerlo como un derecho fundamental de la persona y del colectivo"[263].

Artículo 3º.- Definiciones

d) Buena Fe.- Las entidades estatales deben analizar y valorar la posición del o los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado, los o las representantes y las organizaciones de los pueblos indígenas tienen el deber de actuar de buena fe, centrando la discusión en el contenido de las medidas objeto de consulta, siendo inadmisibles las prácticas que buscan impedir o limitar el ejercicio de este derecho, así como la utilización de medidas violentas o coercitivas como instrumentos de presión en el proceso de consulta. El principio de buena fe, aplicable a ambas partes, comprende adicionalmente:

i. Brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo.

ii. Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado.

iii. Cooperar con el desarrollo de la consulta.

iv. Diligencia en el cumplimiento de lo acordado.

v. Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta.

vi. No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta.

Recuperando el contenido del principio de buena fe. Este es un caso típico donde el reglamento corrige y amplia lo escueto del desarrollo de este principio por parte de la ley de consulta (art. 4.c). Sin embargo, no debemos de olvidar que el contenido constitucional de este principio debe ser precisado en consonancia con el desarrollo jurisprudencial vinculante realizado por el TC en la sentencia 00022-2009-PI. (Ver nuestros comentarios hechos a este principio en la ley).

¿Se aplica el principio de buena fe al Gobierno al momento de legislar y desarrollar políticas públicas sobre el proceso de consulta? La ley y el reglamento del derecho a la consulta previa, por obvias razones se centran en el proceso de consulta específicamente. Nuestra crítica es a la sentencia 0002-22009-PI del TC, cuando excluye la aplicación del principio de buena fe al momento de legislar y desarrollar las políticas públicas que buscan concretar el derecho a la consulta previa. No hay razones para acotar la fuerza normativa de este principio, si por ejemplo, en un caso hipotético el Estado intenta excluir a algunos pueblos indígenas de la base de datos a pesar que estos reúnen los elementos objetivos y subjetivos.

[263] Pedro Garcia Hierro y Alberto Chirif, Marcando territorio. Progresos y limitaciones de la titulación de territorio indígenas en la Amazonia, IWGIA, Copenhague, 2007, pág. 39.

Artículo 3º.- Definiciones
e) Convenio 169 de la OIT.- Convenio OIT Nro. 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989, ratificado por el Estado Peruano mediante la Resolución Legislativa Nº 26253.

La fuerza normativa del Convenio 169 de la OIT. Todos los operadores del sistema de justicia deben tener claridad en que el Convenio 169 de la OIT, es una norma jurídica vinculante. Sin embargo, no es una norma más, comparte con la Constitución la misma jerarquía constitucional, es decir la misma supremacía normativa. Consecuencia de ello, es que es una norma directamente aplicable. No necesita una ley de desarrollo legislativo o reglamentario para ser vinculante. En virtud del artículo 55 de la Constitución, los tratados firmados y ratificados por el Estado peruano son "derecho interno", es decir no hay un derecho nacional y un derecho internacional, sino un solo derecho, de lo cual se desprende la obligación de los operadores de hacer una interpretación sistemática que armonice todas las normas.

¿Cuál es la validez de las normas administrativas que violan derechos fundamentales? Para la doctrina administrativa española, que nuestro país sigue muy de cerca, este es uno de los supuestos de "nulidad de pleno derecho" o de "nulidad absoluta", que deriva "del carácter de los derechos y libertades fundamentales como principios superiores al ordenamiento, dotados de efectividad inmediata y preferente frente a todos los poderes públicos y, por supuesto, ante la Administración y ante los tribunales"[264]. El fundamento de esta estaría en la "tutela reforzada que la Constitución otorga a dichos derechos y no a los demás". A nivel interno tenemos el 3er párrafo del artículo 46 de la Constitución, según el cual son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas. El Estado (MINEM) carece de competencia para expedir concesiones que afectan pueblos indígenas inconsultamente. También puede ser hallada el artículo 10.1 de la Ley General de Procedimientos Administrativos (Ley Nº 27444) referidos a los causales de nulidad. Según esta norma, "Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho […] La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias". El fundamento de esta tesis es la jerarquía normativa de la Constitución (art. 51 y 3er párrafo del art. 138 de la Constitución), y más precisamente el artículo 31 de la Constitución cuando precisa que "Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos". La Constitución -y las normas de igual jerarquía como el Convenio 169 de la OIT, no sólo es la norma de

[264] Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernandez, Curso de Derecho Administrativo I, Civitas Ediciones S.L. reimpresión de la décima edición, Madrid 2001, pág. 626.

mayor jerarquía, sino que es un criterio de validez del resto del ordenamiento jurídico (00047-2004-AI/TC, f.j. 9).

El problema con esta tesis, es que si se aplicara a todas las concesiones expedidas desde el año 1995, todas estas serían nulas, generando una grave e intolerable afectación a la seguridad jurídica, la cual es un bien jurídico constitucional que debe también ser protegido. Por eso conviene diferenciar, dos conceptos, la invalidez de los actos administrativos y normativos inconsultos, por un lado y de la modulación de los efectos de las sentencias, por el otro, para no generar efectos más perjudiciales de los que se busca evitar. La invalidez de los actos inconsultos es una cosa innegociable, todo acto que va contra los derechos humanos es inválido, más allá de sus consecuencias. Sin embargo, ello no enerva modular las consecuencias de esta invalidez, para proteger otros bienes jurídicos.

¿Las normas que violan derechos fundamentales son nulas de pleno derecho o deben ser expulsas formalmente? De conformidad con el artículo 9 de la Ley General de Procedimientos administrativos, "Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda". Existe entonces una presunción de validez de estos actos inconsultos.

¿Cuáles son los efectos de los actos administrativos nulos de pleno derecho? El acto nulo no puede ser objeto de convalidación, ya que está técnica, está exclusivamente referida a los actos anulables, es decir la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan. Asimismo, tampoco el consentimiento del afectado puede sanar el acto nulo. En relación con los mecanismos para declarar la nulidad de estos actos, según el artículo 202.1 de Ley General de Procedimientos Administrativos, en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, "puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público". Añade en el artículo 202.2 que "La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida". No obstante, el artículo 202.3 establece que "La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos. En estos casos en que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, de acuerdo al artículo 202.4 "sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa".

Necesidad de recurrir al proceso del amparo para invalidar actos administrativos inconsultos. En principio la demanda de amparo debe ser presentada en los 60 días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho lesivo. Sin embargo, cuando este plazo se nos haya vencido, deberemos de recurrir al artículo 44.5 del Código Procesal Constitucional, que establece que cuando el hecho lesivo es la omisión administrativa de consulta, no hay plazo para interponer este proceso constitucional.

Artículo 3º.- Definiciones

f) Derechos Colectivos.- Derechos que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente-; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural.

Si bien se reconoce derechos a los pueblos indígenas el reglamento omite hacer referencia a la obligación del Estado de armonizar los diferentes derechos en conflicto. Muy relacionado con este último punto, si bien se advierte el esfuerzo del Estado por reconocer los derechos de los pueblos indígenas en artículos como el 3.f, no se establece la obligación de armonizar y compatibilizar los derechos en conflicto y en tensión. En efecto, la obligación de protección de los derechos de los pueblos indígenas exige al Estado armonizar y compatibilizar los intereses en juego. En esos casos deberemos recurrir a la ponderación que es la técnica constitucional idónea para resolver y armonizar los bienes jurídicos constitucionales en juego. Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia en un proceso donde ordenó suspender la actividades de una minera por no haber sido consultado su funcionamiento con todos los pueblos indígenas afectados, "*la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios nativos hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como*

grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento"[265]. ¿Y si no es posible armonizar, la preservación del pluralismo cultural y el respeto del derecho a la identidad cultural prevalecerán sobre las libertades económicas? La prevalencia de los derechos de los pueblos indígenas sobre las libertades económicas, no es una opción arbitraria, ella es consecuencia de la mayor importancia de los derechos de los pueblos indígenas por estar en conexión más directa con la dignidad humana y del derecho a la vida. Como señala Pedro Grandez *"un caso puede considerarse fácil si se trata de la ponderación de bienes directamente vinculados con la dignidad humana frente a derechos que solo indirectamente reciben este influjo. Es el caso, por ejemplo, del conflicto entre salud o integridad frente a las libertades económicas, los derechos procesales o, la seguridad pública incluso. La ponderación en estos supuestos viene a confirmar una suerte de mayor 'peso abstracto' que representan algunos derechos, que si bien formalmente valen lo mismo desde la Constitución, no obstante reciben diferente valoración de cara a un caso concreto"*[266].

¿Cuál es el fundamento jurídico de la obligación del Estado de armonizar los derechos cuando estos entran en colisión?. La interpretación del TC debe estar centrada en los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica. Según el primero, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un: "[…] 'todo' armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto".[267] Por su parte, el segundo principio exige que toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales deba ser resuelta "optimizando su interpretación".[268]

En virtud del principio de interpretación constitucional, de "unidad de la Constitución", la Constitución debe considerarse como un todo, y cada norma adquiere sentido en su contexto[269]. En efecto, las normas constitucionales no pueden interpretarse aisladamente, "todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales"[270]. De acuerdo con el principio de armonización de las normas fundamentales, "la Constitución exige una labor de

[265] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia recaída en el exp. N° T-769 del año 2009.
[266] Pedro Grández, Tribunal Constitucional y argumentación jurídica, Palestra, Lima, 2010, páginas 212 y 213.
[267] Ibidem.
[268] Ibidem.
[269] ARAGÓN, Manuel. La interpretación constitucional. Entrevista. En: Boletín de la Academia de la Magistratura N° 3. Lima, 1997, pp.6-8.
[270] HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional.. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2da ed., 1992. p. 46.

"optimización": se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad: no debe ir más de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos"[271].

En relación con el Principio de concordancia práctica, señala Pérez Royo que este principio exige optimizar la interpretación de las normas constitucionales entre las que, en la práctica, pueda darse una relación de tensión. Hay que entender la Constitución de tal manera que no se produzca el sacrificio de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor.[272] En el caso que aquí nos ocupa, esto significa que tenemos que interpretar de manera armónica la obligación del Estado de promover el desarrollo integral y equilibrado (artículo 44 de la Constitución) con los derechos de los pueblos indígenas al territorio, a los recursos naturales, a la libre determinación, a su desarrollo, a la consulta, al consentimiento, etc. No puede comprenderse una norma sin considerar a las demás. La interpretación que se realice tiene que ser aquella que armonice y no la que excluya a las otras.

¿Cómo se evalúa la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos de los pueblos indígenas? Los derechos fundamentales en general y los derechos de los pueblos indígenas en especial, no son absolutos, ellos pueden ser limitados (desde la teoría alemana del contenido esencial) o delimitados (desde la teoría de Luis Cordova[273]). La propia Corte IDH ha reconocido "no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka"[274]. En tal sentido, no toda limitación de un derecho de los pueblos indígenas será inconstitucional. Para que la medida legislativa y administrativa, plan, proyecto o programa de desarrollo, propuesto por el Estado sea constitucional este deberá cumplir con las exigencias del principio de proporcionalidad[275]. Es decir, la medida será válida sólo si ella representa una limitación o afectación idónea, necesaria y ponderada.

---

[271] HESSE, Konrad, ob. cit., p. 45.

[272] Pérez Royo, Javier: "La interpretación de la Constitución", en Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2003, p. 150.

[273] Luis Castillo Cordova, Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general, Palestra, Lima, 2007. Según éste, los derechos no se limitan sino se delimitan (págs. 236-238.). Se sugiere revisar su crítica al llamado "contenido esencial de los derechos fundamentales (pág. 215 y sgts).

[274] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C Nº 172, párr. 126.

[275] Carlos Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

En tal sentido, la medida restrictiva del derecho de los pueblos indígenas intervenido ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho y debe ser adecuada, apta e idónea para la protección de ese fin constitucional legítimo. En segundo lugar, debe acreditarse que no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. En tercer lugar, la medida será proporcional si se demuestra que la intensidad de la afectación de los derechos de los pueblos indígenas es menos gravosa en comparación con la intensidad de la afectación que sufriría el derecho o bien constitucional que promueve la medida a implementarse, de lo contrario, si la intensidad de la afectación del derecho del pueblo indígena es más grave, la medida deberá ser prohibida por su inconstitucionalidad.

Artículo 3º.- Definiciones

g) Entidad promotora.- Entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento. Las entidades promotoras son:

i. La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.

ii. Los Ministerios, a través de sus órganos competentes.

iii. Los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes.

Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras, conforme a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento.

De la entidad competente a la entidad promotora. El reglamento introduce un cambio de nombre del ente estatal encargado de hacer la consulta. Pero va más allá, e identifica quienes son las entidades promotoras, incluso precisando aquellos que están fuera del ámbito del Poder Ejecutivo. Nos referimos al caso de los gobiernos locales regionales. Si bien estos gobiernos sub nacionales tiene autonomía normativa y política, habrá que entenderse de conformidad con el artículo 192 de la Constitución que, en la medida en que desarrolla políticas públicas nacionales, esta norma también vincula a los mencionados gobiernos sub nacionales.

Artículo 3º.- Definiciones

h) Enfoque Intercultural.- Reconocimiento de la diversidad cultural y la existencia de diferentes perspectivas culturales, expresadas en distintas formas de organización, sistemas de relación y visiones del mundo. Implica reconocimiento y valoración del otro.

Ver los comentarios realizados al mencionado principio en el artículo 4 inciso b de la ley de consulta

---

Artículo 3º.- Definiciones

i) Medidas Administrativas.- Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo. j) Medidas Legislativas.- Normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La consulta se realizará antes de la exploración y no antes de la concesión. En varias normas como los artículos 3.i y 6 del reglamento se señala que la consulta no será antes de la concesión sino antes de la exploración. Ello desconoce que el proceso de consulta es de la primera decisión administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas, y la primera en el caso de minería es la concesión y no la exploración. Por eso se le denomina consulta "previa". En tal sentido, lo establecido en el reglamento, es incompatible con el principio de *"implementación previa del proceso de consulta", reconocido por el TC en el fundamento 36 de la sentencia 00022-2009-PI/TC. Sobre el particular el TC ha señalado que "que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión". El fundamento de ello lo precisa el mismo TC, cuando señala que "la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe."* (STC exp. N° 00022-2009-PI, f.j. 36).

Finalmente, la Corte IDH ha establecido que *"se debe consultar con [los pueblos indígenas] en las primeras etapas del plan…y no únicamente cuando surja la necesidad*

de obtener la aprobación de la comunidad"[276]. No debe perderse de perspectiva que las características de la consulta, una de las cuales es realizar la consulta antes de adoptarse la decisión, constituyen al mismo tiempo, principios vinculantes que son parte del contenido constitucional del derecho a la consulta. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta ha sido desarrollado por el TC en la sentencia 00022-2009-PI/TC. Según el fundamento 37 de ella este derecho importa; "*i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta"*.

Los principios que regulan el derecho a la consulta han sido desarrollados por el TC en los fundamentos, 26 al 36. Como precisa el TC "Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos". Estas características principios son "a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta" (subrayado nuestro). Agrega el TC que "Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional" (STC exp. Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 26).

¿Y los reglamentos? Adviértase que solo considera como medida legislativa las normas con rango de ley que puedan afectar a los pueblos indígenas y no a las normas reglamentarias. En principio esta norma tiene sentido, pues el reglamento desarrolla la ley. Sin embargo, esta norma desconoce casos donde la ley no fue consultada y corresponde consultar el reglamento, tal como ocurrió con el propio reglamento de la ley consulta. Tampoco considera aquellos supuestos en que el reglamento plantea aspectos sustanciales que no estaban contenidos en la ley, o que exceden lo establecido en la ley, o cuando estamos frente a reglamentos autónomos, es decir, que no desarrollan ninguna ley. Según esta norma, no deberán ser consultados.

Artículo 3º.- Definiciones

k) Pueblo Indígena u Originario.- Pueblo que desciende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas,

[276] Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, supra, párr. 134.

o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. Los criterios establecidos en el artículo 7º de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos. En adelante se utilizará la expresión "pueblo indígena" para referirse a "pueblo indígena u originario".

Reconocimiento de los requisitos exigidos por el Convenio 169 de la OIT para ser reconocidos como pueblos indígenas. El artículo 7 de la Ley de consulta estableció dos nuevos requisitos, adicionales a los que establecía el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, que los pueblos desciendan "directamente" de los pueblos originarios primero, y que estos pueblos conserven sus costumbres, cuando el mencionado artículo exigía que estos conserven total o "parcialmente" sus instituciones sociales, culturales, religiosas, políticas, etc. En este último caso, la redacción parece sugerir el requisito que mantengan "todas" las costumbres, eliminándose la referencia a mantener "parte" de las costumbres. Lo que hace el artículo 3.k del reglamento hace, es precisar que el artículo 7 de la Ley de Consulta debe interpretarse de acuerdo con el artículo del Convenio. Con ello, se pone en evidencia, que el Reglamento podía corregir aquellas normas de la ley que incumplían o desnaturalizaban el Convenio 169 de la OIT.

Artículo 3º.- Definiciones

l) Plan de Consulta.- Instrumento escrito que contiene la información detallada sobre el proceso de consulta a realizarse, el que debe ser adecuado a las características de la medida administrativa o legislativa a consultarse y con un enfoque intercultural.

Necesidad que este plan de consulta sea elaborado en consenso. Es clave que el Estado y los pueblos indígenas lo aprueben en consenso. De ello deriva su legitimidad y su eficacia toda vez que este fijará las reglas que deberán seguirse en el proceso de consulta. Se sobreentiende que este plan deberá recoger y no desnaturalizar las reglas que regulan el contenido esencial del derecho a la consulta, desarrollado por el Convenio 169 de la OIT, la DNUDPI, la ley, su reglamento, y por las sentencias del TC y de la Corte IDH.

Artículo 3º.- Definiciones

m) Institución u Organización Representativa de los Pueblos Indígenas.- Institución u organización que, conforme los usos, costumbres, normas propias y decisiones de los

pueblos indígenas, constituye el mecanismo de expresión de su voluntad colectiva. Su reconocimiento se rige por la normativa especial de las autoridades competentes, dependiendo del tipo de organización y sus alcances. En el Reglamento se utilizará la expresión "organización representativa".

n) Representante.- Persona natural, miembro del pueblo indígena, que pudiera ser afectado directamente por la medida a consultar y que es elegida conforme los usos y costumbres tradicionales de dichos pueblos. Cualquier mención a "representante" en el Reglamento se entenderá referida a la forma de participación a que hace referencia el artículo 6º de la Ley. El Plan de Consulta incluye la referencia al número de representantes conforme a los criterios señalados en el numeral 2 del artículo 10º del Reglamento. En el proceso de consulta, los organismos no gubernamentales u otras organizaciones de la sociedad civil y del sector privado sólo podrán ejercer las funciones señaladas en el numeral 3 del artículo 11 del Reglamento.

Artículo 4º.- Contenido de la medida legislativa o administrativa

El contenido de la medida legislativa o administrativa que se acuerde o promulgue, sobre la cual se realiza la consulta, debe ser acorde a las competencias de la entidad promotora, respetar las normas de orden público así como los derechos fundamentales y garantías establecidos en la Constitución Política del Perú y en la legislación vigente. El contenido de la medida debe cumplir con la legislación ambiental y preservar la supervivencia de los pueblos indígenas.

Reconocimiento que la consulta no autoriza a violar los otros derechos de los pueblos indígenas. La realización de la consulta no exonera al Estado del cumplimiento de los otros derechos de los pueblos indígenas contemplados en el Convenio 169 de la OIT. Varias disposiciones del Reglamento reconocen esta regla que está implícita y explícitamente en la Constitución. En el artículo 4 del reglamento se señala que "El contenido de la medida [a ser consultada] debe cumplir con la legislación ambiental y preservar la supervivencia de los pueblos indígenas". De otro lado, en el artículo 5.e precisa que "Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo" (subrayado nuestro). Finalmente, tenemos el artículo 23.3 del Reglamento dice que en caso que no haya acuerdo, "le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida". Estas disposiciones, en realidad reiteran algo que está en la Cons-

titución, y es que la obligación de promover el desarrollo, contenida en el artículo 44 de la Constitución tiene límites. Este artículo, no habla de cualquier desarrollo, sino de un "desarrollo integral y equilibrado de la Nación". Lo integral y equilibrado está precisamente en la legislación ambiental y en los derechos de los pueblos indígenas. Ello también se desprende del artículo 59 de la Constitución cuando reconoce que la libertad de empresa que da cobertura a las industrias extractivas, tiene límites en otros principios y derechos constitucionales. No debemos olvidar que la función del Estado es también proteger los derechos de todos los peruanos (art. 44 de la Constitución), y entre ellos, de los pueblos indígenas.

El reglamento omite qué hacer en casos de conflicto entre los derechos de los pueblos indígenas y la obligación del Estado de promover el desarrollo a través de la explotación de recursos naturales en territorios de pueblos indígenas. Teniendo en cuenta que la población destinataria del reglamento de consulta es población indígena, este debió de cumplir una función pedagógica en temas como este, no obstante el proyecto omite pronunciarse sobre diferentes aspectos fundamentales. Uno de ellos es aquel supuesto que los derechos de los pueblos indígenas colisionan con otros bienes jurídicos, que sustentan la explotación de recursos naturales en territorios de estos últimos. Acá deberá una ponderación entre los bienes jurídicos comprometidos.

Reconocimiento tácito de la obligación del Estado de obtener el consentimiento en casos de proyectos que pongan en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. Las reglas antes establecidas en el ítem 3.3, si bien no hacen mención explícitamente a la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, pueden ser interpretadas de conformidad con la regla establecida en el Caso Saramaka vs. Surinam expedido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[277] (Corte IDH) antes mencionada, que reconoce el consentimiento en caso de proyectos que generan un gran impacto en materia de pueblos indígenas, como más adelante veremos. En tal sentido, la disposición contenida en el artículo 23.3 del Reglamento ("le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida"), podría ser interpretada en el sentido, que si el Estado no es capaz de garantizar estos derechos, y fundamentalmente la supervivencia de los pueblos indígenas, no podrá concretar la decisión que piensa adoptar. En otras palabras, si se demuestra vía ponderación, que

[277] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 134..

los bienes jurídicos constitucionales que se intenta concretar – promover el desarrollo y la libertad de empresa a través de la explotación de recursos naturales en territorio de pueblos indígenas - es de menor entidad constitucional que los bienes jurídico constitucionales que se están afectando –derecho a la identidad cultural y el pluralismo cultural, el derecho a la vida, a la salud y al medio ambiente, etc.-, indefectiblemente no deberá podrá concretarse esa decisión.

¿Están los derechos de los pueblos indígenas por encima de los derechos de la mayoría de los peruanos? Algunos sectores han planteado que los intereses de un sector minoritario de la población no podrían estar por encima del interés de la mayoría. Es la tesis que subyace al artículo del perro del hortelano planteado por el Presidente Alan García[278]. Sobre el particular debemos sostener que la no extinción de los pueblos indígenas y la protección del derecho a la identidad cultural y la preservación del pluralismo cultural (art. 2.19 de la Constitución) no es un asunto privado o particular, sino que es un asunto de interés público. Dar preferencia al interés general y a "la conveniencia de las luces del progreso" frente al interés de comunidades nativas o campesinas, carece de sustento jurídico constitucional. Principalmente desconoce que la diversidad étnica y cultural también es parte del interés general de la nación y que, con respecto al desarrollo, la Constitución no defiende una sola forma de entenderlo y alcanzarlo[279].

La Corte Constitucional Colombiana ha reiterado en varias ocasiones que la prevalencia del interés general no puede menoscabar derechos fundamentales. En la sentencia T-428 de 1992 la Corte amparó el resguardo indígena de la localidad de Cristianía que demandó la suspensión de las obras que se adelantaban en su territorio con el objeto de ampliar una carretera de interés nacional. En este fallo la Corte advirtió que ninguna disposición de la Constitución puede interpretarse de modo que justifique "*la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos"*, por cuanto *"el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona"*. Una sentencia muy reciente de la Corte Constitucional reitera que la prevalencia del interés general nunca puede menoscabar derechos fundamentales[280].

[278] Cfr. http://elcomercio.pe/edicionimpresa/html/2007-10-28/el_sindrome_del_perro_del_hort.html.
[279] Seguimos acá la argumentación del Amicus Curiae presentado por la ONG´s De Justicia, en el proceso 2451120, el 6 de abril del año 2010, y firmado por Rodrigo Uprimny Yepes, Natalia Orduz Salinas, César Rodriguez Garavito, Nelson Camilo Sánchez León y Luz María Sánchez Duque, pág. 8. Puede ser revisado en: http://www.dejusticia.org/litigio.php?id=30.
[280] Ibídem.

En efecto, en la sentencia 381 de 2009 dijo la Corte: "*si bien es cierto que conforme lo enuncia el artículo 58 de la Constitución, 'el interés privado deberá ceder al interés público o social', éste último no puede lograrse a costa del desconocimiento de derechos fundamentales. Ciertamente, en el modelo que propone la Constitución que nos rige, el Estado sólo puede buscar el bien común dentro de la garantía de los derechos fundamentales. No existe pues una prevalencia absoluta del interés general sobre el particular, pues tal prevalencia no puede obtenerse a costa del sacrificio de tales derechos"*[281]. La Corte ha indicado además que cuando exista una tensión entre el interés general y los derechos fundamentales, a estos últimos se les debe otorgar una prevalencia prima facie sobre el primero. Así, en la sentencia C-309 de 1997 indicó *"en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales fundamentales, como la libertad y la autonomía personales, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como el aumento de la producción nacional o la protección de la financiación de la seguridad social, debe el juez constitucional dar una prevalencia prima facie a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos"*. Igualmente, en la sentencia C-251 de 2002, la Corte resaltó que un elemento básico de la eficacia jurídica de los derechos constitucionales fundamentales es precisamente la capacidad de ser oponibles frente a los intereses de la mayoría o frente a los objetivos de interés general perseguidos por el Estado.

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

a) Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta;

De la imposición al dialogo y al acuerdo. Lo novedoso del proceso de consulta es que quiere modificar los términos de la relación entre el poder del Estado y los pueblos indígenas, la cual ha estado signada históricamente por la violencia, la imposición y la concepción según la cual los pueblos indígenas son considerados menores de edad, sin capacidad para examinar y decidir qué es lo mejor para ellos, debiendo en dichas circunstancias el Estado decidir por ellos. Se quiere transitar de una lógica de imposición del Estado sobre los pueblos indígenas a una lógica de armonización y compatibilización de proyectos y visiones distintas. El Estado no debe imponer sino articular

[281] Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-381 de 2009.

este archipiélago de culturas. El Reglamento precisa que debe haber un deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento. Esto resulta interesante, pues todavía hay sectores para quienes el proceso de consulta en realidad busca convalidar decisiones tomadas con anticipación, reduciendo el proceso de consulta a una simple formalidad o requisito a superar, diluyéndose cualquier concepción de este como un proceso.

Necesidad de recoger las opiniones de los pueblos indígenas. Adviértase que el reglamento exige al Estado que tome en cuenta la opinión de los pueblos indígenas. De nada sirve realizar el esfuerzo e invertir recursos, si es que el Estado tiene oídos sordos en relación con las demandas de los pueblos indígenas. Estamos ante la exigencia al Estado para que las opiniones de los pueblos indígenas tengan influencia real en la decisión final. En otras palabras, los resultados de la consulta previa deben reflejarse claramente en la medida a ser implementada o en la norma a aprobar.

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

b) Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado;

Necesidad de adecuarse a las circunstancias. Esta norma recoge en buena cuenta el principio de flexibilidad, contenido en el articulo 4.d de la ley de consulta y por los fundamentos 31 y 32 de la STC 00022-2009-PI. Lo que el reglamento plantea es que los procesos de consulta se adecuen fundamentalmente a la especificidad de los pueblos indígenas a ser consultados y al tipo de medida que se va a consultar. El Estado debe entonces adecuarse a estas especiales circunstancias pero no al revés. Asimismo, esta regla no debe entenderse en el sentido de relajar la obligación de realizar el proceso de consulta, o lo autoriza a desnaturalizar su contenido esencial. Finalmente este principio está hecho en beneficio de los pueblos indígenas y no del Estado, en razón de la mayor vulnerabilidad de los primeros. Lo que se busca en realidad es escapar de encorsetar la consulta en moldes rígidos, que impidan el normal desarrollo de un verdadero proceso.

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

c) Las consultas deben realizarse a través de los o las representantes de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas directamente afectados, acreditados conforme al numeral 10.1 del artículo 10º del Reglamento;

Ver nuestros comentarios al artículo 7.2 del Reglamento, referida la necesidad de no excluir a las organizaciones indígenas nacionales.

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

d) Las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta;

¿Cómo se concreta la obligación estatal de obtener el consentimiento? Existe consenso en que no basta con informar a los pueblos indígenas sobre los impactos de las medidas en sus territorios. Es necesario que el Estado y los pueblos indígenas se pongan de acuerdo. Se trata de una obligación de resultado más que de medios. Lo importante es ponerse de acuerdo que los pueblos indígenas den su consentimiento. El problema es precisar concretamente, qué obligaciones esta regla le impone al Estado y a los pueblos indígenas por supuesto. ¿Cómo hacer control constitucional de esta obligación? En nuestra, opinión, este mandato exige ceder posiciones mutuas y fundamentalmente, dar razones de las actitudes y de las posiciones sostenidas en el proceso de consulta. En tal sentido, el Gobierno puede decidir impulsar un proyecto extractivo o rechazarlo, poner condiciones o no, puede, en general, optar por autorizar proyectos extractivos que causen un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro camino es su derecho, pero, razonar el por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber[282].

El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto"[283]. Como señala con razón Tomás Ramón Fernández que "Por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza especifica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titularidad […] ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque inexcusablemente con

[282] Señala el TC citando a Tomás Ramón Fernández que "La administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto". (STC 0090-2004-AA/TC, f.j. 12)

[283] Tomás Ramón Fernández, Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional, Palestra, Lima, 2006, pág. 143. Ver también STC 0090-2004-AA/TC, f.j. 12.

el apoyo de la razón para poder ser aceptado como poder legítimo". Agrega que "el mero sí, el puro poder de mando que se agota en la sola voluntad de quien lo ejerce porque prescinde de razones objetivas exhibibles que puedan justificar sus decisiones, quedo entonces erradicado, porque un poder tal introduce el azar donde debiera brillar la previsibilidad y convierte al ciudadano en un súbdito incapaz de organizar su vida, al tener que estar pendiente siempre de escrutar el rostro de sus gobernantes para averiguar sus buenos o malos humores y poder decidir en consecuencia"[284].

El TC es muy claro en reconocer que el requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. Según este, "la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica". (Exp. Nº 0090-2004-AA/TC, f.j. 12).

Sobre el particular resulta interesante analizar el contenido del fallo se la sentencia recaída en el caso Tipnis emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Este instó a los pueblos indígenas y sobre todo al Estado a concertar y ponerse de acuerdo en los siguientes términos: "El Órgano Ejecutivo, en cumplimiento de sus funciones constitucionales, y en resguardo de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, debe propiciar y facilitar el diálogo necesario con dichos pueblos, a objeto de que a partir de la concertación, no sólo se desarrolle la consulta, sino que se concreten todos los planes y proyectos no sean únicamente de beneficio de dichos pueblos, sino también los que involucran el interés nacional".

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

e) El derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo;

[284] Tomás Ramón Fernández, Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional, Palestra, Lima 2006, págs. 306 y 307.

¿Existe el derecho de los pueblos indígenas a conocer los impactos de las medidas que es afecten? Según la OIT existe "el derecho de conocer los impactos que tendrán las tareas de prospección y explotación"[285]. Este se desprende del artículo 15.2 que estipula que los pueblos indígenas deberán ser consultados a fin de determinar si sus intereses se verán perjudicados, y en qué medida, por la prospección y explotación de recursos. A juicio de la OIT este artículo debe leerse junto con los artículos 6 y 7(3) del Convenio, que especifican que deberán evaluarse, en colaboración con los pueblos indígenas, los impactos sociales, espirituales, culturales y ambientales de las actividades de desarrollo, y que los resultados de dichas evaluaciones se considerarán como criterio fundamental para la implementación de dichas actividades. Por otra parte, el artículo 7(4) estipula que los gobiernos, también en colaboración con los pueblos indígenas, deberán tomar las medidas necesarias para proteger y preservar el ambiente de sus territorios. Varias instituciones y organismos han propuesto lineamientos para llevar a cabo dichas evaluaciones de impacto estableciendo, entre otras cosas, la necesidad de acrecentar e integrar los conocimientos de los pueblos indígenas, asegurar su participación a lo largo de todo el proceso, integrar cuestiones relacionadas con el género y abordar el fomento de la capacidad como un elemento integrante[286].

¿Derecho a que la información proporcionada por el Estado sea veraz? Este derecho está implícito en el artículo 4.g de la ley de consulta cuando habla de información oportuna y en el fundamento 35 de la sentencia 0002-2009-PI, que reconoce el principio de transparencia. No tiene sentido reconocer el derecho de los pueblos indígenas a información oportuna cuando esta ha sido falseada o no reúnen condiciones mínimas de objetividad. El problema que surge entonces, es que la forma como se aprueban los EIA en nuestro país no asegura esas condiciones mínimas de independencia e imparcialidad. en esa línea, la Corte IDH en la sentencia vinculante recaída en el Caso Saramaka establece como condición para la realización de actividades extractivas en territorio de pueblos indígenas que *"el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental"* (párrafo 129), ¿Hasta qué punto el EIA en materia hidrocarburífera o minera son confiables, y la información ahí contenida veraz, si sabemos que la empresa petrolera contrata y paga a la empresa privada encargada de elabora estos, y lo aprueba el Ministerio de Energía y Minas, que al mismo tiempo promueve la explotación hidrocarburífera.

[285] Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT, Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Lima, 2009, pág. 108.
[286] Ibídem.

Las condiciones para la realización de las actividades extractivas. El respeto del medio ambiente, de los derechos de los pueblos indígenas y la preservación de la supervivencia de estos, por parte de los proyectos extractivos, no es una simple aspiración moral, es una obligación jurídica de cumplimiento obligatorio, y condición para la implementación de estos proyectos. Como precisa el artículo 4 del Reglamento de la ley de consulta (aprobado por D.S. N°001-2012-MC), *"El contenido de la medida legislativa o administrativa que se acuerde o promulgue, sobre la cual se realiza la consulta, debe […] respetar las normas de orden público así como los derechos fundamentales y garantías establecidos en la Constitución Política del Perú y en la legislación vigente. El contenido de la medida debe cumplir con la legislación ambiental y preservar la supervivencia de los pueblos indígenas"*.

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

f) La consulta debe tener en cuenta los problemas de accesibilidad que pudieran tener los miembros de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, y sus representantes, de llegar al lugar en donde se realice el proceso de consulta. Debe optarse por lugares que por su fácil acceso permitan lograr el máximo de participación;

Las barreras de acceso a la consulta previa. Para nadie es un secreto las distancias que hay que recorrer cuando se quiere llegar a las comunidades campesinas y nativas. Para llegar por ejemplo a San Juan de Morona en la provincia de Datem del Marañón, Loreto, desde Lima, hay que ir primero a Tarapoto, luego viajar 3 horas a Yurimaguas en camioneta, de ahí hay que tomar un deslizador durante 8 horas si se tiene dinero hasta San Lorenzo, y de ahí viajar dos días de chalupa hasta San Juan de Morona. Este viaje puede durar el doble o el triple de tiempo si es que se viaja en medios de transportes más baratos. 6 días puede durar el viaje a San Lorenzo si es que se viene desde Iquitos. ¿Qué significa esto? Que existen barreras, que dificultan el transporte de los pueblos indígenas. Pero no solo existen barreras geográficas. Existen otro tipo de barreras, tenemos barreras económicas, relacionadas con lo costoso de los medios de transportes en la Amazonía, donde el único medio es el fluvial.

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

g) Atendiendo a la diversidad de pueblos indígenas existentes y a la diversidad de sus costumbres, el proceso de consulta considera las diferencias según las circunstancias a efectos de llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural. Se presta especial interés a la situación de las mujeres, la niñez, personas con discapacidad y los adultos mayores;

Las barreras culturales e idiomáticas. Existen también barreras como las culturales e idiomáticas. El idioma no es neutro culturalmente, este es el depositario de

una cultura. Un lenguaje es una forma de mirar el mundo y de explicarlo, razón por la cual, constituye también una barrera de acceso a la consulta y al diálogo. Existen también barreras sociales, relacionadas con la discriminación, que aún hoy en día no terminamos de superar. Es necesario pues crear las condiciones para que estas barreras de acceso a la consulta no se conviertan en un impedimento para la realización de los procesos de consulta. De lo contrario, este podría terminar excluyendo a los pueblos indígenas con los que se quiere dialogar. No se trata de una concesión que debe realizar el Estado o de la conveniencia que el Estado ceda en estos temas. Hablar en la propia lengua es un derecho constitucional contenido en el artículo 2.19 de la Constitución.

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

h) El proceso de consulta debe realizarse respetando los usos y tradiciones de los pueblos indígenas, en el marco de lo establecido por la Constitución y las leyes. La participación de las mujeres, en particular en funciones de representación, se realizará conforme a lo señalado en este inciso;

Del Estado liberal al Estado social de derecho. El reconocimiento de las diferencias culturales tiene su fundamento en el Estado Social del Derecho, que ha sido asumido por la Constitución Política. El Estado liberal era un modelo que partía de la premisa que todos somos iguales en el terreno jurídico, en consecuencia el Estado debe un trato similar a todos, ignorando las evidentes diferencias sociales, económicas y culturales. Este modelo, por razones obvias fue superado por el Estado social, el cual parte de la premisa que en la sociedad existen diferencias estructurales sociales, económicas, políticas, culturales, etc. Que no puede invisibilizarse. Hacerlo implicaría dejar en la indefensión a sectores sociales que están en una situación de vulnerabilidad. El artículo 43 de la Constitución reconoce que el Estado peruano es "social y democrático de derecho". A su vez, el artículo 58 de la misma, precisa que la "iniciativa privada es libre" y que se "ejerce en una economía social de mercado". Habría que agregar el artículo 59 de la Carta Política, que precisa que "El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad". Este último consagra el principio del favorecimiento de sectores excluidos, sustentando la adopción de medidas típicas de discriminación positiva, la cual a su vez, tiene estrecha relación con el principio de igualdad sustancial, desarrollado por un sector de la doctrina. Según esta, tratar igual a los que son materialmente desiguales es tan violatorio del derecho a la igualdad y a la no discriminación, como tratar desigual a los que son material y sustancialmente similares[287].

[287] Luis Prieto Sanchis. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". En: Derechos Sociales y derechos de las minorías. Segunda edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2001, pp. 17-68.

En relación con el contenido material de la fórmula del Estado Social, debemos precisar que el fundamento del Estado social parte de una premisa, "que no es posible un ejercicio real de la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones de existencia mínimas, de modo que el Estado asume la función de distribuir bienes jurídicos de contenido material a través de un sistema de prestaciones sociales de diverso signo"[288]. En esa misma línea, Pérez Luño habla de una "procura existencial", señala que "en el Estado social de Derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de procura existencial"[289]. Estas medidas concretas que materializan esta procura existencial pueden ser muy variadas[290].

Como muy bien lo explica el TC "*la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho. Esto es importante en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana. El enfoque social de la persona humana se condice con el hecho que, en el Estado peruano, los ciudadanos pertenecen a una sociedad que es heterogénea tanto en sus costumbres como en sus manifestaciones culturales. Por ello, la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la*

[288] Beatriz González Moreno, El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, Civitas, Madrid, 2002, pág. 46.

[289] Antonio Pérez Luño, Los derechos fundamentales, 5 edic. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 193.

[290] "estas incluyen el desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales no es posible la vida humana en la actual civilización, la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional, que incluye no solo la defensa exterior, sino también la seguridad interior frente al delito y la subversión, la prevención de situaciones de necesidad de carácter global: la degradación del medio ambiente, el agotamiento de los recursos naturales, las situaciones de conflicto y las tensiones sociales, etc. Y la garantía de ciertas prestaciones sociales, más allá de su simple reconocimiento: la fijación de un salario vital mínimo; el acceso a un puesto de trabajo en el marco de una política de pleno empleo: la atención a los colectivos más débiles: discapacitados, ancianos, niños, desempleados, etc.; y el acrecentamiento de las posibilidades vitales de la población mediante una justa distribución de ingresos, de acuerdo con las posibilidades de la situación económica general; mediante el progresivo acceso a los bienes culturales, con especial atención a la innovación y la posesión de los conocimientos tecnológicos (requisitos para la reproducción del sistema); y por la expansión y perfeccionamiento de los servicios sociales y de los sistemas de previsión social". Manual García Pelayo, Las transformaciones del Estado contemporáneo, 2da edic. Alianza. Madrid, 1985, págs. 29-30.

existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú"[291]. El relación con los pueblos indígenas, el TC ha sostenido "que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora"[292].

¿Y si hay conflicto entre la ley y la costumbre? Según el artículo 5.h del reglamento *"El proceso de consulta debe realizarse respetando los usos y tradiciones de los pueblos indígenas, en el marco de lo establecido por la Constitución y las leyes."* Esta norma establece en forme indirecta pero clara que la ley está por encima de la costumbre, yendo más allá de lo señalado por la Constitución en el artículo 149 de la Constitución que establece como único límite de la costumbre los derechos humanos[293]. En este caso se está yendo más allá pues se está imponiendo a los pueblos indígenas normas legales (de rango de ley) cuya rígida aplicación puede vaciar de contenido el derecho constitucional a la identidad cultural, reconocidos en el artículo 5 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 2.19 de la Constitución Política.

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

i) Los pueblos indígenas deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección, en el proceso de consulta, en un marco de plena autonomía, y sin interferencia de terceros ajenos a dichos pueblos, respetando la voluntad colectiva;

j) La obligación del Estado de informar al pueblo indígena, así como la de apoyar la evaluación interna, se circunscribe sólo a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participen del proceso de consulta.

Ver nuestros comentarios al artículo 6 de la ley de consulta previa.

[291] STC Nº 00042-2004-AI, f.j. 1.

[292] STC exp. Nº 00042-2004-AA/TC, f.j. 1.2.

[293] La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia estableció que la costumbre solo tiene como límite un núcleo duro de derechos humanos sobre los cuales hay un consenso intercultural (no matar, no esclavizar, no torturar y un mínimo contenido del debido proceso). Posteriormente, esta Corte incluyo la dignidad humana como principio, valor y derecho, como parte de este núcleo duro. Sobre el derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (autonomía jurídica) se puede consultar las siguientes sentencias: T-254 de 1994, C-139 de 1996, C-349 de 1996, T-496 de 1996 6 y T-23 de 1997.

Artículo 5º.- De la obligación de consultar
k) Las normas de carácter tributario o presupuestario no serán materia de consulta;

No todas las decisiones se someterán a escrutinio público. El origen de esta norma parece estar en el artículo 32 de la Constitución, según la cual "No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor". La razón de esta es que todos o casi la mayoría, votaría por disminuir los impuestos y por aumentar el presupuesto para aumentar el gasto. Sin embargo, en nuestra opinión, debió de haberse hecho una excepción en el caso de los pueblos indígenas, incluso en la medida en que la opinión de los pueblos indígenas no necesariamente es vinculante. En otras palabras, se deberían consultar algunas normas de carácter presupuestal, siempre que afecten a los pueblos indígenas. Es el caso por ejemplo cuando se decide recortar presupuesto a una oficina pública como salud, y esta decisión materialmente generará un impacto negativo en los pueblos indígenas. Piénsese por ejemplo que esto puede forzar a comprar menos vacunas. Una restricción en materia de gasto en salud en zonas de presencia de pueblos indígenas como esta, puede poner en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. Resulta necesaria hacer una interpretación adecuada entre las diferentes normas a fin de armonizar las diferentes disposiciones constitucionales o de rango constitucional.

Artículo 5º.- De la obligación de consultar
l) No requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas que requieren una intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas. El mismo tratamiento reciben las medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias, así como la persecución y control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes;

Las medidas extraordinarias ante situaciones de emergencia no se consultan. Tiene sentido establecer que este tipo de medidas no se consultan pues precisamente, lo que las caracteriza es que no pueden esperar el proceso ordinario de toma de decisiones, que por lo general resulta más complejo. Si se realizan estos procedimientos los daños que estas situaciones pueden generar, podrían tornarse en irreversibles. Habrá que estar atento a que esta facultad no se desnaturalice, en tal sentido, deberá de exigirse al Estado, que fundamente y acredite realmente que estamos ante una situación extraordinaria, cuya atención deviene en urgente e impostergable. Nos queda claro que no se

está haciendo referencia a los decretos de urgencia, supuesto que sí está contemplado y regulado por el artículo 27.7 del reglamento. Sin embargo, esto no obsta para que este tipo de normas puedan ser revisadas y adecuadas al Convenio 169 de la OIT, y en concreto se consulte este tipo de medidas extraordinarias, sobre todo si sus efectos sobre los pueblos indígenas continúan en el tiempo.

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

m) Son documentos de carácter público, disponibles, entre otros medios, a través de los portales web de las entidades promotoras: El Plan de Consulta, la propuesta de la medida administrativa o legislativa a consultar, el nombre de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y el de sus representantes, el nombre de los representantes estatales, el Acta de Consulta y el Informe de Consulta;

La importancia de la transparencia en los procesos de consulta. El principio de publicidad es uno de los caracteres más relevantes del Estado democrático, por lo que el mismo Estado debe de otorgar todas facilidades para que el público y en este caso los pueblos indígenas accedan a la información de los actos realizados por quien detenta el poder, logrando un control por parte de la sociedad.[294] Una tendencia del poder político en la actualidad es su predisposición a ocultarse y a alejarse de la opinión pública, a evitar cualquier fiscalización y control por parte de la opinión pública. Para Norberto Bobbio el poder invisible, es uno de los principales males dentro del seno del estado democrático contemporáneo[295]. En tal sentido, es indudable que el principio de publicidad es uno de los caracteres más relevantes del Estado democrático, que es precisamente el Estado en el cual deberían disponerse todos los medios para hacer, efectivamente, que las acciones de quien detenta el poder sean controladas por el público, que sean en una palabra "visibles". Más aún, si entendemos que el Estado Democrático es el Estado donde la opinión pública debería tener un peso decisivo para la formación y el control de las decisiones políticas. Ello hace a Bobbio señalar que el político democrático es uno que habla en público y al público y, por tanto, debe ser visible en cada instante[296]. Por todo ello, los principios de publicidad y transparencia deberán de servir como guía para el desarrollo de los procesos de consulta y para que el Viceministerio de Interculturalidad establezca reglas, etapas y procedimientos claros, además, de actuar de manera absolutamente transparente e imparcial.

[294] BOBBIO, Norberto y otros. Crisis de la democracia y la lección de los clásicos. Ariel: Barcelona. Pág.20

[295] BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política. Breviarios: FCE, Pág. 34

[296] · BOBBIO, Norberto y otros. Crisis de la democracia y la elección de los clásicos. Editorial Ariel: Barcelona, Pág. 20

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

n) La dación de medidas administrativas o legislativas que contravengan lo establecido en la Ley y el Reglamento, vulnerando el derecho a la consulta, pueden ser objeto de las medidas impugnatorias previstas en la legislación.

¿Cuál es la validez de los actos no consultados? El Estado no tiene un poder ilimitado, el artículo 45 de la Constitución es claro, el poder se ejerce en el marco de las competencias legalmente reconocidas. Si el poder se ejerce por fuera de estas competencias, este será nulo (artículo 46 de la Constitución 3er párrafo). Sin embargo la norma más clara de todas es el artículo 31 de la Constitución según la cual "Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos." En tal sentido, todo acto administrativo (concesión minera) emitido con posterioridad al año 1995 y que afecta a los pueblos indígenas tendrá un vicio de nulidad. El artículo 5.n evita pronunciarse sobre la validez del acto administrativo no consultado. Se reconoce el derecho a la consulta pero no se dice nada cual es la validez de los actos que no han respetado este derecho. Esto es muy importante en caso que se quiera burlar este derecho de los pueblos indígenas. Los actos administrativos que afectando de manera directa a un pueblo indígena se implementen sin el procedimiento adecuado de consulta son nulos, o en el peor de los casos, deben ser suspendidos en sus efectos hasta que ese proceso se lleve a efecto. Esto debería de quedar así establecido en la ley. Como señala Pedro García Hierro en su proyecto, al carecer de validez legal tales actos no generan derechos adquiridos siendo la entidad responsable de ejecutar la consulta responsable de los daños y perjuicios ocasionados al pueblo indígena y a los terceros afectados por el incumplimiento de esta obligación.

Artículo 6º.- Consulta previa y recursos naturales

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

¿Es la exploración el primer acto administrativo que afecta a los pueblos indígenas en materia de explotación minera y de hidrocarburos? La actividad minera no comienza con la etapa de exploración sino con la etapa de concesión minera, luego viene la etapa de prospección y cateo, luego recién viene la etapa de exploración. En otras palabras, se está habilitando el proceso de consulta no antes de la primera decisión estatal, sino avanzando el proceso. Se ha respondido a este argumento, señalando que la expedición de la concesión no afecta directamente a los derechos a los pueblos indígenas, y que mientras no se logre la licencia social, no se podrá realizar actividades extractivas[297]. En la medida en que los territorios de los pueblos indígenas se interpone entre los recursos naturales a explotar y las empresas mineras, estamos ante una afectación, que se materializa en una amenaza cierta e inminente a los derechos de los pueblos indígenas. Si bien es cierto que para ingresar al territorio se debe solicitar la licencia social a la comunidad campesina o nativa, la simple concesión constituye un impacto, pues es difícil si es que no imposible, separar el derecho al territorio y a los recursos naturales del derecho a la concesión[298]. Imposible no afectar los territorios de los pueblos indígenas.

¿Cuál es la primera etapa en materia de explotación de hidrocarburos? De igual manera, la actividad de explotación de hidrocarburos, no comienza con la autorización de exploración. Los pasos previos que se deben seguir antes de la etapa de exploración y explotación son los siguientes: 1) Calificación (Perupetro realiza la calificación de la empresa apta para trabajar en el Perú; 2) Promoción (Perupetro realiza la promoción de

---

[297] El artículo 1 del D.S. Nº 042-2003-EM establece compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras. Esta norma establece como contenido del compromiso previo en forma de Declaración Jurada del peticionario lo siguiente:
1) Realizar sus actividades productivas en el marco de una política que busca la excelencia ambiental.
2) Actuar con respeto frente a las instituciones, autoridades, cultura y costumbres locales, manteniendo una relación propicia con la población del área de influencia de la operación minera.
3) Mantener un diálogo continuo y oportuno con las autoridades regionales y locales, la población del área de influencia de la operación minera y sus organismos representativos, alcanzándoles información sobre sus actividades mineras.
4) Lograr con las poblaciones del área de influencia de la operación minera una institucionalidad para el desarrollo local en caso se inicie la explotación del recurso, elaborando al efecto estudios y colaborando en la creación de oportunidades de desarrollo más allá de la vida de la actividad minera.
5) Fomentar preferentemente el empleo local, brindando las oportunidades de capacitación requeridas.
6) Adquirir preferentemente los bienes y servicios locales para el desarrollo de las actividades mineras y la atención del personal, en condiciones razonables de calidad, oportunidad y precio, creando mecanismos de concertación apropiados."

[298] Los derechos de los titulares de las concesiones mineras están regulados en el artículo 37 del Decreto Supremo N° 37 14-92-EM, norma que aprobó la Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

los lotes identificados para potenciales empresas); 3) Solicitud (La empresa manifiesta su interés en negociar o adquirir lotes); 4) Evento presencial (A cargo de Perupetro al inicio del proceso de negociación); 5) Negociación (del contrato de licencia entre Perupetro y la empresa interesada); 6) Información en web y carta (a cargo de Perupetro antes de la firma del contrato); 7) Firma del contrato (Contrato de licencia o de servicios para la exploración o explotación); 8) Evento presencial (a cargo de Perupetro presentando a la empresa); 9) Elaboración del EIA (la empresa elabora el EI para la exploración o explotación). ¿Dónde corresponde implementar el proceso de consulta? Si partimos de la premisa que la consulta es previa como lo señala el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, y que debe ser asumida antes de adoptarse una medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas, deberíamos de concluir que esta debe hacerse antes de la calificación. Sin embargo, el Estado ha asumido en un reciente comunicado público, que en el caso de la consulta del lote 1AB, la consulta se realizará antes de la celebración de contrato. La tesis sostenida por autoridades de Perupetro, es que antes de la celebración del contrato solo hay acuerdos previos, sin embargo, esto no parece ser tan exacto. La Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, define en el inciso 1.1 de su artículo 1° los actos administrativos: "Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta". Consideramos, que las anteriores etapas no son actos previos, sino verdaderos actos administrativos, pues producen impactos en los derechos de los administrados, razón por la cual, la consulta debió de realizarse antes de la celebración del contrato.

La consulta no es para convalidar decisiones ya adoptadas. Lo que tiene que quedar claro es que se trata de consultar una decisión antes de adoptársela, de lo contrario la consulta pierde su sentido, pues se convierte en un requisito burocrático, que en el fondo solo busca convalidar y validar decisiones asumidas anteriormente, y en relación con las cuales, no hay la menor voluntad que cambiarlas y someterlas realmente a la opinión de los pueblos indígenas. El sentido de la consulta es influir en la decisión final, de lo contrario se le vacía de contenido, deja de ser un proceso y se convierte en un episodio formal e intrascendente.

Necesidad de respetar el principio de eficacia y efecto útil de los procesos de consulta. El proceso de consulta no constituye en un simple trámite formal, sino que debe estar realizado de modo tal que, de llegarse a un acuerdo o concertación sobre el contenido de la medida legislativa, tales conclusiones incidan en la formulación definitiva de la política pública correspondiente, es decir, que la participación de los pueblos indígenas

tenga la potencialidad de incidir materialmente en el contenido de la medida legislativa. En caso contrario, si el procedimiento de consulta se lleva a cabo de manera que sus efectos no pueden lograr trascendencia alguna en el procedimiento legislativo, la actuación sería incompatible con la buena fe que guía ese proceso de consulta.

¿Se puede consultar actos administrativos en proceso de ejecución inconsultos? Algunos magistrados al conocer demandas de amparo contra actos administrativos, han rechazado las demandas señalando que estos debieron ser consultados antes de la primera decisión administrativa. El criterio general en el caso de procesos constitucionales, y de conformidad con el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, es el principio restitutorio, según el cual, el juez constitucional solo puede conocer y resolver un proceso donde se invoque la violación del derecho a la consulta, y en general, la violación de cualquier derecho, mientras sea aun reversible la violación y pueda restablecerse la vigencia del derecho, es decir, mientras sea factible restituir el derecho de rango constitucional conculcado. Si la violación ya está consumada, el juez constitucional carece de competencia, salvo que estemos ante un patrón sistemático de violaciones, en cuyo caso, preventivamente podría pronunciarse para evitar futuras relaciones.

La invalidez de los actos inconsultos y la facultad del TC de modular las consecuencias de sus fallos. Hay que diferenciar dos conceptos relevantes en el marco de los procesos constitucionales contra el Estado por omisión de realizar el proceso de consulta. Un acto administrativo o normativo que no ha sido consultado, y en general que ha violado un derecho de rango constitucional, es un acto nulo de pleno derecho, es decir, es insubsanable como son los actos anulables. Esta naturaleza no va a cambiar, pues los derechos constitucionales son criterios da validez material y sustancial. Sin embargo, el TC y en general los jueces constitucionales, en el marco de los procesos, tienen la facultad de modular las consecuencias de sus sentencias, para evitar lesionar otros bienes jurídicos constitucionales, en mayor medida de la que se quiere proteger. Esto solo deberá hacerse, luego de un meditado examen de cada caso.

Artículo 7º.- Sujetos del derecho a la consulta

7.1 Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.

7.2 Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas del ámbito geográfico en el cual se ejecutaría dicha medida o que sea afectado directamente por ella. La consulta se realiza a través de sus organizaciones representativas. Para ello, los pueblos indígenas nombrarán a sus representantes según sus usos, costumbres y normas propias.

La exclusión de las organizaciones nacionales de los pueblos indígenas de las consultas locales. Esto se desprende del artículo 7.2 del Reglamento, el cual precisa que "Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas del ámbito geográfico en el cual se ejecutaría dicha medida o que sea afectado directamente por ella". Consideramos que las organizaciones representativas nacionales y regionales deberían de participar si el pueblo directamente afectado lo estima pertinente, en el marco de la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas. Esto es razonable en aquellas zonas donde los pueblos indígenas son débiles a nivel local, las instituciones representativas nacionales o regionales deberían poder participar. El art. 7.2 del Reglamento resulta violatorio de lo establecido en el artículo 6.1.a que establece que la consulta se realice, a través de las "instituciones representativas" no discriminando si son de nivel nacional, regional o local. En estos casos se aplica la libre autodeterminación contenida en el artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT o la autonomía que la Constitución les reconoce a las comunidades campesinas y nativas en el artículo 89. En el marco de esa autonomía, deberá ser los propios pueblos indígenas afectados los que precisen si van solos o con las instituciones representativas. De ninguna manera, el Estado puede a dedo decidir con quién consulta, esa es una atribución de los pueblos indígenas.

Artículo 8º.- Identificación de los sujetos del derecho

8.1 La entidad promotora identifica al o los pueblos indígenas, que pudieran ser afectados en sus derechos colectivos por una medida administrativa o legislativa, y a sus organizaciones representativas, a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial.

8.2 En caso la entidad promotora cuente con información que no esté incluida en la Base de Datos Oficial, remitirá la misma al Viceministerio de Interculturalidad para su evaluación e incorporación a dicha Base, de ser el caso.

Ver nuestros comentarios al artículo 10 de la Ley de consulta previa

Artículo 9º.- Derecho de petición

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

El petitorio debe remitirse a la entidad promotora de la medida dentro de los quince (15) días calendario de publicado el Plan de Consulta respectivo, para el caso de inclusión en

consultas que se encuentren en proceso. En caso el petitorio tenga como objeto solicitar el inicio de un proceso de consulta, dicho plazo correrá desde el día siguiente de la publicación de la propuesta de medida en el Diario Oficial. En este último supuesto, si la propuesta de medida no se hubiera publicado, el derecho de petición se puede ejercer hasta antes de que se emita la medida administrativa o legislativa. La entidad promotora decidirá sobre el petitorio dentro de los siete (7) días calendario de recibido el mismo, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable.
9.2 En el supuesto de que se deniegue el pedido, las organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden solicitar la reconsideración ante la misma autoridad o apelar la decisión. Si la entidad promotora forma parte del Poder Ejecutivo, la apelación es resuelta por el Viceministerio de Interculturalidad, quien resolverá en un plazo no mayor de siete (7) días calendario, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable, bajo responsabilidad. Con el pronunciamiento de esta entidad queda agotada la vía administrativa. La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y sin efecto suspensivo.
9.3 En caso de que el pedido sea aceptado y el proceso de consulta ya se hubiera iniciado, se incorporará al o los pueblos indígenas, adoptando las medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la consulta.

Debe realizarse una notificación efectiva a los pueblos indígenas. El plazo de 15 días calendario no debe contarse a partir a partir de la fecha de publicación del plan de consulta, pues los pueblos indígenas tienen serias dificultades para recibir las comunicaciones en forma oportuna. Existen dificultades para los pueblos indígenas para acceder a la información. Por ello, consideramos los 15 días deben contarse a partir de la notificación física de los pueblos indígenas afectados, es decir, se les debe notificar en sus comunidades.

¿Puede el Viceministerio emitir una opinión técnica en primera instancia y actuar como segunda instancia? Se insiste en el mismo error que cometió la ley de consulta. La inconstitucionalidad está en que el órgano técnico especializado, es decir el Vice ministerio de Interculturalidad, se le ha asignado dos funciones incompatibles: Emite opinión técnica en primera instancia y es segunda instancia administrativa. No puede cumplir ambas funciones. Si uno revisa el artículo 28.3 del reglamento, advierte que se le concede al órgano técnico especializado la función de emitir opinión de oficio o a petición de parte sobre los recursos de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que solicitan la consulta previa. Sin embargo, el artículo 9.2 del mismo reglamento establece la función del órgano técnico especializado de resolver en segunda instancia administrativa los recursos de las organizaciones representativas

de los pueblos indígenas, en los casos en que la entidad estatal deniegue la consulta en primera instancia. No puede cumplir ambas funciones pues si ya emitió opinión técnica en primera instancia administrativa, no es un órgano independiente que pueda revisar en segunda instancia la decisión de primera instancia. Debió de optarse por alguna de las dos funciones.

El derecho a recurrir a la justicia constitucional para la protección de sus derechos. Las normas cumplen también una finalidad pedagógica, razón por la cual debió de reconocerse expresamente la posibilidad de impugnar la decisión denegatoria de proceso de consulta ante la justicia constitucional. Es decir, debería de reconocerse que cabe la interposición de los procesos constitucionales ante la violación de derechos de los pueblos indígenas toda vez que se afecten derechos constitucionales. Todo ello de conformidad con el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT.

Artículo 10º.- Acreditación de representantes

10.1 El o los pueblos indígenas participan en los procesos de consulta a través de sus representantes nombrados conforme a sus propios usos y costumbres, debiendo acreditarlos en el proceso de consulta ante la entidad promotora, alcanzando un documento formal de acreditación. El indicado documento debe estar firmado por los responsables del nombramiento de los representantes según corresponda. Las mismas reglas se siguen en caso se realice un cambio de representantes en el proceso de consulta. Este cambio no altera el proceso ni los acuerdos alcanzados hasta dicho momento.

Quien presente el documento formal de acreditación debe ser la persona que aparece registrada en la Base de Datos Oficial como representante de la organización representativa del o los pueblos indígenas.

10.2 El número de representantes designados debe considerar las necesidades del proceso, con enfoque de género y facilitando el diálogo intercultural orientado a la búsqueda de acuerdos.

10.3 La falta de organizaciones representativas o representantes no es obstáculo para la realización del proceso de consulta, debiendo la entidad promotora adoptar las medidas necesarias para hacer posible la consulta al o los pueblos indígenas que pudieran ser afectados. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad incluir dicho supuesto en la Guía Metodológica.

10.4 El o los pueblos indígenas, dentro de los treinta (30) días calendarios de recibido el Plan de Consulta, deben designar a sus representantes, conforme lo regula el presente artículo. El nombre de los o las representantes y los documentos de acreditación son de acceso público. El plazo de designación de los representantes transcurre dentro del plazo de la etapa de información, prevista en el artículo 18 del Reglamento. En caso

no llegara la acreditación dentro del plazo, se presumirá que las personas registradas en la Base de Datos son los o las representantes.

La eficacia de los plazos del proceso de consulta debe estar condicionada a una efectiva notificación de las diferentes etapas y decisiones del Estado a los pueblos indígenas. A lo largo del reglamento se establecen una serie de plazos de las diferentes etapas del proceso de consulta, sin embargo, no se precisa la forma en que se notificará de forma efectiva estas decisiones a los pueblos indígenas, comunicación que deviene en compleja debido a las barreras geográficas a las distancias. Al igual que sucede en el terreno del derecho administrativo, la validez de las diferentes decisiones deberá estar condicionada a una efectiva e idónea notificación por escrito a los pueblos indígenas interesados. En tal sentido, no bastarán las notificaciones por aviso en los diarios, de radio o TV. Es el caso por ejemplo del artículo 9.1 del reglamento.

Artículo 11º.- De la participación de facilitadores, intérpretes y asesores en el proceso de consulta

11.1 La Entidad promotora es la responsable de convocar a los facilitadores, facilitadoras e intérpretes previa coordinación con los o las representantes del o de los pueblos indígenas. El Viceministerio de Interculturalidad dictará políticas orientadas a promover la debida capacitación de facilitadores e intérpretes.

11.2 Los y las intérpretes, facilitadores y facilitadoras deben estar registrados obligatoriamente en el Registro respectivo a cargo del Viceministerio de Interculturalidad.

11.3 Los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas y sus representantes están facultados a contar con asesores durante todo el proceso de consulta, quienes cumplen tareas de colaboración técnica en el proceso. Los asesores y asesoras no pueden desempeñar el rol de vocería.

11.4 La Guía Metodológica establecerá las pautas de actuación de los facilitadores y facilitadoras, asesores, asesoras e intérpretes. El Viceministerio de Interculturalidad promueve la participación efectiva de las mujeres en dichas funciones.

La necesidad de asesoría técnica a los pueblos indígenas. Esta es fundamental para disminuir la asimetría de poder entre los pueblos indígenas y el Estado al momento de realizar los procesos de consulta previa, toda vez que éste último cuenta con amplios equipos de asesores, sobre los diferentes temas que serán consultados. El acceso a información idónea sobre los impactos de las actividades a consultarse, resulta fundamental en los procesos de consulta, y es una verdad innegable, la carencia de recursos de parte de los pueblos indígenas para acceder a esta información, toda vez que se requiere pagar los sueldos de profesionales en temas complejos que requieren elevados niveles de especialización,

Artículo 12º.- De la participación de interesados en las medidas administrativas
Cuando la medida administrativa sometida a consulta haya sido solicitada por un administrado, éste puede ser invitado por la entidad promotora, por pedido de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del proceso, con el fin de brindar información, realizar aclaraciones o para evaluar la realización de cambios respecto del contenido de la indicada medida, sin que ello implique que dicho administrado se constituya en parte del proceso de consulta.

La participación de las empresas en los procesos de consulta. Dos son las preocupaciones que este tipo de normas nos suscitan. La primera es la necesidad que estos procesos se realicen con la mayor transparencia. Esto se traduce en la necesidad de transparentar la intervención de todos los actores que participen en los procesos de consulta. Es mejor que esta se realice de forma pública a que se realice de manera secreta y oscura. El otro aspecto es la posible confusión de roles de la entidad promotora del proceso de consulta, pues por un lado al ser Estado tiene una función y una posición de garante de los derechos de los pueblos indígenas, y por otro lado es inocultable, la relación entre el ente estatal promotor del proceso de consulta y la empresa privada también interesada en la implementación de la medida a consultarse. Habrá que actuar con cautela y con la mayor transparencia.

El principio de simetría entre las partes intervinientes en el proceso de diálogo. Este es un principio que se encuentra tácito en la idea de diálogo intercultural, que tiene que ver con la esencia de esta institución, de lo contrario se vacía de contenido la misma, y es que no puede haber diálogo y menos acuerdo, cuando no hay condiciones mínimas de simetría entre las partes que van a negociar y dialogar. En virtud de este principio, estaría prohibida toda situación de desigualdad en la que puedan hallarse los pueblos indígenas u originarios y que pueda menoscabar su posición en el proceso de consulta con respecto a la entidad consultante y el particular. Ante esta situación, existe la obligación del Estado proveer los recursos necesarios y alterar las circunstancias a efectos de posibilitar que el pueblo consultado está en condiciones plenas de dialogar en completa igualdad[299].

[299] Esta es una interesante idea trabajada primero por Pedro García y por Mijail Mendoza Escalante.

Artículo 13º.- De la metodología
El proceso de consulta se realiza a través de una metodología con enfoque intercultural, de género, participativo y flexible a las circunstancias, en el marco de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la Ley y el Reglamento. Se rige por los principios establecidos en la Ley y es acorde con las disposiciones del Reglamento. Para su desarrollo se considerará la Guía Metodológica.

Ver nuestros comentarios a la Decimo primera disposición complementaria transitoria y final del reglamento de la ley de consulta

¿La jurisprudencia del TC y de la Corte IDH no son vinculantes? Si uno lee al pie de la letra esta disposición, podría concluir rápidamente que las reglas desarrolladas por estos dos órganos jurisdiccionales no son de cumplimiento obligatorio para todos los poderes públicos inclusive los particulares. Se insiste en desconocer este interesante y vasto conjunto de reglas que pueden contribuir a la solución de conflictos entre las empresas extractivas, el Estado y los pueblos indígenas.

Artículo 14º.- Inicio del proceso
El proceso de consulta se inicia con la etapa de identificación de la medida a consultar y del o los pueblos indígenas, conforme lo señalado por la Ley y el Título I de la presente norma.

Ver nuestros comentarios a los artículos 9 y 10 de la Ley de consulta

Artículo 15º.- Reuniones preparatorias
Las entidades promotoras pueden realizar reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta.
También podrán realizar dichas reuniones en casos de procedimientos de especial complejidad que requieran precisiones mayores a las contenidas en el Reglamento.

Pueblos Indígenas no participan en los acuerdos previos y en elaboración del Plan de consulta. Esto se desprende del artículo 15 del Reglamento, el cual precisa que "Las entidades promotoras pueden realizar reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta. También podrán realizar dichas reuniones en casos de procedimientos de especial complejidad que requieran precisiones mayores a las contenidas en el Reglamento". (Subrayado nuestro). Resulta preocupante que los pueblos indígenas sean

excluidos del momento en que se discuten las reglas y la forma como se desarrollará el proceso de consulta. A lo más se les informará, y en el mejor de los casos podrán participar en reuniones, pero queda claro que es una participación restringida. El Viceministerio de Interculturalidad debería convocar a una reunión previa a las partes de la consulta y presentar el Plan de Consulta propuesto por la entidad encargada de realizar la consulta. En esta reunión, debería acodarse aspectos relativos a los pormenores formales de la consulta, de acuerdo con la opinión del pueblo indígena a ser consultado, en aspectos tales como la fecha, los puntos críticos de la consulta, el nivel de decisión de los participantes, la información necesaria y el tiempo requerido para procesarla, los aspectos logísticos y financieros, y cuantos sean necesarios para dar seguridad y eficacia a la consulta. Asimismo, debería el Viceministerio de interculturalidad, monitorear este momento más de cerca, a efectos de evitar situaciones de real asimetría entre las partes.

Artículo 16º.- Del Plan de Consulta

El Plan de Consulta debe ser entregado por la entidad promotora a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, junto con la propuesta de la medida a consultar, conteniendo al menos:

a) Identificación del o de los pueblos indígenas a ser consultados;
b) Las obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores del proceso de consulta;
c) Los plazos y el tiempo para consultar, los que deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta;
d) Metodología del proceso de consulta, lugar de reuniones e idiomas que se utilizarán, y las medidas que faciliten la participación de las mujeres indígenas en el proceso;
e) Los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta.

Ver nuestros comentarios a los artículos 14 y 15 de la Ley de consulta

Artículo 17º.- Etapa de publicidad de la medida

Las entidades promotoras de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta deben entregarla a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas que serán consultados, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, considerando el o los idiomas de los pueblos indígenas y sus representantes. Al mismo tiempo deben entregar el Plan de Consulta.

Una vez que se haya entregado a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas tanto la propuesta de medida como el Plan de Consulta, culmina esta etapa

e inicia la etapa de información. Tal hecho debe constar en el portal web de la entidad promotora.

Ver nuestros comentarios al artículo 11 de la Ley de consulta

Artículo 18º.- Etapa de información

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

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

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

Ver nuestros comentarios al artículo 12 de la Ley de consulta.

Artículo 19º.- Etapa de evaluación interna

19.1 Las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas y sus representantes deben contar con un plazo razonable en consideración de la naturaleza de la medida con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.

El derecho al decidir autónomamente su propio modelo de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural. Este derecho está recogido en el artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT y reconoce el derecho de los pueblos indígenas *"de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural."* Adviértase dos derechos, el derecho a que se respete su propio modelo de desarrollo, y luego el derecho a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural. Esto último también está

reconocido en el quinto considerando del Convenio 169 de la OIT cuando este precisa: *"Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven"*. El contenido del modelos de desarrollo tiene que ver con lo que se ha denominado el "buen vivir"[300], principios que ya se hallan constitucionalizados en otras cartas políticas. En efecto, el capítulo 2 del Título II de la Constitución ecuatoriana reconoce los derechos del buen vivir. Por su parte el artículo 306 de la Constitución boliviana establece que el modelo económico de estar orientado al vivir bien de todas las bolivianas y bolivianos.

El principio de irrenunciabilidad de derechos de los pueblos indígenas. Este es un bien jurídico fundamental que no se termina de entender, pues muchas veces se considera que el consentimiento de los pueblos indígenas significa la convalidación de la violación a otros derechos de los pueblos indígenas, o la tácita autorización al Estado para que vulnere los derechos de los pueblos indígenas. En efecto, el consentimiento expresado por los pueblos indígenas en relación con la medida legislativa propuesta o el acuerdo al que se arribe luego del proceso de diálogo no implica, bajo ninguna circunstancia, la renuncia de los pueblos indígenas a sus derechos reconocidos por derecho internacional de los derechos humanos, por el Convenio 169 de la OIT y la Constitución, desarrollados jurisprudencialmente por los tribunales internacionales de derechos humanos y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El fundamento de este principio sería la dimensión objetiva de los derechos de los pueblos indígenas, los derechos son principios objetivos que establecen obligaciones del Estado, independientemente que los pueblos indígenas lo soliciten. Como dice el Estado, *"la*

[300] Ver Comisión Especial Permanente De Los Pueblos Awajun Wampis – Ceppaw, Propuesta de Buen Vivir como Pueblo Awajun Wampis y con el Estado Peruano, Amazonas 2002, pág. 5. En este texto y a manera de ejemplo, para los Awajun "hacer realidad el Buen Vivir con el Bosque exige que en la toma de decisiones y en la distribución de los recursos, en los diferentes niveles – Familia/ Clan, Comunidad, Organización, Municipalidad, Gobierno Regional y Nacional - se priorice: 1. La Protección de las nacientes y de las aguas. Especialmente NO deforestar ni contaminar el bosque virgen en las cabeceras de cuencas; 2. Concientización y apoyo a la población para la reconversión de purmas imitando el bosque natural, con reforestación maderable, frutales y cobertura vegetal con leguminosas; 3. Capacitación y apoyo a la población en el manejo agroforestal, incorporando abonos verdes y cultivos de rotación. La aplicación del Sistema Agroforestal en las Comunidades Awajun Wampis con recomendación de los técnicos expertos; 4. Concientización y apoyo a la población para la crianza de animales menores domésticos, apicultura y piscigranja como parte del sistema agroforestal; 5. Concientización y apoyo a la familia para que pongan en práctica la asociación de cultivos para el consumo y la venta para satisfacer sus necesidades básicas; así como cultivos asociados con plantas medicinales; 6. Reconocimiento a la mujer Awajun Wampis, basadas en el mito de Nugkui, como base fundamental del Buen Vivir, especialmente en la conservación de la Biodiversidad para la Alimentación, Salud y Educación de las actuales y futuras generaciones".

protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho [tutela subjetiva], sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional"[301].

Necesidad de realizar la ponderación de derechos. Los procesos de consulta serán en última instancia espacios donde se deberá armonizar y compatibilizar derechos y bienes jurídicos distintos, así como visiones y modelos de desarrollo, Y como en toda ponderación, en cada caso en concreto se debe ponderar los bienes en conflicto o colisión, y se debe establecer una jerarquía de derechos. En definitiva, nos encontraremos ante la colisión entre los derechos de los pueblos indígenas y el deber del Estado de promover el desarrollo y las libertades económicas de las empresas extractivas. El procedimiento idóneo que el ordenamiento jurídico utiliza para solucionar este tipo de conflictos donde entran en juego principios y bienes constitucionales contradictorios es la ponderación. El resultado no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas. Al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto[302]. La ponderación no es un acto arbitrario sino ajustado a razones que debieron ser esgrimidas necesariamente. Sin embargo, al no motivar esta decisión, no queda claro las consideraciones por las que optó por el primero, y dejó atrás a los demás. La decisión debe de explicar que la medida adoptada tiene un fin constitucionalmente legítimo, que justifica su afectación o su interferencia con principios constitucionales, asimismo debe acreditar la aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada, en otras palabras, debe explicar que la decisión si bien afecta principios constitucionales, es consistente con el bien o con la finalidad que persigue[303]. Debe también acreditarse que no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva[304]. Finalmente, debe demostrar que existe cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legitimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor[305].

[301] STC N° 00023-2005-AI, f.j. 11.
[302] Luis Prieto Sanchís, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra editores, Lima, 2002, pág. 141.
[303] Ibídem, pág. 146.
[304] Ibídem,
[305] Ibídem.

Necesidad de proteger el principio del respeto al núcleo mínimo intangible de los derechos de los pueblos indígenas. Este es un principio sumamente importante al realizar los procesos de ponderación. Según este, los derechos a la existencia, a la a la integridad, a la conservación de su identidad cultural, de los pueblos originarios constituyen el núcleo mínimo de derechos intangibles. También lo constituye el derecho a la vida, a la salud y a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado de cada uno de sus miembros. Estos derechos no pueden ser objeto de restricción, limitación o afectación por medida estatal alguna[306].

Necesidad de proteger el derecho a la vida y las condiciones que permitan una existencia digna de los pueblos indígenas. La Corte IDH ha reinterpretado el artículo 4 de la CADH, sosteniendo de manera reiterada que este comprende no solo el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, sino el acceso a condiciones que permitan una existencia digna, por lo que los enfoques que limiten el goce de dicho derecho no son admisibles. Según la Corte "El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él." (Corte IDH, sentencia de fondo en el Caso Niños de la calle vs. Guatemala, párr. 144). Como señala Luis Carlos Buob, "Ello ha significado, que este derecho comprometa la satisfacción mínima de ciertas condiciones sociales y culturales para el respeto de la dignidad de las personas dentro de la jurisdicción de los Estados partes, de los contrario se privaría a estas de los elementos necesarios para desarrollarse en la sociedad y a los menos subsistir dignamente"[307].

Este desarrollo jurisprudencial debe ser leído y aplicado al artículo 23.1 del Convenio 169 de la OIT, cuando esta norma plantea que "las actividades tradicionales y relaciona-

[306] Puede revisarse nuestro artículo ¿Cómo negociar con el Estado y con las empresas extractivas? Test de los derechos de los pueblos indígenas, a propósito del Caso Morona. Puede ser revisado en: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=657

[307] Luis Carlos Buob, "Criterios y mecanismos para la Protección Jurídica del Derecho Humano al Agua de los Pueblos Indígenas en su dimensión colectiva a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Tesis para optar el título profesional de abogado, UPC, Lima, 2012, pág. 125.

das con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades". La consecuencia práctica es que, si se afecta estas actividades tradicionales de los pueblos indígenas, se afecta el derecho a la vida de los pueblos indígenas, en la reinterpretación que de este derecho ha realizado la Corte IDH.

En tal sentido, las acciones u omisiones que son atribuibles a los Estados para garantizar las condiciones que permitan una existencia digna de los pueblos indígenas, en cuyos territorios se realicen actividades extractivas, tendrán implicancias al momento de evaluar la violación al derecho a la vida. En otras palabras si se afecta estas actividades tradicionales de subsistencia, se afecta el derecho a la vida, en tanto que se les impediría el acceso a las condiciones para que se desarrollen dignamente como pueblos diferenciados.

Como señala en definitiva la Corte IDH, *"Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria."* (Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 162

Artículo 19º.- Etapa de evaluación interna

19.2 Debe incorporarse dentro de los costos del proceso de consulta el apoyo logístico que debe brindarse a los pueblos indígenas para la realización de la etapa de evaluación interna y conforme lo señalado en el artículo 26º del Reglamento.

No olvidar el Derecho de los pueblos indígenas a disponer de recursos para financiar sus funciones autónomas. Cuando un Estado reconoce un derecho constitucional, el Estado asume tres obligaciones, desarrollar procedimientos, instituciones y asignar presupuesto para concretar este derecho[308]. Eso es precisamente lo que se reconoce

[308] Robert Alexy. "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucio-

en el artículo 6.1.c del Convenio cuando se obliga al Estado a *"establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin"*. Esta disposición deberá de interpretarse de conformidad con el artículo 33.1 del mismo Convenio, que es más claro, en relación con las obligaciones del Estado. Según esta disposición, *"La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones"*. (Subrayado nuestro).

¿Existe fundamento constitucional para exigir al Estado garantizar un adecuado financiamiento?[309] Consideramos sí. Existe suficiente marco normativo de rango constitucional para configurar el derecho de los pueblos indígenas a disponer de recursos para financiar sus funciones autónomas. En efecto, cuando un Estado reconoce un derecho constitucional asume tres obligaciones: 1) desarrollar procedimientos, 2) desarrollar instituciones y 3) asignar presupuesto para concretar este derecho[310]]. Estas tres obligaciones pueden reconocerse por ejemplo, en el artículo 33.1 del Convenio 169 de la OIT, cuando precisa que "La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones".

Esta obligación es más evidente en el artículo 6.1.c del Convenio 169 de la OIT, cuando se obliga al Estado a "establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin". ¿Pueden los pueblos indígenas desarrollar sus funciones sin la existencia de organizaciones indígenas de nivel local, regional y nacional? ¿Puede haber una adecuada defensa de sus derechos sin organizaciones representativas? ¿Puede haber una adecuada representación sin organizaciones supralocales que articulen estas demandas? La respuesta es no, evidentemente. De ahí la necesidad de que sean financiadas.

nales, 1993, p. 454 y sgts.

309 Cfr. http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=964.

310 ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 454 y sgts.

Esta obligación también puede ser encontrada de manera clara en el artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), que regula el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía en el marco de la libre determinación: "En ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas". Es decir, la condición de esa autonomía es precisamente el acceso a recursos suficientes.

Otra disposición que fundamenta este financiamiento está relacionada con el principio de los "poderes implícitos"[311], "poderes inherentes" o "poderes esenciales". Si bien esta doctrina está pensada para poderes del Estado[312], ante el vacío en el caso de los pueblos indígenas podría aplicarse de alguna manera. El razonamiento jurídico sería el siguiente: ¿puede reconocerse la necesidad de organizaciones indígenas realmente representativas, si es que no se le reconocen ni se le brindan los recursos para su cabal funcionamiento?; ¿quizá, entonces, deberá entenderse que la obligación de asignar recursos para su funcionamiento es una obligación y función implícita del Estado?

Finalmente, ¿por qué es importante asegurar un adecuado financiamiento de las actividades de los pueblos indígenas? El adecuado financiamiento de las actividades de los pueblos indígenas tiene como finalidad, en primer lugar, garantizar un funcionamiento de sus organizaciones en forma autónoma e independiente, y no (por ejemplo) subordinada a intereses ocultos y poco transparentes que nada tienen que ver con los intereses y derechos de los pueblos indígenas. Contar con organizaciones independientes no solo es interés de los pueblos indígenas, sino de todo el país, del propio Estado y de las empresas extractivas: si se es sensato, es visible la necesidad de dialogar con un interlocutor válido y representativo, que asegure acuerdos sostenibles en el tiempo. Ojalá el Estado lo entienda.

Artículo 19º.- Etapa de evaluación interna

19.3 Acabado el proceso de evaluación interna, y dentro del plazo de dicha etapa, los o las representantes del o de los pueblos indígenas deberán entregarle a la entidad

---

[311] SAGÜÉS, Néstor Pedro: "Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para sus votaciones", en La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 12. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1996, p. 106.

[312] "[…] no es exacto que cuando la Constitución no lo haya previsto, el legislador ordinario se encuentre vedado de asignar una competencia a un órgano constitucional o de relevancia constitucional. Dicho de otro modo, que siempre y en todos los casos termine siendo inconstitucional el otorgamiento de una competencia no prevista directamente en la Constitución". Sentencia recaída en el expediente Nº 013-2002-AI/TC.

promotora, un documento escrito y firmado, o de forma verbal, dejándose constancia en un soporte que lo haga explícito, en el cual podrán indicar su acuerdo con la medida o presentar su propuesta acerca de lo que es materia de consulta, debiendo referirse en particular a las posibles consecuencias directas respecto a las afectaciones a sus derechos colectivos. Si los o las representantes no pudieran firmarlo, pueden colocar su huella digital.

19.4. En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas señalen que se encuentran de acuerdo con la medida, concluye el proceso de consulta. La autoridad toma el documento indicado en el numeral anterior, en que se señala el acuerdo, como Acta de Consulta. En caso de que los o las representantes de las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas presenten modificaciones, aportes o propuestas, tales servirán para iniciar la etapa de diálogo propiamente dicha.

19.5 En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas no expresen su voluntad colectiva conforme lo señalado en el numeral 19.3 dentro del plazo previsto para la evaluación interna, la entidad promotora entenderá que existe desacuerdo con la medida y convocará a la primera reunión de la etapa de diálogo. En dicha reunión los o las representantes deberán presentar los resultados de la evaluación interna. En caso no pudieran entregarlos, por razones debidamente justificadas, la entidad promotora volverá a citarlos en dicha reunión, y dentro del plazo de la etapa de diálogo, con el fin de recibir dicha evaluación e iniciar la búsqueda de acuerdos, de ser el caso.

Si a pesar de lo señalado en el párrafo anterior, los o las representantes del o de los pueblos indígenas no presentaran los resultados de la evaluación interna, sean en forma oral o escrita, se entenderá abandonado el proceso de consulta y se pasará a la etapa de decisión.

19.6 En caso de haber varios representantes del o de los pueblos indígenas, con opiniones divergentes, cada uno de ellos podrá emitir sus propias opiniones sobre la medida materia de consulta. Todas las partes, incluso las que señalaron su acuerdo, tienen el derecho de participar en este caso en la etapa de diálogo.

Ver nuestros comentarios al artículo 13 de la Ley de consulta previa

---

Artículo 19º.- Etapa de evaluación interna

19.7 La evaluación interna debe completarse dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario.

Ver nuestros comentarios al artículo 13 del Reglamento de la ley de consulta

¿30 días de deliberación interna constituye un plazo razonable? Dice la sentencia 00022-2009-PI del TC que una manifestación del principio de buena fe es el establecimiento de un plazo razonable de los procesos de consulta. Esta sentencia, en su fundamento 30 precisa que *"es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación"*. Estimamos que si bien puede haber casos de comunidades pequeñas donde 30 días resulta un plazo razonable, estamos convencidos que no se puede establecer plazos rígidos. Este plazo resulta insuficiente si de lo que se trata es de consultar con varios pueblos indígenas afectados. Esto evidencia un desconocimiento de la cultura de los pueblos indígenas. Esta regla no se condice con el espíritu y con el contenido esencial del principio del plazo razonable, contenido en el artículo 4.e de la ley de consulta. Difícilmente en 30 días se va a poder conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida administrativa, más aun si se tiene que realizar talleres en distintas zonas geográficas. Lo que en los hechos intenta hacer una disposición como esta, es convertir una de las principales etapas del proceso de diálogo, en un requisito si es que no en una formalidad.

Artículo 20º.- Etapa de diálogo

20.1 El diálogo intercultural se realiza respecto de aquellos aspectos en donde se presentan diferencias entre las posiciones de la propuesta de la entidad promotora y las presentadas por el o los pueblos indígenas. Esta debe guiarse por un esfuerzo constante, y de buena fe, por alcanzar acuerdos sobre la medida objeto de consulta.

Ver nuestros comentarios al artículo 14 del Reglamento de la ley de consulta

¿Los derechos de los pueblos indígenas son negociables? Debemos distinguir dos niveles en el dialogo, un nivel que no es negociable donde se encuentran los derechos, y un nivel que si es disponible. En efecto, si bien el Estado y más en concreto, al entidad promotora del proceso de consulta, tiene un margen de discrecionalidad a la hora de dialogar y ponerse de acuerdo con los pueblos indígenas que participan en este proceso, esta facultad no implica un poder y una libertad irrestricta para abordar y disponer de todos los temas. Tiene un límite, el contenido constitucional y el contenido esencial de los derechos de los pueblos indígenas precisados y desarrollados tanto en el Convenio 169 de la OIT como en su desarrollo jurisprudencial por parte del Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y por el Tribunal Constitucional (TC). Estas reglas

son vinculantes y limitan la discrecionalidad del poder político a la hora de dialogar y negociar con el Estado. No siempre lo que aparece como más conveniente y oportuno. La necesidad que los pueblos indígenas cuenten con proyectos de desarrollo claros al momento de participar en el proceso de diálogo con el Estado. Un tema clave en el proceso de consulta previa es que los pueblos indígenas tengan claro cuál es su proyecto de desarrollo y su plan de vida comunal[313] al momento de dialogar con el Estado[314]. De lo contrario, la capacidad de negociación de éstos estará supeditada a la agenda gubernamental y de las empresas extractivas, convirtiéndose en dichos casos el proceso de consulta en una consulta de un "proyecto ajeno a ellos" —valga la redundancia—. En donde los pueblos terminan por aceptar algunos regalos o montos de dinero, ínfimos en relación con las ganancias obtenidas por las empresas y el Estado. En cambio, cuando las comunidades explicitan su proyecto de desarrollo y su plan de vida comunal, su capacidad de negociación será mayor, siendo el desafío en estos casos la compatibilización y el diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas.

Necesidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas al decidir autónomamente su propio modelo de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural. Este derecho está recogido en el artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT y reconoce el derecho de los pueblos indígenas *"de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural."* Adviértase dos derechos, el derecho a que se respete su propio modelo de desarrollo, y luego el derecho a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural. Esto último también está reconocido en el quinto considerando del Convenio 169 de la OIT cuando este precisa: *"Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven".* El contenido del modelo de desarrollo tiene que ver con lo que se ha denominado el *"buen vivir"*[315], principios que ya se hallan

[313] Distinguimos dos conceptos: el proyecto de desarrollo estaría referido fundamentalmente a las actividades económicas que proyectan realizar los pueblos indígenas, mientras que los planes de vida o el proyecto de vida colectivo, sería más amplio y holístico, comprendiendo además de los proyectos de desarrollo, una visión de largo plazo como pueblos, el cual incorporaría objetivos culturales, espirituales, sociales, políticos, etc.

[314] Ciertamente, los proyectos de desarrollo y los planes de vida de los pueblos indígenas, deberán ser elaborados en forma autónoma y de acuerdo a sus necesidades y aspiraciones, en ejercicio de su derecho a la autonomía, de su derecho a la libre determinación y de su derecho al autogobierno.

[315] Ver Comisión Especial Permanente De Los Pueblos Awajun Wampis – Ceppaw, Propuesta de

constitucionalizados en otras cartas políticas. En efecto, el capítulo 2 del Título II de la Constitución ecuatoriana reconoce los derechos del buen vivir. Por su parte el artículo 306 de la Constitución boliviana establece que el modelo económico de estar orientado al vivir bien de todas las bolivianas y bolivianos.

El Derecho al consentimiento libre, previo e informado. Este derecho ha sido parcialmente recogido en el Reglamento de la ley de consulta, y es en este momento del diálogo donde debe ser puesto en la mesa a la hora del diálogo. En virtud de este derecho, en determinados supuestos, el Estado, además de consultar con los pueblos indígenas, cada vez se prevean adoptar medidas que les puedan afectar a los pueblos indígenas, deberá obtener el consentimiento de estos pueblos, para poner en práctica la medida a consultarse. Los supuestos han sido desarrollados normativa y jurisprudencialmente, y son los siguientes: 1) Desplazamiento del territorio (art. 16.2 del Conv. 169 y art. 10 DNUDPI); 2) Mega proyectos a gran escala (Corte IDH Caso Saramaka vs. Surinam, párr. 134 y ss.)[316]; 3) Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos originarios. (art. 29.2 de la DNUDPI); 4) Desarrollo de actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos originarios (art. 30 DNUDPI); Y 5) Art. 4 incisos 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT "Deberán adoptarse las medidas especiales … no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados".

Buen Vivir como Pueblo Awajun Wampis y con el Estado Peruano, Amazonas 2002, pág. 5. En este texto y a manera de ejemplo, para los Awajun "hacer realidad el Buen Vivir con el Bosque exige que en la toma de decisiones y en la distribución de los recursos, en los diferentes niveles – Familia/ Clan, Comunidad, Organización, Municipalidad, Gobierno Regional y Nacional - se priorice: 1. La Protección de las nacientes y de las aguas. Especialmente NO deforestar ni contaminar el bosque virgen en las cabeceras de cuencas; 2. Concientización y apoyo a la población para la reconversión de purmas imitando el bosque natural, con reforestación maderable, frutales y cobertura vegetal con leguminosas; 3. Capacitación y apoyo a la población en el manejo agroforestal, incorporando abonos verdes y cultivos de rotación. La aplicación del Sistema Agroforestal en las Comunidades Awajun Wampis con recomendación de los técnicos expertos; 4. Concientización y apoyo a la población para la crianza de animales menores domésticos, apicultura y piscigranja como parte del sistema agroforestal; 5. Concientización y apoyo a la familia para que pongan en práctica la asociación de cultivos para el consumo y la venta para satisfacer sus necesidades básicas; así como cultivos asociados con plantas medicinales; 6. Reconocimiento a la mujer Awajun Wampis, basadas en el mito de Nugkui, como base fundamental del Buen Vivir, especialmente en la conservación de la Biodiversidad para la Alimentación, Salud y Educación de las actuales y futuras generaciones".

316 La fuerza normativa de la jurisprudencia de la Corte IDH tiene su fundamento en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Pero además, el TC ha precisado que , "En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutiva, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso". STC Nº 00007-2007-PI/TC, f.j. 36).

Necesidad de respetar el derecho a la libre determinación. Este derecho tiene un expreso reconocimiento en los artículos 3 y 4 de la DNUDPI y en el artículo 1.1 del PIDCP y del PIDSCE. En virtud de este los pueblos indígenas determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Se trata del derecho a la libre determinación en sentido estricto y constituye el núcleo duro de este derecho. Esta norma abierta, como toda norma que reconoce un derecho fundamental, con una estructura principialista, tendrá diferentes niveles de concreción y de materialización, en consonancia con otros derechos de los pueblos indígenas. En tal sentido, la libre determinación de los pueblos indígenas tendrá una doble naturaleza, de un lado es un derecho fundamental, y de otro lado es un principio constitucional hermenéutico, orientador del conjunto de disposiciones que reconocen derechos a los pueblos indígenas.

Derecho al autogobierno y a la autonomía en los asuntos internos de los pueblos indígenas. Este es otro derecho que está invisibilizado y que es un componente de la ponderación. Estimamos que este es otro de los derechos más potente políticamente hablando, y está recogido fundamentalmente en el artículo 89 de la Constitución. Dicha norma establece que las comunidades campesinas y nativas son autónomas *"en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece"*. Sin embargo, la norma que mejor regula esta concreción de la libre determinación es el artículo 4 de la DNUDPI, que precisa que *"Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas"*. Algunos hablan del derecho de los pueblos indígenas a mantener y ejercitar sus formas de gobierno y organización social[317]. En todo caso, deberá de interpretarse esta disposición de conformidad el artículo 18 de la DNUDPI, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a *"mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones"*. Asimismo, dicha norma debería de ser interpretada en consonancia con el artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT cuando precisa que los pueblos indígenas *"deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos"*. De igual manera, esta norma debe ser interpretada en concordancia con el artículo 5.b del mismo Convenio que establece

[317] Roque Roldán Ortega, Manual para la formación en derechos indígenas. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales, COICA, Inwent, Alianza del Clima, Quito, 2004, pág. 211.

que se *"deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de esos pueblos"*, y con el artículo 9 del Convenio que exige se respeten *"los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros"*. Resulta aplicable al caso de la autonomía de los pueblos indígenas, la jurisprudencia del TC en materia de autonomía de los gobiernos regionales y locales, sobre todo cuando diferencia la autonomía de la autarquía. La primera es cuando este autogobierno se encuadra y respeta el ordenamiento jurídico, la segunda, es cuando, intenta desconocer a esta, careciendo esta última de cobertura constitucional. Como dice el TC en relación con los gobiernos subnacionales, "La autonomía debe ser realizada con pleno respeto del ordenamiento jurídico toda vez que *"no supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél"*[318].

Participación en la formulación de planes de desarrollo. El artículo 7.1 va más allá de la simple participación y cooperación de los pueblos indígenas. Según este, *"Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente"*. En esa misma línea tenemos el artículo 6.1.b del Convenio que precisa la obligación del Estado de establecer "los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan". Similar redacción podemos encontrar en el artículo 27.2 del Convenio 169 de la OIT, cuando obliga al Estado a promover la participación de los pueblos indígenas *"en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar"*.

Derecho a participar en la administración de los recursos naturales. Este derecho tiene cobertura normativa en el artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT, y en virtud de él, los pueblos indígenas tienen derecho a *"participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos"*. Este derecho resulta fundamental, toda

[318] STC Nº 007-2001-AI/TC, f.j. 6.

vez que la sobrevivencia de los pueblos indígenas depende y está supeditada al acceso a los recursos naturales necesarios. Como señala el artículo 23.1 del Convenio *"las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos"*.

Derecho a que el Estado tome decisiones con la participación y cooperación de los pueblos indígenas. Este derecho adquiere diferentes concreciones: 1) en el artículo 2.1 del Convenio 169 se hace referencia a la obligación del Estado de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, *"una acción coordinada y sistemática"* con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad; 2) en el artículo 5.c del Convenio, se exige al Estado *"adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo"*; 3) el artículo 7.2 del Convenio vuelve a reconocer esta *"participación y cooperación"* en el *"mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados"*; 4) el artículo 22.1 del Convenio, cuando establece la obligación de tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general. En el artículo 22.2, se precisa la participación de los pueblos indígenas, cuando *"los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados"*; 5) en el artículo 23.1 se obliga al Estado a fortalecer y fomentar un conjunto de actividades que garantizan en concreto la subsistencia de los pueblos indígenas. En palabras del Convenio, *"Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades [de subsistencia]"* (Subrayado nuestro).

Artículo 20º.- Etapa de diálogo

20.2 En el caso de medidas legislativas o administrativas de alcance general, la etapa de diálogo se realiza en la sede de la entidad promotora, salvo que las partes elijan una sede distinta, la cual debe contar con las facilidades que permitan el adecuado desarrollo del proceso.

20.3 En el caso de consulta de actos administrativos, la etapa de diálogo se realizará en un lugar que facilite la participación de los o las representantes del o de los pueblos indígenas.

20.4 Si algún pueblo indígena, que ya es parte del proceso de consulta al haber sido

debidamente informado y convocado, no participara en la etapa de diálogo, y en tanto aún no se haya firmado el Acta de Consulta, puede incorporarse al proceso, previa presentación de sus aportes y aceptando el estado en el que se encuentra el proceso al momento de su incorporación, incluyendo los acuerdos que ya se hubieran adoptado.
20.5 La entidad promotora deberá, en caso sea necesario y para el desarrollo de esta etapa, cubrir los costos de los traslados, alimentación y alojamiento de los o las representantes del o de los pueblos indígenas y de los miembros de organizaciones representativas indígenas necesarios para el desarrollo del proceso de consulta; de conformidad con lo señalado en el artículo 26º del Reglamento.
20.6 El período máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes.
20.7 En el desarrollo de la etapa de diálogo se observarán las siguientes reglas mínimas:
a) El o los pueblos indígenas tienen el derecho de usar su lengua nativa o el idioma oficial. Cuando alguna de las partes desconozca el idioma del interlocutor se contará con los intérpretes respectivos.
b) Al iniciar la etapa de diálogo, la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa debe realizar una exposición sobre los desacuerdos subsistentes al terminar la etapa de evaluación interna sobre la base de los documentos que las partes presentaron al finalizar dicha etapa. Realizada esta presentación se inicia el proceso de búsqueda de consenso.

Ver nuestros comentarios al artículo 14 del Reglamento de la ley de consulta

Los plazos del proceso de consulta son muy ajustados. Según el artículo 24 del reglamento, todo el proceso de consulta contado a partir de la propuesta de medida administrativa debe duras no más de 120 días calendario. Si bien lo que se busca es dotar de seguridad jurídica, este principio debe ser adecuadamente ponderado con las dificultades para realizar el proceso de consulta, y con la heterogeneidad de casos. Como el mismo artículo 19.1 del reglamento lo señala, los plazos deben ser razonables, admitiéndose cierta elasticidad en atención a las circunstancias de cada caso. En definitiva, los estrechos plazos de la consulta en el Reglamento desnaturalizan el "proceso" de consulta. Esto compromete el principio de buena fe del Estado, el cual establece según el TC "que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran" (exp. Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 30). No olvidemos que la buena fue en tanto característica esencial de la consulta y principio rector forma parte del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta de conformidad, tal como lo ha

establecido el TC (exp. Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 37). En realidad, lo ajustado de los plazos de la consulta previa revela que el Estado concibe a la consulta como un trámite o como un requisito más, pero no como un verdadero *"proceso"* de diálogo intercultural. Asimismo, desconoce la complejidad de los procesos interculturales, así como las barreras geográficas, idiomáticas y culturales que hay que enfrentar. Finalmente, se viola el principio de flexibilidad recogido en el propio Reglamento.

La obligación del Estado de proteger los derechos lingüísticos. No debemos de perder de vista que el derecho a hablar tu propio idioma es un derecho constitucional. El artículo 2.19 de la Constitución reconoce que *"Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete"*. Para el TC[319], *"el derecho a usar el idioma propio es una expresión de su identidad cultural [y si bien] se proclaman como derechos individuales, no puede desconocerse la dimensión colectiva que se asocia a la mayoría de ellos, puesto que el uso de una lengua no tiene sentido individualmente y porque la lengua no sólo es una forma de comunicarse sino que también es una forma de expresar una identidad y un sentir colectivo. […] Y precisamente lo establece [los derechos lingüísticos reconocidos en el artículo 2 inciso 19 de la CP] para asegurar el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales, como es el caso del derecho de defensa"*[320]. Será César Landa en un voto singular quien precise de forma más clara la obligación del juez y se entiende de todo funcionario público en relación con los derechos lingüísticos. Precisa que la labor del juez se realiza en un tiempo y en un espacio específico y concreto. Señala que *"En el espacio por cuanto tiene que situarse en un lugar específico con una realidad concreta y determinada, que puede no ser una realidad que resulte necesariamente familiar para él, pero por su labor jurisdiccional está obligado a analizar y valorar al momento de adoptar sus decisiones"*[321]. Termina el TC exhortando al Gobierno, al Legislador y específicamente a las entidades vinculadas con el sistema de administración de justicia a *"desarrollar planes e implementar programas para el aprendizaje de las diversas lenguas indígenas nacionales […] sólo se respeta, en los procesos y procedimientos, el contenido esencial del derecho fundamental a expresarse en su propia lengua, cuando en efecto se puede hacer valer los recursos judiciales y administrativos, orales o escritos, en su lengua originaria, sino también cuando la autoridad judicial o administrativa que vaya a decidir una controversia debe tener también un mínimo conocimiento de ella*

319 STC Exp. No 04719-2007-HC, f. j. 11.
320 Ibídem, f.j. 12 al 14.
321 STC Exp. No 00006-2009-AI, voto singular de Landa Arroyo, f.j. 1.

o contar con un intérprete; de modo tal que se garantice plenamente el derecho a la tutela procesal efectiva y el derecho al debido proceso y al procedimiento"[322].

Artículo 21º.- Suspensión y abandono del proceso de diálogo

21.1 Si durante el proceso de consulta se produjeran actos o hechos ajenos a las partes que perturbaran el proceso de diálogo, la entidad promotora suspenderá el mismo hasta que se den las condiciones requeridas, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación. La decisión de suspensión se sustentará en un informe motivado sobre los actos o hechos que afectan el proceso de diálogo, no pudiendo dicha suspensión o la suma de ellas, de ser el caso, superar el plazo de quince (15) días calendario.

Cumplido ese plazo la entidad promotora podrá convocar al diálogo en un lugar que garantice la continuidad del proceso, en coordinación, de ser posible, con los o las representantes del o de los pueblos indígenas.

En cualquier caso, la entidad promotora pondrá fin al proceso de diálogo si el incumplimiento del principio de buena fe impidiera la continuación del proceso de consulta, elaborando un informe sobre las razones que sustentan dicha decisión, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación, de ser el caso, luego de lo cual se pasará a la etapa de decisión.

21.2 El o los pueblos indígenas pueden desistirse, no continuar, o abandonar el proceso de consulta. Las entidades promotoras deben agotar todos los medios posibles previstos en la Ley y el Reglamento para generar escenarios de diálogo. Si luego de lo señalado no es posible lograr la participación del o de los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, la entidad promotora dará el proceso por concluido, elaborando un informe que sustente la decisión adoptada, dentro del plazo de la etapa de diálogo.

Necesidad de diferenciar la ausencia de interés en participar en los procesos de consulta de la falta de garantías para la realización de este[323]**.** La primera solo debe conducir a la conclusión del proceso de consulta, la segunda le exige al Estado asegurar las condiciones mínimas para la realización de un proceso de consulta. Esto último ocurre por ejemplo, cuando el Estado no brinda a los pueblos indígenas información oportuna y pertinente, empleando métodos y procedimientos culturalmente adecuados, respecto de los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida que se prevé adoptar, a fin de que los representantes de los pueblos indígenas realicen una

322 STC Exp. No 00006-2009-AI, voto singular de Landa Arroyo, f. j.5.

323 Recogemos algunos supuestos contenidos en el proyecto de ley de consulta elaborado por Pedro García Hierro para AIDESEP.

evaluación de sus causas y efectos. Incluso en caso de que lo consideren necesario, estos podrán solicitar información adicional o el asesoramiento técnico necesario. Otro supuesto puede ser cuando el Estado no se cuenta por ejemplo con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta y que cuenten con el aval del pueblo consultado, o cuando no se cuenta con una metodología intercultural, lo que implica sensibilizar y capacitar a las autoridades y a los representantes indígenas con herramientas que permitan el diálogo intercultural respetando las costumbres y formas de aprendizaje de cada grupo o sector participante.

Tampoco hay condiciones si no hay asesores técnicos, se carece de la imparcialidad necesaria o se plantean plazos ajustados. Los pueblos indígenas y sus instituciones representativas deben contar con asesores durante el proceso de consulta. No se puede negar nunca la presencia ni la palabra de los asesores técnicos cuando esa presencia es reclamada o esa voz es solicitada por los participantes indígenas. De igual manera, tampoco existen condiciones si los entes del Estado pierden estricta neutralidad en el cumplimiento de las funciones que se les encargue. Finalmente, no hay condiciones cuando los plazos por el Estado son irrazonables, pues no permiten a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas frente a las medidas previstas por el Estado.

Artículo 22º.- Acta de consulta

22.1 En el Acta de Consulta deben constar, de ser el caso, los acuerdos adoptados, señalando expresamente si los mismos son totales o parciales. En caso de no existir acuerdo alguno, o cuando el acuerdo es parcial, debe quedar constancia de las razones del desacuerdo parcial o total.

22.2 El Acta será firmada por los o las representantes del o de los pueblos indígenas y por los funcionarios y funcionarias debidamente autorizados de la entidad promotora. De negarse a firmar el Acta, se entenderá como una manifestación de desacuerdo con la medida, y se pasará a la etapa de decisión.

Debería haber mayor participación del Viceministerio de Interculturalidad. Este debe velar porque los acuerdos adoptados no violen los derechos de los pueblos indígenas a los largo de todo el proceso de consulta, y especialmente al momento de la elaboración y suscripción del acta. La función del Viceministerio de Interculturalidad debe en definitiva, equilibrar los desequilibrios de poder en el diálogo entre las partes.

Pluralidad en los equipo de relatoría. Las funciones de la relatoría y la secretaría de todo el proceso de consulta deben corresponder a equipos mixtos integrados por

representantes de ambas partes. Los borradores de las Actas deberán ser cotejados con los mandantes de éstas y en casos de conflicto, se volverá a plantear a los consultados los puntos en los que haya inconformidad. Esto es muy importante para garantizar que las actas representen los acuerdos de las partes[324].

Artículo 23º.- Etapa de decisión

23.1 La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por el o los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias directas que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados ratificados por el Estado Peruano.

23.2 De alcanzarse un acuerdo total o parcial entre el Estado y el o los pueblos indígenas, como resultado del proceso de consulta, dicho acuerdo es de carácter obligatorio para ambas partes.

23.3 En caso de que no se alcance un acuerdo y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida. Los o las representantes que expresen su desacuerdo tienen el derecho de que el mismo conste en el Acta de Consulta.

Ver nuestros comentarios al artículo 15 del Reglamento de la ley de consulta

No podemos olvidar que la pobreza en la que viven los pueblos indígenas en aquellas zonas donde se desarrollan proyectos extractivos. Según la OIT *"la reducción de la pobreza es un motivo de preocupación esencial para los pueblos indígenas, ya que existe una desproporción en la representación que ellos tienen entre los pobres"*[325]. Añade que *"los pueblos indígenas con frecuencia terminan siendo las víctimas del desarrollo en lugar de ser sus beneficiarios. Mientras que la construcción de infraestructura, la explotación del petróleo, la explotación forestal y la minería han contribuido al crecimiento económico de determinados sectores de la sociedad, las*

[324] Recogemos algunos supuestos contenidos en el proyecto de ley de consulta elaborado por Pedro García Hierro para AIDESEP.

[325] Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT, Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Lima, 2009, pág. 117.

consecuencias para los pueblos indígenas a menudo han sido devastadoras. Sufrieron el despojo de sus tierras, la desaparición de sus bosques y la contaminación de sus ríos. Por lo tanto, han sido despojados de sus medios de vida, a menudo sin recibir ninguna compensación ni acceso a medios de vida alternativos"[326]. En esa misma línea, el Relator de las NNUU de los derechos de los pueblos indígenas sostiene que la implementación de proyectos extractivos es la causa de la violación de los derechos de los pueblos indígenas. Según este, *"los proyectos de extracción de recursos naturales y otros grandes proyectos de desarrollo llevados a cabo en territorios indígenas o en proximidad de ellos constituyen una de las fuentes más importantes de abuso de los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo. En su forma prevaleciente, el modelo de extracción de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas parece socavar la libre determinación de los pueblos indígenas en las esferas política, social y económica"*[327].

El deber estatal de garantizar la supervivencia y los pueblos indígenas debe quedar más claro. Precisa el artículo 23.3 del Reglamento, que en caso que no haya acuerdo, *"le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida"*. (Subrayado nuestro). Nos parece que la redacción no es la más adecuada. No es una facultad del Estado sino una obligación jurídica la protección de los derechos de los pueblos indígenas. No se pueden realizar actividades extractivas si ellas ponen en peligro la subsistencia y la sobrevivencia de un pueblo indígena. La Corte IDH es clara al sostener en jurisprudencia vinculante que el Estado no puede otorgar una concesión, ni aprobar un plan o proyecto de desarrollo o inversión, que pueda afectar la supervivencia del pueblo indígena de conformidad con sus modos ancestrales de vida. Precisa que el Estado puede restringir el derecho de un pueblo indígena o tribal al uso y goce de las tierras y recursos naturales que tradicionalmente les pertenecen, *"únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos allí establecidos y, además, cuando no deniegue su supervivencia como pueblo indígena o tribal"*. (Corte IDH, Saramaka, párr. 128). Debe entenderse que no se puede realizar actividades extractivas si ellas ponen en peligro la subsistencia y la sobrevivencia de un pueblo indígena. La Corte IDH es clara al sostener que el Estado puede restringir el derecho de un pueblo indígena o tribal al uso y goce de las tierras y recursos naturales que tradicionalmente

326 Ibídem.

327 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos. 11 de julio de 2011. A/HRC/18/35.

les pertenecen, *"únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos allí establecidos y, además, cuando no deniegue su supervivencia como pueblo indígena o tribal"*. (Corte IDH, Saramaka, párr. 128). Añade que *"respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes"* (Corte IDH, Saramaka, párr. 128)[328].

La protección de las actividades tradicionales de los pueblos indígenas como contenido esencial del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas. La protección de estas actividades es importante pues garantizan la subsistencia de los pueblos indígenas, actividades que muchas veces son puestas en peligro por las actividades extractivas. Como señala el artículo 23.1 del Convenio 169, *"las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades"*. No cualquier proyecto de desarrollo tiene cobertura constitucional. El artículo 44 de la Constitución exige que el desarrollo sea adecuado y equilibrado, en este caso con los pueblos indígenas, no afectando por ejemplo, sus actividades tradicionales para acceder a los recursos naturales que garantizan su supervivencia.

El derecho al desarrollo de los pueblos indígenas debe tener como objetivo mejorar su calidad de vida de acuerdo con sus propias costumbres. Según el artículo 7.2 del mismo Convenio, *"El mejoramiento de las condiciones de vida […] del nivel*

[328] Sobre la diferencia entre sobrevivencia y existencia la Corte ha señalado que "la frase 'supervivencia como una comunidad tribal' debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de 'preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio', de tal forma que puedan 'continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (…)'. Por tanto, el término 'supervivencia' significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física". (Corte IDH, Saramaka, párr. 37). La Corte enfatizó en la Sentencia que la frase "supervivencia como una comunidad tribal' debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de 'preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio', de tal forma que puedan 'continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (…)'. Por tanto, el término 'supervivencia' significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física". (Corte IDH, Saramaka, párr. 37).

de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento". En esa misma línea, la Corte IDH establece que *"Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria"*[329].

La extinción del un pueblos indígenas afecta el pluralismo cultural. La extinción de los pueblos indígenas viola el principio del pluralismo cultural y el derecho a la identidad cultural reconocidos en el artículo 2.19 de la Constitución tiene mayor importancia y peso abstracto en el caso concreto de las actividades extractivas que las libertades económicas, y en concreto que el derecho a la libertad de empresa, recogido en el artículo 59 de la Constitución. Además, en esta misma norma constitucional se reconoce de forma clara que, las libertades económicas no son absolutas, sino que están limitadas por otros principios jurídicos entre los que destaca la salud.

No tiene fundamento constitucional priorizar un solo bien jurídico y dejar los otros de lado[330]. La promoción del desarrollo a través de la explotación de los recursos naturales, contenido en el artículo 44 y 59 de la Constitución, si bien es un bien jurídico constitucional relevante y digno de protección, no es el único contenido en nuestro ordenamiento constitucional. Así por ejemplo, cuando uno escucha al Presidente Ollanta Humala declarar que *"Conga va"*, parece que la necesidad de contar con recursos económicos para la gran transformación es la única razón que cuenta en la solución de los conflictos sociales[331]. Al parecer, todas las demás razones, sean estas jurídicas o

[329] Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125, párr. 166.

[330] Recogemos lo desarrollado en el artículo El dilema del Gobierno en el caso Conga: Imponer su voluntad o armonizar los diversos intereses y derechos en conflicto,, el cual puede ser revisado en: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=840.

[331] El Gobierno ha sostenido que Conga básicamente por tres motivos: a) Necesitamos recursos fiscales para solventar las políticas sociales del Gobierno: "el proyecto Conga le va a permitir al Estado la gran transformación". http://www.larepublica.pe/16-11-2011/ollanta-humala-sobre-conga-queremos-el-agua-y-el-oro; b) La indemnización a Yanacocha sería altísima si es que no realiza

constitucionales, deberán subordinarse a esta. Esta actitud de "esencializar" las actividades extractivas y hacer de la necesidad de recursos, un dogma o pensamiento único, resulta cuestionable desde una perspectiva constitucional. No obstante, el Gobierno olvida que existe un conjunto de principios, valores y derechos que merecen igual protección: El derecho a vivir y disfrutar de un medio ambiente adecuado y equilibrado, el derecho a la integridad física y a la salud de la población aledaña, el derecho al agua, los derechos de los pueblos indígenas en general y de manera concreta, el derecho al territorio y a los recursos naturales. El fundamento de esto es la propia fuerza normativa de la Constitución reconocida en los artículos 51, 45 y 138.

La solución que aporta la Constitución no es la imposición si no la armonización de los bienes jurídicos involucrados. Todos los bienes jurídicos constitucionales, es decir, el conjunto de valores, derechos y principios contenidos en la Constitución deben ser protegidos. En la vida cotidiana, estos entran en tensión o en colisión constantemente (libertad de expresión vs honor, libertad de reunión vs. orden público, etc.). ¿Qué hacer entonces? Hay dos opciones, primero intentar armonizar los bienes jurídicos en conflicto, tratar de compatibilizarlos a efecto de optimizarlos. Ahora en caso que ello no sea posible, se deberá optar por aquellos bienes jurídicos que tengan un mayor peso o importancia constitucional o que tengan una relación más estrecha con la vida, la dignidad, la salud, es decir, con derechos que son condición de otros. Esto lo saben los constitucionalistas y lo hace todo tribunal o corte constitucional[332], y se hace a través de la ponderación constitucional en aplicación del test de proporcionalidad, el cual permite evaluar cuando una restricción de derechos es idónea, necesaria y proporcional. El Tribunal Constitucional en doctrina jurisprudencial vinculante[333] ha señalado que el presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y/o una decisión que afecta alguno de los dos.

Conga. http://www.larepublica.pe/23-01-2012/si-yanacoha-nos-denuncia-la-indemnizacion-seria-enorme; c) Hay un tema de seguridad jurídica (nos dejaron un embarazo de seis meses). "es un hecho jurídico que no se puede desconocer". http://www.larepublica.pe/31-12-2011/humala-hablo-sobre-conga-y-reconocio-gestion-de-lerner-para-el-gravamen-minero; y finalmente tenemos la propuesta de Salomón Lerner, para quien hay Un fondo social y otro ambiental: http://peru21.pe/2011/12/02/actualidad/lerner-yanacocha-tendra-que-aceptar-fondo-social-y-otro-ambiental-2001519.

[332] Como dice el TC en la sentencia 03343-2007-AA en su parte resolutiva, "queda prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos…". (subrayado nuestro).

333 STC No 01209-2006-PA/TC, f.j. 55.

La Constitución no sólo exige la observación de procedimientos si no que el contenido de las decisiones se ajuste a sus preceptos. Existe una estrecha relación entre el Constitucionalismo y la democracia. En efecto, el Estado Constitucional de Derecho permite enriquecer el concepto de democracia, pasando de una noción formal y adjetiva a una noción sustancial. La Constitución garantiza las dos dimensiones de la democracia. No sólo exige el respeto de normas de procedimiento, referidas a quién y cómo toma las decisiones, se entiende, democráticamente. También asegura una dimensión sustancial de la democracia, cuya observancia define la validez de lo anterior. En este caso, garantizan esta dimensión las normas sustanciales referidas a qué cosa se debe o no se debe decidir, identificándose con los derechos constitucionales que el Estado no debe violar. En otras palabras, Constitución no solo exige *"cómo"* se toman decisiones sino *"qué"* decisiones se toman. La democracia ya no serán elecciones periódicas y el respeto a determinados procedimientos, sino que democracia también significará respeto a un conjunto de derechos, principios y valores constitucionales.

La insoslayable obligación del Gobierno de dar las razones de su decisión. El Gobierno puede decidir impulsar Conga o rechazarla, poner condiciones o no, puede, en general, optar por autorizar proyectos extractivos que causen un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro camino es su derecho, pero, razonar el por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto"[334]. Señala con razón Tomás Ramón Fernández que *"Por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza especifica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titularidad […] ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como poder legítimo"*. El TC es muy claro en reconocer que el requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. Según este, *"la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica"*[335].

[334] Hacemos nuestras las palabras de Tomás Ramón Fernández recogidas por la sentencia del TC en 0090-2004-AA/TC, f. j. 12.

[335] STC Nº 0090-2004-AA/TC, f. j. 12.

Algunas preguntas que el Gobierno debería de hacerse han de tomar la decisión final al final de cada proceso de consulta:

1. ¿Qué actividades (compra de tierras, talleres informativos, entrega de regalos, reparto de medicinas, útiles escolares, calaminas, etc,) y qué ofrecimientos ha realizado la empresa beneficiada con la medida a consultarse, a efectos de lograr la aceptación de las comunidades afectadas?
2. ¿Qué tan lícitas han sido estas gestiones por parte de la empresa desde la perspectiva de la buena fe contemplada en el Convenio 169 de la OIT, la ley de consulta, el reglamento y la sentencia del TC 00022-2009-PU/Tc?
3. ¿Cuál es el valor y la importancia que el ordenamiento jurídico constitucional les asigna a los pueblos indígenas
4. ¿Cuál es el proyecto de desarrollo y el plan de vida de los pueblos indígenas y cuál es la compatibilidad de estos con el proyecto extractivo que el Estado pretende implementar?;
5. ¿Cuáles son los derechos de los pueblos indígenas que serán afectados por la medida a consultarse?
6. ¿Qué tan graves son los impactos que las actividades extractivas y de otro tipo generarán en el territorio y en general en el hábitat de los pueblos indígenas?;
7. ¿Los impactos de las actividades extractivas porque ponen en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas?;
8. ¿En qué medida se afecta el contenido constitucional protegido de los derechos al territorio, a los recursos naturales, a la vida, a la salud, a la identidad cultural, al proyecto de desarrollo, a la libre determinación, a la integridad física y cultural, a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida?
9. ¿Serán reversibles los impactos que generaran las actividades extractivas en los territorios de los pueblos indígenas?
10. ¿Se pondrá en peligro el acceso a los recursos naturales que garantizan la subsistencia de los pueblos indígenas?;
11. ¿Qué tan seria, técnicamente capaz e independiente es la institución que ha elaborado el Estudio de Impacto ambiental y que tan objetivas son sus conclusiones?;
12. ¿Han evaluado los EIA los impactos sociales culturales, y espirituales en los pueblos indígenas?;
13. ¿Cómo se van a beneficiar los pueblos indígenas de las actividades extractivas que se realizaran en sus territorios?;

14. ¿El medio ambiente y el hábitat en que viven los pueblos indígenas son un lujo o son un bien natural que busca el equilibrio ante la afectación que se efectúa del medio ambiente en otras zonas del país o del hemisferio?;
15. ¿Cuánto cuesta descontaminar los ríos y en general el medio ambiente donde viven los pueblos indígenas como consecuencia de la explotación de los recursos naturales por las empresas extractivas?
16. ¿A largo plazo, qué es más conveniente para el interés nacional, la existencia de bienes por regalías, canon, impuestos y demás contribuciones derivados de la explotación de los recursos naturales, o la existencia y protección de dichos recursos naturales para las generaciones presentes y futuras, más aún si dichos ecosistemas constituye el hábitat de los pueblos indígenas?;
17. ¿La necesidad de recursos para solventar las políticas sociales por el actual gobierno, la seguridad jurídica y la altísima indemnización son criterios "jurídicos constitucionales" suficientes para definir la prevalencia de la medida consultada sobre los derechos de los pueblos indígenas y sobre el medio ambiente?;
18. ¿Es posible armonizar la medida consultada más aún en el caso que sea una actividad extractiva, con el plan de vida y con el proyecto de los pueblos indígenas?
19. ¿Cuáles son los argumentos para priorizar uno sobre otro?

Si están de por medio derechos constitucionales, la última palabra no la tiene el Gobierno sino la Constitución y el Convenio 169 de la OIT. Esto es lo que algunos sectores del gobierno no terminan de entender. En casos de conflictos graves, y siempre y cuando se afectan derechos constitucionales, la última palabra no la tiene el poder político sino el juez constitucional, el cual se pronunciará en un proceso de amparo, de inconstitucionalidad, etc. Hay decisiones que no están en el ámbito de discrecionalidad del poder político, pues han sido adoptadas por el poder constituyente cuando ha reconocido determinados derechos. Ese ámbito está referido a los límites que la Constitución establece, fundamentalmente a los derechos constitucionales en general y a los pueblos indígenas en el caso de los procesos de consulta. La última palabra entonces la tiene la Constitución y el Convenio 169 de la OIT.

Artículo 24º.- Plazo máximo del proceso de consulta

El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta.

Los plazos del proceso de consulta son muy ajustados. Según el artículo 24 del reglamento, todo el proceso de consulta contado a partir de la propuesta de medida administrativa debe durar no más de 120 días calendario. Si bien lo que se busca es dotar de seguridad jurídica, este principio debe ser adecuadamente ponderado con las dificultades para realizar el proceso de consulta, y con la heterogeneidad de casos. Como el mismo artículo 19.1 del reglamento lo señala, los plazos deben ser razonables, admitiéndose cierta elasticidad en atención a las circunstancias de cada caso. En definitiva, los estrechos plazos de la consulta en el Reglamento desnaturalizan el "proceso" de consulta. Esto compromete el principio de buena fe del Estado, el cual establece según el TC *"que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran"* (exp. Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 30). No olvidemos que la buena fue en tanto característica esencial de la consulta y principio rector forma parte del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta de conformidad, tal como lo ha establecido el TC (exp. Nº 00022-2009-PI/TC, f.j. 37). En realidad, lo ajustado de los plazos de la consulta previa revela que el Estado concibe a la consulta como un trámite o como un requisito más, pero no como un verdadero *"proceso"* de diálogo intercultural. Asimismo, desconoce la complejidad de los procesos interculturales, así como las barreras geográficas, idiomáticas y culturales que hay que enfrentar. Finalmente, se viola el principio de flexibilidad recogido en el propio Reglamento.

Artículo 25º.- Informe de consulta
Culminado el proceso de consulta, la entidad promotora debe publicar en su portal web un Informe conteniendo:
a) La propuesta de medida que se puso a consulta.
b) El Plan de Consulta.
c) Desarrollo del proceso.
d) Acta de Consulta.
e) Decisión adoptada, de ser el caso.
El Informe Final debe ser remitido a los o las representantes del o de los pueblos indígenas que participaron en el proceso de consulta.

¿Una o varias consultas? Según la Segunda Disposición complementaria, transitoria y final, *"Cuando una medida administrativa ya consultada requiera, para dar inicio a las actividades autorizadas por ella, de la aprobación de otras medidas administrativas de carácter complementario, estas últimas no requerirán ser sometidas a procesos de consulta"*. Esta norma debe ser aplicada en concordancia con la 4ta Disposición complementaria, transitoria y final, que señala que *"No requerirá proceso de consulta aquella medida administrativa que apruebe el reinicio de actividad, en tanto no implique*

variación de los términos originalmente autorizados". Sobre el particular debemos de señalar que en la actividad minera o petrolera, existen varias etapas y en consecuencia varias decisiones estatales que afectan de diferente manera y en diferentes momentos a los pueblos indígenas. En la medida que esta sea sustancial y relevante deberá de ser consultada, en la medida en que afecte los derechos de los pueblos indígenas. Ciertamente, ello deberá de hacerse, sin afectar el principio de gobernabilidad (00023-2005-AI/TC, f.j. 47.b) y de la facultad de gobierno que le asisten al Poder Ejecutivo (art. 118.3 de la Constitución).

Necesidad de revisar los resultados de la consulta previa. Este es un tema sobre el cual no se pronuncia ni la ley ni el reglamento, sin embargo, debería de ser incorporado, cuando aparezcan circunstancias nuevas y no previstas o se conozca información relevante que puede alterar las condiciones de implementación de una medida, o siempre que se demuestre fehacientemente que se actuó con mala fe durante el proceso de consulta previa, los pueblos indígenas pueden solicitar nuevas consultas para adoptar las determinaciones pertinentes. Como sostiene el proyecto presentado por AIDESEP y elaborado por Pedro García Hierro, en cualquier caso, el consentimiento o los acuerdos alcanzados sobre determinado proyecto o iniciativa no implican la renuncia de ninguno de los derechos fundamentales de la persona. En caso de comprobarse un nivel de riesgo o de afectación de derechos mayor del previsto, o cuando las consecuencias de las medidas previstas suponen en la práctica una amenaza de mayor gravedad que la que se diagnosticó originalmente, la decisión deberá ser revisada en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y el Convenio Nº 169 de la OIT en particular.

Artículo 26º.- Financiamiento del proceso de consulta
26.1 En el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponde a la entidad promotora financiar los costos del proceso de consulta.
26.2 En el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida.
26.3 Las entidades promotoras identificarán o modificarán en sus TUPA los procedimientos a los que se le aplique el presente artículo.

¿Quién paga la consulta de las medidas administrativas de alcance general? La norma no es clara, pues por un lado dice en el artículo 26.1 que los costos de las medidas legislativas y administrativas de alcance general serán asumidos por la entidad promotora, pero en la décimo sexta disposición complementaria, transitoria y final del mismo reglamento, precisa que *"La aplicación de la presente norma se hará con cargo*

al presupuesto institucional de las entidades promotoras correspondientes sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público". Acá hay una contradicción insalvable. La única manera de resolver esto es pidiendo para el siguiente año más presupuesto en el pliego respectivo. Si esto no es posible habrá que sacrificar algún pliego presupuestal distinto.

No queda claro quién asumirá el costo de la consulta de los actos administrativos donde no hay interesado. Efectivamente, el artículo 26.2 señala que *"En el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida"*. Deberemos de entender que es el particular que tiene interés en la media a ser consultada, el que asumirá el costo, es decir, recaerá fundamentalmente en las empresas. Lo que no queda claro, es quién asumirá, este pago cuando no hay un interesado. En otras palabras, la pregunta es fuera de estos casos, es decir, cuando no hay ningún particular interesado en la medida, si no que es el propio gobierno el interesado en la medida, quien asumirá el pago, deberá incorporar el respectivo pliego presupuestal para el siguiente año, a efectos que este sea considerado.

La financiación del proceso de consulta. Este tema es más importante si tenemos en cuenta la carencia de recursos económicos de los pueblos indígenas. La obligación del Estado no se agota en la aprobación de un marco normativo garante de los derechos de los pueblos indígenas, debe garantizar en forma efectiva la protección de los derechos de estos. Hay que recordarle al Estado, lo precisado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta refiere que *"una buena práctica el que los Estados adopten y promulguen normas en su derecho interno que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros, pero la legislación jurídicamente favorable "por sí sola no puede garantizar los derechos de estos pueblos"*. Los Estados deben dar una implementación práctica efectiva a las normas constitucionales, legales y reglamentarias de su derecho interno que consagran derechos de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros, para así asegurar el goce real y efectivo de tales derechos"[336].

Artículo 27º.- De la consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional.

27.1 Las medidas legislativas o administrativas de alcance general, incluyendo los planes y programas, sólo serán consultadas en aquellos aspectos que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

[336] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010, pág. 10.

Criterios para evaluar la afectación directa a los pueblos indígenas de los decretos legislativos. Se deberán de aplicar los mismos criterios establecidos en la sentencia 00022-2009-PI. Esta norma identifica tres tipos de normas, las primeras son las normas específicas directamente referidas a los pueblos indígenas, las cuales deben ser consultadas indefectiblemente. Luego tenemos las normas generales, es decir las que están dirigidas a un universo general. Aquí podemos encontrar dos tipos de normas, las normas generales que afectan directamente a los pueblos indígenas, es decir que modifican *"directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial"* (f.j. 21). Estas normas está claro que deberán ser consultadas. Finalmente tenemos, las normas generales que afectan indirectamente a los pueblos indígenas, las cuales no deberán ser consultadas. En palabras de la referida sentencia *"En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta."* (f.j. 21)

La afectación de los pueblos indígenas de las medidas normativas. Nos parece muy restrictivo el criterio. Se considera que una medida legislativa afecta directamente a los pueblos indígenas cuando esta repercute en los pueblos indígenas o porque aun cuando no está referida a estos, del contenido material de la medida normativa se desprende una posible afectación de tales pueblos en ámbitos que les son propios. Deberán ser consultadas no solo las normas que imponen restricciones o limitaciones a los pueblos indígenas (afectación negativa) sino incluso las que confieren beneficios, realizan u optimizan el contenido y el ejercicio de un derecho de los pueblos indígenas (afectación positiva). La denominación de la disposición no es el criterio para evaluar la afectación directa, sino el análisis específico de los efectos que ella ocasiona en los pueblos indígenas. Proponemos los siguientes criterios a tenerse en cuenta:

a. Cuando la medida normativa están referidos a los derechos de los pueblos indígenas,
b. Cuando la medida normativa afecta en concreto y de manera directa el territorio, el hábitat tradicional y los recursos naturales de determinados pueblos indígenas,
c. Aun cuando no se afecte derechos de los pueblos indígenas, estas medidas

normativas afecten sus vidas, identidad, creencias, instituciones y bienestar espiritual o a las tierras que ocupan y/o utilizan de alguna manera, así como a su propio desarrollo económico, social y cultural,

d. Cuando la medida normativa puedan generar riesgos en la supervivencia de estos pueblos, sea porque pongan en peligro en peligro el acceso a los recursos naturales que permiten la subsistencia de estos, o cuando se ponen en peligro sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y a la salud y derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado de sus miembros.

Artículo 27º.- De la consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional.

27.2 Para tal fin, se consultará al o los pueblos indígenas, a través de sus representantes elegidos de acuerdo a sus propios usos y costumbres.

27.3 El proceso de consulta a los pueblos indígenas referido en el inciso anterior, se realizará a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida.

27.4 Conforme al numeral 8 del artículo 118º de la Constitución Política del Perú, las medidas reglamentarias no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes, por lo que no pueden cambiar la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas previstos en la ley. Sin perjuicio de lo anterior, podrían utilizarse los mecanismos de participación ciudadana previstos en la legislación, distintos a la consulta, conforme lo señala el Convenio 169 de la OIT.

Necesidad de no excluir a las organizaciones representativas nacionales de los pueblos indígenas. Si bien como regla general se debe consultar a la población susceptible de ser afectada, debe invitarse también a las organizaciones representativas de nivel nacional, pues las organizaciones regionales y fundamentalmente las locales son débiles, y vulnerables a la presión. Existe consenso que las organizaciones representativas de los pueblos indígenas participen en términos generales, sin embargo, lo que no existe consenso, es si las organizaciones representativas nacionales de los de pueblos indígenas participarán en las consultas previas, cuando la afectación a los pueblos indígenas sea local o en zonas pequeñas. No se trata de sospechas infundadas, en estos momentos el Viceministerio de Interculturalidad ha anunciado que se consultará la celebración del contrato del lote 1AB, sin embargo, no ha quedado claro si se invitará a las organizaciones nacionales. Ciertamente tiene sentido priorizar a los pueblos indígenas directamente afectados, pero no tiene justificación excluir a las organizaciones representativas, más si tenemos en cuenta que, las organizaciones

locales son vulnerables a la presión del Estado en un contexto de asimetría de poder, y que estas adolecen de equipos de asesoría técnica.

Pueblos indígenas a ser consultados. Las medidas normativas de alcance nacional deberán ser consultadas con las organizaciones representativas de nivel nacional de los pueblos indígenas. Si la medida normativa es de alcance nacional y general, pero su aplicación e implementación puede incidir o afectar especialmente a pueblos indígenas de determinados ámbitos del territorio nacional, las organizaciones representativas regionales y hasta locales de dichos pueblos deben ser incorporadas al proceso de consulta, en calidad de sujetos titulares de la consulta.

Artículo 27º.- De la consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional.

27.5 Cuando, de manera excepcional, el Poder Ejecutivo ejercite las facultades legislativas previstas en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú, se consultará aquellas disposiciones del proyecto de Decreto Legislativo que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El Poder Ejecutivo incluirá, en el pedido de delegación de facultades, un período adicional para el desarrollo del proceso de consulta.

27.6 La consulta de los proyectos de Decretos Legislativos se realizará sólo respecto del artículo o artículos que pudieran implicar un cambio en la situación jurídica de un derecho colectivo reconocido a los pueblos indígenas. Estarán comprendidos en el proceso de consulta sólo los pueblos indígenas que pudieran ser afectados directamente por el artículo o artículos antes indicados, a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida.

La desnaturalización de los decretos legislativos. La facultad legislativa es originaria del Congreso, sin embargo, de manera excepcional se reconoce esta facultad al Poder Ejecutivo, en materias donde la actividad legislativa exige equipos profesionales con altos niveles de especialización, de los cuales carece el Congreso. Sin embargo, el Congreso retiene la capacidad de revisar estas normas. En realidad estamos ante una manifestación del principio de colaboración de poderes. El problema esta cuando los Gobiernos recurren a esta facultad excepcional, para sacar normas con rango de ley, pero de espaldas al Congreso, tal como ocurrió con los decretos legislativos que en parte originaron los sucesos de Bagua. Lo preocupante es que la aprobación de estas normas se realiza de espaldas al Congreso, y a la opinión pública. Se trata de normas que son elaboradas por funcionarios que no han sido elegidos, y que no necesariamente tiene mandato representativo, es decir, nada que los vincule a las mayorías de este país.

Balance de los procesos de inconstitucionalidad contra los decretos legislativos inconsultos[337]. Lamentable es la experiencia de control constitucional por el TC de estas normas. Se trata de un paquete de demandas de inconstitucionalidad contra los decretos legislativos expedidos en el marco de la delegación de facultades legislativas para la implementación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos (EE. UU.) y que afectaban directamente a los pueblos indígenas. Si uno revisa todas las demandas. Puede llegar a la conclusión que, si bien el TC ha desarrollado un conjunto de reglas sobre el derecho a la consulta, en los hechos se ha desprotegido este derecho en concreto en los casos en que este colegiado ha conocido: estamos ante pronunciamientos retóricos.

El TC ha expedido nueve resoluciones específicamente sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. De este grupo, solo un proceso constitucional es contra una medida administrativa inconsulta, siete son contra medidas legislativas (todos decretos legislativos), no consultadas y un proceso es contra la omisión del poder político de desarrollar normativamente el derecho a la consulta. Lo sorprendente es que solo una de ellas ha sido declarada fundada. Las demás demandas fueron rechazadas dejándose en la indefensión a los pueblos indígenas. A continuación un cuadro resumen de las sentencias del TC peruano:

[337] Ver nuestro artículo: Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos? Puede ser revisado en:http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637.

Fecha	Sentencia	Demandante	Hecho lesivo	Fallo
11/11/2009	06316-2009-AA	AIDESEP	Contra concesión petrolera no consultada en territorio de pueblos indígenas	Improcedente porque no se probó la existencia de los PI
09/06/2010	00022-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra D.L. 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales	Infundada porque reglamento excluyó aplicación a PI
21/09/2010	00023-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra D.L. 1079, que Establece Medidas que Garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas	Infundada porque se considera que no afecta directamente a los PI
26/07/2011	00024-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra D.L. 994 que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola.	Improcedente porque se considera que no afecta directamente a los PI
17/03/2011	00025-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra la Ley Nº 29338, Ley de Recursos Hídricos.	Infundada porque se considera que no afecta directamente a los PI
30/07/2009	00026-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra D.L. 1083 que promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos	Improcedente por sustracción de la materia pues la norma cuestionada fue derogada.
05/01/2010	00027-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra D.L. 1020 que promueve la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario,	Infundada porque se considera que no afecta directamente a los PI
30/07/2009	00028-2009-PI	Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun)	Contra el D.L. 1081 que crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos	Infundada por sustracción de la materia pues la norma cuestionada fue derogada.
30/06/2010	05427-2009-PC	AIDESEP	Contra omisión del Congreso y del MINEM de reglamentar	Fundada ordenando al MINEM reglamente la consulta y exhorta al Congreso a legislar.

Elaboración: Juan Carlos Ruiz Molleda

Artículo 27º.- De la consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional.

27.7 La dación de Decretos de Urgencia se rige por las reglas establecidas en el numeral 19 del artículo 118º de la Constitución Política del Perú.

¿Se consultan los decretos de urgencia? Según 5.l no se consultan las decisiones estatales de carácter extraordinario dirigidas a enfrentar situaciones temporales. Sin embargo si leemos el artículo con detenimiento advertimos que no se refiere a los decretos de urgencia. El artículo 27.7 tampoco resuelve el problema. Tiene sentido en principio que no deben consultarse los decretos de urgencia, si tenemos en cuenta que estas normas de carácter transitorio, tienen por finalidad, dotar al Estado de la facultad de expedir normas con rango de ley, de forma extraordinaria, en situaciones que no pueden esperar el proceso ordinario de toma de decisiones, pues se afectaría la eficacia de las mismas. Piénsese en una emergencia como puede ser una catástrofe por ejemplo o una situación económica que genera una gran conmoción en la economía. Sin embargo, la forma como son utilizados los decretos de urgencia hace recelar de

esta regla, pues a través de esta facultad el Gobierno, aprueba normas que no quiere que sean revisadas por el Congreso que no reúnen los requisitos exigidos por el ordenamiento. Baste recordar el famoso decreto de urgencia aprobado por el Gobierno de Alan García, que exoneraba de estudio de impacto ambiental los megaproyectos, decisión que fue finalmente declarada inconstitucional[338].

Artículo 28º.- Funciones del Viceministerio de Interculturalidad

Son funciones del Viceministerio de Interculturalidad las establecidas por Ley y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura. Estas incluyen:

1. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Asimismo, brinda opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta.
2. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes, del o de los pueblos indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular, en coordinación con las entidades promotoras.
3. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades promotoras, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por dichas entidades, sobre el ámbito de la consulta y la determinación del o de los pueblos indígenas a ser consultados, así como sobre el Plan de Consulta.
4. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y al o los pueblos indígenas que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma.
5. Elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial relativa a los pueblos indígenas, en donde también se registrarán sus organizaciones representativas.
6. Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta.
7. Crear, mantener y actualizar un Registro de Facilitadores, así como el Registro de Intérpretes de las lenguas indígenas.
8. Dictar una Guía Metodológica para la implementación del derecho de consulta, incluyendo documentos modelo, en el marco de la Ley y el Reglamento.

[338] Aldo Blume Rocha, Los decretos de urgencia de Alan García: el abuso y la usurpación de la facultad legislativa por parte del Poder Ejecutivo. Balance constitucional de los decretos de urgencia expedidos durante el segundo gobierno del presidente Alan García Pérez, IDL; Lima, 2011. Puede ser revisado en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-145700.pdf

¿Puede el Viceministerio emitir una opinión técnica en primera instancia y actuar como segunda instancia? La inconstitucionalidad está en que al órgano técnico especializado, es decir al Vice ministerio de Interculturalidad, se le ha asignado dos funciones incompatibles: Emite opinión técnica en primera instancia y es segunda instancia administrativa. No puede cumplir ambas funciones. Si uno revisa el artículo 28.3 del reglamento, advierte que se le concede al órgano técnico especializado la función de emitir opinión de oficio o a petición de parte sobre los recursos de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que solicitan la consulta previa. Sin embargo, el artículo 9.2 del mismo reglamento establece la función del órgano técnico especializado de resolver en segunda instancia administrativa los recursos de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, en los casos en que la entidad estatal deniegue la consulta en primera instancia. No puede cumplir ambas funciones pues si ya emitió opinión técnica en primera instancia administrativa, no es un órgano independiente que pueda revisar en segunda instancia la decisión de primera instancia. Debió de optarse por alguna de las dos funciones.

Se establece la obligación del Viceministerio de Interculturalidad de dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos obtenidos en los procesos de consulta. El artículo 28.6 del reglamento a diferencia del artículo 19 de la ley de consulta establece la obligación de este Viceministerio de "Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta". (subrayado nuestro). No se trata de una medida adjetiva. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta ha sido desarrollado por el TC en la sentencia 00022-2009-PI/TC. Según el fundamento 37 de ella este derecho importa; "i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta". En relación con el tercer supuesto el TC precisa que esta "*implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo […]En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado*"(f.j. 40).

Artículo 29º.- Base de Datos Oficial

29.1 La Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley, constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que

sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas. No tiene carácter constitutivo de derechos.
29.2 El Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Cultura se aprueba la directiva que la regula, incluyendo los procedimientos para la incorporación de información en la misma, en particular la disponible en las distintas entidades públicas, así como para la coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La Resolución Ministerial se aprobará dentro de los treinta (30) días calendario de la entrada en vigencia del Reglamento.
29.3 Todo organismo público al cual se le solicite información para la construcción de la Base de Datos Oficial está en la obligación de brindarla.

Ver nuestro comentario al artículo 7 de la Ley de consulta.

¿El territorio y la lengua definen quiénes son los pueblos indígenas? Un tema que nos preocupa es la adecuación al Convenio 169 de la OIT de los criterios que el Viceministerio de Interculturalidad están manejando para precisar cuando estamos ante pueblos indígenas. Nos referimos a la Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas u originarios. Según esta norma administrativa, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 202-2012-MC, los elementos objetivos, para el reconocimiento de un pueblo indígena, son conjuntamente "lengua indígena" y "tierras comunales"[339]. Como señala Javier La Rosa, esto significará en la práctica que los pueblos indígenas que hayan perdido su idioma originario o que ya no tengan tierras comunales no podrán ser objeto del proceso de consulta previa, con el consiguiente perjuicio en sus derechos, vulnerándose el Convenio 169 de la OIT.

Artículo 30º.- Deberes del funcionario público en el proceso de consulta
Los funcionarios y funcionarias públicos que participen en cualquiera de las etapas del proceso de consulta deberán actuar, bajo responsabilidad, en estricto cumplimiento de lo establecido en la Ley y el Reglamento, en el marco del principio de Buena Fe.

[339] Ver el artículo de Javier La Rosa A un año de la ley de consulta previa: muchas sombras y pocas luces. Revisar en: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=899.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- Aplicación del reglamento
Las entidades promotoras deberán aplicar los procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento de forma inmediata.

La Ley y el reglamento deben ser interpretados y aplicados desde las reglas del DIDH sobre la materia. La ley de consulta y su reglamento no son las únicas normas que regulan el derecho a la consulta previa, deberían de interpretarse de conformidad con el derecho internacional en materia de pueblos indígenas.

Segunda.- Seguimiento
La Presidencia del Consejo de Ministros creará una Comisión Multisectorial para el seguimiento de la aplicación del derecho a la consulta, la cual estará integrada por representantes de los sectores del Poder Ejecutivo con responsabilidades en la aplicación del presente Reglamento. Esta Comisión emitirá informes, y podrá plantear recomendaciones para la debida implementación y mejora en la aplicación del derecho a la consulta. Para tal fin, podrá convocar a expertos que colaboren en el desarrollo de sus responsabilidades.

¿Y los pueblos indígenas? Resulta sorprendente que esta comisión no esté integrada por ningún representante de los pueblos indígenas, a pesar que el Convenio 169 de la OIT establece diferentes disposiciones donde establece de diferentes formas la participación sistemática y coordinada de los pueblos indígenas. Uno de los derechos principales del Convenio 169 es el derecho *a que el Estado tome decisiones con la participación y cooperación de los pueblos indígenas*. Este derecho adquiere diferentes concreciones: 1) en el artículo 2.1 del Convenio 169 se hace referencia a la obligación del Estado de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, *"una acción coordinada y sistemática"* con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad; 2) en el artículo 5.c del Convenio, se exige al Estado *"adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo";* 3) el artículo 7.2 del Convenio vuelve a reconocer esta *"participación y cooperación"* en el *"mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados"*; 4) el artículo 22.1 del Convenio, cuando establece la obligación de tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general. En el artículo 22.2 se precisa la parti-

cipación de los pueblos indígenas, cuando *"los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados";* 5) en el artículo 23.1 se obliga al Estado a fortalecer y fomentar un conjunto de actividades que garantizan en concreto la subsistencia de los pueblos indígenas. En palabras del Convenio, *"Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades [de subsistencia]"* (Subrayado nuestro).

Tercera.- Progresividad del Registro de Facilitadores e Intérpretes

La obligación establecida en el artículo 11.2 entrará en vigencia progresivamente conforme lo establezca el Ministerio de Cultura, mediante Resolución Ministerial, el cual definirá las medidas transitorias que correspondan. En tanto, los facilitadores e intérpretes son propuestos por el Viceministerio de Interculturalidad.

Ver nuestros comentarios al artículo 11 de la Ley de consulta

Cuarta.- Excepción a derecho de tramitación

El presente Decreto Supremo constituye la autorización prevista en el artículo 45º, numeral 45.1 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, respecto de las tasas que cubran el costo del proceso de consulta.

Ver nuestros comentarios al artículo 18 de la Ley de consulta.

Quinta.- Derecho a la participación

Conforme a lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, corresponde a las distintas entidades públicas, según corresponda, desarrollar los mecanismos de participación dispuestos en la legislación vigente, los cuales serán adicionales o complementarios a los establecidos para el proceso de consulta.

Ver nuestros comentarios al artículo 6 de la ley de consulta.

Sexta.- Contenidos de los instrumentos del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental

El contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11º del Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión.

Esfuerzo por adecuar la legislación ambiental al Convenio 169 de la OIT. La sexta disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de Consulta, incorpora una novedad, precisa que "El contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11º del Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión." En realidad lo que han hecho, es incorporar "en parte" lo establecido en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT, pero de una manera más amplia. Esta última establece que "Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos". Pero agrega que "Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas".

El reglamento por omisión desconoce la regla jurisprudencial de la Corte IDH que exige la realización de estudios de impacto ambiental por entidades independientes como herramienta de los pueblos indígenas para evaluar el impacto en sus territorios de la explotación de recursos naturales. Si tenemos en cuenta que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas tiene como objetivo que los pueblos indígenas brinden su consentimiento respecto de una medida administrativa o legislativa susceptible de afectarles directamente, el Estudio de Impacto Ambiental deviene en la herramienta fundamental para que los pueblos indígenas puedan evaluar el impacto negativo o positivo en sus territorios de la medida sometida a consulta. Es por ello, que los EIA deben ser elaborados de forma seria y absolutamente independientes, requisito sin el cual estos resultarían inútiles y estériles. En ese sentido, la ausencia de garantías de independencia y objetividad en la elaboración de los EIA en nuestro país, constituye en los hechos, una manera de violar el contenido del derecho a la consulta previa, pues priva a los pueblos indígenas de su principal herramienta para evaluar internamente la conveniencia de esta medida. Se viola fundamentalmente dos principios que constituyen parte del contenido constitucional del derecho a la consulta previa, el principio de "buena fe" y la "información oportuna" contenido en el artículo 4 letras c y g de la Ley de Consulta, aprobado mediante Ley 29785. Estos principios también han sido reconocidos en los fundamentos 27 y 35 de la sentencia 00022-2009-PI y en la sentencia de la Corte IDH en el caso Saramaka vs. Surinam (párr. 133). Se entiende que la información que debe brindarse debe ser veraz y objetiva, no basta con que se dé información, sino que esta debe ser veraz y objetiva y confiable, de lo contrario se afecta el principio de buena fe.

Asimismo, el reglamento al igual que la Ley de consulta Nº 29785 violan por omisión una regla jurisprudencial de rango constitucional establecida por la Corte IDH[340], que establece como condición para la explotación de recursos naturales en territorios de pueblos indígenas, la obligación del Estado de "garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal"[341]. (Subrayado nuestro). El silencio de esta regla resulta grave y preocupante toda vez que la forma de aprobar los estudios de impacto ambiental en general en el Perú, que se aplica al caso de industrias extractivas como la actividad minera y petrolera en territorios de pueblos indígenas, es incompatible no solo con esta regla jurisprudencial de la Corte IDH, sino que además, esta regulación de los EIA es incompatible con la obligación del Estado de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado, contenido en el artículo 2.22 de la Constitución, y con la obligación estatal de implementar una política nacional ambiental -se entiende- efectiva, obligación recogida en el artículo 67 de la misma Constitución. Dos son las razones constitucionales que se hacen a la forma en se aprueban los Estudios de Impacto Ambiental (en adelante EIA) en el Perú y que comprometen la independencia, objetividad y la validez de estos. El primero es que no es el Ministerio del Ambiente el que aprueba los EIA sino que cada sector del Estado (cada Ministerio por ejemplo) es el que se aprueba a sí mismo (art. 18.1 de la Ley 27446 y art. 9 del D.S. 019-2009-MINAM). La segunda crítica es que, los EIA son realizados por consultoras contratadas y pagadas por las empresas interesadas (art. 7 de la Ley 27446).

Razones para declarar inconstitucional la forma de aprobación de los EIA en el Perú[342]

Una realidad que el caso Conga ha puesto en evidencia, es que el mecanismo de aprobación de los estudios de impacto ambiental en general (que se aplica al caso de industrias extractivas como la actividad minera y petrolera), es incompatible con la

[340] De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley Nº 28237)

[341] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 129.

[342] Ver nuestro artículo con el mismo nombre en http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=710.

obligación del Estado de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado, contenido en el artículo 2.22 de la Constitución, y con la obligación estatal de implementar una política nacional ambiental efectiva, recogida en el artículo 67 de la misma Constitución. Dos son los cuestionamientos que se hacen a la forma en se aprueban los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y que comprometen la independencia, objetividad y la validez de estos. El primero es que no es el Ministerio del Ambiente el que aprueba los EIA, como ocurre en otros países, sino que cada sector del Estado (cada Ministerio por ejemplo) es el que se aprueba a sí mismo (art. 18.1 de la Ley 27446 y art. 9 del D.S. 019-2009-MINAM). La segunda crítica es que, los EIA son realizados por consultoras contratadas y pagadas por las empresas interesadas (art. 7 de la Ley 27446).

Cada sector o ministerio no puede aprobar el EIA de su sector, pues no es un órgano objetivamente y material independiente para hacerlo[343]. Es el caso por ejemplo del Ministerio de Energía y Minas, el cual promueve la inversión en minería y de otro lado, aprueba los EIA de las empresas mineras. Estas dos funciones son incompatibles pues el sujeto controlado (el MINEM y las empresas) y el sujeto controlante (MINEM) recaen en un mismo órgano del Estado, por más allá que se creen direcciones distintas al interior de los ministerios, ambas están sometidas a una relación de subordinación al Ministro. La forma como está diseñada la aprobación de los EIA es absolutamente incompatible con la Constitución, pues impide, en los hechos, una efectiva protección del derecho constitucional a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado.

En tal sentido, si tenemos en cuenta que las normas de rango constitucional que reconocen derechos fundamentales (art. 38, 45, 51 y 138 2do párrafo de la Constitución) son criterios de validez material de las normas legales y reglamentarias, las mencionadas normas que establecen esta modalidad de aprobación del EIA tienen un vicio de nulidad. Como nos lo recuerda Campodónico, por eso, en Chile, Brasil y Colombia los EIA de Minería (y los de hidrocarburos) los analiza y aprueba (o desaprueba) una institución independiente. En Chile es el Ministerio del Ambiente, a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En Brasil es el Instituto Brasileño del Medio Ambiente (IBAMA, adscrito al Ministerio del Ambiente) y en Colombia es el Ministerio del Ambiente (Decreto 1220 del 2005). ¿Y por qué en el Perú los EIA no son evaluados y aprobados por el Ministerio del Ambiente, que se creó en mayo del 2008? Porque lo impidió la fuerza de los "lobbies" mineros[344].

[343] Ver el interesante artículo de Humberto Campodónico titulado "Minería y evaluación ambiental: conflicto de intereses", el cual puede ser revisado en: http://www.cristaldemira.com/articulos.php?id=2293.

[344] Ibídem.

Ojo, la obtención de EIA no es un trámite más, a falta de ley de ordenamiento territorial y de una institucionalidad ambiental. Como señala un reciente informe "En el Perú, ante el poco desarrollo de la institucionalidad ambiental, la elaboración y aprobación del EIA se ha convertido en un momento definitivo dentro de la ruta de un proyecto minero: dado que no ha habido un debate anterior entre Estado y población ni existe un ordenamiento o planificación previos, este es el único espacio donde la población del ámbito de influencia directa puede plantear sus dudas o desacuerdos con el proyecto".[345]

Derechos y normas constitucionales violadas. Las normas que regulan la aprobación de los EIA violan las siguientes normas constitucionales:

1.- No garantizan adecuada y efectivamente el derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado contenida en el art. 2.22 de la Constitución. En efecto, el Estado no es un tercero neutral, su función es proteger los derechos fundamentales tal como lo señala el artículo 44 de la Constitución. En este caso, del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado de la población que puede verse afectada por las actividades extractivas. Asimismo, se viola los principios ambientales de rango constitucional de desarrollo sostenible, de conservación, y de prevención, los cuales no pueden concretizarse con el actual diseño de aprobación de los EIA. (STC exp. Nº 3510-2003-AA, f.j. 2.e y exp. Nº 0048-2004-PI f.j. 18)[346].

2.- Son incompatibles con la dimensión objetiva del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado reconocida en el artículo 44 de la Constitución. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional (TC), los derechos fundamentales tienen dos dimensiones. Una dimensión subjetiva según la cual los derechos fundamentales son pretensiones subjetivas de las personas, y una dimensión objetiva en virtud de la cual, independientemente que una persona las invoque, ellos (los derechos fundamentales) establecen reglas objetivas que vinculan al Estado indefectiblemente y que deben ser respetadas y observadas. En ese sentido, el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y adecuado no solo es un derecho de las personas que pueden verse afectadas por las actividades extractivas, sino que además dicho derecho exige al Estado de forma imperativa una adecuada y efectiva protección de este derecho, la cual jamás será materialmente efectiva si la consultora que hace el EIA no es independiente

345 Ángela Acevedo y otro, "El Estado y la gestión del conflicto 2006-2011; conflictos mineros por usos del territorio", SER, Lima, 2011, pág. 20. Ver también el artículo Minería y gestión ambiental: desafíos pendientes" en La Revista Agraria, Año 12 Nº 135, noviembre de 2011, CEPES, pág. 7.

346 Esta jurisprudencia es vinculante de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley Nº 28237).

pues le paga la empresa interesada, y es el propio sector estatal y no el Ministerio de Ambiente el que aprueba el estudio de impacto ambiental. (Exp. Nº 3330-2004-AA/ f. j. 5, 9; exp. Nº 2050-2002-AA/TC, f. j. 25; Exp. Nº 1091-2002-HC, f. j. 4). En relación con esta dimensión objetiva de este derecho el TC ha señalado que, "El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente". (Exp. Nº 3510-2003-AA, f.j. 2.d).

4.- La protección del Estado no debe ser formal si efectiva y material. Como dice la Corte IDH en su jurisprudencia vinculante (Caso Velásquez Rodríguez), el Estado tiene la obligación de "de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (párrafo 166). Añade la Corte IDH que "La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (párr. 167)[347].

3.- Se viola el artículo 67 que exige al Estado elaborar una política nacional de medio ambiente realmente protectora del medio ambiente. Como dice Castillo Córdova, la dimensión prestacional del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado no puede interpretarse al margen de lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución, el cual establece la obligación estatal de determinar la política nacional del ambiente. Sin lugar a dudas, esta política deberá formularse de manera tal que se garantice y promueva la existencia[348]. Para el TC esto "implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo" (Exp. N° 03343-2007-PA/TC, f.j. 9)

[347] Esta jurisprudencia es vinculante de conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley 28237).

[348] Luis Castillo Cordova, Comentarios al Código Procesal Constitucional, Tomo II, Palestra Editores, Lima, 2006, pág. 854.

3.- Se viola la obligación de los Estado de remover los obstáculos e impedimentos legales y no legales que impiden el ejercicio de los derechos fundamentales, contenida el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, obligación que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)[349].

5.- La Corte IDH exige en jurisprudencia vinculante como condición para la realización de actividades extractivas en territorios indígenas, que los EIA se realicen por entes realmente independientes. Como señala este tribunal internacional "el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental". (Caso Saramaka, sentencia de fondo, párr. 129). (Subrayado nuestro)

6.- El Tribunal Constitucional ha dejado abierta la posibilidad que los EIA sean revisados por instituciones internacionales. Esto lo ha señalado en la sentencia recaída en el caso Majes Siguas II (Exp. N° 01939-2011-PA/TC) en relación con el Estudio de Balance hídrico, cuando precisa que "El resultado del referido estudio podrá ser sometido a la opinión técnica de una especializada institución internacional de reconocida solvencia en la materia". (f. j. 44 y punto 3 del fallo).

Quedan en evidencia que existe incompatibilidad entre las normas que establecen la forma de aprobar los EIA y normas constitucionales antes mencionadas. Si partimos de la premisa que es ilícita e inconstitucional toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos en la Constitución, podemos concluir que las normas que regulan la aprobación de los EIA tienen un vicio de nulidad. Ante esta situación, exigimos al Gobierno adecúe inmediatamente la normatividad legal y reglamentaria referida a la aprobación de los EIA a las normas constitucionales antes mencionadas, y cumpla de esta manera con respetar y garantizar la vigencia del Estado de Derecho. En caso contrario, habrá que recurrir a los procesos constitucionales contemplados en el ordenamiento jurídico para restablecer la vigencia de la Constitución y para garantizar adecuadamente los derechos fundamentales.

[349] Ver por ejemplo la sentencia de la Corte IDH en el Caso Bulacio versus Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003 y la sentencia del TC en el Exp. Nº 02798-2004-HC/TC, f. j. 19.

Sétima.- Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas.

El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:

a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.

b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

Se ha reconocido parcialmente la obligación del Estado de obtener el consentimiento. La 7ma Disposición complementaria, transitoria y final del reglamento establece que se debe obtener el consentimiento en casos de desplazamiento de pueblos indígenas, reconocido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT y cuando se va a manipular materiales tóxicos reconocido en el artículo 29.2 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, se guarda silencio, sobre el supuesto establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Saramaka vs Surinam, cuando reconoce en forma excepcional, la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, cuando se trate de mega proyectos que generen un elevado impacto en los pueblos indígenas. La Corte IDH ha señalado que "cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones". (Subrayado nuestro). Incluso la propia Corte IDH ha establecido 8 supuestos vinculantes muy concretos y objetivos, cuando estamos ante situaciones que pueden generar impacto en los pueblos indígenas[350], y lo ha hecho haciendo suyo un pronunciamiento del Relator

[350] Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 134. La misma Corte, adicionalmente identificó algunos criterios que permiten determinar si un proyecto o plan de desarrollo o inversión tendrá un impacto significativo en un territorio protegido y si las comunidades tendrán que enfrentar cambios sociales y económicos profundos. Los efectos pre-

Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas[351]. Si se logra demostrar que estamos ante algunos de estos supuestos, deberá realizarse no solo el proceso de consulta, sino el Estado tendrá la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas. Esto es desconocido por el reglamento y por la ley de consulta.

¿Tiene el MINEM obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando autoriza minería en sus territorios? De acuerdo con el artículo 15 de la Ley de Consulta Previa (Ley Nº 29785), si es que el Estado y los pueblos indígenas no lograran ponerse de acuerdo en el marco del proceso de consulta previa, será el Estado el que tome la decisión final. Sin embargo, esta regla admite excepciones. En efecto, en determinados casos, no solo el Estado deberá de consultar con los pueblos indígenas, sino que además tendrá la obligación de obtener el consentimiento de estos. Uno de estos casos es cuando se manipule sustancias peligrosas en los territorios de estos pueblos indígenas[352].

¿Tiene cobertura normativa el derecho al consentimiento previo[353] en actividades mineras? Sí, la tiene y se encuentra en la sétima disposición complementaria, transitoria y final letra "b" del Reglamento de la Ley de Consulta Previa aprobado por Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, que dice literalmente: *"No se podrá almacenar ni realizar*

vistos que sirven como criterios para determinar que se está en presencia de proyectos o planes que tendrán impactos mayores son aquellos que implican: a) la pérdida de territorios y tierra tradicional; b) el desalojo; c) la migración; d) el posible reasentamiento; e) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; f) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional; g) la desorganización social y comunitaria; h) los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración; y i) el abuso y la violencia.

351 ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, citado en Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Cit., párr. 134.

352 Los otros supuestos de consentimiento son: 1) Desplazamiento del territorio (art. 16.2 del Conv. 169 y art. 10 DNUDPI); 2) Mega proyectos a gran escala (Corte IDH Caso Saramaka vs. Surinam, párr. 134 y ss.); 3) Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos originarios. (art. 29.2 de la DNUDPI); 4) Desarrollo de actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos originarios (art. 30 DNUDPI); y 5) Art. 4 incisos 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT "Deberán adoptarse las medidas especiales … no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

353 Si bien la Corte IDH en el caso Saramaka y la Comisión IDH en su informe "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales", solo hablan de la obligación del Estado de obtener el consentimiento en determinados supuestos, es obvio que estamos ante un derecho de rango constitucional, pues esta "obligación" constituye la dimensión objetiva de todo derecho. Estamos en realidad, ante un derecho que está en pleno proceso de configuración, tan igual como lo estuvo el derecho a la verdad hace algunos años.

la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos". El fundamento de esta disposición es el artículo 29.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)[354]. No somos el único país que ha reconocido en sede interna este derecho, la Corte Constitucional de Colombia acaba de reconocerlo en dos sentencias vinculantes[355].

¿Qué finalidad constitucional busca la obligación del Estado de obtener el consentimiento en el caso de manipulación de sustancias peligrosas? Esta exigencia no busca ahuyentar la inversión extranjera, socavar la gobernabilidad o frenar el desarrollo del país. La finalidad de esta norma a proteger el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de los pueblos indígenas, y se aprecia leyendo en conjunto el artículo 29 de la DNUDPI. La primera regla está en el artículo 29.1, y está referida a la protección del medio ambiente: *"Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación"*. A continuación, el artículo 29.2 desarrolla la necesidad del consentimiento en casos de almacenamiento de sustancias tóxicas: *"Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado"*.

Pero no solo es la protección del derecho medio ambiente y a los recursos naturales lo que le preocupa a la DNUDPI, también le preocupa la salud y la integridad física de los pueblos indígenas. Ello se puede constatar si se revisa el artículo 29.3 de la Declaración. Según esta, *"Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y*

[354] Tómese nota en que según el artículo 1.4 del reglamento de la ley de consulta, al momento de implementarse la consulta se tomará en cuenta la DNUDPI, es decir, se reconoce que es una fuente normativa, aun cuando no queda claro en que intensidad vincula. De otro lado, no podemos olvidar que el Estado peruano ha firmado libre y soberanamente la DNUDPI, comprometiéndose a cumplirla. Como señala el artículo 42 de la Declaración, "los Estados [que la han suscrito], promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia".

[355] Ver nuestro artículo ¿Tienen los pueblos indígenas derecho a veto? Corte Constitucional de Colombia se pronuncia sobre el tema. Puede ser revisado en:http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=543.

restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos".

Sin lugar a dudas, las diferentes disposiciones contenidas en el artículo 29 de la DNUDPI, guardan coherencia y unidad en torno a una idea central, que es que el consentimiento es una herramienta que busca proteger varios bienes jurídicos de los pueblos indígenas, el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de los pueblos indígenas, los cuales a su vez, constituyen condiciones fundamentales para asegurar su subsistencia. Dicha subsistencia entonces se convierte en un límite[356], y su protección en una condición para el desarrollo de actividades extractivas en sus territorios, tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos[357].

¿Cuál es el contenido constitucional protegido del derecho al consentimiento? La sétima DCTF y el artículo 29.2 de la DNUDPI establecen fundamentalmente tres obligaciones, como contenido constitucional del derecho en mención. En primer lugar, se prohíbe 1) almacenar, 2) disponer y/o 3) eliminar "materiales peligrosos" en tierras de los pueblos indígenas, sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En segundo lugar, se prohíbe emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los mismos. Y en tercer lugar, se establece la obligación del Estado de alcanzar toda la información a los pueblos indígenas antes de pronunciarse debiendo cumplirse con la legislación vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

La aplicación de esta regla dependerá de lo que entendamos por "sustancias peligrosas". Habrá que aplicar, entre otras normas, la Ley que regula el Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos (Ley Nº 28256)[358]. Según el artículo 3 de esta

[356] De conformidad con el artículo 4 del Reglamento de consulta previa (DS 001-2012-MC), la condición para que se implemente la medida a consultarse, es que no sea lesiva al orden público, a la legislación ambiental y no debe poner en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. En esa misma línea, los artículos 5.e y 23.3 del mismo Reglamento, establecen como condiciones para la implementación de esta medida, garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como el derecho a la vida, a la integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida.

[357] En palabras de la Corte IDH "el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal". Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 128.

[358] La regulación sobre sustancias peligrosas puede ser encontrada en diferentes normas. Solo en el sector minería a nivel nacional tenemos: la Ley General del Ambiente (art. 113.2.b); el Reglamento de La Ley No 27446 (Ley del Sistema Nacional de Evaluación) (Anexo V); el Decreto Supremo No

norma, *"Son materiales y residuos peligrosos, para efectos de la presente Ley, aquellas sustancias, elementos, insumos, productos y subproductos, o sus mezclas, en estado sólido, líquido y gaseoso que por sus características físicas, químicas, toxicológicas, de explosividad o que por su carácter de ilícito, representan riesgos para la salud de las personas, el medio ambiente y la propiedad"*. (Subrayado nuestro).

¿Afecta la actividad minera los territorios de los pueblos indígenas? En principio toda actividad minera y en general extractiva, genera impactos en el medio ambiente. No hay impacto ambiental cero en materia de actividades extractivas. El tema es que algunos de estos son tolerables y hay otros que no, por su capacidad de generar graves e irreversibles daños en el bien jurídico constitucional medio ambiente y por poner en peligro la sobrevivencia de los pueblos indígenas. Ello dependerá del análisis de cada caso, pues se evaluará varios factores que intervienen en la actividad minera, desde tipo de metal a explotar, tecnología a utilizarse, si es a tajo abierto o es subterránea, la dimensión y envergadura, hasta los planes de mitigación de los impactos ambientales. Se deberá de analizar caso por caso. Pero lo que no puede sostenerse es que la actividad minera jamás emitirá sustancias peligrosas en perjuicio de los territorios de los pueblos indígenas.

Esta realidad ha sido reconocida por la propia Corte IDH, la que ha señalado en jurisprudencia vinculante en relación con el impacto de sustancias tóxicas en territorios de pueblos indígenas, que *"toda actividad minera especializada en el oro dentro del territorio Saramaka afectará, inevitablemente, a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo, como los canales navegables"*. Añade que *"El mismo análisis se aplica respecto de otras concesiones dentro del territorio Saramaka que involucren recursos naturales que los miembros del pueblo no han utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría, inevitablemente, otros recursos que son vitales para su modo de vida"*[359].

Ciertamente, si bien el obligado a obtener el consentimiento es el Gobierno, y en concreto el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), estas reglas también vinculan (obligan) a los privados titulares de las concesiones y de las empresas mineras. En otras palabras, estas reglas no solo las tienen que cumplir la empresa por responsabilidad social, ellas

021-2008-IVTC que aprueba el Reglamento Nacional de Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos; Estándar Nacional de Calidad Ambiental para Agua aprobado mediante D.S. No 002 - 2008-MINAM que establece los niveles de mercurio en los cuerpos receptores, etc.

[359] Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 155.

constituyen el marco jurídico obligatorio de la explotación de los recursos minerales, que debe estar incorporado en su plan de manejo ambiental. En consecuencia, una empresa minera no puede realizar actividades extractivas, si el Estado no ha cumplido con obtener el consentimiento. Asimismo, no solo las actividades mineras implican manipulación de sustancias peligrosas, las actividades de explotación de hidrocarburos también lo generan. Nos referimos al vertido de aguas residuales por las empresas petroleras, aguas que tiene gran cantidad de metales pesados, altamente contaminantes[360].

¿Cuál es la finalidad de reconocer esta obligación de obtener el consentimiento? Si bien la consulta es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, pues permite hacer audible la voz de estos y obliga al Estado a tomar en cuenta sus demandas y derechos, esta tiene un punto de partida específico, y es la asimetría de poder[361], que existe entre el Estado –muchas veces con el apoyo de la empresa extractiva- y los pueblos indígenas, a la hora de negociar - que no solo es el intercambio de información, sino que significa tener en cuenta cómo se hace, quién lo hace, el lenguaje utilizado, si los pueblos pueden ser asesorados, los tiempos de los pueblos, es decir, estos y otros aspectos básicos de un diálogo intercultural-.

Sobre todo si tenemos en cuenta que en caso que no haya acuerdo entre ambos, será el Estado quien tome la decisión final. Nos preocupan sobre todo, aquellos casos en que la implementación de la decisión a consultar, afectará irreversiblemente el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de los pueblos indígenas, todo lo cual pondrá en peligro la subsistencia de estos pueblos. En tal sentido, el derecho al consentimiento fortalece y complementa la consulta, como un espacio de diálogo y negociación entre dos partes con más o menos igual poder de decisión, fortaleciendo la capacidad de los pueblos indígenas en el proceso de consulta.

¿Qué otros derechos sustentan la obligación del Estado de obtener consentimiento? El consentimiento es una concreción y una manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas[362], reconocido en el artículo 3 de la DNUDPI, que a

[360] Ver video difundido por el programa Cuarto Poder sobre el vertido de aguas residuales en el Río Corrientes por la empresa petrolera Pluspetrol:http://www.youtube.com/watch?v=za7xpU8oEA0&feature=related.

[361] Sobre la potencialidad y los límites del derecho a la consulta previa puede revisarse el interesante libro de César Rodriguez, Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. Puede ser revisado en:http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=antidiscriminacion&publicacion=1203

[362] Para Bartolomé Clavero en su artículo titulado "Consulta y consentimiento al cabo de casi veinte años del Convenio 169", luego de la DNUDPI la consulta deja de ser forma para convertirse en una

su vez concreta el artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales. El mencionado artículo 3 es claro cuando precisa que *"Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural"*. El consentimiento también permite ejercer el derecho a la autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas, reconocido en el artículo 4 de la DNUDPI y 89 de la Constitución, y el derecho de los propios pueblos indígenas a su propio modelo de desarrollo, reconocido en el artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT.

¿Se tomará en serio el Gobierno el Estado de derecho? Las reglas que establecen el consentimiento en supuestos de manipulación de sustancias peligrosas no están en el terreno de las opiniones, en donde caben múltiples interpretaciones y posiciones, todas legítimas como ejercicio de la libertad de expresión. Estamos ante reglas vinculantes, de las cuales no se puede apartar el Estado, pues este último debe ajustar su funcionamiento a ellas. Los abogados le llamamos a eso principio de legalidad. Las normas legales, y sobre todo cuando de por medio existen derechos fundamentales comprometidos, no son "disponibles" por el Gobierno, en el sentido, que este no está en la discrecionalidad de acatarlas. Ellas deben ser cumplidas, independientemente de la opinión que tengamos, y si no nos gustan, habrá que modificarlas a través de los procedimientos legislativos. Eso se llama Estado de derecho, una palabra que muchos repiten y que pocos ponen en práctica.

Octava.- Aprobación de medidas administrativas con carácter de urgencia
En caso las entidades promotoras requieran adoptar una medida administrativa con carácter de urgencia, debidamente justificado, el proceso de consulta se efectuará considerando los plazos mínimos contemplados en el presente reglamento.

Ver nuestros comentarios a los artículos 7.l y 27.7 del Reglamento de la Ley de consulta

herramienta que concreta el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación. En palabras de Clavero "Para la Declaración, para su lógica, todos los derechos de los pueblos indígenas son manifestación del derecho a la libre determinación, del derecho a la recuperación del control sobre su propio destino, siendo entonces la consulta la forma principal como se garantizan tales derechos, todos los derechos de los pueblos indígenas". Ver http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2011/04/169-20-a%C3%B1os.pdf.

La irreversibilidad de los derechos. Adviértase que estamos ante un supuesto distinto a los contemplados en los artículos 7.l y 27.7 del Reglamento de la Ley de consulta. A diferencia del contemplado en el artículo 7.l en el establecido en esta disposición complementaria, si se va a realizar proceso de consulta pero con plazos ajustados y mínimos. Y a diferencia, del contemplado en el artículo 27.7, que están referidos a los decretos de urgencia, y que en principio no serán consultados, en este disposición octava, si se consultará. Todos ellos contemplan supuestos distintos. En todo caso habrá que tener cuidado y estar atentos a efectos que no se mal utilice este supuesto, cuando no corresponde, es decir, cuando no estemos ante una real medida con carácter de urgencia. Y el criterio que fundamenta este medida, es la reversibilidad de la situación de emergencia. Es decir, si seguir los plazos ordinarios puede volver la situación extraordinaria y de emergencia.

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

Modifíquese el artículo 35º del Decreto Supremo Nº 008-2007-MIMDES conforme al siguiente texto:

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

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

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

¿Puede realizarse explotación petrolera en territorios de pueblos indígenas en aislamiento voluntario? Esta es la pregunta central que debemos de hacernos todos y en especial el Estado, en el caso de la explotación de lotes petroleros donde viven pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial (PAVCI). Si bien la explotación petrolera va a generar rentas para que el Gobierno, estas actividades amenazan la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, debido a la extrema vulnerabilidad y elevado riesgo de desaparición a que están expuestos, como consecuencia que muchos de estos pueblos carecen de inmunidad ante enfermedades comunes, y son enteramente dependientes con el medio ambiente en que desarrollan su sus vidas y culturas.

Estamos ante la colisión de derechos de rango constitucional, del lado de los pueblos en aislamiento voluntario, los derechos comprometidos son el derecho a la vida y a la salud individual, del derecho de subsistencia como pueblos, de la obligación estatal de proteger y garantizar el pluralismo étnico. De otro lado tenemos, el legítimo interés del Estado en promover el desarrollo y la libertad de empresa del consorcio que tiene a su cargo la explotación de este lote. La pregunta de fondo es si son compatibles explotación petrolera y los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. En la Ley N° 28736 (18/05/2006), más conocida como "Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial", el Estado luego de reconocer que estos territorios son intangibles (art. 5) ha dicho que si se puede, en los siguientes términos: "En caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley" (art. 5.c). Ciertamente, la simple existencia de una norma de rango legal no es garantía que aquella sea compatible con los derechos fundamentales. El fundamento de ello es que las leyes no son las normas de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento, ellas solo serán válidas en la medida en que sean compatibles con la Constitución Política y con los tratados internacionales de derechos humanos como el Convenio 169 de la OIT.

¿Qué significa que los PAVCI son vulnerables? Esto es consecuencia, de la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentra los PAVCI. Según las directrices aprobadas por la Oficina del al Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas[363], "Son pueblos altamente vulnerables, que en la mayoría de los casos se encuentran en grave peligro de extinción. Su extremada vulnerabilidad se agrava ante las amenazas y agresiones que sufren sus territorios que ponen en peligro directamente el mantenimiento de sus culturas y de sus formas de vida, debido a que generalmente, los procesos de contacto vienen acompañados de impactos drásticos en sus territorios que alteran irremediablemente sus relaciones con su medio ambiente y modifican, a menudo radicalmente, las formas de vida y las prácticas culturales de estos pueblos. La vulnerabilidad se agrava, aún más, ante las violaciones de derechos humanos que sufren habitualmente por actores que buscan explotar los recursos naturales presentes en sus territorios y ante la impunidad que generalmente rodea a las agresiones que sufren estos pueblos y sus ecosistemas."

[363] OHCHR, 2012, 'Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en Contacto Inicial de La región Amazónica, el Gran Chaco y la región oriental de Paraguay', párrafo 14.

¿Se debe someter a consulta previa la exploración y explotación del lote 88? No se debe realizar la consulta a los PAVCI fundamentalmente por cuatro motivos: a) porque se trata de territorios "intangibles" según el artículo 5 de la Ley PAVCI, es decir sobre los cuales no se puede realizar ningún tipo de actividad que ponga en peligro la subsistencia de estos pueblos; b) porque estos pueblos, ya han expresado su decisión de no contacto al optar por el aislamiento, el cual es realizado, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, decisión y voluntad que debe respetarse; c) al estar en casos donde está en peligro la subsistencia de estos pueblos indígenas, además de consultar el Estado debe obtener el consentimiento, y en este caso, el consentimiento ha sido denegado con su decisión de aislarse; y d) los PAVCI no están en posición de participar en la toma de decisiones a no ser que el Estado decida iniciar el contacto para ello, lo que significaría un serio riesgo para su vida e integridad física ya que, como declararon la ONU 'el contacto con foráneos resulta en la transferencia de enfermedades, que resultan en epidemias ya que los pueblos indígenas carecen de inmunidad frente a enfermedades que serían tratables en cualquier otra parte.[364]' En consecuencia, su decisión de permanecer en aislamiento voluntario debe ser equivalente al rechazo a participar en, o consentir, estas actividades en sus territorios, y por lo tanto, sobre estas bases, ninguna explotación de recursos u otras actividades relacionadas deberían permitirse.

Décima.- Participación en los beneficios

Conforme a lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de los mismos, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.

Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios. La 10ma DCTYF del Reglamento reconoce este derecho contenido en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT. En realidad con o sin este reconocimiento este derecho es exigible. Se trata de un derecho que también ha sido reconocido por el TC en el fundamento 52 y 53 de la sentencia 00022-2009-PI/TC. Incluso la Corte IDH ha ido más allá, pues en el Caso Saramaka vs. Surinam, ella ha establecido como regla vinculante que los Estados pueden otorgar concesiones de exploración y explotación de recursos naturales siempre que cumplan con tres garantías o condiciones, una de las cuales es "garantizar que los miembros de

[364] Centro de noticias de las Naciones Unidas, 'Indigenous Peoples Living in Voluntary Isolation', sin fecha. http://www.un.org/events/tenstories/06/story.asp?storyID=200

los pueblos indígenas se beneficien del plan de desarrollo que se lleve a cabo dentro de su territorio"[365]. Como puede apreciarse, la Corte IDH ha establecido que este derecho es una condición previa al otorgamiento de concesiones, entre otras cosas, garantizar a los pueblos indígenas participar en los beneficios de forma razonable.

¿Quién define qué cosa es lo beneficioso para los pueblos indígenas?. Como sabemos, el artículo 15.2 del Convenio 169º reconoce el derecho a los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. El problema con esta norma es quién decide, y en base a qué criterio, qué es lo "beneficioso" para los pueblos indígenas. ¿Sabrá el Estado qué es lo mejor para los pueblos indígenas que viven en San Juan de Morona, en la provincia de Daten del Marañón en la región de Loreto, a donde solo se llega luego de viajar en deslizador y en chalupa por tres días? ¿Puede el Estado decidir por los pueblos indígenas?

No se trata de un simple temor. Ésta es precisamente la idea que inspira el Decreto de Urgencia Nº 028-2006, que estableció que el 5% del canon petrolero que reciben los gobiernos regionales y locales deberá invertirse a favor de las comunidades campesinas y nativas ubicadas en las respectivas zonas de explotación de recursos naturales. De igual manera, esta idea está detrás del Decreto de Urgencia Nº 026-2010, que determinó que los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales destinaran el 10% y 5%, respectivamente, de los fondos que les son asignados por concepto de canon y sobrecanon petrolero, a favor de las comunidades nativas.

[365] Según la Corte "En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante "plan de desarrollo o inversión") que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal". Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 129.

Una adecuada interpretación del derecho a compartir beneficios exige que sean los propios pueblos indígenas, los que en ejercicio de su derecho a la libre determinación, decidan lo que les es más beneficioso. Según el art. 3 de la DNUDPI, "Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". Este derecho se concreta y se materializa en el derecho a la autonomía (art. 89º de la Constitución Política y artículo 4º de la DNUDPI). En virtud de ambos derechos, serán los pueblos indígenas los que decidan qué cosa es lo más "beneficioso" para ellos. Este derecho, en consecuencia, también puede brindar cobertura normativa a la exigencia de financiamiento al Estado de fondos para el funcionamiento de los pueblos indígenas.

Décimo Primera.- Publicación de la Guía Metodológica
La Guía Metodológica se publicará en el portal web del Ministerio de Cultura dentro de los treinta (30) días calendario contados desde la entrada en vigencia del Reglamento. El Viceministerio de Interculturalidad realizará actualizaciones periódicas de dicho documento.

Al momento de elaborarse este manual aún no se había publicado. En efecto, el 3 de abril del año 2012 se publicó el reglamento de la ley de consulta, esto significa que el 3 de mayo debió haber estado publicada la guía, cosa que no ha ocurrido. Han pasado 7 meses aproximadamente desde la publicación del Reglamento, se ha anunciado la consulta del primer lote petrolero, y hasta la fecha no tenemos la guía metodológica.

Guía metodológica debe incorporar estándares internacionales del derecho a la consulta. Como sabemos, la ley y el reglamento, solo hacen mención al Convenio 169 de la OIT, omitiendo hacer mención al desarrollo del derecho a la consulta realizado por la jurisprudencia de la Corte IDH, especialmente en las sentencias Saramaka y Sarayacu. También omiten referencia al desarrollo de estos derechos realizado por el TC, a pesar que estos son vinculantes. En el caso de la ley de consulta, esta omite hacer referencia a la DNUDPI, a pesar que el Estado peruano fue uno de sus impulsores. Esperamos que la Guía subsane esta omisión, y al igual que hizo el Reglamento con la Ley de consulta en su momento en determinados aspectos, introduzca las correcciones necesarias, a efectos de adecuar esta guía con los estándares fijados por la Corte IDH y por el TC.

Décimo Segunda.- Medidas administrativas complementarias
Cuando una medida administrativa ya consultada requiera, para dar inicio a las activida-

des autorizadas por ella, de la aprobación de otras medidas administrativas de carácter complementario, estas últimas no requerirán ser sometidas a procesos de consulta.

No se trata de consultar todo, pues ello haría ingobernable el país. El contenido constitucional del derecho a la consulta no es bloquear el ejercicio de la función de gobierno del Poder Ejecutivo (artículo 118.3 de la Constitución). La finalidad es promover la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan, con la finalidad de garantizar sus derechos. Es necesario tener en cuenta el principio constitucional de gobernabilidad (exp. Nº 00025-2009-PI, f.j. 30), el cual es aplicable a todos los niveles del gobierno.

Esta Décimo Segunda no se aplica al caso de la revisión de acuerdos por cambios de circunstancias. Los cambios en las circunstancias iniciales, la afectación de nuevos derechos o la aparición de riesgos diferentes o de diferente intensidad a los que se anunciaron durante el proceso de consulta, o que simplemente no pudieron ser previstos inicialmente como cambios importantes en el proyecto o la iniciativa normativa en curso, deben ser comunicados y, si es del caso, consultados de nuevo[366].

¿Debe haber una consulta o varias consultas? En la medida en que se trate de decisiones diferentes y con diferente capacidad de incidencia en los pueblos indígenas, estas deberán ser consultadas en forma separada. En el caso de la actividad minera, esta tiene diferentes etapas: concesión, cateo, exploración, explotación, cierre y pasivos. Dependerá de lo que se consultó en cada etapa. Si solo se consulto una etapa o se consultó todas las diferentes etapas de la actividad minera. Si por ejemplo, se consultó la concesión minera, pero nunca los pueblos indígenas tuvieron acceso al Estudio de Impacto Ambiental, el cual se hace al final de la etapa de exploración, es claro que la consulta, solo vale para la concesión. En este caso no se aplica esta disposición complementaria. Todo ello demanda una constante relación del Estado con los pueblos indígenas. De igual manera, queda claro por ejemplo, que la consulta de la celebración del lote petrolero, que se realiza antes de la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental, no será la única consulta que se haga, si los pueblos indígenas jamás contaron con el EIA, debiendo restringirse la consulta a la celebración de contrato.

Décimo Tercera.- Coordinación en procesos de promoción de la inversión privada
En el caso de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada Organismo Promotor de la Inversión Privada coordinar con la entidad promotora la

[366] Tomamos este supuesto del proyecto de ley elaborado por Pedro García Hierro.

oportunidad en que ésta deberá realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente.

Ver nuestros comentarios al artículo 4.a de la Ley de consulta previa

Décimo Cuarta.- Reinicio de Actividad

No requerirá proceso de consulta aquella medida administrativa que apruebe el reinicio de actividad, en tanto no implique variación de los términos originalmente autorizados.

Ver nuestros comentarios a la Décimo segunda disposición complementaria transitoria y final del Reglamento de la ley de consulta.

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

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

No se consultan las obras públicas. La 15ta Disposición complementaria, transitoria y final (DCTYF) del reglamento establece *"La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento"*. En otras palabras que las obras realizadas a favor de los pueblos indígenas no se consultarán. Sobre el particular debemos manifestar que el artículo 6 del Convenio señala que se debe consultar toda medida que impacta directamente en los pueblos indígenas. No discrimina si este tenga impacto positivo y negativo. Esa diferencia es irrelevante para efectos de la consulta, pues según el artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT, también se debe consultar lo que "supuestamente" beneficia a los pueblos indígenas. El cuestionamiento es ¿Para quién es positivo y sobre qué criterio? No necesariamente lo mejor para el Estado es lo mejor para los pueblos indígenas. Hay una visión de desarrollo implícita en estas valoraciones. Los pueblos indígenas tienen derecho a decidir qué cosa es lo mejor para ellos, de acuerdo con su propia visión de desarrollo. Como señala el artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT *"Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo eco-*

nómico, social y cultural". Pero además, la 15 DCTYF resulta violatoria del artículo 4 incisos 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT, que establece que incluso, las medidas especiales, adoptadas a favor de los pueblos indígenas, no deberán tomarse contra la voluntad de los mencionados pueblos. En efecto, precisa el inciso 1 del artículo 4 que "Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados". Añade en el inciso 2 del mismo artículo 4 que *"Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados"*.

Décimo Sexta.- Financiamiento

La aplicación de la presente norma se hará con cargo al presupuesto institucional de las entidades promotoras correspondientes sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Capítulo 4

La pseudo consulta previa: Análisis del Decreto Supremo Nº 028-2008-EM y del Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM

1.- ¿Qué entendemos por pseudo consulta previa de los pueblos indígenas?

Hay dos tipos de consulta previa en nuestro país, dependiendo de si los actos normativos o administrativos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, se realizaron antes o después de la promulgación de la ley de consulta previa, el 7 de setiembre del año 2011.

Efectivamente, si esta se realizó después de la promulgación de la ley de consulta, se aplicará la ley de consulta previa, su reglamento, y en el mejor de los casos los estándares internacionales del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, si el acto administrativo o normativo se adoptó, luego de febrero del año 1995 fecha en que entró en vigencia el Convenio 169 de la OIT y antes del 7 de setiembre, a juicio de los autores de la ley de consulta, se aplicarán las normas que regulan la participación ciudadana en materia de actividades mineras y petroleras que desnaturaliza el derecho a la consulta de manera arbitraria e inconstitucional.

Estas normas no son malas en sí mismas, es más, ellas son positivas pues permiten la participación y la vigilancia de actividades extractivas de población en general. El problema con estas normas, es que a pesar que dicen que la consulta previa se realizará a través de algunos de los mecanismos de participación ciudadana contenidos en ellas, no han previsto ningún proceso de consulta, sino simples talleres informativos, que en absoluto desplazan y menos exoneran al Estado de su obligación de realizar la consulta.

Nos referimos en principio al Decreto Supremo Nº 028-2008-EM[367] y al Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM, que reglamenta la participación ciudadana en el sector de minero e hidrocarburos. Estas normas como dijimos resultan incompatibles con el Convenio 169 de la OIT, al querer utilizárseles para evadir la consulta previa, y de ese manera, vaciar de contenido este derecho. En otras palabras estas normas reglamentarias, no desarrollan el derecho a la consulta reconocido en este instrumento, sino que lo desnaturalizan en tres aspectos fundamentales: a) desnaturaliza la finalidad de la

[367] Esta norma es a su vez desarrollada por la Resolución Ministerial Nº 304-2008-MEM/DM que reglamenta la participación ciudadana en el sector minero.

consulta, b) desnaturaliza la oportunidad de la consulta y c) reduce la consulta previa a talleres informativos.

Gobierno y del Congreso intentan incumplir el Convenio 169 de la OIT[368]

Si atendemos las normas legales expedidas por el Gobierno concluiremos que para éste, el Convenio 169 de la OIT no tiene efectos jurídicos, antes de la promulgación de la ley de consulta en setiembre del 2011, pues para los actos administrativos anteriores a esa fecha, el Gobierno y el Congreso pretenden la realización de talleres informativos que vacían de contenido el derecho a la consulta. En efecto, según la 1ra DC del Decreto Supremo Nº 023-2011-EM, publicada el 12 de mayo del año 2011, norma que aprobó el *Reglamento del procedimiento del proceso de consulta de actividades minero energéticas,* de 1995 hasta el 12 de mayo del año 2011, se aplicarían a las concesiones inconsultas las normas de participación ciudadana que regulan las actividades mineras y petroleras. Nos referimos al Decreto Supremo Nº 028-2008-EM (Reglamento de participación ciudadana en el subsector minero) y al Decreto Supremo Nº 012-2008-EM (Reglamento para la participación ciudadana de las actividades de hidrocarburos).

La magia que hacen estas normas que regulan la participación ciudadana es increíble: primero reconocen el derecho a la consulta previa con bombos y platillos (ver el artículo II del Título Preliminar del Decreto Supremo 012-2008-EM y el artículo 4 del DS 028-2008-EM), y luego dicen, que este derecho se ejercerá a través de los mecanismos de participación ciudadana contenido en esas mismas normas. ¿Dónde está la trampa? En que cuando uno revisa los diferentes mecanismos de participación ciudadana de estas normas (art. 6 del DS Nº 028-2008-EM), no encuentra nada que se parezca a la consulta. Lo más cercano son los talleres informativos, que no exoneran al Estado de su responsabilidad de consultar con los pueblos indígenas (06316-2008-AA/TC, f.j. 25)[369].

Luego, el 7 de setiembre del año 2011 se publica la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley 27985). Según su cuarta disposición complementaria final (DCF), esta ley entró en vigencia el 7 de diciembre del año 2011 (90 días después de su publicación). Esta norma en su 3ra DCF derogó el DS 023-2011-EM, estableciendo en su 2da DCF que esta norma no modifica las normas que regulan la participación ciudadana en actividades extractivas. Con lo cual, las concesiones entre el 12 de mayo

368 VER: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=882.

369 Una explicación más detallada en: Juan Carlos Ruiz Molleda, La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. IDL, Lima, 2011, pág. 295. Revisar en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo20122011-150924.pdf.

del 2011 y el 7 de diciembre del mismo año, se sujetarán a las cuestionadas normas que regulan la participación ciudadana antes mencionadas (D.S. Nº 028-2008-EM, y al D.S. Nº 012-2008-EM). En síntesis, no existe el Convenio 169 de la OIT y tampoco el derecho a la consulta, antes del 7 de setiembre del año 2011

2.- Desnaturalización de la finalidad de la consulta

El Decreto Supremo Nº 028-2008-EM y el Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM son incompatibles con el derecho a la consulta reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, toda vez que reconocen que la finalidad de la consulta no es lograr el acuerdo y el consentimiento como lo señala el Convenio 169, sino conocer si los intereses de estos serán afectados.

Convenio 169 de la OIT Art.6.2.	D.S. Nº 028-2008-EM 1er. Párr. art. 4	D.S. Nº 012-2008-EM Art. 2.1 del TP
"con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". (subrayado nuestro).	"El derecho a la consulta [...], se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento. En tal sentido, los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida". (subrayado nuestro	"La consulta es una forma de Participación Ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de Hidrocarburos podrían verse afectados, a efectos de que antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas respecto a los posibles impactos sociales, económicos, ambientales y culturales que podrían generarse a partir de su elaboración y/o ejecución".

Según el artículo 6 inciso 2 del convenio 169 de la OIT las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse, "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". (subrayado nuestro).

Sin embargo, según el primer párrafo del artículo 4 del Decreto Supremo Nº 028-2008-EM: "El derecho a la consulta […], se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Re-

glamento. En tal sentido, los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la *finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida"*. (Subrayado nuestro)

Como podemos apreciar, para el Convenio 169 de la OIT la consulta tiene como finalidad llegar a un acuerdo, mientras que para el Decreto Supremo Nº 028-2008-EM, la finalidad de la consulta es conocer si los intereses de los pueblos indígenas afectados son resguardados y en qué medida. Lo que en buena cuenta hace este Decreto Supremo es restringir, reducir lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

Igual ocurre con el artículo 2.1. del Título Preliminar del Decreto Supremo 012-2008-EM, que establece que "La consulta es una forma de Participación Ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de Hidrocarburos podrían verse afectados, a efectos de que antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas respecto a los posibles impactos sociales, económicos, ambientales y culturales que podrían generarse a partir de su elaboración y/o ejecución". (Subrayado nuestro)

Esta interpretación "desnaturalizadora" y restrictiva ha sido cuestionada nada menos que por la propia Comisión de Expertos de Aplicación de Convenio y Recomendaciones de la OIT (CEACR), el mismo que en su informe del año 2010[370] ha criticado esta interpretación limitadora de la finalidad de la Consulta, en los siguientes términos: *"La Comisión toma nota igualmente de que el Gobierno se refiere al decreto núm. 012-2008-MEM (Reglamento de participación ciudadana en actividades de hidrocarburos) según el cual la finalidad de la consulta es «llegar al mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto y sus beneficios», la cual es mucho más limitada que lo dispuesto en el Convenio"*[371]. Es más, la CEACR ha reiterado que *"una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Con-*

[370] Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A), Informe General, y observaciones referidas a ciertos países. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Ver http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_123426.pdf

[371] Ibídem.

venio", particularmente por la falta de establecimiento de un "diálogo genuino entre ambas partas signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común"[372].

No debemos olvidar que la CEACR es un órgano independiente, constituido por juristas cuya misión es examinar la aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT por los Estados Miembros de esta Organización. El informe anual de la Comisión de Expertos cubre numerosos aspectos relacionados con la aplicación de las normas de la OIT, y constituye el máximo órgano intérprete del Convenio 169 de la OIT.

Esta interpretación restrictiva del Convenio 169 de la OIT que realiza el Ministerio de Energía y Minas, no solo desnaturaliza y desfigura el derecho a la consulta, sino que es incompatible con el principio pro indígena reconocido en el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT y con el principio pro persona (pro homine) reconocido por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia.

El principio constitucional vinculante pro homine -o pro libertatis-, recogido por el TC[373] y cuya cobertura constitucional se encuentra en el artículo 1º de la Constitución, exige que ante diferentes interpretaciones de una disposición legal o constitucional, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Según éste, entonces, el Decreto Supremo materia de análisis, debió de optar por aquella interpretación que posibilite a la población rural el mayor ejercicio de sus derechos y una protección más efectiva.

En definitiva, la finalidad establecida en el primer párrafo del artículo 4 del Decreto Supremo Nº 028-2008-EM y en el artículo 2.1. del Título Preliminar del Decreto Supremo

[372] Informe del Comité sobre la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párrafo 90.

[373] El Principio Pro homine y pro libertatis ha sido recogido por el TC en su jurisprudencia, en la sentencia recaía en el exp. Nº 0075-2004-AA/TC, f.j. 6 cuando precisa que "Asimismo, y por extensión, la interpretación de la recurrida no resulta acorde con los principios pro homine y pro libertatis, según las cuales, ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio pro homine impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva, e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho. La tesis interpretativa que posibilitaría este último supuesto es, justamente, la que proviene del propio tenor literal del mencionado artículo 80° del CPC".

012-2008-EM, es incompatible con la finalidad establecida en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, pues, no optimiza la protección de los derechos fundamentales, tal como lo exige el principio pro homine recogido en el artículo 1º de la Constitución Política.

3.- Solo se admite la consulta previa a partir de la exploración en el caso de la minería y de la negociación en el caso de hidrocarburos

El Decreto Supremo Nº 028-2008-EM y el Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM son incompatibles con el derecho a la consulta toda vez que reconocen la posibilidad de realizar la consulta con los pueblos indígenas, no al inicio de la actividad minera y de hidrocarburos como corresponde con el carácter "previo" de la consulta y con la propia naturaleza y esencia de la consulta, sino cuando este ya se inició, lo cual violenta el principio de oportunidad de la consulta de esta.

Convenio 169 de la OIT CEACR	D.S. Nº 028-2008-EM Indice	D.S. Nº 012-2008-EM Art. 1.1 del TP
"garantizar que se realicen consultas apropiadas *antes de adoptar* todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales". Art. 6 "a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, *cada vez que se prevean medidas* legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente";	Capítulo 1: *"Participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera"* Capítulo 2 "Participación ciudadana en los proyectos de exploración minera" Capítulo 3 "Participación ciudadana en los proyectos de explotación y beneficio" Capítulo 4 "Participación ciudadana durante la ejecución del proyecto minero" Capítulo 5 "Participación ciudadana en la etapa del cierre de minas".	"El presente Reglamento regula el proceso de Participación Ciudadana, que conlleva los mecanismos de consulta en las *actividades de Exploración y*/o Explotación de Hidrocarburos, desde el inicio de la negociación o concurso del Contrato hasta el cierre del proyecto".

Según el propio DS 028-2008-MEM, las etapas de la actividad minera son concesión, exploración, explotación, ejecución y cierre. No obstante ello, el mencionado decreto admite la consulta previa a partir de la exploración no durante la concesión. Esto se evidencia cuando no regula la consulta previa y la participación ciudadana al momento de la concesión, reconociéndose la participación ciudadana desde la etapa de la exploración. Esto se evidencia cuando denomina al capítulo 1 del Título II, "Participación

ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión"[374]. En otras palabras, la consulta previa no se realiza desde el inicio de la obra sino luego de la concesión, es decir, a partir de la exploración[375]. Esta regla será repetida en la Resolución Ministerial Nº 304 – 2008 – MEM/DM la cual denomina su título II "De la participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera".

Igual ocurre en el caso de la actividad de hidrocarburos, donde pese a que esta actividad comienza con la calificación, continua con la etapa de la negociación, luego sigue la exploración, luego la explotación y los pasivos, la participación solo se permite en la etapa de la negociación. Según el Reglamento de Calificación de Empresas Petroleras aprobado por Decreto Supremo Nº 030-2004-EM, la calificación es la determinación de la capacidad de la Empresa para cumplir con las obligaciones del contrato de exploración y/o explotación. La determinación se hace previa evaluación de la Empresa[376]. No obstante ello, el Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM norma mediante la cual se aprobó Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos, establece que en el artículo 1.1 que "El presente Reglamento regula el proceso de Participación Ciudadana, que conlleva los mecanismos de consulta en las actividades de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos, desde el inicio de la negociación o concurso del Contrato hasta el cierre del proyecto". (subrayado nuestro).

Esto es absolutamente incompatible con el concepto de consulta "previa". Lo "previo" hace alusión precisamente a que esta consulta debe hacerse desde el inicio y no cuando ya se viene implementado las medidas administrativas que afectan a los pueblos indígenas. Para James Anaya, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas[377], uno de los

[374] En efecto, si se lee con detenimiento el índice del decreto supremo, advertiremos que este denomina al Capítulo 1 "Participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera", al Capítulo 2 "Participación ciudadana en los proyectos de exploración minera", al Capítulo 3 "Participación ciudadana en los proyectos de explotación y beneficio", al Capítulo 4 "Participación ciudadana durante la ejecución del proyecto minero" y al Capítulo 5 "Participación ciudadana en la etapa del cierre de minas". Sin embargo, en ningún momento hace referencia a la consulta en la concesión

[375] Según el propio DS 028-2008-MEM, las etapas de la actividad minera son concesión, exploración, explotación, ejecución y cierre.

[376] Se evalúa si la Empresa tienen la capacidad legal técnica, económica y financiera que asegure que cumplirá las obligaciones a partir de las características del área solicitada, de las inversiones previsiblemente requeridas y el estricto cumplimiento de las normas de protección ambiental. Ver: César Gamboa Balbín y otros, Manual Informativo. Derechos de los Pueblos Indígenas y la actividad de hidrocarburos. DAR, Lima, 2010, pág. 57.

[377] Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile", 24 de abril de

Principios Internacionales Aplicables a la Consulta es el que precisa que la consulta debe realizarse con carácter "previo". Según este, "toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas". Según han confirmado los órganos de control de la OIT, las reuniones posteriores a la tramitación de dicha medida legislativa no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169[378]. Asimismo, dichos órganos han interpretado que el requisito de consulta previa implica "que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso"[379].

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en su artículo 19 es del mismo parecer cuando señala la obligación de la consulta previa: "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado". (Subrayado nuestro). En esa misma línea de ha manifestado la Corte IDH[380] cuando ha establecido que "se debe consultar con [los pueblos indígenas] en las primeras etapas del plan…y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad"

Finalmente, nuestra opinión es compartida por la CEACR de la OIT en su informe del año 2010[381]. Ella, señala que: "La Comisión considera que el decreto supremo núm. 020-2008-EM [posible error pues 028-2008-EM] que regula la participación ciudadana en el subsector minería presenta limitaciones similares. La Comisión nota, además, que dicho decreto contempla la posibilidad de la participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera y considera que no cumple con

2009. Ver en: http://www.politicaspublicas.net/panel/re/docs/393.html?task=view

[378] Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en adelante, "Reclamación – Colombia"], GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 90 (énfasis añadido). Citado por James Anaya.

[379] Ibídem.

[380] Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, supra, párr. 134.

[381] Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A), Informe General, y observaciones referidas a ciertos países. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Ver http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_123426.pdf

lo previsto por el Convenio"[382].

En otra oportunidad, la CEACR precisó en relación a las consultas, la obligación de los Estados de "garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales". Agregando, también la obligación de "incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de recursos naturales"[383]. Se trata de dos pronunciamientos específicos sobre el carácter previo al inicio de las actividades mineras

4.- Reducción de la consulta previa a talleres informativos

El Decreto Supremo Nº 028-2008-EM y el Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM son incompatibles con el derecho a la consulta reconocido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, toda vez que reducen este derecho a la realización de talleres informativos, lo cual no solo diluye la especificidad del derecho a la consulta, sino que violenta la propia autonomía que este derecho tiene en relación con otros derecho como el derecho a la participación y el derecho a la información.

[382] Ibídem, pág. 902.

[383] Conferencia Internacional del Trabajo, 98. ª reunión, 2009, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación general, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169).

Convenio 169 de la OIT	D.S. Nº 028-2008-EM	D.S. Nº 012-2008-EM Art. 1.1 del TP
Art. 6 "a) consultar a los pueblos interesados, mediante…". CEACR "una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio", "diálogo genuino entre ambas partas signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común" .	Art. 4 el derecho a la consulta, se señala que este "se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento". "Artículo 6.- Mecanismos de participación ciudadana La autoridad competente determinará los mecanismos a considerar en los procesos de participación ciudadana, según resulten apropiados, de acuerdo con las características particulares del área de influencia de la actividad minera, del proyecto y su magnitud, de la población involucrada, la situación del entorno y otros aspectos relevantes. Los mecanismos de participación ciudadana que podrán emplearse son: facilitar el acceso de la población a los resúmenes ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales; publicidad de avisos de participación ciudadana en medios escritos y/o radiales; realización de encuestas, entrevistas o grupos focales; distribución de materiales informativos; visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto; difusión de información a través de equipo de facilitadores; talleres participativos; audiencias públicas; presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente; establecimiento de oficina de información permanente; monitoreo y vigilancia ambiental participativo; uso de medios tradicionales; mesas de diálogo y otros que la autoridad nacional competente determine mediante resolución ministerial a efectos de garantizar una adecuada participación ciudadana".	Art. 2.2 el TP "Este proceso está orientado a informar y recoger las medidas que objetiva y técnicamente permitan evitar o mitigar posibles impactos ambientales y sociales negativos, así como identificar y recoger las iniciativas, sugerencias y aportes para potenciar o maximizar los impactos sociales y ambientales positivos del proyecto".

En efecto, el artículo 4 del Decreto Supremo Nº 028-2008-EM[384] luego de reconocer el derecho a la consulta, señala que este "se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento". Luego, el artículo 6 del mismo decreto establece cuales son los mecanismos de participación ciudadana:

"Artículo 6.- Mecanismos de participación ciudadana
La autoridad competente determinará los mecanismos a considerar en los procesos de participación ciudadana, según resulten apropiados, de acuerdo con las características particulares del área de influencia de la actividad minera, del proyecto y su magnitud, de la población involucrada, la situación del entorno y otros aspectos relevantes. Los mecanismos de participación ciudadana que podrán emplearse son: facilitar el acceso de la población a los resúmenes ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales; publicidad de avisos de participación ciudadana en medios escritos y/o radiales; realización de encuestas, entrevistas o grupos focales; distribución de materiales informativos; visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto; difusión de información a través de equipo de facilitadores; talleres participativos; audiencias públicas; presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente; establecimiento de oficina de información permanente; monitoreo y vigilancia ambiental participativo; uso de medios tradicionales; mesas de diálogo y otros que la autoridad nacional competente determine mediante resolución ministerial a efectos de garantizar una adecuada participación ciudadana". (subrayado nuestro)

Como podemos ver, primero se reconoce el derecho a la consulta, luego, se dice que la consulta se realizará a través de los mecanismos de participación ciudadana con-

[384] "Artículo 4.- De la consulta
El derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento. En tal sentido, los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera, si los intereses de los pueblos indígenas o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades mineras proyectadas son resguardados y en qué medida. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 numeral 72.2 de la Ley General del Ambiente Nº 28611, en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, el procedimiento de participación ciudadana se orienta preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer los beneficios y medidas compensatorias que les corresponda según la legislación de la materia. La consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones de la autoridad".

templados en este Decreto Supremo, y luego, al momento de establecer los concretos mecanismos de participación ciudadana, se omite regular un procedimiento específico que permita implementar la consulta previa con los pueblos indígenas. Si bien se regulan algunos instrumentos de participación ciudadana, ninguno se ajusta a la definición del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, tal como lo precisa el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Asimismo, se establece que estos se realizarán a criterio discrecional de la autoridad estatal cuando se precisa que: "la autoridad nacional competente determine mediante resolución ministerial a efectos de garantizar una adecuada participación ciudadana".

Igual ocurre en el caso de hidrocarburos. Según el artículo 2.2. del mismo Título Preliminar Decreto Supremo 012-2008-EM, se dice que "Este proceso está orientado a informar y recoger las medidas que objetiva y técnicamente permitan evitar o mitigar posibles impactos ambientales y sociales negativos, así como identificar y recoger las iniciativas, sugerencias y aportes para potenciar o maximizar los impactos sociales y ambientales positivos del proyecto".

Esto desarrollo normativo restrictivo ha sido criticado por la CEACR cuando precisa que "La Comisión toma nota de la indicación del Gobierno respecto a que el Estado peruano entiende la consulta como «los procesos por los que se intercambian puntos de vista» y ha llevado a cabo una serie de talleres de socialización[385]. En otra oportunidad la CEACR ha reiterado que "una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio", particularmente por la falta de establecimiento de un "diálogo genuino entre ambas partas signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común"[386].

En otra oportunidad, y de forma más explícita, la CEACR señaló que "La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión […] de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes".

385 Ibídem, pág. 902.

386 Informe del Comité sobre la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párrafo 90.

Queda claro que en realidad, estamos ante talleres que en el mejor de los casos permiten el ejercicio del derecho de la información por parte de los pueblos indígenas, que otra vez desfigura y tergiversa la real naturaleza y esencia del derecho a la consulta, los cuales, según la propia CEACR "pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos"[387].

Conclusiones

En atención a los argumentos antes desarrollados, podemos concluir que el Decreto Supremo Nº 012-2008-MEM y el Decreto Supremo Nº 028 – 2008 – EM, violan el contenido del derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas, toda vez que desfiguran, limitan y tergiversan la real naturaleza y esencia de este derecho.

[387] Conferencia Internacional del Trabajo, 98. ª reunión, 2009, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación general, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169).

Anexo

LEY Nº 29785

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR CUANTO:
El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

**LEY DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS,
RECONOCIDO EN EL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)**

**TÍTULO I
ASPECTOS GENERALES**

Artículo 1. Objeto de la Ley
La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253.

Artículo 2. Derecho a la consulta
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, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.

Artículo 3. Finalidad de la consulta

La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

Artículo 4. Principios

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

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

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

c) Buena fe. Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.

El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.

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

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

f) Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.

g) Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación.

TÍTULO II
PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A SER CONSULTADOS

Artículo 5. Sujetos del derecho a la consulta
Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.

Artículo 6. Forma de participación de los pueblos indígenas u originarios
Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.

Artículo 7. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios
Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son los siguientes:
a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
c) Instituciones sociales y costumbres propias.
d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.
El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.

TÍTULO III
ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 8. Etapas del proceso de consulta
Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:
a) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.

b) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
c) Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
d) Información sobre la medida legislativa o administrativa.
e) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
f) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
g) Decisión.

Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta
Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.
Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que considere que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.
En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Artículo 10. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados
La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.

Artículo 11. Publicidad de la medida legislativa o administrativa
Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan.

Artículo 12. Información sobre la medida legislativa o administrativa
Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa.

Artículo 13. Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios
Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.

Artículo 14. Proceso de diálogo intercultural
El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta. Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo.

Artículo 15. Decisión
La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

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

Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.

Artículo 16. Idioma
Para la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena. Para ello, los procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

TÍTULO IV
OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES RESPECTO AL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 17. Entidad competente
Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley.

Artículo 18. Recursos para la consulta
Las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fi n de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios.

Artículo 19. Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo
Respecto a los procesos de consulta, son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes:
a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.
b) Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.
c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa.
d) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para

solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.
e) Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios
que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.
f) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas.
g) Registrar los resultados de las consultas realizadas.
h) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.
i) Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento.

Artículo 20. Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios
Créase la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La base de datos contiene la siguiente información:
a) Denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
b) Referencias geográficas y de acceso.
c) Información cultural y étnica relevante.
d) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
e) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.
f) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Para efectos de la presente Ley, se considera al Viceministerio de Interculturalidad del
Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

SEGUNDA. La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.

TERCERA. Derógase el Decreto Supremo 023-2011-EM, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas.

CUARTA. La presente Ley entra en vigencia a los noventa días de su publicación en el diario oficial El Peruano a fin de que las entidades estatales responsables de llevar a cabo procesos de consulta cuenten con el presupuesto y la organización requerida para ello. Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los treinta y un días del mes de agosto de dos mil once.
DANIEL ABUGATTÁS MAJLUF
Presidente del Congreso de la República
MANUEL ARTURO MERINO DE LAMA
Primer Vicepresidente del
Congreso de la República
AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE
LA REPÚBLICA
POR TANTO:
Mando se publique y cumpla.
Dado en el distrito de Imaza, a los seis días del mes de
septiembre del año dos mil once.
OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República
SALOMÓN LERNER GHITIS
Presidente del Consejo de Ministros

DECRETO SUPREMO Nº 001-2012-MC
Reglamento de la Ley Nº 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

DECRETO SUPREMO
Nº 001-2012-MC

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
CONSIDERANDO:

Que, el numeral 19) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural y que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación;

Que, el artículo 55 de la Constitución Política del Perú establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional;

Que, es objetivo prioritario del Estado garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas, así como el pleno acceso a las garantías propias del Estado de Derecho, respetando sus valores, costumbres y perspectivas;

Que, mediante Ley Nº 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente, la cual se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa Nº 26253;

Que, a través de la Resolución Suprema Nº 337-2011-PCM, se crea la Comisión Multisectorial de naturaleza temporal con el objeto de emitir un informe a través del cual se proponga el proyecto de Reglamento de la Ley Nº 29785, con la participación de representantes de organizaciones indígenas de alcance nacional y del Poder Ejecutivo, la cual fue instalada en Lima, el 22 de noviembre de 2011;

Que, la Comisión Multisectorial, ha cumplido con emitir un informe final que recoge el proyecto de Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en cuya elaboración se siguieron las etapas previstas en el artículo 8º de la Ley Nº 29785, por lo que, es pertinente su aprobación;

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8) artículo 118 de la Constitución Política del Perú, así como el numeral 3) artículo 11 de la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;
Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;
DECRETA:

Artículo 1º.- Aprobación del Reglamento
Apruébese el Reglamento de la Ley Nº 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual consta de treinta (30) artículos y dieciséis (16) Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales, los que forman parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2º.- Vigencia
El presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, aplicándose a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha, sin perjuicio de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29785. Respecto a los actos administrativos, las reglas procedimentales previstas en la presente norma se aplican a las solicitudes que se presenten con posterioridad a su publicación.

Artículo 3º.- Refrendo
El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Cultura.
Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dos días del mes de abril del año dos mil doce.
OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República
ÓSCAR VALDÉS DANCUART
Presidente del Consejo de Ministros
LUIS ALBERTO PEIRANO FALCONÍ
Ministro de Cultura

Reglamento de la Ley Nº 29785,
Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Del objeto

1.1 La presente norma, en adelante "el Reglamento", tiene por objeto reglamentar la Ley Nº 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante "La Ley", para regular el acceso a la consulta, las características esenciales del proceso de consulta y la formalización de los acuerdos arribados como resultado de dicho proceso, de ser el caso.

1.2 El derecho a la consulta se ejerce conforme a la definición, finalidad, principios y etapas del proceso establecidos en la Ley y en el Reglamento.

1.3 El derecho a la consulta se realiza con el fin de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos como tales por el Estado Peruano en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Perú y las leyes.

1.4 El Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

1.5 El resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes.

Artículo 2º.- Ámbito de aplicación

2.1 El Reglamento se aplica a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos que se emitan conforme a lo establecido en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú. Igualmente establece las reglas que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de todas las entidades del Estado. También se aplica a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

2.2 Las disposiciones del presente Reglamento serán aplicadas por los gobiernos regionales y locales para los procesos de consulta a su cargo, sin transgredir ni desnaturalizar los objetivos, principios y etapas del proceso de consulta previstos en la Ley y en el presente Reglamento, y en el marco de las políticas nacionales respectivas.

2.3 Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida.

Artículo 3º.- Definiciones

El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la Ley y el Convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

a) Acta de Consulta.- Instrumento público, con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcance como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. Es suscrita por los funcionarios competentes de la entidad promotora y por los o las representantes del o de los pueblos indígenas. En caso de que los o las representantes no fueran capaces de firmar el acta, estamparán sus huellas digitales en señal de conformidad. Los documentos sustentatorios del acuerdo forman parte del acta de consulta.

b) Afectación Directa.- Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.

c) Ámbito Geográfico.- Área en donde habitan y ejercen sus derechos colectivos el o los pueblos indígenas, sea en propiedad, en razón de otros derechos reconocidos por el Estado o que usan u ocupan tradicionalmente.

d) Buena Fe.- Las entidades estatales deben analizar y valorar la posición del o los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado, los o las representantes y las organizaciones de los pueblos indígenas tienen el deber de actuar de buena fe, centrando la discusión en el contenido de las medidas objeto de consulta, siendo inadmisible las prácticas que buscan impedir o limitar el ejercicio de este derecho, así como la utilización de medidas violentas o coercitivas como instrumentos de presión en el proceso de consulta. El principio de buena fe, aplicable a ambas partes, comprende adicionalmente:

i. Brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo.
ii. Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado.
iii. Cooperar con el desarrollo de la consulta.

iv. Diligencia en el cumplimiento de lo acordado.
v. Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta.
vi. No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta.
e) Convenio 169 de la OIT.- Convenio OIT Nro. 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989, ratificado por el Estado Peruano mediante la Resolución Legislativa Nº 26253.
f) Derechos Colectivos.- Derechos que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente-; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural.
g) Entidad promotora.- Entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento. Las entidades promotoras son:
i. La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.
ii. Los Ministerios, a través de sus órganos competentes.
iii. Los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes.
Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras, conforme a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento.
h) Enfoque Intercultural.- Reconocimiento de la diversidad cultural y la existencia de diferentes perspectivas culturales, expresadas en distintas formas de organización, sistemas de relación y visiones del mundo. Implica reconocimiento y valoración del otro.
i) Medidas Administrativas.- Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.
En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto

administrativo. j) Medidas Legislativas.- Normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.
k) Pueblo Indígena u Originario.- Pueblo que desciende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. Los criterios establecidos en el artículo 7º de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos. En adelante se utilizará la expresión "pueblo indígena" para referirse a "pueblo indígena u originario".
l) Plan de Consulta.- Instrumento escrito que contiene la información detallada sobre el proceso de consulta a realizarse, el que debe ser adecuado a las características de la medida administrativa o legislativa a consultarse y con un enfoque intercultural.
m) Institución u Organización Representativa de los Pueblos Indígenas.- Institución u organización que, conforme los usos, costumbres, normas propias y decisiones de los pueblos indígenas, constituye el mecanismo de expresión de su voluntad colectiva. Su reconocimiento se rige por la normativa especial de las autoridades competentes, dependiendo del tipo de organización y sus alcances. En el Reglamento se utilizará la expresión "organización representativa".
n) Representante.- Persona natural, miembro del pueblo indígena, que pudiera ser afectada directamente por la medida a consultar y que es elegida conforme los usos y costumbres tradicionales de dichos pueblos. Cualquier mención a "representante" en el Reglamento se entenderá referida a la forma de participación a que hace referencia el artículo 6º de la Ley. El Plan de Consulta incluye la referencia al número de representantes conforme a los criterios señalados en el numeral 2 del artículo 10º del Reglamento. En el proceso de consulta, los organismos no gubernamentales u otras organizaciones de la sociedad civil y del sector privado sólo podrán ejercer las funciones señaladas en el numeral 3 del artículo 11 del Reglamento.

Artículo 4º.- Contenido de la medida legislativa o administrativa
El contenido de la medida legislativa o administrativa que se acuerde o promulgue, sobre la cual se realiza la consulta, debe ser acorde a las competencias de la entidad promotora, respetar las normas de orden público así como los derechos fundamentales y garantías establecidos en la Constitución Política del Perú y en la legislación vigente. El contenido de la medida debe cumplir con la legislación ambiental y preservar la supervivencia de los pueblos indígenas.

TÍTULO II
ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 5º.- De la obligación de consultar

La obligación de consultar al o los pueblos indígenas deriva del Convenio 169 de la OIT y de la Ley y constituye una responsabilidad del Estado Peruano. Dicha obligación significa que:

a) Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta;

b) Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado;

c) Las consultas deben realizarse a través de los o las representantes de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas directamente afectados, acreditados conforme al numeral 10.1 del artículo 10º del Reglamento;

d) Las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta;

e) El derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo;

f) La consulta debe tener en cuenta los problemas de accesibilidad que pudieran tener los miembros de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, y sus representantes, de llegar al lugar en donde se realice el proceso de consulta. Debe optarse por lugares que por su fácil acceso permitan lograr el máximo de participación;

g) Atendiendo a la diversidad de pueblos indígenas existentes y a la diversidad de sus costumbres, el proceso de consulta considera las diferencias según las circunstancias a efectos de llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural. Se presta especial interés a la situación de las mujeres, la niñez, personas con discapacidad y los adultos mayores;

h) El proceso de consulta debe realizarse respetando los usos y tradiciones de los pueblos indígenas, en el marco de lo establecido por la Constitución y las leyes. La participación de las mujeres, en particular en funciones de representación, se realizará conforme a lo señalado en este inciso;
i) Los pueblos indígenas deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección, en el proceso de consulta, en un marco de plena autonomía, y sin interferencia de terceros ajenos a dichos pueblos, respetando la voluntad colectiva;
j) La obligación del Estado de informar al pueblo indígena, así como la de apoyar la evaluación interna, se circunscribe sólo a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participen del proceso de consulta.
k) Las normas de carácter tributario o presupuestario no serán materia de consulta;
l) No requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas que requieren una intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas. El mismo tratamiento reciben las medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias, así como la persecución y control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes;
m) Son documentos de carácter público, disponibles, entre otros medios, a través de los portales web de las entidades promotoras: El Plan de Consulta, la propuesta de la medida administrativa o legislativa a consultar, el nombre de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y el de sus representantes, el nombre de los representantes estatales, el Acta de Consulta y el Informe de Consulta; y
n) La dación de medidas administrativas o legislativas que contravengan lo establecido en la Ley y el Reglamento, vulnerando el derecho a la consulta, pueden ser objeto de las medidas impugnatorias previstas en la legislación.

Artículo 6º.- Consulta previa y recursos naturales

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

Artículo 7º.- Sujetos del derecho a la consulta

7.1 Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.

7.2 Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas del ámbito geográfico en el cual se ejecutaría dicha medida o que sea afectado directamente por ella. La consulta se realiza a través de sus organizaciones representativas. Para ello, los pueblos indígenas nombrarán a sus representantes según sus usos, costumbres y normas propias.

Artículo 8º.- Identificación de los sujetos del derecho

8.1 La entidad promotora identifica al o los pueblos indígenas, que pudieran ser afectados en sus derechos colectivos por una medida administrativa o legislativa, y a sus organizaciones representativas, a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial.

8.2 En caso la entidad promotora cuente con información que no esté incluida en la Base de Datos Oficial, remitirá la misma al Viceministerio de Interculturalidad para su evaluación e incorporación a dicha Base, de ser el caso.

Artículo 9º.- Derecho de petición

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

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

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

9.2 En el supuesto de que se deniegue el pedido, las organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden solicitar la reconsideración ante la misma autoridad o apelar la decisión. Si la entidad promotora forma parte del Poder Ejecutivo, la apelación

es resuelta por el Viceministerio de Interculturalidad, quien resolverá en un plazo no mayor de siete (7) días calendario, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable, bajo responsabilidad. Con el pronunciamiento de esta entidad queda agotada la vía administrativa.

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

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

Artículo 10º.- Acreditación de representantes

10.1 El o los pueblos indígenas participan en los procesos de consulta a través de sus representantes nombrados conforme a sus propios usos y costumbres, debiendo acreditarlos en el proceso de consulta ante la entidad promotora, alcanzando un documento formal de acreditación. El indicado documento debe estar firmado por los responsables del nombramiento de los representantes según corresponda. Las mismas reglas se siguen en caso se realice un cambio de representantes en el proceso de consulta. Este cambio no altera el proceso ni los acuerdos alcanzados hasta dicho momento.

Quien presente el documento formal de acreditación debe ser la persona que aparece registrada en la Base de Datos Oficial como representante de la organización representativa del o los pueblos indígenas.

10.2 El número de representantes designados debe considerar las necesidades del proceso, con enfoque de género y facilitando el diálogo intercultural orientado a la búsqueda de acuerdos.

10.3 La falta de organizaciones representativas o representantes no es obstáculo para la realización del proceso de consulta, debiendo la entidad promotora adoptar las medidas necesarias para hacer posible la consulta al o los pueblos indígenas que pudieran ser afectados. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad incluir dicho supuesto en la Guía Metodológica.

10.4 El o los pueblos indígenas, dentro de los treinta (30) días calendarios de recibido el Plan de Consulta, deben designar a sus representantes, conforme lo regula el presente artículo. El nombre de los o las representantes y los documentos de acreditación son de acceso público. El plazo de designación de los representantes transcurre dentro del plazo de la etapa de información, prevista en el artículo 18 del Reglamento.

En caso no llegara la acreditación dentro del plazo, se presumirá que las personas registradas en la Base de Datos son los o las representantes.

Artículo 11º.- De la participación de facilitadores, intérpretes y asesores en el proceso de consulta

11.1 La Entidad promotora es la responsable de convocar a los facilitadores, facilitadoras e intérpretes previa coordinación con los o las representantes del o de los pueblos indígenas. El Viceministerio de Interculturalidad dictará políticas orientadas a promover la debida capacitación de facilitadores e intérpretes.

11.2 Los y las intérpretes, facilitadores y facilitadoras deben estar registrados obligatoriamente en el Registro respectivo a cargo del Viceministerio de Interculturalidad.

11.3 Los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas y sus representantes están facultados a contar con asesores durante todo el proceso de consulta, quienes cumplen tareas de colaboración técnica en el proceso. Los asesores y asesoras no pueden desempeñar el rol de vocería.

11.4 La Guía Metodológica establecerá las pautas de actuación de los facilitadores y facilitadoras, asesores, asesoras e intérpretes. El Viceministerio de Interculturalidad promueve la participación efectiva de las mujeres en dichas funciones.

Artículo 12º.- De la participación de interesados en las medidas administrativas

Cuando la medida administrativa sometida a consulta haya sido solicitada por un administrado, éste puede ser invitado por la entidad promotora, por pedido de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del proceso, con el fin de brindar información, realizar aclaraciones o para evaluar la realización de cambios respecto del contenido de la indicada medida, sin que ello implique que dicho administrado se constituya en parte del proceso de consulta.

Artículo 13º.- De la metodología

El proceso de consulta se realiza a través de una metodología con enfoque intercultural, de género, participativo y flexible a las circunstancias, en el marco de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la Ley y el Reglamento. Se rige por los principios establecidos en la Ley y es acorde con las disposiciones del Reglamento. Para su desarrollo se considerará la Guía Metodológica.

TÍTULO III
DEL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 14º.- Inicio del proceso
El proceso de consulta se inicia con la etapa de identificación de la medida a consultar y del o los pueblos indígenas, conforme lo señalado por la Ley y el Título I de la presente norma.

Artículo 15º.- Reuniones preparatorias
Las entidades promotoras pueden realizar reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta.
También podrán realizar dichas reuniones en casos de procedimientos de especial complejidad que requieran precisiones mayores a las contenidas en el Reglamento.

Artículo 16º.- Del Plan de Consulta
El Plan de Consulta debe ser entregado por la entidad promotora a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, junto con la propuesta de la medida a consultar, conteniendo al menos:
a) Identificación del o de los pueblos indígenas a ser consultados;
b) Las obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores del proceso de consulta;
c) Los plazos y el tiempo para consultar, los que deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta;
d) Metodología del proceso de consulta, lugar de reuniones e idiomas que se utilizarán, y las medidas que faciliten la participación de las mujeres indígenas en el proceso;
e) Los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta.

Artículo 17º.- Etapa de publicidad de la medida
Las entidades promotoras de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta deben entregarla a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas que serán consultados, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, considerando el o los idiomas de los pueblos indígenas y sus representantes. Al mismo tiempo deben entregar el Plan de Consulta.

Una vez que se haya entregado a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas tanto la propuesta de medida como el Plan de Consulta, culmina esta etapa

e inicia la etapa de información. Tal hecho debe constar en el portal web de la entidad promotora.

Artículo 18º.- Etapa de información

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

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

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

Artículo 19º.- Etapa de evaluación interna

19.1 Las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas y sus representantes deben contar con un plazo razonable en consideración de la naturaleza de la medida con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.

19.2 Debe incorporarse dentro de los costos del proceso de consulta el apoyo logístico que debe brindarse a los pueblos indígenas para la realización de la etapa de evaluación interna y conforme lo señalado en el artículo 26º del Reglamento.

19.3 Acabado el proceso de evaluación interna, y dentro del plazo de dicha etapa, los o las representantes del o de los pueblos indígenas deberán entregarle a la entidad promotora, un documento escrito y firmado, o de forma verbal, dejándose constancia en un soporte que lo haga explícito, en el cual podrán indicar su acuerdo con la medida o presentar su propuesta acerca de lo que es materia de consulta, debiendo referirse en particular a las posibles consecuencias directas respecto a las afectaciones a sus derechos colectivos. Si los o las representantes no pudieran firmarlo, pueden colocar su huella digital.

19.4. En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas señalen que se encuentran de acuerdo con la medida, concluye el proceso de consulta. La autoridad toma el documento indicado en el numeral anterior, en que se señala el acuerdo, como

Acta de Consulta. En caso de que los o las representantes de las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas presenten modificaciones, aportes o propuestas, tales servirán para iniciar la etapa de diálogo propiamente dicha.

19. 5 En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas no expresen su voluntad colectiva conforme lo señalado en el numeral 19.3 dentro del plazo previsto para la evaluación interna, la entidad promotora entenderá que existe desacuerdo con la medida y convocará a la primera reunión de la etapa de diálogo. En dicha reunión los o las representantes deberán presentar los resultados de la evaluación interna. En caso no pudieran entregarlos, por razones debidamente justificadas, la entidad promotora volverá a citarlos en dicha reunión, y dentro del plazo de la etapa de diálogo, con el fin de recibir dicha evaluación e iniciar la búsqueda de acuerdos, de ser el caso.

Si a pesar de lo señalado en el párrafo anterior, los o las representantes del o de los pueblos indígenas no presentaran los resultados de la evaluación interna, sean en forma oral o escrita, se entenderá abandonado el proceso de consulta y se pasará a la etapa de decisión.

19.6 En caso de haber varios representantes del o de los pueblos indígenas, con opiniones divergentes, cada una de ellos podrá emitir sus propias opiniones sobre la medida materia de consulta. Todas las partes, incluso las que señalaron su acuerdo, tienen el derecho de participar en este caso en la etapa de diálogo.

19.7 La evaluación interna debe completarse dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario.

Artículo 20º.- Etapa de diálogo

20.1 El diálogo intercultural se realiza respecto de aquellos aspectos en donde se presentan diferencias entre las posiciones de la propuesta de la entidad promotora y las presentadas por el o los pueblos indígenas. Esta debe guiarse por un esfuerzo constante, y de buena fe, por alcanzar acuerdos sobre la medida objeto de consulta.

20.2 En el caso de medidas legislativas o administrativas de alcance general, la etapa de diálogo se realiza en la sede de la entidad promotora, salvo que las partes elijan una sede distinta, la cual debe contar con las facilidades que permitan el adecuado desarrollo del proceso.

20.3 En el caso de consulta de actos administrativos, la etapa de diálogo se realizará en un lugar que facilite la participación de los o las representantes del o de los pueblos indígenas.

20.4 Si algún pueblo indígena, que ya es parte del proceso de consulta al haber sido debidamente informado y convocado, no participara en la etapa de diálogo, y en tanto aún no se haya firmado el Acta de Consulta, puede incorporarse al proceso, previa presentación de sus aportes y aceptando el estado en el que se encuentra el proceso al

momento de su incorporación, incluyendo los acuerdos que ya se hubieran adoptado.
20.5 La entidad promotora deberá, en caso sea necesario y para el desarrollo de esta etapa, cubrir los costos de los traslados, alimentación y alojamiento de los o las representantes del o de los pueblos indígenas y de los miembros de organizaciones representativas indígenas necesarios para el desarrollo del proceso de consulta; de conformidad con lo señalado en el artículo 26º del Reglamento.
20.6 El período máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes.
20.7 En el desarrollo de la etapa de diálogo se observarán las siguientes reglas mínimas:
a) El o los pueblos indígenas tienen el derecho de usar su lengua nativa o el idioma oficial. Cuando alguna de las partes desconozca el idioma del interlocutor se contará con los intérpretes respectivos.
b) Al iniciar la etapa de diálogo, la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa debe realizar una exposición sobre los desacuerdos subsistentes al terminar la etapa de evaluación interna sobre la base de los documentos que las partes presentaron al finalizar dicha etapa. Realizada esta presentación se inicia el proceso de búsqueda de consenso.

Artículo 21º.- Suspensión y abandono del proceso de diálogo
21.1 Si durante el proceso de consulta se produjeran actos o hechos ajenos a las partes que perturbaran el proceso de diálogo, la entidad promotora suspenderá el mismo hasta que se den las condiciones requeridas, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación. La decisión de suspensión se sustentará en un informe motivado sobre los actos o hechos que afectan el proceso de diálogo, no pudiendo dicha suspensión o la suma de ellas, de ser el caso, superar el plazo de quince (15) días calendario.
Cumplido ese plazo la entidad promotora podrá convocar al diálogo en un lugar que garantice la continuidad del proceso, en coordinación, de ser posible, con los o las representantes del o de los pueblos indígenas.
En cualquier caso, la entidad promotora pondrá fin al proceso de diálogo si el incumplimiento del principio de buena fe impidiera la continuación del proceso de consulta, elaborando un informe sobre las razones que sustentan dicha decisión, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación, de ser el caso, luego de lo cual se pasará a la etapa de decisión.
21.2 El o los pueblos indígenas pueden desistirse, no continuar, o abandonar el proceso de consulta. Las entidades promotoras deben agotar todos los medios posibles previstos en la Ley y el Reglamento para generar escenarios de diálogo. Si luego de lo señalado no es posible lograr la participación del o de los pueblos indígenas, a través de sus

organizaciones representativas, la entidad promotora dará el proceso por concluido, elaborando un informe que sustente la decisión adoptada, dentro del plazo de la etapa de diálogo.

Artículo 22º.- Acta de consulta

22.1 En el Acta de Consulta deben constar, de ser el caso, los acuerdos adoptados, señalando expresamente si los mismos son totales o parciales. En caso de no existir acuerdo alguno, o cuando el acuerdo es parcial, debe quedar constancia de las razones del desacuerdo parcial o total.

22.2 El Acta será firmada por los o las representantes del o de los pueblos indígenas y por los funcionarios y funcionarias debidamente autorizados de la entidad promotora. De negarse a firmar el Acta, se entenderá como una manifestación de desacuerdo con la medida, y se pasará a la etapa de decisión.

Artículo 23º.- Etapa de decisión

23.1 La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por el o los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias directas que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados ratificados por el Estado Peruano.

23.2 De alcanzarse un acuerdo total o parcial entre el Estado y el o los pueblos indígenas, como resultado del proceso de consulta, dicho acuerdo es de carácter obligatorio para ambas partes.

23.3 En caso de que no se alcance un acuerdo y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida. Los o las representantes que expresen su desacuerdo tienen el derecho de que el mismo conste en el Acta de Consulta.

Artículo 24º.- Plazo máximo del proceso de consulta

El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta.

Artículo 25º.- Informe de consulta
Culminado el proceso de consulta, la entidad promotora debe publicar en su portal web un Informe conteniendo:
a) La propuesta de medida que se puso a consulta.
b) El Plan de Consulta.
c) Desarrollo del proceso.
d) Acta de Consulta.
e) Decisión adoptada, de ser el caso.
El Informe Final debe ser remitido a los o las representantes del o de los pueblos indígenas que participaron en el proceso de consulta.

Artículo 26º.- Financiamiento del proceso de consulta
26.1 En el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponde a la entidad promotora financiar los costos del proceso de consulta.
26.2 En el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida.
26.3 Las entidades promotoras identificarán o modificarán en sus TUPA los procedimientos a los que se le aplique el presente artículo.

Artículo 27º.- De la consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional.
27.1 Las medidas legislativas o administrativas de alcance general, incluyendo los planes y programas, sólo serán consultadas en aquellos aspectos que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.
27.2 Para tal fin, se consultará al o los pueblos indígenas, a través de sus representantes elegidos de acuerdo a sus propios usos y costumbres.
27.3 El proceso de consulta a los pueblos indígenas referido en el inciso anterior, se realizará a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida.
27.4 Conforme al numeral 8 del artículo 118º de la Constitución Política del Perú, las medidas reglamentarias no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes, por lo que no pueden cambiar la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas previstos en la ley. Sin perjuicio de lo anterior, podrían utilizarse los mecanismos de participación ciudadana previstos en la legislación, distintos a la consulta, conforme lo señala el Convenio 169 de la OIT.
27.5 Cuando, de manera excepcional, el Poder Ejecutivo ejercite las facultades legislativas previstas en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú, se consultará aquellas disposiciones del proyecto de Decreto Legislativo que impliquen una modifi-

cación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El Poder Ejecutivo incluirá, en el pedido de delegación de facultades, un período adicional para el desarrollo del proceso de consulta.

27.6 La consulta de los proyectos de Decretos Legislativos se realizará sólo respecto del artículo o artículos que pudieran implicar un cambio en la situación jurídica de un derecho colectivo reconocido a los pueblos indígenas. Estarán comprendidos en el proceso de consulta sólo los pueblos indígenas que pudieran ser afectados directamente por el artículo o artículos antes indicados, a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida.

27.7 La dación de Decretos de Urgencia se rige por las reglas establecidas en el numeral 19 del artículo 118º de la Constitución Política del Perú.

TÍTULO IV
DE LAS FUNCIONES DEL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA

Artículo 28º.- Funciones del Viceministerio de Interculturalidad

Son funciones del Viceministerio de Interculturalidad las establecidas por Ley y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura. Estas incluyen:

1. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Asimismo, brinda opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta.
2. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes, del o de los pueblos indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular, en coordinación con las entidades promotoras.
3. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades promotoras, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por dichas entidades, sobre el ámbito de la consulta y la determinación del o de los pueblos indígenas a ser consultados, así como sobre el Plan de Consulta.
4. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y al o los pueblos indígenas que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma.
5. Elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial relativa a los pueblos indígenas, en donde también se registrarán sus organizaciones representativas.
6. Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados

en los procesos de consulta.
7. Crear, mantener y actualizar un Registro de Facilitadores, así como el Registro de Intérpretes de las lenguas indígenas.
8. Dictar una Guía Metodológica para la implementación del derecho de consulta, incluyendo documentos modelo, en el marco de la Ley y el Reglamento.

Artículo 29º.- Base de Datos Oficial
29.1 La Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley, constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas. No tiene carácter constitutivo de derechos.
29.2 El Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Cultura se aprueba la directiva que la regula, incluyendo los procedimientos para la incorporación de información en la misma, en particular la disponible en las distintas entidades públicas, así como para la coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La Resolución Ministerial se aprobará dentro de los treinta (30) días calendario de la entrada en vigencia del Reglamento.
29.3 Todo organismo público al cual se le solicite información para la construcción de la Base de Datos Oficial está en la obligación de brindarla.

Artículo 30º.- Deberes del funcionario público en el proceso de consulta
Los funcionarios y funcionarias públicos que participen en cualquiera de las etapas del proceso de consulta deberán actuar, bajo responsabilidad, en estricto cumplimiento de lo establecido en la Ley y el Reglamento, en el marco del principio de Buena Fe.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- Aplicación del reglamento
Las entidades promotoras deberán aplicar los procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento de forma inmediata.

Segunda.- Seguimiento
La Presidencia del Consejo de Ministros creará una Comisión Multisectorial para el seguimiento de la aplicación del derecho a la consulta, la cual estará integrada por representantes de los sectores del Poder Ejecutivo con responsabilidades en la aplicación del presente Reglamento. Esta Comisión emitirá informes, y podrá plantear

recomendaciones para la debida implementación y mejora en la aplicación del derecho a la consulta. Para tal fin, podrá convocar a expertos que colaboren en el desarrollo de sus responsabilidades.

Tercera.- Progresividad del Registro de Facilitadores e Intérpretes
La obligación establecida en el artículo 11.2 entrará en vigencia progresivamente conforme lo establezca el Ministerio de Cultura, mediante Resolución Ministerial, el cual definirá las medidas transitorias que correspondan. En tanto, los facilitadores e intérpretes son propuestos por el Viceministerio de Interculturalidad.

Cuarta.- Excepción a derecho de tramitación
El presente Decreto Supremo constituye la autorización prevista en el artículo 45º, numeral 45.1 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, respecto de las tasas que cubran el costo del proceso de consulta.

Quinta.- Derecho a la participación
Conforme a lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, corresponde a las distintas entidades públicas, según corresponda, desarrollar los mecanismos de participación dispuestos en la legislación vigente, los cuales serán adicionales o complementarios a los establecidos para el proceso de consulta.

Sexta.- Contenidos de los instrumentos del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental
El contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11º del Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión.

Sétima.- Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas.
El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:
a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.

b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

Octava.- Aprobación de medidas administrativas con carácter de urgencia
En caso las entidades promotoras requieran adoptar una medida administrativa con carácter de urgencia, debidamente justificado, el proceso de consulta se efectuará considerando los plazos mínimos contemplados en el presente reglamento.

Novena.- Protección de pueblos en aislamiento y en contacto inicial
Modifíquese el artículo 35º del Decreto Supremo Nº 008-2007-MIMDES conforme al siguiente texto:
"Artículo 35º.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública.- Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley.
La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las recomendaciones u observaciones que correspondan.
Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial."

Décima.- Participación en los beneficios
Conforme a lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.

Décimo Primera.- Publicación de la Guía Metodológica
La Guía Metodológica se publicará en el portal web del Ministerio de Cultura dentro de los treinta (30) días calendario contados desde la entrada en vigencia del Reglamento. El Viceministerio de Interculturalidad realizará actualizaciones periódicas de dicho documento.

Décimo Segunda.- Medidas administrativas complementarias
Cuando una medida administrativa ya consultada requiera, para dar inicio a las actividades autorizadas por ella, de la aprobación de otras medidas administrativas de carácter complementario, estas últimas no requerirán ser sometidas a procesos de consulta.

Décimo Tercera.- Coordinación en procesos de promoción de la inversión privada
En el caso de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada Organismo Promotor de la Inversión Privada coordinar con la entidad promotora la oportunidad en que ésta deberá realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente.

Décimo Cuarta.- Reinicio de Actividad
No requerirá proceso de consulta aquella medida administrativa que apruebe el reinicio de actividad, en tanto no implique variación de los términos originalmente autorizados.

Décimo Quinta.- Educación, Salud y Provisión de Servicios Públicos
La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento.

Décimo Sexta.- Financiamiento
La aplicación de la presente norma se hará con cargo al presupuesto institucional de las entidades promotoras correspondientes sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Impresión:
ROBLE ROJO GRUPO DE NEGOCIOS S.A.C.
Teléfonos: 348 5571 / 349 6636
info@roblerojo.com
www.roblerojo.com
2012
Lima - Perú