

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSTGRADO

SECCIÓN EN DERECHO



***“FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y NECESIDAD
DE LA LEY N° 29785, LEY DE DERECHO A LA CONSULTA
PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS”***

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

AUTOR:

MG. FÉLIX RICARDO CASTRO AGUILAR

ASESOR:

DR. VÍCTOR HUGO CHANDUVI CORNEJO

TRUJILLO – PERÚ

2017

Nro. de Registro:

DEDICATORIA

A MIS PADRES, POR HABERME INCULCADO LOS
VALORES Y SABIAS ENSEÑANZAS, ASÍ COMO LAS
IDEAS DE SUPERACIÓN PARA UN MEJOR
DESARROLLO PERSONAL Y PROFESIONAL.

AGRADECIMIENTO

A LOS PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA
ANTENOR ORREGO, POR LOS CONOCIMIENTOS
BRINDADOS QUE ME HAN PERMITIDO DESARROLLAR
LA PRESENTE TESIS DOCTORAL.

RESUMEN

El mundo de los pueblos indígenas es muy diverso tanto en sus experiencias históricas como en su situación actual y, los modos de sufrimiento social son complejos y variados. Es por ello que, para los pueblos indígenas, el pasado se suma a una compleja conjunción de limitaciones, dificultades, dolor y a la vez una voluntad ferviente de sobrevivir, comunidades culturales atravesadas por muchas transformaciones.

Ante ello, la comunidad internacional ha considerado necesario proteger a los pueblos indígenas a través de una serie de acuerdos internacionales. Así, uno de los pueblos indígenas es el denominado Convenio N° 169 de la OIT, dicho convenio en su artículo 6°; dispone que los gobiernos deberán de ***“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”***

Al igual que otros países adscritos a dicho convenio, el Perú, es considerado un país pluricultural, multiétnico y diverso en donde coexisten varios pueblos y grupos étnicos, organizados generalmente por comunidades campesinas y nativas. Lo expuesto anteriormente, ha quedado plasmado en el artículo 89° de nuestra carta magna vigente. Sin embargo, al redactarse este artículo nuestros legisladores no tuvieron en cuenta, que nuestro país se encontraba adscrito al convenio N° 1169 de la OIT desde diciembre de 1993.

No obstante, para enmendar dicho error se fueron presentando una serie de proyectos de ley con la intención de crear una norma que contenga el Derecho a la Consulta Previa, siendo la misma aprobada el 23 de agosto de 2011; siendo aprobado posteriormente aprobado su reglamento. Sobre dicha norma han surgido serias discrepancias. Así, un grupo de especialistas consideran que el reglamento transgrede sus derechos al ponerlos en una posición de inequidad frente al Estado. Mientras que otros, sostienen que la redacción del reglamento no es definitiva y que debe interpretarse con cautela.

En este contexto la presente investigación busca el determinar cuáles son los fundamentos que justifican la constitucionalidad y la necesidad de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, con miras a establecer las bases jurídicas indispensables para dar soporte y solidez a esta norma fundamental para el desarrollo social, cultural y político de nuestro país.

ABSTRACT

The world of indigenous peoples is very diverse both in their historical experiences and in their present situation, and the modes of social suffering are complex and varied. That is why, for indigenous peoples, the past adds to a complex conjunction of limitations, difficulties, pain and at the same time a fervent desire to survive, cultural communities undergoing many transformations.

In view of this, the international community considered it necessary to protect indigenous peoples through a series of international agreements. Thus, one of the indigenous peoples is the so-called Convention No. 169 of the ILO, this Convention in its Article 6; Provides that governments should "consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever legislative or administrative measures are envisaged that may directly affect them"

Like other countries attached to this agreement, Peru is considered a multicultural, multiethnic and diverse country where several peoples and ethnic groups coexist, usually organized by peasant and native communities. The foregoing has been embodied in Article 89 of our current charter. However, in drafting this article, our legislators did not take into account that our country had been bound by ILO Convention No. 1169 since December 1993.

However, to amend this error, a series of bills were presented with the intention of creating a rule that contains the Right to the Previous Consultation, being the same one approved the 23 of August of 2011; Being approved subsequently its regulation was approved. Serious discrepancies have arisen over this standard. Thus, a group of specialists consider that the regulation violates their rights by placing them in a position of inequity vis-à-vis the State. While others argue that the wording of the regulation is not final and should be interpreted with caution.

In this context, the present investigation seeks to determine the foundations that justify the constitutionality and the need for Law N ° 29785, Law of Prior Consultation of Indigenous or Native Peoples, with a view to establishing the indispensable legal bases to support and solidity to this fundamental norm for the social, cultural and political development of our country.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
ÍNDICE	v
 <u>TÍTULO I</u> <u>INTRODUCCIÓN</u> 	
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	01
2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	05
3. LA HIPÓTESIS	05
3.1. ENUNCIADO	05
4. OBJETIVOS	06
4.1. OBJETIVO GENERAL	06
4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	06
 <u>TÍTULO II</u> <u>MARCO TEÓRICO</u> 	
<u>CAPÍTULO I</u> <u>LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO MODERNO</u> 	
1. NOCIONES GENERALES	07
1.1. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS	07
1.2. HISTORIA	08
1.2.1. ANTECEDENTES MEDIATOS	08
1.2.2. ANTECEDENTES INMEDIATOS	09
1.3. CLASIFICACIÓN.	10
1.3.1. DERECHOS DE PRIMERA GENERACIÓN	11
1.3.2. DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN	11
1.3.3. DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN	11
1.3.4. DERECHOS DE CUARTA GENERACIÓN	12
1.4. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS	12
1.4.1. LOS MECANISMOS PARA DEFENDER LOS DERECHOS	13
1.4.2. LAS NACIONES UNIDAS Y LOS DERECHOS HUMANOS	13
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	15
2.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL	15
2.2. CLASIFICACIÓN	17
2.3. FUNCIONES QUE CUMPLEN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	18
 <u>CAPÍTULO II</u> <u>SOBERANÍA ESTATAL Y ORDEN LEGAL INTERNO</u> 	
1. SOBERANÍA ESTATAL Y CONSTITUCIONALISMO	19
2. SOBERANÍA ESTATAL Y SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	24
3. ORDEN LEGAL INTERNO Y LA FALSEDAD DE SU HERMETICIDAD Y COMPLETITUD	29
4. PLURALISMO JURÍDICO Y SU VINCULACIÓN A LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA	33
 <u>CAPÍTULO III</u> <u>ACERCA DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT</u> 	
1. ACERCA DEL CONVENIO NÚMERO 169	40
2. INTERÉS DE LA OIT POR LOS PUEBLOS INDÍGENAS	40

3.	LA CONDICIÓN LABORAL COMO MOTIVO DE PREOCUPACIÓN	41
4.	STATUS JURÍDICO DEL CONVENIO N° 169	42
5.	APLICACIÓN DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT	42
5.1.	RESPONSABILIDAD DE SU APLICACIÓN	42
5.2.	CONTROL	43
5.3.	ROL DE LAS ORGANIZACIONES DE TRABAJADORES Y EMPLEADORES	44
5.4.	ACCESO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LOS PROCEDIMIENTOS Y A LA ASISTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO	45
6.	CONTRIBUCIÓN DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT AL DESARROLLO NACIONAL	45
<u>CAPÍTULO IV</u>		
<u>NORMAS DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL QUE PROTEGEN EL DERECHO A LOS PUEBLOS INDÍGENAS</u>		
<u>SUBCAPÍTULO I</u>		
<u>ARTÍCULO 2° INCISO 19): IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL. DERECHO AL USO DEL PROPIO IDIOMA</u>		47
<u>SUBCAPÍTULO II</u>		
<u>ARTÍCULO 89: COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS</u>		
1.	INTRODUCCIÓN	55
2.	¿QUÉ SON LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS?	56
2.1.	APROXIMACIÓN UNA DEFINICIÓN	56
2.2.	RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE PUEBLO INDÍGENA O PUEBLO TRIBAL DEL CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.	57
2.3.	EXISTENCIA LEGAL	57
2.4.	PERSONERÍA JURÍDICA	59
3.	LA AUTONOMÍA DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS	60
3.1.	AUTONOMÍA ORGANIZATIVA	60
3.2.	AUTONOMÍA EN EL TRABAJO COMUNAL	61
3.3.	AUTONOMÍA EN EL USO Y LIBRE DISPOSICIÓN DE SUS TIERRAS	61
3.4.	AUTONOMÍA ECONÓMICA	62
3.5.	AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA	62
4.	EL DERECHO A LA PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS	62
5.	LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS	64
<u>CAPÍTULO V</u>		
<u>EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS</u>		
1.	INTRODUCCIÓN	66
2.	PREVISIÓN CONSTITUCIONAL Y RECEPCIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES	66
3.	JERARQUÍA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS, COMO TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS	71
4.	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	73
5.	PRONUNCIAMIENTOS DE ÓRGANOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS	75
6.	MARCO LEGAL Y PARTICIPACIÓN DE ORGANIZACIONES INDÍGENAS EN SU DISEÑO	77
6.1.	BOLIVIA	79
6.2.	BRASIL	82
6.3.	CHILE	84
6.4.	COLOMBIA	86
7.	MARCO JURISPRUDENCIAL Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CONSULTA Y DEL CONSENTIMIENTO	88
7.1.	BOLIVIA	88
7.2.	BRASIL	90
7.3.	CHILE	93
7.4.	COLOMBIA	95

<u>CAPITULO VI</u> <u>DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS</u>	
1. INTRODUCCIÓN	98
2. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y A LA IGUALDAD ANTE LA LEY	98
3. DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN	100
4. DERECHO A LA IDENTIDAD E INTEGRIDAD CULTURAL	101
5. DERECHO A LA PROPIEDAD DE LA TIERRA, EL TERRITORIO Y LOS RECURSOS NATURALES	102
6. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN Y A LA CONSULTA	106
7. DERECHO AL CONSENTIMIENTO	108
8. DERECHO A SUS PROPIOS SISTEMAS DE JUSTICIA	109
9. DERECHO A LA REPARACIÓN	110
<u>TÍTULO III</u> <u>MARCO METODOLÓGICO</u>	
1. POBLACIÓN Y MUESTRA DEL ESTUDIO	111
1.1. POBLACIÓN	111
1.2. MUESTRA	111
2. UNIDAD DE ANÁLISIS.	111
3. TIPO DE INVESTIGACIÓN	112
3.1. SEGÚN SU PROFUNDIDAD.	112
3.2. SEGÚN SU FINALIDAD.	112
3.3. SEGÚN SU DISEÑO	112
4. MÉTODOS, TÉCNICA, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	112
4.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	112
4.1.1. MÉTODO CIENTÍFICO	112
4.1.2. MÉTODO ANALÍTICO - SINTÉTICO. -	112
4.1.3. MÉTODO INDUCTIVO – DEDUCTIVO	113
4.1.4. MÉTODO HISTÓRICO. -	113
4.1.5. MÉTODO HERMENÉUTICO. -	113
4.2. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	114
4.2.1. TÉCNICAS	114
4.2.1.1. <i>La observación.</i>	114
4.2.1.2. <i>El análisis de documentos.</i>	114
4.2.2. INSTRUMENTOS	114
5. PROCEDIMIENTO	115
6. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS:	115
7. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	115
8. PRESENTACIÓN DE DATOS	116
<u>TÍTULO IV</u> <u>ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS</u>	
<u>CAPITULO I</u> <u>TENDENCIAS RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS</u>	
	117
<u>CAPITULO II</u> <u>DERECHO A LA CONSULTA PREVIA</u>	
1. ELEMENTOS CONCEPTUALES DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL	125
2. TIERRAS Y TERRITORIOS INDÍGENAS	125
3. SITUACIONES QUE AMERITAN LA REALIZACIÓN DE UNA CONSULTA	129
4. DEFINICIÓN DE INDÍGENA. REPRESENTACIÓN DEL INDÍGENA.	131

5. CONDICIONES Y GARANTÍAS PARA UN ADECUADO PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA	133
5.1. LA “BUENA FE” EN LA REALIZACIÓN DE LAS CONSULTAS	133
5.2. LA CONSULTA DEBE SER PREVIA A LA MEDIDA O DECISIÓN	133
5.3. LOS CONSULTADOS DEBEN CONTAR CON INFORMACIÓN ADECUADA	134
5.4. LA CONSULTA DEBE SER CULTURALMENTE ADECUADA	135
5.5. LA CONSULTA COMO MEDIO PARA LLEGAR A UN ACUERDO	135
6. EFECTOS DE LA CONSULTA Y EJECUCIÓN DE SUS RESULTADOS	136
<u>CAPITULO III</u>	
<u>COMENTARIOS A LA LEY N° 29785, QUE DESARROLLA EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS, RECONOCIDO EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT</u>	
1. ARTÍCULO 1°: OBJETO DE LA LEY	139
2. ARTÍCULO 2°: DERECHO A LA CONSULTA	141
3. ARTÍCULO 3°: FINALIDAD DE LA CONSULTA	141
4. ARTÍCULO 4°: PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO A LA CONSULTA	142
4.1. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	142
4.2. INTERCULTURALIDAD	142
4.3. BUENA FE	146
4.4. FLEXIBILIDAD	147
4.5. PLAZO RAZONABLE	147
4.6. AUSENCIA DE COACCIÓN O CONDICIONAMIENTO	148
4.7. INFORMACIÓN OPORTUNA	148
5. ARTÍCULO 5°: SUJETOS DEL DERECHO A LA CONSULTA	148
6. ARTÍCULO 6°: FORMA DE PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS	149
7. ARTÍCULO 7°: CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS	149
8. ARTÍCULO 8°: ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA	150
9. ARTÍCULO 9°: IDENTIFICACIÓN DE MEDIDAS OBJETO DE CONSULTA	151
10. ARTÍCULO 10°: IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A SER CONSULTADOS	151
11. ARTÍCULO 11°: PUBLICIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA	153
12. ARTÍCULO 12°: INFORMACIÓN SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA	153
13. ARTÍCULO 13°: EVALUACIÓN INTERNA DE LAS INSTITUCIONES Y ORGANIZACIONES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS	154
14. ARTÍCULO 14°: PROCESO DE DIALOGO INTERCULTURAL	155
15. ARTÍCULO 15°: DECISIÓN	156
16. ARTÍCULO 16°: IDIOMA	157
17. ARTÍCULO 17°: ENTIDAD COMPETENTE	157
18. ARTÍCULO 18°: RECURSOS PARA LA CONSULTA	158
19. ARTÍCULO 19°: FUNCIONES DEL ÓRGANO TÉCNICO ESPECIALIZADO EN MATERIA INDÍGENA DEL PODER EJECUTIVO	158
20. ARTÍCULO 20°: CREACIÓN DE LA BASE DE DATOS OFICIAL DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS	159
21. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES	159
21.1. PRIMERA	159
21.2. SEGUNDA	160
21.3. TERCERA	161
<u>CAPITULO IV</u>	
<u>ANÁLISIS DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA, DECRETO SUPREMO N° 001-2012-MC</u>	
1. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL REGLAMENTO	162
1.1. LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA EN EL TIEMPO	162

1.2. AFECTACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE, PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD	164
1.3. CONSENTIMIENTO, COMO EXPRESIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN	165
1.4. VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE GOBIERNOS REGIONALES (ARTÍCULO 2, 2.3) Y ATRIBUCIONES DEL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD (ARTÍCULO 28.3, 9.2)	166
1.5. GUÍA METODOLÓGICA	169
1.6. ¿CUÁNDO SE REALIZA LA CONSULTA? ¿A PARTIR DE QUÉ MOMENTO? ARTÍCULOS 3, I) Y 6.	170
1.7. DECIMOSEXTA DISPOSICIÓN. NOTIFICACIONES ADECUADAS CULTURALMENTE.	173
1.8. LA CONSULTA PREVIA A PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO	174
1.9. DEBERES PENDIENTES DEL ESTADO	175
1.9.1. COSTOS DE LA CONSULTA	175
1.9.2. OBLIGACIÓN DE INFORMAR (ARTÍCULO 5,J)	177
1.10. MEDIDAS QUE NO SERÁN CONSULTADAS	179
1.10.1. OBRAS PÚBLICAS	179
1.10.2. DECRETOS DE URGENCIA (ARTÍCULO 5, INC. L)	180
1.11. PARTICIPACIÓN INDÍGENA EN LA COMISIÓN MULTISECTORIAL, ARTÍCULOS 15 Y 16	181
1.12. LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA EN EL TIEMPO	182
1.13. SANCIÓN DE NULIDAD PARA MEDIDAS NO CONSULTADAS	183
1.14. SOBRE INVITACIÓN DE ADMINISTRADOS AL PROCESO DE CONSULTA (ARTÍCULO 12)	183
<u>CAPITULO V</u>	
<u>FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y NECESIDAD DE LA LEY N° 29785.</u>	
<u>LEY DE DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS</u>	
<u>ORIGINARIOS</u>	
1. FUNDAMENTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA Y SU REGLAMENTO.	185
2. NECESIDAD DE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA Y SU REGLAMENTO	192
<u>TÍTULO V</u>	
<u>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</u>	
CONCLUSIONES	198
RECOMENDACIONES	202
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	203
ANEXOS	211

TÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El mundo de los pueblos indígenas es muy diverso tanto en sus experiencias históricas como en su situación actual y, los modos de sufrimiento social son complejos y variados. Es por ello que, para los pueblos indígenas, el pasado se suma a una compleja conjunción de limitaciones, dificultades, dolor y a la vez una voluntad ferviente de sobrevivir, comunidades culturales atravesadas por muchas transformaciones.

En el caso del Perú, es considerado un país pluricultural, multiétnico y diverso en donde coexisten varios pueblos y grupos étnicos , organizados generalmente por comunidades campesinas y nativas, que poseen conocimientos científicos y tecnológicos, valores culturales, idiomas, formas de organización social, modelos de desarrollo socio económico, maneras de administrar recursos naturales, diferentes prácticas de ejercer autoridad y administrar justicia, así como de conservar sus tierras y territorios (AIDSEP, 2007, p. 14).

Nuestra Constitución Política de 1993, regula las Comunidades Campesinas y Nativas en el artículo 89°, el cual está dedicado tanto a las comunidades campesinas como nativas, y se refiere a ambas en conjunto como si se distinguieran solo por el nombre, cuando en realidad las primeras son oriundas de la región de la sierra y las segundas se encuentran en la amazonia, regiones cuyas características eco lógicas y geográficas son notoriamente diferentes y cada una tiene su propia identidad étnica y cultural (FIGALLO, 2005, p. 1053)

En relación al precitado artículo del texto constitucional, debemos precisar que el constituyente no ha regulado de manera apropiada la denominación y la protección de los derechos colectivos de los indígenas en el Perú, por el contrario las regula como “**Comunidades Nativas**”, **que tiene un alcance limitado para el ejercicio pleno de sus derechos reconocidos a nivel internacional.**

Asimismo desde el punto de vista legal, las comunidades campesinas se encuentran reguladas por la Ley 24656, Ley de Comunidades Campesinas. Mientras que las Segundas, es decir las Comunidades Nativas, se encuentran reguladas por el

Decreto Ley N° 22175, Decreto Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario en las Regiones de la Selva.

Cabe indicar que ante esta realidad nuestra Sociedad Peruana está conformada por una gran variedad y diversidad de culturas, prácticas, códigos y formas de vida y tradiciones, pues encontramos diferencias notables en la población de la Costa, Sierra y Selva, a ello se le denomina **“Pluralismo Cultural”**, la cual es entendida por la doctrina como:

“El pluralismo cultural se refiere a la idea de pequeños grupos dentro de una población, que retienen sus identidades culturales únicas. Uno de los resultados de este pluralismo es que con frecuencia el grupo dominante acepta los valores y creencias del grupo. Los ejemplos de esto en los Estados Unidos son las clases de baile latinas de salsa y las de yoga hindú. Hay ventajas y desventajas si se abraza al pluralismo cultural y muchos a favor y en contra del mismo.” (POWELL, s/a)

Este pluralismo resulta elemental en la vida de un pueblo y es el elemento clave para el respeto mutuo y desarrollo como tal debe ser aceptado, respetado y protegido por la legislación (Constitución Política del Perú), pero hasta dónde puede llegar esa protección es real o simplemente es un enunciado jurídico más que no llega a cumplirse. Sin embargo se hace necesario determinar qué sucede cuando la norma jurídica es contraria a las costumbres o a una costumbre en particular **¿Puede Cumplirse tal norma?**.

Inicialmente debemos considerar que el Congreso de la República pocas veces toma en cuenta el pluralismo cultural del cual estamos hablando, y elaboran normas jurídicas tomando como base circunstancias generalizadas, cuando dichas normas no solo se van aplicar a esa circunstancia generalizada que fue materia de análisis, sino a todos los ciudadanos por igual.

En segundo lugar se debe tener en cuenta que la costumbre es la fuente creadora de la norma jurídica y ambas deben estar concordadas, por ello cuando una norma jurídica es contraria a la costumbre se descalifica por sí misma. Entonces qué sucederá cuando una norma jurídica esta concordada con algunas costumbres, pero es contraria a otras costumbres generales o particulares de un determinado sector

de nuestra sociedad, allí evidentemente encontramos un problema, y es que ***¿dicha norma debe o no aplicarse a este sector de la sociedad, no puede inaplicarse?***

Es por ello que para solucionar este conflicto existe el Pluralismo Jurídico, el cual implica la aceptación de que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas (BORELLO, 2001, p. 1). Para los seguidores del Pluralismo Jurídico:

“el Estado no es el único centro productor de normas jurídicas sino también el producido por los grupos sociales diferentes al Estado, siempre y cuando: determinen sus fines propios, establezcan los medios para llegar a esos fines, distribuyan funciones específicas de los individuos que componen el grupo para que cada uno colabore, a través de los medios previstos, para el logro del fin y que tengan diferente cultura” (BOBBIO, 2005, p. 10)

En resumidas cuentas, el pluralismo jurídico significa que en base a la aceptación del pluralismo cultural, se reconoce la necesidad de aplicar de manera diferenciada algunas normas jurídicas, dependiendo de las costumbres de cada ciudadano y grupo, evidentemente no existe un cuerpo de leyes para el comunero del sur del país, o un Código Penal para las poblaciones indígenas y nativas, pues existe un Código Civil y Penal único y una serie de normas para toda la población en general.

En vista de ello, es necesario que las leyes sean aplicadas teniendo en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario de cada cual, pues existen pluralismo cultural y pluralismo jurídico. Esta situación permite hacer expresiones apartándose de aplicar la norma jurídica en atención a la cultura o costumbres propias de cada sujeto.

En ese orden de ideas, para la aplicación de la legislación respecto de las comunidades campesinas y nativas, los jueces deben prestar especial atención a las circunstancias particulares del caso, a la costumbre y al derecho consuetudinario de los involucrados, para de esta manera emitir un pronunciamiento legítimo que respete la ley y el pluralismo jurídico.

Es así que ante los reclamos de las Comunidades Campesinas quienes ocupan territorios del Estado como propietarios basándose en el derecho consuetudinario surgieron una serie de reclamos cuando el Estado realizaba un acuerdo con una

empresa a efectos de que se produzca la inversión básicamente privada surgiendo una serie de problemas como el ocurrido en Bagua, en donde el 05 de junio del año 2009, hubo una serie de muertos y desaparecidos. Este problema se originó debido al deseo de una empresa transnacional de establecerse en una zona protegida legalmente. Durante el gobierno de Alan García, las leyes cambiaron en favor de esta empresa, pasando por encima de los convenios y leyes que protegían a las comunidades nativas que vivían en dicha zona. Cuando García hizo oídos sordos a los pedidos de consulta e insinuó que eran ciudadanos de segunda categoría, se desencadenó lo que terminaría siendo la peor catástrofe en la historia de la Policía Nacional (RIVADENEYRA, 2014). El resultado de ello fue, según los primeros informes oficiales, el asesinato de al menos 24 policías y 9 nativos. Mientras que el informe de la (AIDSESEP), organizadora de las protestas, afirma que más de 40 nativos (entre ellos tres niños), han fallecido. Además, 155 personas resultaron heridas, un tercio por heridas de bala (EFE, 2009). Por su parte, periódicos extranjeros comentan que más de 50 nativos han muerto (WIKIPEDIA, 2015).

Frente a los hechos descritos anteriormente, se fueron dando una serie de proyectos entre ellos el de Consulta previa el cual después de muchas observaciones fue aprobado con fecha 23 de agosto de 2011 por el Pleno del Congreso de la República, mediante Ley N° 29785; siendo posteriormente aprobado su reglamento (D.S. N° 001-2012-MC).

Habiendo sido promulgada tanto la Ley como su reglamento, corresponde determinar si resulta aplicable frente a los cuestionamientos de la inconstitucionalidad de la misma. En ese orden de ideas, debemos indicar que el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, publicado el 03 de abril de 2012, contiene en uno de sus artículos una disposición que dispone, en resumidas cuentas, que cuando no haya acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas, es aquel y no estos el que tiene la última palabra.

Al respecto, han surgido ya voces discrepantes. Una de ellas ha sido la de los propios dirigentes de los pueblos indígenas que consideran que el reglamento conculca sus derechos al ponerlos en una posición de inequidad frente al Estado. Otros, por el contrario, sostienen que la redacción del reglamento no es definitiva y que debe interpretarse con cautela.

Así, por ejemplo, **YRIGOYEN** manifiesta que la aprobación de los pueblos indígenas sí es necesaria cuando se presentan las siguientes situaciones: traslados poblacionales, medidas de salvaguarda, megaproyectos que puedan afectar el modo de vida o subsistencia, almacenamiento o deshecho de materiales peligrosos en territorios indígenas, y desarrollo de actividades militares en territorios indígenas; es decir, que más allá de lo que sostenga el reglamento en esos casos la aprobación de los pueblos indígenas se requiere sí o sí (LA OTRA ORILLA, 2012).

Sin embargo del análisis que se realizará determinará que es legítimo que el Estado tenga la última palabra en cuanto a la consulta que se realiza a los pueblos indígenas, pero al mismo tiempo también es legítimo reconocer que los derechos e intereses de estos pueblos no pueden ser dejados de lado así porque sí, estos deben ser tratados con la misma consideración y respeto que nos merecemos todos por el hecho de ser sujetos morales, lo cual implica por parte del Estado el cumplimiento de al menos las siguientes obligaciones: a) no conculcar derechos fundamentales con su decisión; b) justificar por qué no pudo llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas; y c) argumentar por qué su posición o punto de vista es superior, cualitativamente hablando, a la de ellos.

En este contexto la presente investigación busca el determinar cuáles son los fundamentos que justifican, tanto la constitucionalidad como la necesidad de la Ley N° 29785 o ley de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, con miras a establecer las bases jurídicas indispensables para dar soporte y solidez a esta norma fundamental para el desarrollo social, cultural y político de nuestro país, así como para su gobernabilidad.

2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos que justifican la constitucionalidad y la necesidad de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios?

3. LA HIPÓTESIS

3.1. ENUNCIADO

Los fundamentos que justifican la constitucionalidad y la necesidad de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios; se encuentran conformados por el Derecho a la dignidad, prescrito en el artículo 1° de nuestra carta magna; el Derecho a la Igualdad

y el derecho de los pueblos indígenas u originarios a mantener su identidad étnica y cultural, conforme lo prescribe los incisos 2) y 19) del artículo 2° de nuestro texto constitucional.

Del mismo modo, debe indicarse que la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, constituyen un derecho constitucional complementario para estas poblaciones, pues se basa en la dignidad del hombre y en la soberanía del pueblo, según lo dispone el artículo 3° de nuestra constitución.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar cuáles son los fundamentos que justifican la constitucionalidad y la necesidad de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar las situaciones fácticas y jurídicas que impiden la aplicación de la Ley de Consulta previa en su totalidad.
2. Analizar la evolución histórica de la consulta previa en la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada.
3. Elaborar una propuesta legislativa en base a los vacíos y deficiencias existentes en la Ley de Consulta Previa.

TÍTULO II

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO MODERNO

1. NOCIONES GENERALES

No es posible respetar, promoverlo defender a los Derechos Humanos sin previamente comprender su significado. Sobre el particular, debemos advertir que las instituciones educativas de la gran mayoría de países no facilitan el nivel de instrucción requerido en este tema tan relevante.

Para poder entender bien a que nos estamos refiriendo, debemos saber bien todos los aspectos y perspectivas y así poder llegar a una buena reflexión. Ante lo expuesto en las líneas precedentes hemos optado por buscar en otras perspectivas la definición de Derechos Humanos; siendo ubicado en aquellos derechos que el hombre posee por el simple hecho de ser tal. En consecuencia, son derechos inherentes a la persona y se proclaman sagrados, inalienables, imprescriptibles, fuera del alcance de cualquier poder político.

No obstante, debemos indicar que existe una escuela de pensamiento jurídico que, además de no apreciar dicha implicación, cuenta con una posición contraria. Así, algunos especialistas consideran que los Derechos Humanos son una constante histórica, con clara raigambre en el mundo clásico; sin embargo, otro sector de la doctrina considera que los derechos humanos son fruto del cristianismo y de la defensa que éste hace de la persona y su dignidad.

1.1. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

La doctrina especializada considera que los Derechos Humanos son: ***“el conjunto de facultades, prerrogativas y libertades fundamentales que atienden al conjunto de necesidades básicas de las personas, permitiendo una vida más libre, racional y justa”*** (SÁNCHEZ 2001, pp. 5-6). Advierten además que este conjunto de derechos: ***“no son patrimonio de ninguna tendencia política. Nacen, y se fundamentan en la naturaleza intrínseca del ser humano; cualquiera que sea su ubicación política y pertenecen a los individuos de cualquier ideología y de cualquier condición”*** (PRADO, 1985, p. 43).

En ese orden de ideas, podemos manifestar que los Derechos Humanos, al ser parte vital e importante de la persona humana, tienen que ser consagrados de forma obligatoria en los estamentos legales de un ordenamiento jurídico, toda vez que si el fin de un Estado no es buscar la felicidad, tranquilidad y seguridad en sus asociados, entonces no tiene razón de existir. (BAUTISTA, 2004, p. 2)

Pero como el Estado no constituye una utopía, necesariamente debe cuidar de sus integrantes por medio de normas legales encaminadas a su dignificación. (BAUTISTA, 2004, p. 2)

1.2. HISTORIA

1.2.1. ANTECEDENTES MEDIATOS

De acuerdo a autorizada doctrina especializada, los Derechos Humanos no aparecen con las revoluciones, sino por el contrario siempre han existido y que son inherentes al ser humano, por lo tanto, constituyen la esencia del mismo. (BAUTISTA, 2004, p. 2)

Es por ello que se ha hablado desde tiempos remotos de ellos. Así, por ejemplo; se ha encontrado reseñas en la biblia, en la época del rey Hammurabi; la antigua Grecia, la edad media entre otros. Como se puede apreciar, han dado fe de que siempre se ha buscado la dignificación del ser humano.

a. La Carta Magna

Uno de los grandes acontecimientos en la búsqueda de la dignificación humana fue la **“Carta Magna”**, texto que es el resultado de la imposición y gran postura de los barones y el clero ingles hacia el monarca Juan Sin Tierra, en 1215. Dicha carta dispuso de ciertas garantías, libertades personales y a su vez limitaciones en los tributos para todos quienes estaban bajo su mando. (BAUTISTA, 2004, p. 2)

b. El Bill of Rights.-

También conocida como la **“declaración de derechos”**. Esta declaración, es un icono del Derecho Constitucional Ingles y factor coadyuvante para la evolución de los Derechos Humanos. Sobre la **“declaración de derechos”**, VILLALBA VEGA, menciona sobre ello lo siguiente:

“El Bill o Rights preciso las atribuciones legislativas del parlamento frente a monarquía estableció la libertad de elecciones de los parlamentarios, consiguió algunas garantías como el derecho de petición, vedó las penas crueles o desmedidas y protegió el patrimonio personal frente a las multas excesivas” (VILLALBA, 1999, pp. 137-138).

c. La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos del 04 de Julio 1776

El Congreso de Filadelfia el 4 de julio de 1776 fue el que proclamó la independencia de los Estados Unidos y en dicha declaración postulan que ***“todos los hombres nacemos iguales y que el creador nos ha dado derechos cómodos, libertad, la vida y la búsqueda de la felicidad, todo esto garantizado y protegido por un gobierno elegido por el pueblo y con miras al bien común y la paz social”.***

d. Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano

En 1789, la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, aprueba la ***“Declaración de los Derechos del hombre y de ciudadano”.*** Con dicha declaración se ha llegado al punto cúlmine de esta constante lucha por el pleno desarrollo de la personalidad humana. Dicha declaración, ya que prescribe que todos los hombres nacen libres, y viven de igual manera, no existen distinciones sociales, la asociación política tiene como fin conservar los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, consagra los derechos a la propiedad, la libertad de religión, opinión y de imprenta, terminando así con siglos de opresión y maltrato inhumano.

Lo relevante de los antecedentes presentados anteriormente es la valoración tan profunda dada al ser humano y consagrada de forma absoluta en textos normativos capaces de ser cumplidos por la fuerza de forma lícita y legítima en caso de su inobservancia.

1.2.2. ANTECEDENTES INMEDIATOS

En el siglo XX, hubo una serie de manifestaciones respecto de los Derechos Humanos para su promoción o defensa. En ese sentido,

existen 3 declaraciones que han sido catalogadas como de vital importancia para la protección internacional de los Derechos Humanos.

a. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

Aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana; la cual fue celebrada en Bogotá en 1948; esta declaración incluye Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, no tenían carácter vinculante, sino que se las tomo de una manera al parecer de simple resolución.

b. *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*

Declaración que constituye un verdadero hito en Derechos Humanos, debido a que fue aceptada por todos los países a través de la ONU. Dicha declaración consagra libertades fundamentales que han sido consideradas en los ordenamientos jurídicos de todos los países del mundo como parte sustancial del ser humano.

c. *La Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las libertades Fundamentales o Convención Europea de los Derechos del Hombre.*

La misma que fue aprobada en Roma el 04 de noviembre de 1950 por 15 países europeos, en la cual reafirman el deseo de regirse por principios que protejan la integridad tanto física como psicológica y que coadyuven a la realización plena del ser humano en todos los ámbitos en el que se disponga. (BAUTISTA, 2004, p. 3)

1.3. CLASIFICACIÓN.

En el estudio de los Derechos Humanos se han elaborado distintas clasificaciones, con el fin de determinar las características que corresponden a cada grupo, pero no con el objeto de establecer jerarquía entre ellos. Los criterios que se han dado para las clasificaciones han sido de diferente índole, políticos, históricos. Una de las clasificaciones es aquella que distingue **cuatro grupos de Derechos Humanos en generaciones y responde al orden de aparición de los mismos en la historia.**

Es de destacar que esta clasificación no está elaborada a partir del orden de importancia de los Derechos Humanos, toda vez que compartimos el criterio e que los Derechos Humanos son interdependientes e integrales.

Según esta clasificación existen:

1.3.1. DERECHOS DE PRIMERA GENERACIÓN

Se refiere a los derechos civiles y políticos, también denominados "libertades clásicas". Fueron los primeros que exigió y formuló el pueblo en la Asamblea Nacional durante la Revolución francesa. Este primer grupo lo constituyen los reclamos que motivaron los principales movimientos revolucionarios en diversas partes del mundo a finales del siglo XVIII. (CDHEC, s/f)

1.3.2. DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

La constituyen los derechos económicos, sociales y culturales, debido a los cuales, el Estado de Derecho pasa a una etapa superior, es decir, a un Estado Social de Derecho.

De ahí el surgimiento del constitucionalismo social que enfrenta la exigencia de que los derechos sociales y económicos, descritos en las normas constitucionales, sean realmente accesibles y disfrutables. Se demanda un Estado de Bienestar que implemente acciones, programas y estrategias, a fin de lograr que las personas los gocen de manera efectiva (CDHEC, s/f).

1.3.3. DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN

Este grupo fue promovido a partir de la década de los setenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, en un marco de respeto y colaboración mutua entre las distintas naciones de la comunidad internacional. Entre otros, destacan los relacionados con: La autodeterminación. La independencia económica y política. La identidad nacional y cultural. La paz. La coexistencia pacífica. El entendimiento y confianza. La cooperación internacional y regional. La justicia internacional. El uso de los avances de las ciencias y la tecnología. La solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos. El medio ambiente. El patrimonio común de la humanidad. El desarrollo que permita una vida digna. (CDHEC, s/f).

1.3.4. DERECHOS DE CUARTA GENERACIÓN

Con la llegada del nuevo milenio, la tecnología evoluciono notablemente, trayendo consigo grandes avances, tales como la globalización. El desarrollo de internet, abrió varias puertas para el acceso a información y comercio. Del mismo modo permitió un desarrollo masivo en las telecomunicaciones. No obstante, estos notables avances tecnológicos, generaron una nueva serie de derechos, a los cuales la doctrina especializada ha denominado derechos digitales o derechos de cuarta generación. En ese orden de ideas, debemos indicar que hoy en día, ya se habla del derecho a la identidad digital, del derecho al olvido, del derecho a acceder a Internet, entre otros.

1.4. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para que los Derechos Humanos sean una realidad requieren de una adecuada defensa, lo cual es lograda a través de los distintos caminos. Para ello, deben estar inmersos en un texto normativo que se denomina con el nombre de **“declaración de derechos”**. Existen declaraciones de derechos en tratados internacionales y en las con las constituciones de los estados.

Las Declaraciones internacionales rigen para toda la humanidad o para los habitantes de los países que la hayan firmado. En el primer caso constituyen un modelo a seguir por todas las naciones pero no obligan directamente a sus autoridades. En el segundo, se establecen disposiciones obligatorias para todos los países . Ellas, generalmente, extienden el catálogo de derechos reconocidos en sus propias constituciones y muchas veces crean tribunales de carácter regional ante los cuales pueden acudir los habitantes de los países firmantes de la convención, en defensa de los derechos y libertades que ella reconoce.

a. Las Constituciones de los Países Democráticos

Contienen una primera parte o dogmática dedicada a los derechos de los habitantes.

En las constituciones de los países con regímenes no democráticos también se hace referencia a los derechos de los habitantes. Pero ello surge como una concesión de sus gobernantes y no como un reconocimiento de algo que le pertenece a las personas tanto como un propio cuerpo. Por lo tanto,

sus gobernantes, de la misma manera que otorgan determinados derechos, pueden retirarlos.

1.4.1. LOS MECANISMOS PARA DEFENDER LOS DERECHOS

La defensa de los derechos humanos no se agota con su reconocimiento formal en los tratados internacionales y constituciones. Toda persona debe contar con las herramientas necesarias para obtener el goce de los derechos, cuando ellos han sido arrebatados, en todo o en parte, por la autoridad o por otro particular. Debe tratarse de caminos que le permitan acudir ante la justicia. Estos procedimientos se denominan garantías.

En la actualidad, también se han implementado medios para que los particulares puedan evitar arbitrariedades por parte de la administración y una correcta información de las decisiones gubernamentales.

Para ello se han abierto canales a la participación popular, como por ejemplo a través del Defensor del Pueblo que es un funcionario en elegido por el Parlamento ante el cual pueden recurrir los particulares.

El Derecho de acceso a la información a través del cual todo interesado puede requerir de parte de las autoridades toda información relativa a los actos o decisiones gubernamentales, es otro medio de defensa.

Por último, la educación es una herramienta por demás eficaz para que las personas conozcan cuáles son sus derechos y aprendan las bases de una convivencia democrática y pluralista.

1.4.2. LAS NACIONES UNIDAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

La creación de la Organización de las Naciones Unidas estuvo precedida por experiencias sumamente dolorosas para la humanidad. Se trata de renovar con mayor énfasis los propósitos que habían inspirado, luego de la Primera guerra mundial, la creación de la Sociedad de las Naciones.

Esa organización había tenido por principal objetivo el establecimiento de un foro del cual participaron todos los estados del planeta a fin de evitar el acaecimiento de guerras y conflictos armados entre ellos. Sin embargo, pocos años después en 1939 se produciría una nueva conflagración

internacional que ocasionó aún más víctimas y daños que la anterior y que dejaría en el olvido a la Sociedad de las Naciones.

Apenas finalizada la Segunda guerra mundial, en abril de 1945 se celebró la conferencia de San Francisco en la cual se elaboró el Estatuto de las Naciones Unidas. En él se manifiesta el deseo de poner en marcha un organismo supranacional con el fin de cuidar que impere la paz y la vigencia de los derechos humanos en todo el mundo.

Este segundo aspecto cobra un interés particular por parte de la nueva institución. Ello en razón de que se consideró que existía una vinculación muy grande entre la situación imperante en el interior de los países y el mantenimiento de la paz mundial.

Resultaba evidente que el detonador de la guerra había partido de la existencia de regímenes totalitarios a cuya cabeza se encontraba el sistema nazi alemán.

Estos regímenes cuya concepción se basaba en la violación de la libertad y de la igualdad entre sus habitantes en el interior de los mismos, se había reflejado en lo exterior, a través de una política de conquistas territoriales y de avasallamiento de las soberanías nacionales. Por tanto la acción de las Naciones Unidas debía apuntar hacia el resguardo de la paz, entre Naciones Unidas y luchar por el Establecimiento de los derechos humanos en el interior de ellas. Es así como el mismo preámbulo de la Carta de la Organización determina ***“la fe en los Derechos fundamentales del hombre”*** y consagra el propósito especial de trabajar por la vigencia de las libertades del hombre. En 1946, el Consejo Económico y Social establece la competencia de la Comisión de Derechos Humanos y le encomienda la preparación de una declaración de derechos.

Después de aprobado el documento se convertirá en la expresión de los derechos de todos los pueblos del mundo con mayor consenso en la historia de la humanidad.

Esta declaración no tiene una fuerza jurídica directa sobre los países, pues no se trata de una convención internacional. Sin embargo, ella

presenta un modelo de alto contenido ético y moral que ha ejercido una gran influencia en todo el orbe.

Ella ha sido tomada como modelo para la redacción de numerosas constituciones y leyes nacionales. También los jueces la adoptan como base para fundamentar sus decisiones en materia de Derechos Humanos.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Los términos Derechos fundamentales tienen una significación especial, por cuanto nos remite a Francia, país en la cual aparecen en 1790 constituyendo el preludio de la Revolución y que a través del tiempo y debido a otros acontecimientos sociales se positivaron en todos los sistemas jurídicos del mundo.

Los Derechos humanos devienen en Derechos fundamentales de la persona cuando positivizan en una norma constitucional lo cual implica que un Estado debe reconocerlos en su legislación vigente para darle fuerza coactiva.

Los Derechos Humanos al constituir la parte esencial del ser humano deben ser consagrados de modo obligatorio en los preceptos legales de un ordenamiento jurídico, en tanto el fin supremo de un Estado es la persona en la búsqueda de su felicidad, tranquilidad y seguridad.

Los derechos humanos siempre han existido, no aparecen con las revoluciones, pues son inherentes al ser humano.

En esta perspectiva los Derechos Fundamentales en una constitución es lo que ha convertido al individuo en ciudadanos. Las declaraciones son producto de revoluciones liberales, frente al absolutismo, al cual lo pretenden limitar y controlar. Entre las primeras declaraciones de derechos tenemos al Bill of Rights de 1689 en Inglaterra, la Declaración de Virginia (EE.UU.) de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano (Francia) de 1789.

Los Derechos fundamentales durante el siglo XX , y sobre todo después de las terribles secuelas sociales que acarreo la segunda guerra mundial,

comenzaron a ampliarse e internacionalizarse. El transcurso de los años no los devalúa, sino que siguen siendo tan importantes como en sus inicios .

La dignidad tiene como sujeto a la persona humana y constituye un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado.

Toda constitución de un Estado y su sistema legal sólo son instrumentos para la protección de la dignidad humana, base de los derechos fundamentales de las personas, así como los medios para limitar y controlar el poder.

Los derechos fundamentales son válidos solo en el marco de la Ley, y en adelante la Ley sólo es válida en el marco de los Derechos fundamentales (PÉREZ, 1998).

Los Derechos fundamentales son limitados territorialmente, según cada Estado, dado que este, en cada constitución, reconoce derechos fundamentales a los que son sus ciudadanos, sólo son iguales por su naturaleza, más no políticamente.

Desde sus orígenes, las declaraciones de derechos han tenido como finalidad dotar a los particulares de derechos, precisamente, frente a los poderes públicos, derechos en los que la acción de estos últimos debe hallar un tope jurídicamente insuperable. En este sentido puede decirse que las declaraciones de derechos constituyen el estatuto jurídico político básico de los ciudadanos y, más en general, de las personas. Las declaraciones de derechos recogen los principales límites sustantivos al poder político.

Las declaraciones de derechos, fieles a su raigambre liberal, contenían solamente “**derechos civiles y políticos**”, es decir los derechos tendentes a garantizar tanto ciertos ámbitos de autonomía individual frente al Estado, como facultades de participación en los asuntos públicos (derecho de sufragio, derecho de petición, etc.), No obstante la progresiva democratización del Estado liberal y la aparición de la moderna democracia de masas condujeron a que las declaraciones de derechos se proclamasen también “**derechos Sociales**” (sindicación, huelga , educación, sanidad, etc.), La Constitución

Mexicana de 1917 y la constitución alemana de Weimar de 1920 inauguraron esta nueva línea, que luego ha sido seguida por : muchos otros textos constitucionales . En estos últimos decenios, además, ha apareado una nueva categoría de derechos: los llamados derechos colectivos (medio ambiente, patrimonial cultural, etc.) que algunos querrían incluso extender a los animales.

2.2. CLASIFICACIÓN

De los Derechos fundamentales se han hecho múltiples clasificaciones; pero esta variedad es más aparente que real, pues incide más sobre las preferencias terminológicas del autor correspondiente que sobre los criterios tipológicos.

DIEZ PICAZO (2000, p. 248-250) asuma una clasificación sobre la base de dos criterios: funcional y estructural.

a. CRITERIO FUNCIONAL

Por su función, los Derechos fundamentales pueden ser clasificados en tres grandes grupos, que ya han sido mencionados al hablar de la evolución histórica de las declaraciones de derechos, a saber: derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales.

Cada uno de estos tres grupos de derecho responde, respectivamente, a las exigencias del Estado de derecho del Estado democrático y del Estado social. A todo lo anterior, como se señaló más arriba, algunos añaden los llamados “derechos colectivos” (medio ambiente, patrimonio cultural etc.).

b. CRITERIO ESTRUCTURAL

Por su estructura en cambio, los Derechos Fundamentales se clasifican según la naturaleza de la facultad que otorgan a su titular. Así se suelen señalar los siguientes tipos:

- a) Derechos de defensa, que facultan a exigir la no interferencia;
- b) Derechos de participación, que facultan a realizar actos con relevancia pública.
- c) Derechos de prestación, que facultan a reclamar un beneficio.

No obstante, la clasificación de los Derechos Fundamentales según criterio estructural es importante subrayar que no existe una correspondencia perfecta, entre los criterios funcional y estructural, es decir no siempre los

derechos civiles, coinciden con los derechos de defensa, los derechos políticos con los derechos de participación, los derechos sociales con los derechos de prestación.

Ello es particularmente claro en ciertos derechos (libertad sindical, derecho de huelga, negociación colectiva) que, siendo sociales por su función, al menos, en una perspectiva histórica tiene una clásica estructura de derechos de defensa. Además en algunos derechos, se entremezclan facultades de distintos tipos, por ejemplo el derecho acceder a los cargos públicos comprende tanto la facultad de no ver impedido el acceso si se reúnen los requisitos correspondientes (derecho de defensa) , cuando el derecho a ejercer los contenidos propios de dicho cargo (derecho de participación)

Finalmente podemos afirmar, que las características de los derechos fundamentales tienen un valor más académico que práctico; al final, hay que estar al régimen de cada concreto derecho. Aun así, si no hay que olvidar que toda clasificación funcional arroja luz sobre los valores protegidos por los derechos, mientras que toda clasificación estructural ayuda a comprender el contenido efectivo de los mismos.

2.3. FUNCIONES QUE CUMPLEN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para terminar de perfilar esta visión de conjunto sobre los Derechos fundamentales, es conveniente hacer una breve referencia a las funciones que estos cumplen en la esfera jurídico política. Estas funciones son, básicamente Dos: ***una función de protección, y una función de legitimación*** (DIEZ - PICAZO, 2000, p. 38).

La plenitud de la función protectora se alcanza cuando los derechos fundamentales vinculan también al legislador; la función de legitimación, por su parte, consiste en que los derechos fundamentales operan como criterios para distinguir lo justo de lo injusto (DIEZ - PICAZO, 2000, p. 39). Así, las normas que declaran derechos fundamentales suelen tener una estructura principal, se recalca.

CAPITULO II

SOBERANÍA ESTATAL Y ORDEN LEGAL INTERNO

1. SOBERANÍA ESTATAL Y CONSTITUCIONALISMO

La noción de “**soberanía**” está referido a uno de los conceptos con los que frecuentemente se vinculan a toda entidad estatal; y es que, resulta habitual tener internalizado que los Estados son entidades soberanas. Aun así, se debe indicar que esta construcción constituye una noción que no cuenta con más de 500 años de existencia. Y, de manera similar al concepto de “**soberanía**”, la noción de “**estado**” tampoco es un concepto existente desde la antigüedad. De acuerdo a **ÁGUILA**: *“ambos conceptos son productos de la modernidad y, son, elementos sucedáneos que harían posible reconstruir las relaciones internas e internacionales después del decaimiento de los regímenes previos”* (ÁGUILA 2016, p. 53).

En ese orden de ideas, resulta necesario señalar que los conceptos precitados emergen en el ideario occidental tras la crisis de los modelos de organización previos, como es el imperio, el reinado y/o la sujeción al dominio de la iglesia (PERALTA, 1999, pp. 309-311). Es así que, una vez entrado en crisis dichos modelos políticos y, con el objetivo de frenar los excesos que estos habían acarreado, se vería en la noción de “**soberanía**” postulado por **BODINO** (en su obra “**Los Seis Libros de la Republica**”), la forma óptima de estructurar las naciones. Uno de los principales caracteres de la soberanía postulado por **BODINO** -destaca **GARCÍA GESTOSO** (2003, pp. 301-327)- sería que *“ésta no admitiría que un cuerpo político organizado (denominado posteriormente Estado) se encontrase sujeto a poder alguno, sea externamente o internamente”*. En base a la glosa citada, se lograba vencer el fraccionamiento ocasionando por las ciudades-estado aún existentes de la mano del feudalismo, y por el otro, se reducía las interferencias por parte de la iglesia. (ÁGUILA, 2016, p. 53)

A partir del éxito de la doctrina de la “**soberanía**” y su útil uso político, el mismo alcanzaría pronto el estatus de paradigma en el mundo occidental europeo y, posteriormente, las relaciones internas y externas de los Estados se encontrarían esculpidas por sus postulados.

En el orden interno, esto significaba que no podría reconocerse ningún poder al interior de los Estados que escapara de su omnímodo poder, en ese sentido, una de

las consecuencias directivas de ella se traduciría en suprimir la existencia de manifestaciones legales particulares. (KAPLAN, 1994, pp. 225 - 234)

Ahora, si bien es cierto que esta primera noción de soberanía habría de involucrar la presencia de un Estado absoluto (encarnado en la monarquía absolutista) y, por ende, en la existencia de un soberano que no presentaba límites a su poder, sería el mismo artífice del concepto de **“soberanía”** que relativizaría esto, alejando el modelo político europeo de formulaciones políticas triunfantes en otras regiones en donde el despotismo dominaba. Sobre el particular, **PERALTA** recuerda que:

“Bodino otorga un amplio sentido jurídico-político a la noción de soberanía; (...) entendida en definitiva como poder absoluto, indivisible y perpetuo del monarca (justamente el Soberano), pero reconociendo cierta limitación jurídica, referida al Derecho Natural (...). Bodino (...) admite que el Soberano no esté ligado a las sentencias y leyes individuales pero sí lo está respecto al “ius”, al Derecho en sí: no se trataría de un gobierno despótico y arbitrario (como el de los turcos) sino un gobierno desde el Derecho”. (PERALTA, 1999, p. 311)

Sobre la idea básica contemplada anteriormente, habría de constituirse la armazón dedicada denominada constitucionalismo, **Primero**, porque ***“(...) el constitucionalismo no fue un discurso originario ni autónomo, sino que fue la forma a través de la cual se pretendió juridificar otro tipo de discurso. A partir de la pérdida de sentido de la religión como factor de legitimidad y de ordenación del poder público, se tuvo que recurrir a consideraciones laicas que, a la postre, dieron origen a la filosofía política. (...) La importancia de esas ideas fue enorme, y a partir de ellas origen a la filosofía modelo que permitía la sustentación del poder en dios”*** (COSSIO, 2000, p. 77). En **segundo término**, debido a que con el avance de los siglos, se lograría entender dos elementos esenciales:

- a) La soberanía, aunque absoluta, deberá ejercerse dentro de los límites de la ley, estando incluso el soberano limitado por ello. La construcción del Estado-nación debe estar conforme a estas normas y, en su fase más evolucionada, el Estado (y el poder que contrae el mismo) debía estar dividido en los poderes clásicos del Estado; (ÁGUILA, 2016, p. 54)
- b) La soberanía, ya no se encuentra ligada automáticamente al rey, como una suerte de tautología por ser el soberano; en una entidad política la soberanía proviene del pueblo (soberanía popular), quien traslada las manifestaciones

particulares de aquella soberanía a un gobierno que lo representa. (ÁGUILA, 2016, p. 54)

Todo el funcionamiento de esta forma de ver el gobierno en el mundo europeo occidental se encontraba influenciado por las ideas del iusnaturalismo racionalista (derechos intrínsecos del hombre) y ocasionaría la reinterpretación más moderna de la soberanía, en consecuencia; trajo consigo el convencimiento de que el modelo y la filosofía detrás de ésta debía de estar establecida en una constitución; de esta forma nació el **constitucionalismo**. Así, tanto la soberanía como el constitucionalismo se encuentra ligados, tanto doctrinaria, histórica como funcionalmente.

No obstante, el proceso de constitucionalización, como dispositivo para preservar el modelo naciente, habría de cursar diversas etapas hasta su formulación más depurada a inicios del siglo XX.

En ese orden de ideas, emplearemos por la capacidad de síntesis, la clasificación efectuada por **MASSIMO LA TORRE** entre el constitucionalismo de los antiguos y el constitucionalismo de los modernos (neoconstitucionalismo). Tal y como lo esboza el precitado autor, el constitucionalismo como idea y concepto puede rastrearse hasta el Medioevo europeo y presentar una vida prolongada entrado el siglo XIX (ÁGUILA, 2016, p. 56). Si bien podría decirse que el constitucionalismo surge con las ideas de la ilustración francesa y el proyecto revolucionario francés, en Europa continental los distintos experimentos constitucionales se vieron corporizados en el nacimiento de una carta fundamental, que -sin embargo- se consideraba posterior al surgimiento del Estado. En otras palabras, el Estado constituía una entidad previa al surgimiento de la carta magna, y, mediante el contrato social, se disponía las limitaciones del mismo. Al respecto, **MASSIMO LA TORRE** manifiesta lo siguiente:

“La diferencia entre constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos es que el primero no llega a reformar o mejor dicho a producir la autoridad política o la soberanía, mientras que el constitucionalismo de los Modernos se da allí donde la constitución forma o crea los poderes públicos. El primer tipo de constitucionalismo es fundamentalmente defensivo, y es parcial, porque no penetra todo el ámbito de las funciones estatales. El neoconstitucionalismo, por el contrario, en principio, no puede aceptar que algún ámbito del poder público le resulte extraño (...)” (DE LA TORRE, 2010, pp. 21-22).

Poco a poco, el constitucionalismo tendría que innovarse lentamente hasta llegar al pleno convencimiento de que, su principal manifestación, **“la constitución”**, no constituía un simple producto normativo (ÁGUILA, 2016, p. 56). Y es que, de la mano del positivismo tradicional, la carta fundamental, constituía un producto estatal comparable a la ley; debido a que el constitucionalismo moderno mostró una precoz existencia en el siglo XIII (con la revolución francesa y el constitucionalismo norteamericano); empero, se vería ahogada rápidamente con la restauración monárquica subsiguiente que estremeciera el continente europeo y que haría suyo el constitucionalismo, pero deformándola y extrayendo de ella los principios que la nutrieron en un inicio. normativo (ÁGUILA, 2016, p. 56)

Lo expuesto en el párrafo anterior, es plasmado en la la restauración Borbónica, la cual a decir Horst Dietter:

“(…) logró su legitimación con la Carta de 1814. La Carta de 1814 rápidamente se convirtió en el modelo de constitución de la restauración de Europa (...) por dos razones. Primeramente, aceptó la revolucionaria idea de una constitución, sin nombrarla abiertamente, mientras era decretada por el monarca. Segundo, rechazaba conscientemente el constitucionalismo moderno. La soberanía del pueblo no fue admitida, no fueron declarados principios universales ni derechos humanos. (...) No se estableció gobierno representativo ni se atrincheró la constitución como ley suprema” (DIPPEL, 2005, pp. 191-192)

En base a lo expresado en la glosa precedente, sería por la influencia de la restauración que el constitucionalismo moderno vería buena parte de su existencia sofocada ocasionando con ello el regreso de la monarquía absolutista. Y, en aquella relación, sofocada igualmente del convencimiento de un gobierno enmarcado en la separación de poderes, con responsabilidades frente a sus ciudadanos y el convencimiento de la constitución como ley máxima, la cual habría de esperar mejores tiempos (ÁGUILA, 2016, p. 57).

Aquel tiempo favorable vendría de la mano del desarrollo científico del derecho, el mismo que exigiría que la disciplina legal, para ser considerada una ciencia en estricto, tuviese la capacidad de fundamentar su existencia de forma autónoma a elementos externos (morales, religiosos, entre otros). Tampoco bastaba, para esta corriente, la simple justificación de la ley por la autoridad (es decir, que la ley es ley

por que emana del Estado). El fundamento debía encontrarse de forma sistemática. Con ello, se repelía toda tolerancia a la existencia de normas desarticuladas y, aun mas, a la existencia de regímenes autónomos en el Derecho; el Derecho debería ser a semejanza de la ciencia, sistemática, comprobable y autosuficiente.

El **neopositivismo**, corriente jusfilosófica es la que conseguiría encontrar aquel sustrato científico que el Derecho estaba buscando. De acuerdo a Hans Kelsen el Derecho debía de nacer del Derecho, a diferencia de los postulados considerados por la corriente iusnaturalista (KELSEN, 1961, pp. 9-48). La manera de postular esto era cautelando el origen de las normas específicas en una norma más general que la habilitaba. Este ejercicio, finalmente conllevaba a encontrar una norma primigenia, de donde todas la demás habrían de surgir. Según lo detalla **ÁGUILA**, el autor de la escuela neopositivista encontraría: ***“aquella norma primigenia en la norma fundante constitucional, aquella de donde todas las demás derivarían; así, la ley es válida y exigible en tanto derive de una norma jerárquicamente superior”*** (ÁGUILA, 2016, pp. 57 - 58).

Esto a pesar de su evidente evolución frente al modelo previo, mostraba una falencia peligrosa: permitía la posibilidad de explotar las lagunas presentes en su sistema. Y es que, aquella debilidad podía ser empleada en favor del juego político existente en un Estado. Este peligro aumentaba en razón a otro elemento característico del sistema positivas; y es que, desde esta corriente, el magistrado se limitaba a ser un operador cuyo papel debía orientarse en encontrar la norma habilitante o limitante en un caso preciso; los vacíos legales o lagunas o, la colisión de normas, eran situaciones que daban un espacio productivo para la instauración de políticas particulares o a la puesta en marcha de las peores atrocidades.

Es así que, culminada la segunda guerra mundial, debía fortalecer el constitucionalismo positivista con la incorporación de una perspectiva moral. Para conseguir dicho objetivo, se tuvo que aceptar, el hecho de que la ciencia legal no era equiparable a las ciencias exactas (ÁGUILA, 2016, p. 58). La autonomía del Derecho frente a la moral, la ética o la razón natural quedaba agrietada y, se aprobada que la carta fundamental, si bien norma fundante y de máxima jerarquía, no constituía un producto normativo cualquiera (ÁGUILA, 2016, p. 58). Muchas de sus provisiones se encontraban formuladas de forma abierta, capaces de ser comentadas y de sufrir cambios con el tiempo.

En esa perspectiva, el trabajo del magistrado pasaba de ser un expositor de la ley a la de un jurista capaz de analizar el caso en concreto las proposiciones de validez y legitimidad de una norma en concreto y vista desde el contexto de la carta magna. De esta manera, nace el **neoconstitucionalismo contemporáneo**. (ÁGUILA, 2016, p. 58)

Ante el surgimiento de esta corriente, el positivismo enfrenta tiempos adversos y va perdiendo su categoría privilegiada frente al iusnaturalismo que, desde aquel momento asciende triunfante; la moral, la ética y los valores, todos ellos elementos en el fenómeno legal de la mano de los principios jurídicos, marcan una transformación del modelo constitucional e impactan directamente en la noción de soberanía (BELLOSO, 2014, pp. 145 - 178).

Esa es finalmente, el nexos que actualmente adoptaría la noción de Estado, constitucionalismo y soberanía. (ARSUATEGUI, S/F, p. 117)

2. SOBERANÍA ESTATAL Y SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Si bien la soberanía estatal, con el transcurrir del tiempo, iría siendo reinterpretada en el orden interno según a la noción postrevolucionaria de la preeminencia del ser humano, la noción de soberanía en el Derecho Internacional tomaría un camino completamente diferente. Al respecto **CRAWFORD** menciona lo siguiente:

“El término “soberanía” presenta una variedad en sus usos. Su origen está referido al poder supremo dentro del Estado, un asunto del Derecho Constitucional antes que del Derecho Internacional, y un tema que en muchos países sería considerado como un tema sin mayor complicación”.
(CRAWFORD, 2012, p. 118)

No obstante, el concepto de soberanía tiene implicancia para el Derecho Internacional tal y como es comprendido contemporáneamente; encontrándose en su misma génesis. En primer lugar, con el origen de la teoría de Bodino se vuelve común negar en las nacientes unidades políticas (Estados) la intervención de fuerzas extremas. De esa manera, habiéndose derribado el margen interno corporizado por el sistema feudal, el siguiente paso era sostener la autonomía e independencia frente al orden político y legal de otras unidades similares, como de las más fuertes, como el imperio o la iglesia. (CARPIZO, 1982, pp. 195-209)

El apasionamiento con el que se adoptaría este principio haría que se origine el resquebrajamiento de la disciplina legal en dos vertientes. Y es que, lo que en ese momento se consideraba el derecho interno se encontraba fusionado con materias propias de lo que hoy denominamos Derecho internacional.

Un acontecimiento permitirá que ello fuera posible: la guerra de los Treinta Años (VILLACANAS DE CASTRO, 2008, pp. 313 - 324)¹⁰¹. Tras sangrientas guerras religiosas en Europa, los tratadistas más avanzados en el derecho de las naciones se convencerían de que la participación de la iglesia debía ser restringida a toda costa y, de ese mismo modo, debía separarse el poder del Sacro Imperio Romano aun existente.

En ese orden de ideas, en el tratado de paz de Westfalia (tratado de paz entre cristianos católicos y protestantes de Osnabrück y Münster de 1648) se lograría consignar el principio de soberanía de forma absoluta, comprendiendo el mismo que los Estados no se encuentran sujetos a otras entidades políticas (estatales, imperiales o religiosas) y que los Estados guardan entre sí el mismo estatus soberano (igualdad), manteniendo el monopolio de los acontecimientos producidos dentro de sus jurisdiccionales. (ÁGUILA, 2016, p. 59). Asimismo, como consecuencia de este principio, se llega a la conclusión de que no existe producto legal obligatorio para ellos, salvo el que ellos mismo creasen o aceptasen. (ÁGUILA, 2016, p. 59)

Debido a la imposibilidad de que existiese normas internacionales autónomas desde esta perspectiva – en tanto los Estados no reconocían productos normativos obligatorios salvo los proviniesen de su orden interno- se tuvo que sostener que los Estados podían verse obligados a ciertas normas internacionales siempre que diesen su consentimiento. De esa manera, se respetaba el principio naciente de soberanía nacional surgía el Derecho Internacional como lo conocemos.

Como resultado de ello, nace en el Derecho Internacional la Escuela Voluntarista de carácter positivista. Desde ese instante y, con influencia decisiva en nuestros días, el Derecho Internacional solo exige a los integrantes de la sociedad internacional en tanto estos presten su inequívoca voluntad de encontrarse obligados a los preceptos de una regla internacional particular. (ÁGUILA, 2016, p. 60)

Esto trajo consigo que, en el siglo XIX e inicios del siglo XX, el Derecho Internacional estuviese conformado por tratados singulares. La gran mayoría de los productos normativos de esta área del Derecho se encontraban conformado por acuerdos bilaterales y normatizaban materias específicas. No obstante, el gran cambio ocurriría luego gracias al advenimiento de dos elementos en el Derecho internacional. (ÁGUILA, 2016, p. 60)

El primero de ellos, es el fenómeno de los tratados multilaterales. En razón a la presión que originaba la naciente globalización a comienzos del siglo XX en las relaciones internacionales, ya que era imposible mantener un orden internacional a través de meros productos contractuales individuales. Ciertas materias, comunes a la gran mayoría de los Estados en el globo, requerían la formación, elaboración y descripción de los denominados tratados multilaterales (GAMBLE, 1980, pp. 1-24). Así, los tratados multilaterales, que se encontraban aun sujetos a los fundamentos del positivismo voluntarista (es decir, se prestaran la expresión de voluntad de los Estados para que estos quedaran obligados) no obstante se apartaba de la noción tradicional del fenómeno convencional, pues ya no reflejarían la cesión de intereses entre las partes (ÁGUILA, 2016, p. 61). A esto, que se le ha llamado resquebrajamiento de la sinalagma contractual, el cual simbolizo la llegada de la regulación de una variedad de materias en donde lo esencial era la protección de ciertos valores usuales como la protección del medio ambiente, la protección del ser humano o la represión de crímenes graves contra la conciencia internacional.

El segundo componente que ocasionaría un cambio relevante en el Derecho internacional sería el convencimiento generalizado de la existencia de un segundo grupo de normas que integran esta rama legal; el mismo que se aislaba del clásico Derecho internacional convencional (tratados), en tanto su temática no requería estar en forma escrita. A estas normas se les denomino normas consuetudinarias (o costumbre internacional) y para su existencia era requerido la repetición frecuente de una acción o el repudio de otra y, el convencimiento por parte de los Estados de aquella repiticion se efectuaba en tanto se realizaba legalmente obligados (*opinio juris*) (ÁGUILA, 2016, p. 61).

Si bien constituyó un significativo avance para el Derecho internacional en tanto se abría la puerta a la elaboración de una diversidad de reglas internacionales de forma cuasiespontánea, diversos especialistas vieron en esta teoría una corriente que iba en perjuicio del Derecho internacional westfaliano y, del principio de soberanía

resultante. Debido a ello, habría un decidido intento por parte de los tratadistas positivistas voluntaristas de articular el Derecho internacional consuetudinario dentro de las premisas del principio absoluto de soberanía (ÁGUILA, 2016, p. 61).

Ante lo esbozado en el párrafo precedente, los especialistas se interrogan ¿Cómo podría armonizarse un producto como el consuetudinario con un principio que sostiene que los Estados debían expresar su voluntad para encontrarse obligados? Al respecto, ÁGUILA señala lo siguiente: ***“Con el fin de lograr esto, se llegó a la conclusión de que las normas internacional consuetudinarias también requieren de la voluntad de los Estados (salvándose así el principio de soberanía); pero en estos casos la voluntad se expresa tácitamente con la repetición de la actividad”*** (ÁGUILA, 2016, p. 61). De igual manera, se entendería que los Estados no se encontrarían obligados a la norma consuetudinaria si expresan su oposición a la norma con una conducta acorde. En ese orden de ideas, nace la teoría positivista de la norma consuetudinaria en el Derecho internacional (BAKER, s/f, pp. 173 -204)¹⁰⁵. Lo expuesto en las líneas precedente, tendría serias implicaciones para esta área del Derecho; una de las más resaltantes es paralizar el avance del reconocimiento de normas obligatorias en el Derecho internacional sin el consentimiento estatal.

Resulta notorio, la teoría clásica de la soberanía en el Derecho Internacional lograría sortear los embates provenientes de las teorías de los derechos fundamentales como CELSO LAFER indica:

“(...) o surgimiento e o triunfo da idéia de direitos humanos na esfera domestica dos Estados se inserem em um longo processo de amadurecimento de concepções de natureza ética, centras nos conceitos de dignidade humana e de universalidade do ser humano, acima de quaisquer particularismos. No plano internacional a evolução foi diversa, mais lenta, e não ocorreu paralelamente (...) tendo obedecido a uma lógica própria” (LAFER, 19872, p. 171)

Es por ello que la noción de soberanía presentaría efectos distintos para el Derecho Internacional en contraposición al derecho interno. La principal de ellas es que la noción de soberanía en el Derecho internacional nunca llegaría a cambiar hacia la noción de soberanía popular y, por tanto, el papel del ser humano, en esta última manifestación legal, nunca adoptaría una preeminencia absoluta frente al poder del Estado. (ÁGUILA, 2016, p. 62)

Lo señalado en el párrafo anterior ha generado que, a lo largo de la vida del Derecho Internacional, los intereses internacionales se encuentren por encima de la protección de los valores mínimos del ser humano. Sólo después de los horrores de la primera y segunda guerra mundial (aunque aún dentro del paradigma de la voluntad estatal) se lograría la firma de tratados multilaterales de derechos humanos.

No obstante, debido a que el Derecho internacional carece de un instrumento similar a una carta fundamental y, debido a que carecer de una entidad que surja del derecho general oponible a los Estados; la protección del ser humano habría de efectuarse de manera dividida a lo largo de décadas. Por ello, los instrumentos de protección de derechos humanos iniciales no tenían un carácter obligatorio, sino de soft law. (ÁGUILA, 2016, pp. 62-63)

Solo posteriormente, aquellos instrumentos de soft law (declaraciones de protección de derechos humanos) cambiarían generales de derechos humanos, aunque debe admitirse que los primeros instrumentos internacionales obligatorios de derechos humanos universales (PIDCO y PIDESC) no incorporaron órganos de monitoreo con fallos obligatorios ante posibles incumplimientos estatales. Sólo posteriormente surgirían tratados generales de protección de derechos humanos con órganos capaces de admitir decisiones obligatorias sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de aquellos instrumentos; no obstante, como se desglosa de lo indicado, este avance ha sido lento en razón a la tenencia de los Estados por amparar, hasta donde es posible, el Principio de Soberanía y -de esta manera- evitar la participación en sus asuntos internos. Por esto mismo, los instrumentos que le seguirían al PIDCP y PIDESC solo tendrían representación geográfica parcial. (ÁGUILA, 2016, p. 63)

De esta manera es, como nacen los sistemas de protección de derechos humanos (SUDH, SIDH, SEDH) y, el más joven de ellos, el Sistema Africano de Derechos Humanos (SADH). Todos ellos simbolizan una de las etapas más avanzadas del Derecho internacional; pero, deberá tenerse en mente que esta área del derecho aún se encuentra ceñida por el principio de soberanía, el cual, aunque relativizado, representa un componente cardinal de las relaciones internacionales. (ÁGUILA, 2016, p. 63)

Por ello, al estudiar la normativa de los pueblos indígenas, deberá tenerse cuidado en no caer en conclusiones que plasmen lo que quisiéramos que fuese la realidad legal de estos grupos antes que lo que realmente constituye su verdadera regulación y condición. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en efecto, constituye el área que por excelencia introduce los reclamos de estos grupos, pero, esta área del Derecho Internacional se explica dentro de los principios antes indicados.

En ese orden de ideas, para poder establecer de qué manera se encuentran reguladas los **“pueblos indígenas”** en el derecho contemporáneo, y aún más importante, para determinar los alcances de aquella regulación, deberá tenerse presente los conceptos precisados en este capítulo. La interacción y dinámica de nociones como la Soberanía estatal (tal y como se entiende en el Derecho Internacional), Soberanía estatal (tal y como se entiende en el derecho interno, con el advenimiento de la soberanía popular y el constitucionalismo), el fenómeno de los tratados multilaterales de derechos humanos y la importancia del derecho consuetudinario internacional; todos ellos impactan en el estatus de la regulación de los **“pueblos indígenas”** y nos da una mirada directa en lo que podría ser su próximo desarrollo y derrotero. (ÁGUILA, 2016, p. 63)

3. ORDEN LEGAL INTERNO Y LA FALSEDAD DE SU HERMETICIDAD Y COMPLETITUD

Tal y como señala **BOBBIO**, al analizar la obra de **COSSIO**, la plenitud del orden jurídico:

“(...) es actualmente una afirmación común, pero generalmente dogmática, sostenida con argumentos prácticos que resultan ser inadecuados o, incluso, con argumentos teóricos insuficientes, en modo tal que conserva siempre el carácter de postulado no demostrado”. (BOBBIO, 2004)

Lo esbozado por **BOBBIO** y **COSSIO** estremece con más fuerza cuando uno aluda la teoría aceptada por el positivismo científico (Kelseniano) respecto a la plenitud del orden legal interno. Y es que, la escuela positivista de Viena se encontraba convencida de poder demostrar que el Derecho, como toda disciplina científica, se organizaba de forma completa, plena y que era capaz de fundamentar sus postulados esenciales por sí mismo. Como es del todo conocido, tales teorías se vieron desplomadas rápidamente e igualmente sustituidas por el avance del positivismo científico contemporáneo. (ÁGUILA, 2016, p. 64)

La suerte sufrida por el positivismo científico, al igual que su retroceso, se daba como consecuencia de su imposibilidad de resolver uno de los principales obstáculos de la ciencia legal: la demostración de su plenitud dada la realidad social que cuestionaba dichas características. Esto último aparecía por la existencia de una realidad y una práctica legal que mostraba una diversidad de situaciones en las que el legislador (y el derecho positivo creado por éste) no brindaban ni soluciones ni herramientas al alcance de los jueces. Esto, que podría ser considerado como una suerte de derrota para el estatus de la disciplina legal como ciencia, representó contrariadamente el acercamiento de ésta a la realidad social y a los criterios de justicia y equidad que debía procurar. (ÁGUILA, 2016, p. 65)

Por último, el retroceso del positivismo, así como la aceptación por parte del positivismo de la falta de suficiencia de la ciencia legal, dado la constante aparición de lagunas y conflictos normativos, haría que la técnica legal aceptara un papel preponderante de los principios del derecho (como formulaciones legales flexibles a ser determinados en cada caso concreto) y la reformulación del rol del juez. (BARROSO, 2010, p. 305)

Es así como herencia de este proceso histórico legal, tal y como lo indica **LÓPEZ** (2006, pp. 81-91), que encontraremos la inclusión de provisiones como las siguientes:

CUERPO NORMATIVO	ARTÍCULO	CONTENIDO
Código Civil Español	Artículo 1.7°	<i>Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecidos.</i>
Código Civil Argentino	Artículo 15°	<i>Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.</i>
Lei N° 12.376 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro-	Artículo 4°	<i>Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito</i>
Código Civil Peruano (Decreto Leg N° 295)	Artículo VII	<i>Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.</i>
	Artículo X	<i>La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación. Tienen la misma obligación de los jueces y fiscales respecto de sus correspondientes superiores.</i>

Todas estas provisiones legales, se dirigen a dotar al juez de la capacidad de resolver incluso en aquellos casos en donde la ley parece ser insuficiente. En estas provisiones, pues, yace el reconocimiento de la naturaleza incompleta del derecho positivo.

Ahora bien, recordamos esta etapa del Derecho y la convicción de los tratadistas de inicio del siglo XX, ya que esta postura (proveniente del positivismo científico) encaminada a sostener a ultranza la independencia del Derecho, evidencia las razones por las que el legislador del orden interno (derecho interno) se vio necesitado de proveer regulaciones minuciosas respecto a cada aspecto de la vida del ser humano (especialmente, si tenemos en cuenta la abundante regulación proveniente del derecho público, como es el derecho administrativo). Es así, que el derecho occidental como fiel receptor del derecho civil, se ha visto enfrascado en la generación de regulación cada vez más especializada. Con esta práctica, se buscaría disminuir la existencia de lagunas legales y, de la misma forma, se buscaría la corrección de criterios legales contrapuestos. (ÁGUILA, 2016, p. 66)

Por otro lado, otra de las consecuencias del convencimiento sobre la plenitud del sistema legal interno, fue el disminuir el rol de las otras formas legales (que no fuesen las normas provenientes del cuerpo legislativo); así, la costumbre y otras manifestaciones legales sufrirían un inevitable revés. En un orden legal interno, pleno y hermético, la existencia de normas particulares en contraposición a las normas generales, desarticuladoras, atomizadoras de la unidad del sistema, debían ser limitadas.

Lo indicado hasta el momento explica dos cosas importantes para efectos de la presente investigación. En primer lugar, logra esclarecer la actitud inicial de las autoridades estatales frente a las exigencias de autonomía legal proveniente de los individuos, grupos o comunidades. Y es que, en un inicio todo reclamo autonómico sería desechado de plano y, solo, posteriormente, aceptados, aunque con una serie de limitaciones y candados sistemáticos para evitar su proliferación. En segundo lugar, logra esclarecer por qué la adopción de nueva regulación (como la dirigida a reconocer poblaciones indígenas) se produce lentamente y, en muchos casos, con grandes resquemores.

Solo por poner un ejemplo, la inclusión de cierta regulación referida a los pueblos indígenas en donde se reconozca derechos patrimoniales a favor de ellos, con el

sólo título de posesión ancestral y, en donde aquella posesión no requiera presencia física sino espiritual (con lo cual la falta de aquella presencia física no resulta en una causa de caducidad) conllevaría un sin número de efectos: i) Que el Estado reconozca que esa materia constituye una materia que debía ser regulada; por tanto, tendrá que reconocer que no ha sido regulado por el Estado en el momento debido, habiendo estado en omisión; ii) Reformular, prácticamente de forma completa, la teoría sobre propiedad existente en ciertos Estados, como en el caso peruano; iii) Requeriría sintonizar el trato especial referido al plazo de caducidad del derecho de estos grupos, con instituciones estándares, como la prescripción adquisitiva de dominio aplicable a la población general, entre otras. (ÁGUILA, 2016, p. 67)

El caso arriba transcrito, es solo uno de los tantos ejemplos de tensiones generadas en los ordenamientos positivistas modernos dado el advenimiento del reconocimiento de nuevos derechos a favor de grupos especiales, como son las minorías étnico-religiosas, pueblos indígenas, discapacitados, entre otros. Esto será especialmente notorio cuando aquellos ajustes (dados en la forma del ingreso de nuevas categorías en el orden interno) requieran la armonización del sistema, pasándose a ajustar los conceptos legales existentes y teniéndose en cuenta los nuevos derechos concebidos a estos grupos. (ÁGUILA, 2016, p. 67)

Entonces, se puede observar que, el rechazo de reconocer derechos a estos nuevos sujetos en el derecho interno se produce no sólo por un afán de exclusión; las raíces son más complejas y se remonta al paradigma contemporáneo del derecho, que se encuentra recostada sobre premisas que pretenden que el ordenamiento sea, hasta donde sea posible, hermético, científico y autónomo.

Entonces, en un contexto como este, el Estado es reticente a dar concesiones; lo que se ve agravado con el segundo contexto en el que se encuentra el Estado contemporáneamente; es decir, el deterioro del precepto de soberanía, dado la existencia de ciertos fenómenos que la cuestionan. A continuación, analizaremos el proceso de relativización de la soberanía del Estado y cómo ello agrava el tratamiento de la materia indígena.

4. PLURALISMO JURÍDICO Y SU VINCULACIÓN A LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA

El pluralismo jurídico se encuentra vinculado estrechamente a lo indicado previamente; es decir, a la ilusión de la unidad del Estado y de su supuesto monopolio en la producción normativa. De esa manera, el pluralismo jurídico apunta a la existencia de una heterogeneidad de sistemas jurídicos conviviendo en un mismo ámbito espacial y temporal de validez (SÁNCHEZ CASTAÑEDA, 2006).

VANDERLINDEN define al pluralismo jurídico como la ***“existencia, en una determinada sociedad, de mecanismos jurídicos diferentes aplicándose a situaciones idénticas”*** (WOLKMER, 2013, p. 192); mientras que BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS considera que:

“El pluralismo jurídico ha de entenderse como la concretización que se da en un mismo espacio geopolítico donde rija, oficialmente o no, más de un régimen jurídico, pudiendo tener dicha pluralidad normativa un fundamento económico, racial, profesional u otro, o corresponderse a un periodo de transformación social” (WOLKMER, 2013, p. 193).

Adicionalmente a lo expuesto precedentemente, ÁGUILA considera que el pluralismo jurídico ***“reconoce la existencia de una diversidad social en el substrato que compone la nación, teniendo esto un impacto en la generación de una diversidad legal que regula las diferentes capas sociales”***. (ÁGUILA, 2016, p. 68)

Ahora, han sido ciertas corrientes académicas, las que han recordado a los especialistas en Derecho que el pretendido monopolio de la producción legal (basado en el Derecho estatal) choca con la realidad social a la que pretende regular. Ello debido a que la realidad social demuestra que la existencia de una variedad cultural en los diferentes Estados que surgieron bajo el cuño del ideario del Estado-nación (basado en la presunción de homogeneidad cultural). Y, tras comprobar esta diversidad entonces se pudo comprender que el Derecho es una declaración cultural más que puede corporizarse en diversas formas dentro del territorio de los Estados. (ÁGUILA, 2016, p. 69)

El sociólogo austriaco Ehrlich sería uno de los primeros en llamar la atención sobre este punto, añadiendo que el producto legal estatal era incapaz de regular todos los asuntos de la vida social. Por ello, existirían campos enteros bajo la regulación de

otras manifestaciones del Derecho. Este autor enfatizaría que: ***“(e)l derecho no es necesariamente un producto del Estado, la parte, más grande del derecho tiene su origen en la sociedad, puesto que el derecho es un orden interno de las relaciones sociales, tales como la familia, las corporaciones, la propiedad, las sucesiones, etcétera. Es falso considerar que esas instituciones legales han sido introducidas por normas jurídicas o leyes”*** (SÁNCHEZ – CASTAÑEDA, s/f, p. 477).

Lo expresado por EHRLICH habrían de confluir con las posiciones de otros académicos quienes ayudarían a entender que la soberanía absoluta del Estado (ya no solo en su dimensión política sino legal) se encontraba en declive. La crisis del Estado moderno se evidencia, entonces, conjuntamente con la pérdida del control político en sus jurisdicciones, en la pérdida del monopolio legal o de forma más precisa en la desaparición del espejismo de la existencia de aquel monopolio. Como nos recuerda **SÁNCHEZ-CASTAÑEDA** tomando las ideas de **SANTI ROMANO**, ***“(s)i en un momento dado el Estado monopolizó la creación de la norma jurídica, (...) no estamos lejos de asistir a un proceso inverso. A lo que se llama la crisis del Estado moderno implica precisamente que un gran número de grupos sociales tienden a construirse cada uno una esfera jurídica independiente”*** (SÁNCHEZ – CASTAÑEDA, s/f, p. 478).

Esto estriba en la agravación de la ***“diferencia”***, dentro de lo que alguna vez fue (o se pensaba era) homogéneo; en otras palabras, como efecto de la consolidación del ***“pluralismo cultural”*** dentro de los Estados. Ahora bien, para comprender el nexo del pluralismo jurídicos con el ***“pluralismo cultural”*** (multiculturalismo) procederemos a explicar este último.

Al respecto, debe indicarse que aquel está conformado por dos términos. El término ***“pluralismo”*** denota –en sentido positivo- la existencia de variedad, de multiplicidad, de alternativas y-en sentido negativo- lo opuesto a lo singular, a lo unitario, al monismo. Por otra parte, la voz ***“cultural”*** deriva de cultura, una de cuyas acepciones más habituales es conjunto de modo de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial (DRAE, 2001). Por lo tanto, cuando se hace referencia al pluralismo cultural, estamos reconociendo una variedad de modos de vida, costumbres, conocimientos, manifestaciones artísticas, religiosas, entre otros elementos.

El pluralismo cultural es un modelo de organización social en la que se afirma la posibilidad de convivir armoniosamente en sociedades, grupos o comunidades étnica, culturales, religiosas o lingüísticas de origen diferente. Valora positivamente la diversidad sociocultural y toma como punto de partida que ningún grupo debe perder su identidad. En ese sentido, existe un deber de protección por parte del Estado: “(...) **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 (...)**” (STC N° 00022-2009-AI, F.j. 5)

Es así que el pluralismo cultural hace referencia a una realidad constatable; es decir, a un Estado, una nación o un espacio geográfico donde coexiste una pluralidad de culturas. Esa diversidad de culturas (diversidad cultural) en lo político se formula como pluralismo cultural. Esto entraña la tolerancia a un mosaico de posibilidades y alternativas de posturas y expresiones de un conjunto humano determinado. (ÁGUILA, 2016, pp. 72 -73)

Ahora, esta pluralidad ha ido variando según los momentos de la historia, dada la existencia de realidades diversas, sin embargo, actualmente se encuentra agravada con el reconocimiento formal (constitucional) de la diferencia dentro de los Estados y por diversidad reconocimientos informales.

Esto es lo que lleva a que autores como, **SANTI ROMANO**, indiquen que el Estado se encuentra en un proceso inverso al de la monopolización de la producción legal. Aun así y si bien lo indicado por **SANTI ROMANO** es cierto esto no nos debe llevar a creer que estamos direccionados indefectiblemente hacia la desintegración del derecho como sistema jurídico (único, completo y predecible) y pasar a un derecho fraccionado, arbitrario y caótico. (ÁGUILA, 2016, p. 73)

Y es que, la realidad nos muestra que-aunque el monopolio de la creación del Derecho, no está más dentro de las solas atribuciones del Estado- esto no significa que todas las demás creaciones legales se opongan a ésta o que vivan desconectadas del sistema legal principal. Gracias a **FALK MOORE** podemos entender que “(...) **cada individuo puede, de manera simultánea, pertenecer a varios ámbitos sociales, lo que explica la complejidad social; (y) un ámbito social es autónomo, (...) puede resistir la penetración de normas externas, aunque no totalmente**” (DURMET, 2007).

De esta forma, aunque el pluralismo jurídico nos presenta un escenario que se aparta del modelo unificado del positivismo moderno, éste tampoco implica creer en la existencia de regímenes autónomos fragmentados. Por el contrario, el pluralismo legal nos indica que la existencia de estos regímenes legales semiautónomos, se encuentra en comunicación con los demás sistemas. Es por ello que toda medida normativa estatal que pretenda regular materias que cuentan con normas informales o regímenes propios sociales, deberán tomar en cuenta estas últimas para ser efectivas. (ÁGUILA, 2016, pp. 73 -74)

No tener presente aquello, significa para los Estados la creación de regímenes ineficaces en la práctica y la aceptación en los hechos de ciertos grupos sociales fuera del control real del Estado. Esto, como puede verse, tiene implicancias para los grupos indígenas y, cómo no, para el grupo específico que estudiamos pues el Estado ha intentado regular la situación de los pueblos indígenas móviles y móviles en zona de frontera.

Es en ese sentido, que el pluralismo jurídico ha captado la problemática indígena. Por ello Jürgen Brandt habla del pluralismo jurídico vinculado a lo indígena de la siguiente forma:

“En este sentido, si bien, el pluralismo jurídico pudiera entenderse como una respuesta a la ineficacia estatal en materia de administración de justicia para los pueblos indígenas, esto va más allá, puesto que su reconocimiento implica el entendimiento e interiorización de sus potestades jurisdiccionales, derecho propio y prácticas tradicionales que constituyen la base primordial de su cultura e identidad que les ha permitido existir con identidad propia”. (JURGÜEN, 2002, pp. 20 y 1599)

¿Y cómo se produce esto? La respuesta se halla en una compleja dinámica de transformación del Derecho. A decir verdad, existe una doble presión, esto es un pluralismo generado ***“desde arriba”*** y otro ***“desde abajo”*** (AHRENS, 2009, p. 6). El primero tiene que ver con el proceso de globalización del Derecho, que ha supuesto una limitación en la actuación y facultades de globalización del Derecho, que ha supuesto una limitación en la actuación y facultades de los estados nacionales y ha conducido a la reformulación del concepto de soberanía; mientras que el segundo tiene que ver con el reconocimiento y afirmación de identidades,

culturas, nacionalidades y sujetos excluidos en los ordenamientos jurídicos de los estados existentes.

Ahora bien ¿Es relevante esto para el desarrollo de la investigación que desenvolveremos líneas abajo? La respuesta es sí, pero en su real dimensión.

Lo habitual, cuando se combina el pluralismo jurídico con temas relativos a pueblos indígenas es enfatizar la existencia de normas propias de estos grupos y cómo esta regulación para-estatal se vinculada con el Derecho emitido por el Estado (GUTIÉRREZ, 2009, pp. 34-73). Normalmente desde esta perspectiva, se describe la existencia de instituciones indígenas propias y la necesidad de que se incorporen perspectivas interculturales (diálogo entre la cultura dominante) antes de la emisión de normas que pudiesen afectar a estos grupos.

Por lo demás, téngase en cuenta que el grupo sobre los cuales nuestra investigación tratará es el subgrupo indígena denominado en aislamiento (o móviles) y en aislamiento en zona de frontera. En ese sentido, los grupos a los que haremos referencia (por su número) representan agrupaciones con manifestaciones legales muy particulares. Esto haría que, antes de utilizar una perspectiva de pluralismo legal, tuviésemos que determinar si estos grupos han creado alguna forma de ordenación y si la misma puede considerarse efectivamente Derecho (ÁGUILA, 2016, p. 75). Sin embargo, como DUPRET bien ha recordado:

“(e)l pluralismo jurídico ha sido a menudo concebido como algo muy esencialista y culturalista. (...) Además de los enormes problemas de definición asociados al término “derecho”, esta concepción asume la existencia de algo parecido al “verdadero” derecho (...) A menudo, el así llamado derecho “indígena” o “autóctono” ha existido únicamente en las mentes de los académicos (...)” (DUPRET, 2007, p.151)

En ese sentido, nuestro intento no irá encaminado a calificar a estos grupos como generadores de derecho, ni a determinar los casos en que su **“producto normativo”** debe regular sus vidas en contraposición al Derecho del Estado. Por el contrario, utilizaremos el pluralismo jurídico en el sentido de reconocer la limitada efectividad del Derecho estatal para ciertos casos.

Por otro lado, esta perspectiva nos servirá para entender que el pluralismo jurídico también presenta una manifestación activa (y no solo negativa). Es decir, el

pluralismo jurídico en lo relativo a la problemática indígena no se agota en reconocer espacios en los que el Estado no debe intervenir (evitando desplazar la vigencia de la producción legal indígena), sino en la necesidad de proteger las bases de aquel pluralismo legal (diversidad cultural). Esta perspectiva activa implica que el estado debe proteger ciertos derechos o situaciones que están en la base del pluralismo legal, como:

La diversidad cultural de los pueblos indígenas: La diversidad cultural ha sido considerada por la antropología como formaciones sociales dentro de una misma jurisdicción que presenta características radicalmente distintas (etnias, tribus indígenas). Este concepto hoy se encuentra ligado al principio democrático en virtud del cual se reconocen valores como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena. (RUIZ, 2006)

Por lo demás, la diversidad cultural se considera patrimonio cultural de la humanidad, por lo que se señala que no sólo atañe su protección a los Estados, sino a la comunidad internacional, materializando lo dicho en distintos instrumentos internacionales.

La identidad cultural de los pueblos indígenas: En el ámbito jurídico se reconoce esto como un derecho fundamental de los grupos étnicos-culturales, más no de minorías nacionales. Los primeros buscan que se les reconozca el derecho de ser diferentes, los segundos pretenden términos de integración más justos, aun cuando se les permita mantener a manera de beneficio algunos rasgos de su cultura (RUIZ, 2007). Como se ha indicado, es un derecho fundamental que hoy cuenta con protección tanto a través de instrumentos internacionales como en los ordenamientos jurídicos de los Estados.

El Derecho a la diferencia de los pueblos indígenas: Hoy se reconoce el derecho a ser distinto en valores, creencias, adscripción étnica, etc. La importancia de esta nueva formulación de la diferencia (como derecho) engloba en un mismo plano a las situaciones de distintividad etnocultural con otras como las identidades de sexo-género (derecho a las diferentes opciones, derechos de los homosexuales en cuanto que tales, entre otros). (MALGESINI Y GIMÉNEZ, 2000, p. 3)

En base a esto, se sostiene que negar a un sector social su derecho a la diferencia es negarle el derecho a la participación legítima en la carrera por el posicionamiento,

lo que equivale a colocarlo indefinidamente en una posición desventajosa. Es así que reconocer este derecho a los pueblos indígenas (como individuos, o como pueblos) significa reconocerles su derecho a participar en la lucha por posicionarse en los distintos campos que implica tomarlos en serio en la política, en el dominio sobre sus recursos, la justicia o la cultura.

Será en este sentido – de titularidad de derechos- que tomaremos al pluralismo legal; es decir, como el reconocimiento del Estado a ser diferente y a la propia cultura.

CAPITULO III
ACERCA DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT

1. ACERCA DEL CONVENIO NÚMERO 169

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 (núm. 169) es un documento internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989. Dicho tratado internacional refleja el consenso logrado por los mandantes tripartitos de la OIT en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los Estados-nación en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger estos derechos. Este acuerdo internacional se basa en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo. En ese orden de ideas, el objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que perjudiquen a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas. En consecuencia, los principios fundamentales de consulta y participación se erigen como la piedra angular del Convenio.

Asimismo, el tratado internacional en mención comprende una amplia gama de cuestiones relacionadas a los pueblos indígenas, incluyendo:

- a) El empleo y la formación profesional,
- b) La educación, la seguridad social y la salud,
- c) El derecho consuetudinario,
- d) Las instituciones tradicionales,
- e) Las lenguas,
- f) Las creencias religiosas; y
- g) La cooperación a través de las fronteras.

2. INTERÉS DE LA OIT POR LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La situación de los pueblos indígenas ha sido una constante preocupación de la OIT desde sus inicios. La discriminación y la explotación de los pueblos indígenas influyó directamente en la adopción de normas de carácter laboral tales como el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29). Durante la década del 50' del siglo pasado, fue cada vez más notorio que las condiciones laborales de los pueblos indígenas eran la consecuencia de injusticias y prejuicios profundamente arraigados y ligados intrínsecamente a cuestiones más amplias de identidad, idioma, cultura, costumbres y tierras. En vista a dicha realidad, en 1957 y en representación del sistema de las

Naciones Unidas, la OIT adoptó el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales (núm. 107), siendo este último el primer tratado internacional en ocuparse de los derechos de los pueblos indígenas. Cabe indicar que este convenio internacional continua aún en vigor en algunos países, en los cuales es empleado como instrumento para garantizar ciertos derechos mínimos. No obstante, el Convenio núm. 107 quedó cerrado a nuevas ratificaciones desde la entrada en vigor del Convenio núm. 169.

El Convenio núm. 107 estaba orientado básicamente hacia la asimilación, lo cual era típico en aquellos tiempos. Así, dicho convenio se fundamentaba en la suposición subyacente de que el único futuro posible para los pueblos indígenas era su integración en el resto de la sociedad, y que otros habían de tomar decisiones sobre su desarrollo. Luego, en el año de 1986, una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que **«el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno»**. Por ende, la OIT procedió la revisión del Convenio núm. 107 y finalmente adoptó el Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en 1989.

3. LA CONDICIÓN LABORAL COMO MOTIVO DE PREOCUPACIÓN

Todas las estadísticas e investigaciones disponibles indican que los pueblos indígenas aún sufren de las peores formas de explotación laborales y están representados de manera desproporcionada entre las víctimas de la discriminación, del trabajo infantil y del trabajo forzoso. Los pueblos indígenas enfrentan barreras y desventajas en el mercado del trabajo, pues tienen acceso limitado a la educación y la formación profesional y sus conocimientos tradicionales y aptitudes no son necesariamente valorizadas o solicitadas. Su marginalización generalizada y su situación de pobreza los hace vulnerables a prácticas de explotación tales como la contratación coercitiva, la trata de personas, el trabajo peligroso y las peores formas de trabajo infantil. A menudo, los pueblos indígenas son discriminados debido a sus propias modalidades de sustento. Además, los pueblos indígenas muchas veces no son conscientes de sus derechos y tienen pocos vínculos con las organizaciones de trabajadores. El Convenio núm. 169 contiene una parte sobre el derecho de los pueblos indígenas al empleo, a la formación profesional y a la protección de sus derechos laborales.

Del mismo modo, la OIT y sus mandantes se ocupan cada vez más de la situación de los pueblos indígenas mediante los convenios fundamentales del trabajo sobre la no-discriminación, la abolición del trabajo forzoso y del trabajo infantil y sobre la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva.

4. STATUS JURÍDICO DEL CONVENIO N° 169

El Convenio en mención es un acuerdo internacional que es de carácter obligatorio para los Estados en virtud de su ratificación. Más allá del círculo de los países ratificantes, este tratado internacional es un punto de referencia internacional, citado y utilizado por los órganos de la ONU, órganos regionales de derechos humanos y tribunales nacionales.

El Convenio ha inspirado numerosas políticas de desarrollo y medidas de protección, y también marcos legislativos nacionales. La decisión de ratificar el Convenio núm. 169, como cualquier otro convenio internacional del trabajo, es una decisión soberana y voluntaria de los Estados. Dicha decisión culmina a menudo un largo proceso de diálogo entre el Gobierno, los pueblos indígenas, las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores, así como con otros sectores de la sociedad.

Los Estados ratificantes están en la obligación de aplicar el Convenio de buena fe, en la legislación y en la práctica, y asegurar que los pueblos Indígenas sean consultados y puedan participar en el proceso.

5. APLICACIÓN DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT

5.1. RESPONSABILIDAD DE SU APLICACIÓN

La ratificación del Convenio núm. 169 es un paso importante para que retroceda la exclusión y la discriminación, y para garantizar que los derechos de los pueblos indígenas son respetados y las diferencias socioeconómicas eliminadas. La responsabilidad de aplicar el Convenio recae en los Gobiernos de los países ratificantes. Teniendo en cuenta su amplio alcance, el Convenio subraya que la acción de los Gobiernos deberá ser coordinada y sistemática. En la mayoría de los casos, lo anterior implica el establecimiento de mecanismos de coordinación entre numerosas instituciones y poderes gubernamentales ya que las cuestiones indígenas tienen implicancias para distintos sectores y regiones geográficas. Asimismo, se requiere de una

coordinación con los Ministerios que cubren otras áreas tales como finanzas, salud, educación y seguridad social.

En todas las disposiciones del Convenio, se subraya que las medidas adoptadas para su aplicación deberán ser planificadas, coordinadas, ejecutadas y evaluadas en cooperación con los pueblos indígenas. Para realizar ello, el Gobierno debe establecer mecanismos de consulta y de participación. El proceso de aplicación es único en cada país, pues debe ajustarse a circunstancias sociales, culturales, geográficas, económicas e históricas específicas. En consecuencia, el Convenio ofrece flexibilidad al disponer que la naturaleza y el alcance de las medidas de aplicación deberán determinarse teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

5.2. CONTROL

Los Estados ratificantes se comprometen a presentar memorias sobre la aplicación del Convenio núm. 169, como mínimo cada cinco años. Dichas memorias se deben compartir con las organizaciones de trabajadores y de empleadores a nivel nacional. La OIT alienta a los Estados para que cuando preparen las memorias consulten a los pueblos indígenas y tribales en el país a través de sus instituciones tradicionales (OIT, 2013, p. 7).

Además, en virtud de la Constitución de la OIT, las organizaciones de trabajadores y de empleadores pueden comunicar informaciones y comentarios sobre la aplicación del Convenio, o presentar sus quejas («reclamaciones») con el objetivo de que los órganos de control de la OIT estén al tanto del progreso, los desafíos o las violaciones relacionadas con el Convenio (OIT, 2013, p. 7).

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) examina las memorias y formula comentarios para los Estados interesados con el objetivo de guiar el proceso de aplicación. Las observaciones de la Comisión de Expertos se presentan subsiguientemente ante la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, donde se selecciona un número limitado de dichas observaciones para discutir en un foro tripartito y se formulan conclusiones para los Estados en cuestión. Las reclamaciones pueden ser presentadas por las organizaciones de empleadores o de trabajadores en virtud del Artículo 24 de la Constitución de la OIT en caso

de una supuesta violación al Convenio. Las reclamaciones se remiten a un comité tripartito establecido por el Consejo de Administración, que formula conclusiones y recomendaciones (OIT, 2013, pp. 7 - 8).

El control de la aplicación del Convenio núm. 169 es un proceso muy dinámico y gran cantidad de informaciones, comentarios y conclusiones han sido formulados sobre su aplicación. La mayoría de los casos que han sido presentados ante los órganos de control atañen a la supuesta falta de consultas con los pueblos indígenas en lo relativo a las medidas o a los proyectos que afectan a sus tierras. (OIT, 2013, p. 8)

5.3. ROL DE LAS ORGANIZACIONES DE TRABAJADORES Y EMPLEADORES

La OIT se fundamenta en el principio del tripartismo, que incluye diálogo y cooperación entre los gobiernos, los empleadores y los trabajadores para la formulación, adopción y supervisión de normas laborales. Como en el caso de todos los demás convenios de la OIT, los trabajadores y los empleadores juegan un papel crucial para promover y aplicar el Convenio núm. 169. (OIT, 2013, p. 8)

En la mayoría de los casos, la ratificación culmina un proceso de concienciación, capacitación, análisis y diálogo entre el gobierno, los pueblos indígenas y las organizaciones de trabajadores y de empleadores. Después de la ratificación, se requiere que los gobiernos presenten copia de sus memorias sobre la aplicación del Convenio a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores. Estas organizaciones pueden formular comentarios sobre las memorias del gobierno y enviar directamente a la OIT comentarios e informaciones sobre la aplicación del Convenio. En muchos casos, las organizaciones de trabajadores han formulado comentarios o presentado reclamaciones ante los órganos de control de la OIT en nombre de organizaciones de pueblos indígenas. (OIT, 2013, p. 8)

El Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144) de la OIT y la Recomendación núm. 152 subrayan la importancia, a nivel nacional, de las consultas tripartitas regulares para garantizar que las normas de la OIT se formulen, apliquen y controlen con la participación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Esto conlleva a una mayor cooperación entre los interlocutores sociales, garantiza

una conciencia y participación más fuertes en cuestiones relativas a las normas internacionales del trabajo, y conduce finalmente a una mejor gobernanza. Dichas consultas pueden incluir aspectos relativos a la elaboración y puesta en práctica de medidas legislativas o de otra índole para dar efecto a los convenios ratificados, tales como el Convenio núm. 169. (OIT, 2013, pp. 8-9)

5.4. ACCESO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LOS PROCEDIMIENTOS Y A LA ASISTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Las organizaciones de pueblos indígenas no forman parte de los mandantes tripartitos de la OIT como es el caso de los gobiernos y de las organizaciones de trabajadores y de empleadores. No obstante, se alienta a las personas indígenas o a sus organizaciones a que se hagan miembros de las organizaciones de trabajadores y de empleadores. En determinados casos, los pueblos indígenas han constituido organizaciones específicas de trabajadores y de empleadores, o secciones específicas dentro de organizaciones de mayor alcance. En otros casos, los trabajadores y los empleadores han constituido alianzas con las organizaciones indígenas.

El acceso a los mecanismos de control en virtud de los convenios ratificados, incluyendo el Convenio núm. 169, se encuentra reglamentado en la Constitución de la OIT, y queda restringido a los mandantes tripartitos. Si bien los pueblos indígenas han criticado esta restricción, no hubo obstáculos en la práctica, pues los pueblos indígenas han hecho alianzas, particularmente con sindicatos, para presentar informaciones, comentarios y reclamaciones (OIT, 2013, p. 9).

6. CONTRIBUCIÓN DEL CONVENIO NUMERO 169 DE LA OIT AL DESARROLLO NACIONAL

En la mayoría de los países, los pueblos indígenas padecen de un nivel de pobreza significativamente más elevado que los otros sectores de la sociedad, así como pronunciadas desventajas en materia de salud y de educación. Lo anterior puede, en gran medida, estar relacionado con la discriminación estructural que se refleja también en una escasa inversión pública en tierras indígenas. Además, la contribución de los pueblos indígenas a la economía y el desarrollo nacionales resulta a menudo invisible, pues sus sistemas de producción pueden estar principalmente orientados hacia la subsistencia y frecuentemente trabajan en sectores informales como trabajadores no calificados o como de trabajadores

domésticos. Hay un creciente reconocimiento del potencial económico que significaría superar la discriminación de los pueblos indígenas, así como del potencial económico y de desarrollo de sus culturas, conocimientos y sistemas de producción y de recursos naturales.

Los derechos de los pueblos indígenas a la consulta, a la participación y a la repartición de beneficios deben ser respetados en el proceso de desarrollo para evitar relaciones de explotación y conflictos (OIT, 2013, pp. 9 -10).

El Convenio núm. 169 es un instrumento de buena gobernanza y una herramienta para la solución de conflictos y reconciliar intereses distintos. Si se respetan los derechos de los pueblos indígenas y sus aspiraciones en el proceso de desarrollo, los pueblos indígenas se asocian plenamente al desarrollo, incrementando así considerablemente su contribución a las economías nacionales.

CAPITULO IV
NORMAS DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL QUE PROTEGEN EL DERECHO A
LOS PUEBLOS INDÍGENAS

SUBCAPÍTULO I
ARTÍCULO 2° INCISO 19): IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL. DERECHO AL USO
DEL PROPIO IDIOMA

Uno de los mayores méritos de la Constitución de 1993 (pero, a la vez, uno de los menos difundidos) es el hecho de que consagre, por primera vez, el derecho a la identidad, el cual aparece reconocido empezando nomás el artículo 2 en su inciso primero, mencionándolo inmediatamente después del derecho a la vida, dato que resulta particularmente significativo para su valoración, pues pone en evidencia que así como hay un derecho a la vida, que se relaciona con el existir de la persona, hay un derecho a la identidad, que se relaciona con el ser de la persona (CÁRDENAS, 2013, p. 299).

De este modo, la Carta Magna de 1993 recoge un derecho fundamental, originado en la jurisprudencia italiana, y que ha sido introducido en nuestro medio por **FERNÁNDEZ SESSAREGO**, cuyo aporte en este tema ha sido reconocido tanto en el Perú como en el extranjero, habiendo publicado en Argentina, justamente un libro titulado "*Derecho a la identidad*".

Cabe decir que este derecho va más allá de la simple protección y respeto que merece el nombre, pues tiene que ver con la integridad psicosomática, la nacionalidad, la forma de ser, la cultura, las creencias, la religión (o la negación de ella), las afinidades políticas y un largo etcétera, lo cual pone de relieve la vinculación directa entre este derecho con la dignidad y la libertad del ser humano.

Así, entonces, tenemos que toda persona tiene su propia identidad, la que tiene tanto una dimensión estática como también dinámica, abarcando en su amplio espectro al derecho a la identidad genética, a la identidad sexual, a la identidad religiosa, a la identidad política, a la identidad racial, a la identidad social y, por supuesto, a la identidad étnica y cultural, tema al que se refiere precisamente el artículo bajo comentario. (CÁRDENAS, 2013, p. 300)

La Constitución de 1993, no solo reconoce este derecho (y que debe subrayarse que se trata de un "**reconocimiento**"), pues se trata de un derecho que antecede a nuestra

propia norma fundamental), sino que también manda protegerlo, reforzando el concepto del artículo 89 *in fine* cuando señala que ***"El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas"***.

Empero, a primera vista, pareciera paradójico hablar de identidades locales cuando el mundo va siendo ganado cada vez más por la globalización; sin embargo, la cuestión es al revés, pues la vorágine de la globalización es lo que precisamente ha llevado a aflorar a las identidades y ponerlas a prueba, como ha resultado Peter Drucker. Dicho brevemente: La tendencia homogenizadora del mundo actual, ha llevado a que reaccionen ante ello los movimientos locales y regionales, los cuales se sienten amenazados o que acaso constituyen el último refugio para preservar y determinar ideas, costumbres y creencias locales. (CÁRDENAS, 2013, p. 300)

En la diversidad de lo universal, el hombre busca sus propias referencias personales que le permitan encontrarse, siendo de tener presente aquella frase del genial pintor catalán Joan Miró: solo se puede participar de lo universal a través de lo particular.

Como explica Peter Drucker (1993), justamente la globalización, con su tendencia homogenizante y masificadora, hace que los hombres sientan más la necesidad de reforzar sus raíces y encontrarse a sí mismos; la misma razón acaso pueda explicar, al menos en parte, la vuelta a un nuevo debate religioso, expresado en casos extremos en peligrosas tendencias fundamentalistas.

No corresponde a un texto de carácter jurídico como este detenerse en ciertos temas "existenciales" para un país pluriétnico y multicultural como es el Perú, mas no puede dejarse de hacer presente que el tema de la identidad nacional sigue siendo un punto en nuestra agenda social pendiente y sin cuya consideración no podemos proyectarnos como nación. Tener identidad significa saber reconocerse; si no somos capaces de asumir y apreciar lo que somos, no es posible hablar de desarrollo real alguno.

Es esencial, como dicen **BIAMÉS & JORDI** (1998) tener presente que:

"en plena era de la homogenización cultural (que a menudo es simplemente imposición del american style of life) y del mestizaje de culturas, la persona necesita más que nunca dotarse de una identidad claramente definida, desde la cual pueda abrirse y dialogar con el mundo".

No obstante, es interesante citar aquí una reflexión hecha por Mario Vargas Llosa al momento de recibir el Premio Nobel de Literatura 2010: “Si escarbamos un poco descubrimos que el Perú, como *El Aleph* de Borges, es en pequeño formato del mundo entero. ¡Qué extraordinario privilegio el de un país que no tiene una identidad porque las tiene todas! La cita da para todo un estudio, que bien merecería hacerse, desde un punto de vista psicológico, sociológico y antropológico, en un momento en que el país se acerca a cumplir 200 años de vida independiente. (CÁRDENAS, 2013, p. 301)

Volviendo al análisis jurídico, es de considerar que la Constitución es más que una ley de leyes, pues define el proyecto político y social de una nación. En ese marco, aunque para **TOURAINE** (1997) la idea de nación es mas política que cultural o comunista, la presencia del Estado con un sustento jurídico que no respete la identidad cultural de las comunidades, afecta la propia legitimidad del mismo (cuando no su legalidad). El Perú sigue siendo una nación en formación, un país adolescente que se va recreando a sí mismo; empero, queda clara, como ya se ha dicho, nuestra naturaleza pluriétnico y multicultural; en este aspecto, bien vendría ponernos a pensar en un desarrollo más preciso del inciso bajo comentario, adecuando nuestro Código Civil a los parámetros institucionales, teniendo en cuenta la realidad de nuestras comunidades campesinas, comunidades nativas y también pueblos jóvenes.

Con relación al desarrollo de esta norma, es de resaltar la expedición de la Directiva N° 012-2000-PROMUDEH/SETAI, de fecha 21 de junio de 2000, ***"Directiva para promover y asegurar el respeto a la Identidad Étnica y Cultural de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas a nivel nacional"***, la cual define a la identidad étnica y cultural como el ***“conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un pueblo indígena, comunidad campesina o comunidad nativa”***, agrega, asimismo, que:

“el respeto a su identidad étnica y cultural, comprende: el derecho a decidir sobre su propio desarrollo; el respeto a sus formas de organización; el derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles; el derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos que pueda afectarles; el derecho a no ser discriminados; el derecho a expresarse en su propia lengua; el respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico; el respeto a sus estilos de vida, a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión; el derecho al reconocimiento, revaloración (sic) y respeto de sus conocimientos

tradicionales y prácticas ancestrales; entre otros, incluyendo el derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda”.

No cabe duda de la noble inspiración que motiva a esta directiva; no obstante, deberá tenerse siempre presente en su prudente aplicación la preservación de la unidad del Estado, la primacía de los derechos humanos y la Constitución, así como el innegable hecho de que cada día las comunidades están cada vez más integradas al entorno del país, lo que hace discutible el reconocer a veces el estatus de comunidad originaria que muchas nunca lo han tenido o que, acaso, ya lo perdieron o que simplemente se invoca como recurso estratégico para gozar de determinados beneficios o ejercer ciertas formas de poder.

En este punto, conviene tener presente que si bien el Estado protege la pluralidad étnica y cultural, debe tenerse cuidado en no caer en proteccionismos que, a la larga, afectan a las propias comunidades, o en el establecimiento de zonas “**liberadas**” del *ius imperium* del Estado, en donde la opinión de las comunidades pueda sobreponerse a los propios intereses de la nación en su conjunto.

Con gran expectativa, el Congreso de la República aprobó, en agosto del año 2011, la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocida por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), norma que fuera publicada el 7 de septiembre de 2011, como Ley N° 29785.

Luego de los trágicos sucesos de la provincia de Bagua en el año 2009, entre otros hechos políticos y sociales acontecidos, la norma fue bien recibida por unos y otros pues, por un lado, consagra el derecho a la consulta previa y, por otro, establece que los resultados de la consulta no son de obligatorio cumplimiento por parte del gobierno. Habrá que ver entonces que ha de ocurrir en la práctica, pero todo indica que estaríamos ante un problema social muy grave que podría estallar cuando, por ejemplo, una comunidad se pronuncie en contra de una explotación minera, pero el gobierno decida igual ejecutarla, haciendo que los ánimos de dichos comuneros se alteren al pensar en que para qué les consulta si es que al final no se les va a hacer caso.

En consecuencia, la doctrina considera que urge difundir debidamente los alcances de la ley a fin de que no se generen falsas expectativas que se desborden cuando se vean

desilusionadas y que puedan ser utilizadas políticamente por grupos ajenos al sistema democrático.

La Ley N° 29785, de Consulta previa, Ley que reconoce expresamente, a través de su artículo 2 el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados previamente respecto a las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Dicho artículo señala también que esta consulta debe ser implementada de forma obligatoria por el Estado, mas no se dice con la misma contundencia que si bien la consulta debe hacerse obligatoriamente, ello no significa que los resultados de la consulta sean también obligatorios para el Estado. (CÁRDENAS, 2013, pp. 302-303)

Es de observar que esta norma permite, por ejemplo, que una comunidad se oponga a que se explote las riquezas de una montaña porque ella tiene un valor sagrado, no obstante no estar ubicada en el ámbito específico de su territorio, negativa que a su vez podría afectar a otras comunidades, reducir las oportunidades de trabajo y hacer que el Estado reciba menos impuesto para hacer obras indispensables a nivel nacional.

A propósito del tema de la identidad, es ilustrativo mencionar que el artículo 7 señala algunos criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios, mencionándose dentro de los criterios objetivos los siguientes:

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

A su vez, el criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Luego se agrega que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identidades también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el mismo artículo.

Será el artículo 15 el que establece que la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente,

decisión que 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 dialogo, 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.

También se señala que el acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes, agregando que en caso de no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

A tono con el mandato del artículo 2, inciso 19 de la Constitución bajo comentario (***“Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”***), el artículo 16 de la Ley N° 29785 dispone que para la realización de la consulta, se tome 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 objeto de consulta.

Otra cuestión muy aparte, vinculada, no obstante, con el derecho a la identidad es que, en nombre del mismo, muchos países europeos abrieron sus fronteras en las últimas décadas en nombre de la globalización, la universalidad, la no discriminación, la igualdad, etc. Sin embargo, ello ha generado también nuevos conflictos. Es así que, por ejemplo, ante culturas que practican la mutilación sexual femenina, se han tenido que establecer medidas para que dichas prácticas no se den en países que cobijan al extranjero por más que pretenda invocarse que se trata de una práctica común en los pueblos de origen de estos inmigrantes.

Por otro lado, otra vertiente del debate ha ido por el lado religioso, siendo que en Francia se ha prohibido hace unos años los crucifijos en las escuelas públicas por considerarse que el Estado no debe tomar partido por ninguna religión en particular, quedando la discusión abierta de la importancia que puede tener la presencia histórica de una religión en un país para mantener determinados privilegios debido justamente a su aporte histórico y el respaldo de la mayoría de sus habitantes.

También se ha discutido mucho en los últimos tiempos el derecho de las niñas musulmanas a usar el velo para asistir a clases y ya se ha prohibido en algunos países el usarlo públicamente. Lo curioso de esto es que tanto una como otra parte alegan en su defensa el derecho a la identidad cultural.

Frente a ello – estimamos- debemos recurrir al derecho a la dignidad de la persona a fin de superar este aparente conflicto.

Por otro lado, no cabe duda tampoco de que, alegando el derecho a la **“identidad cultural”**, en un tiempo no muy lejano se pretenda encontrar en ello un rebuscado amparo para sostener la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo, mas ello sería objeto de otro debate que excede de estas líneas.

Otra norma significativa con relación al artículo constitucional aquí comentado es que la Ley N° 29824, Ley de Justicia de Paz, menciona en el artículo IV del Título Preliminar que **“el juez de paz debe motivar sus decisiones de acuerdo a su leal saber y entender, no siendo obligatorio fundamentarlas jurídicamente”**; agregando a renglón seguido que **“el juez de paz, preservando los valores que la Constitución Política del Perú consagrada, respeta la cultura y las costumbres del lugar”** (CÁRDENAS, 1998)

Por otro lado, el artículo 4, en su inciso 3, señala que es derecho de juez de paz **“Que se reconozca, aprecie y respete su cultura, sus costumbres, sus tradiciones, sus normas y procedimientos para solucionar conflictos y promover la paz social”**, lo que viene a ser otro desarrollo del texto constitucional bajo comentario.

Adicionalmente, el artículo 55 in fine declara que: **“El procedimiento disciplinario del juez de paz tiene una regulación especial con la finalidad de garantizarle el respeto a sus derechos de defensa y a un debido proceso. Asimismo, debe tenerse en consideración el grado de instrucción, su cultura, costumbres y tradiciones, así como su lengua materna y el nivel de conocimiento que tiene del idioma castellano”**.

En cuanto a que, como corolario del referido derecho a la identidad, nuestra Ley de Leyes establezca que todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete y que los extranjeros tienen el mismo derecho, solo

cabe hacer votos para que el Poder Judicial y las instituciones públicas en general puedan contar con las facilidades para el efecto.

El inciso 19 del artículo 2 de la Constitución nació bajo la pretensión de ser un puente que nos permita preservar nuestro pasado; quién sabe si, con el tiempo, será una norma por la que deberemos de transitar para poder definir nuestro futuro.

SUBCAPÍTULO II

ARTÍCULO 89: COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 89° de nuestra carta magna vigente es la norma principal que trata la temática de las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas en el Perú. En el acotado artículo se agrupan una variedad de derechos que identifican a dichas comunidades.

En los últimos años el tema de las Comunidades Campesinas y Nativas ha sido objeto de conversación, discusión y propuestas. En ese sentido, la temática en cuestión ha vuelto a tener la relevancia de cien años atrás en que se discutía sobre el reconocimiento y participación de estas Comunidades en las estructuras del Estado. Sin embargo, los motivos son otros: las autoridades del Estado y los funcionarios de grandes empresas de inversión -en esta oportunidad- se interrogan hasta qué punto los derechos de estas comunidades se oponen al desarrollo o crecimiento económico que viene experimentando nuestro país.

Asimismo, cabe anotar que a la información que la Constitución ofrece hay que sumar las normas del Convenio Internacional N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que bajo rango constitucional regula en forma específica el tema de las Comunidades Campesinas y Nativas. (PEÑA, 2013, p. 445)

En las líneas siguientes, procederemos a desarrollar el contenido del artículo 89 de la Constitución de 1993, que corresponde al tema de las Comunidades Campesinas y Nativas, distinguiendo cuatro rubros:

- **¿Qué son las Comunidades Campesinas y Nativas?**
- **La Autonomía de las Comunidades Campesinas y Nativas.**
- **El derecho de propiedad de las Comunidades Campesinas y Nativas.**
- **La identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.**

Estos rubros se desprenden del contenido de la norma bajo análisis. Cada uno de ellos da lugar a tratar diversos aspectos que son abordados solo en forma aproximada en el presente análisis. En vista de ello, procederemos a abordar este análisis interdisciplinario.

2. ¿QUÉ SON LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS?

2.1. APROXIMACIÓN UNA DEFINICIÓN

Las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas son:

“instituciones históricas en el Perú. Se componen de grupos de personas que actúan como sujetos colectivos (con un interés colectivo o comunal) cuyo origen se encuentra en los pueblos originarios o pueblos “indígenas” que poblaron por primera vez el territorio peruano. En el pasado, la institución semejante se denominaba Ayllu”. (PEÑA, 2013, P. 447)

Actualmente, estas Comunidades o Pueblos habitan zonas rurales y zonas urbanas (por la migración). No obstante, el origen legal de la denominación de **“Comunidades Campesinas”** y **“Comunidades Nativas”** se encuentra en aquellas comunidades ubicadas en la zona rural. Se reconoce normalmente a las “Comunidades Campesinas” con las comunidades localizadas en el área rural de los Andes del Perú (en adelante, también denominadas Comunidades Andinas), y a las **“Comunidades Nativas”** con las comunidades ubicadas en la zona rural de la Amazonia (en adelante, también denominadas Comunidades Amazónicas).

Debemos indicar que una comunidad Andina es diferente a una comunidad Amazónica. Así, la Comunidad Andina mantiene una vinculación con la tierra para efectuar actividades de carácter económico relacionadas con la agricultura y la ganadería: ***“cada familia suele tener una parcela de terreno donde practica una agricultura para su subsistencia y desde donde normalmente obtiene forraje para su ganado que utiliza como mecanismo de ahorro e intercambio”*** (PEÑA, 2013, p. 447). Mientras que la Comunidad Amazónica tiene una relación con la tierra para practicar la agricultura pero sobre todo para aprovechar sus bosques y ríos: ***“cada familia practica la agricultura de roce y quema para proveerse de determinados alimentos, pero sobre todo hace uso de los bosques y ríos para proveerse de sus principales alimentos (frutos, animales de caza y peces) y de recursos para su usufructo e intercambio (madera, peces)”*** (PEÑA, 2013, p. 447). Por lo expuesto, ambas comunidades, andinas y amazónica, tienen una organización social y política que tiene como piedra angular a la familia y el parentesco, y en la asamblea comunal.

Cada comunidad andina y amazónica comparte historias, costumbres y conocimientos propios o locales. De ahí que contemos con una diversidad de comunidades por región y por microrregión. En ese sentido, existen comunidades diferentes por identidad étnica. Pero dentro de los propios grupos étnicos existen muchas diferencias por región, microrregión o interregión.

2.2. RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE PUEBLO INDÍGENA O PUEBLO TRIBAL DEL CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Paises Independientes, pero ratificada por el Perú el 2 de febrero de 1994, entrando en vigor por disposición del mismo Convenio al año siguiente, esto es el 2 de febrero de 1995. El Convenio en mención regula específicamente el conjunto de derechos y obligaciones de las Comunidades Campesinas o Andinas, y de las Comunidades Nativas o Amazónicas. Asimismo, este convenio tiene rango constitucional, tal y como lo dispone la cuarta disposición final y el artículo 3 de la Carta Magna vigente.

El Convenio N° 169 de la OIT desarrolla en forma amplia los conceptos de Pueblo Indígena y Pueblo Tribal, incluyendo en los mismos los conceptos de Comunidad Campesina o Andina, y Comunidad Nativa o Amazónica. Sobre el particular, debemos indicar que esta temática, será abordada con mayor detalle en el título IV de nuestra investigación.

2.3. EXISTENCIA LEGAL

Resulta indiscutible la existencia de los pueblos o las comunidades Andinas y Amazónicas con anterioridad a la conquista y colonización española o europea, teniendo en cuenta la característica histórica que existe sobre ello. No obstante, en esta existencia histórica resulta relevante diferenciar dos niveles: una existencia de hecho y una existencia legal.

A. ***La existencia de hecho***, lleva a sostener que los pueblos o comunidades han existido y siguen existiendo al margen de las denominaciones y los reconocimientos constitucionales o legales.

Igual ocurre con las denominaciones de Anexos, Caseríos, Rondas, Centro Poblado, entre otros, de las diferentes regiones del país. Si sus

características y su funcionamiento son como los de las Comunidades, no hay ninguna limitación en considerarlos como tal, esto es Comunidades de hecho o **“Comunidades no reconocidas” o “en vías de ser reconocidas”** (PEÑA, 2013, p. 447).

- B. **La existencia legal**, de otro lado, significa el reconocimiento que hacen las autoridades del Estado basado en la Constitución y las leyes. En el caso del Perú, las Comunidades Andinas y Amazónicas fueron reconocidas por primera vez en la Constitución Política de 1920 (FIGALLO, 2005, P. 1084). A partir de dicha Constitución las autoridades del Estado estuvieron obligadas a respetar a los comuneros miembros de dichas comunidades y a promover su desarrollo a través de políticas diferenciadas.

Teniendo en cuenta ese reconocimiento cabe precisar que la existencia legal de las Comunidades Andinas y Amazónicas comprende dos niveles:

a) El nivel de los sujetos individuales de una comunidad

El primer nivel garantiza que los sujetos miembros de una comunidad tengan derechos y obligaciones individuales como todo ciudadano, al margen que sus comunidades sean o no reconocidas.

b) El nivel de la comunidad

El segundo nivel garantiza que la comunidad exista como sujeto colectivo, esto es que el conjunto de sus miembros se identifique con una situación especial basada en su cultura, garantizado por el mismo Estado.

El nivel reconocimiento como sujeto colectivo comprende a su vez dos aspectos: un reconocimiento general y un reconocimiento específico. **El reconocimiento general** establece la existencia de la comunidad más allá de su identificación en una Resolución Administrativa o en los Registros Públicos, como anotáramos anteriormente al referirnos a las Comunidades de hecho. El **reconocimiento específico** de una comunidad, supone su identificación en una norma administrativa y, de ser el caso, su inscripción en los Registros respectivos.

2.4. PERSONERÍA JURÍDICA

La personería jurídica -según PEÑA- es la ***“forma específica de reconocimiento de las comunidades andinas y amazónicas. La personería jurídica significa el reconocimiento formal de una persona o entidad a través de su inscripción y publicidad de formas jurídicas o registrales”*** (PEÑA, 2013, p. 448).

Es el medio legal que permite a la persona o entidad actuar formalmente frente a las autoridades del Estado.

En el caso de las Comunidades Andinas y Amazónicas la personería jurídica se ha dado a través de su reconocimiento por una Dirección especializada del Ministerio de Agricultura. Una resolución administrativa reconocía a la Comunidad luego de un procedimiento donde se cumplía con determinados requisitos. Con esta resolución administrativa se podía pasar a una inscripción en los Registros Públicos. Así lo estipulo el code civile de 1984 en su artículo 135° preceptúa lo siguiente: ***“Para la existencia legal de las comunidades se requiere además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial”***.

El articulo precitado está referido más que a la existencia legal definida anteriormente, a la personería jurídica de las comunidades. En consecuencia, para que exista esta personería jurídica resulta necesario primero un reconocimiento oficial y luego su inscripción en los Registros Públicos. El reconocimiento oficial debe tener en cuenta las características objetivas y el elemento subjetivo regulado en el Convenio N° 169 de la OIT, antes referidos. Mientras que el procedimiento en los Registros Públicos, de otro lado, tampoco puede ser un obstáculo para ese reconocimiento. No se puede exigir requisitos que superen el de otras personas jurídicas, correspondiendo otorgar las mayores facilidades a las comunidades para que se integren a las actividades de la sociedad en general.

Es de precisar que en años recientes se viene efectuando un registro especial de las comunidades campesinas y nativas mediante el Ministerio de Cultura y, en particular, por el Viceministerio de Interculturalidad. El propósito de esta inscripción está vinculado con el derecho de la consulta previa, buscándose reconocer a las comunidades como entes representativos en caso de

controversias por actividades de inversión en sus territorios. (PEÑA, 2013, p. 448)

3. LA AUTONOMÍA DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

La doctrina nacional indica que el concepto de autonomía de las Comunidades Andinas y Amazónicas es distinto del concepto de autodeterminación. Siendo este último vinculado con el concepto de Estado, en el sentido de soberanía y secesión, en tanto el primero corresponde a entidades colectivas que tienen amplia libertad en sus acciones pero que se reconocen como parte del mismo Estado.

Pero en la práctica, las Comunidades Andinas y Amazónicas han actuado como pequeños Estados; toda vez que tienen identificado un territorio, una población, propia organización social, económica y política, propias autoridades y propios mecanismos de resolución de conflictos (PEÑA, 2013, p. 449). Sin embargo, ello no ha significado que dichas comunidades hayan pretendido proclamarse como Estados, lo cual se debe a la ineficiencia o inoperancia de las autoridades del Estado.

Teniendo en cuenta este contexto, la Constitución Política del Perú reconoce a las Comunidades Andinas y Amazónicas una amplia autonomía que hace innecesaria la autodeterminación. Así, la Constitución reconoce los siguientes niveles de autonomía, que procederemos a analizar brevemente a continuación:

3.1. AUTONOMÍA ORGANIZATIVA

Esta referido a que los miembros de cada Comunidad Andina o Amazónica pueden decidir sobre la estructura social y política que los identifica. En las Comunidades Andinas, por ejemplo, es normal encontrar una organización basada en dos niveles: lo familiar y lo comunal. En el primer nivel de organización, se establece la organización de los miembros de una familia nuclear y extensa con base en sus relaciones de parentesco y propias normas y principios. Mientras, que el segundo nivel de organización comunal está basado en los vínculos interfamiliares que lleva a integrar al conjunto de familiar con propias normas y principios, reconociendo a la Asamblea Comunal como máxima autoridad.

En el caso de las Comunidades Amazónicas destaca una vinculación dicotómica entre lo familiar y lo comunal. No obstante, dada la extensión de sus

territorios y la movilización de sus miembros por núcleos familiares para la obtención de recursos para su subsistencia, ha generado que los lazos familiares destaquen.

3.2. AUTONOMÍA EN EL TRABAJO COMUNAL

El derecho laboral en las Comunidades Andinas y Amazónicas resulta ser muy particular, Así, en el intercambio de fuerza laboral existe sobre todo reciprocidad y no salario. El *ayni*, por ejemplo, en las Comunidades Andinas significa intercambio de fuerza de trabajo de un familiar por su equivalente en fuerza de trabajo de otro familiar. Una familia presta fuerza de trabajo a favor de otra, siendo “*pagada*” recíprocamente con una fuerza de trabajo semejante realizada por esta última. En otras ocasiones realizan un trabajo colectivo denominado *Minka*. Los representantes familiares llegan a trabajar colectivamente para la construcción de una escuela, por ejemplo. Mientras que en las Comunidades Amazónicas los mismos conceptos son aplicados, con otras denominaciones como es el caso del nombre “*Minga*” (PEÑA, 2013, p. 449).

3.3. AUTONOMÍA EN EL USO Y LIBRE DISPOSICIÓN DE SUS TIERRAS

Normalmente, las Comunidades Andinas y Amazónicas cuentan con tierras o terrenos de uso o explotación familiar y tierras o terrenos de uso o explotación colectivos. En el caso de los terrenos de uso familiar son respetados como si fueran propiedad privada de acuerdo al Derecho Civil, pero con muchas variantes de acuerdo a su ubicación en los pisos ecológicos y las diferencias culturales por regiones. En el caso de las Comunidades Amazónicas además puede ocurrir que la propiedad familiar puede delimitarse voluntariamente, bajo iniciativa familiar, al tomarse una porción de terreno en cualquier parte del territorio comunal no ocupado por otra familia, dada la extensión de la comunidad (PEÑA, 2013, p. 450).

En cambio, los terrenos comunales, son de uso de todos los miembros de la Comunidad. En las Comunidades Andinas, los pastos de los cerros y los peces de los ríos y lagos son normalmente bienes comunales, igualmente en las Comunidades Amazónicas, los frutos de los bosques y los peces de ríos y lagos son bienes comunales. Pero también en las Comunidades existen muchas variantes donde la propiedad comunal se combina o se transforma con la propiedad familiar.

Estas particularidades sobre la propiedad familiar y comunal son las que construyen el concepto de autonomía en el uso y libre disposición de sus tierras de las comunidades Andinas y Amazónicas.

3.4. AUTONOMÍA ECONÓMICA

Incluye la identificación de las propias y variadas actividades económicas y las formas de intercambio como medio de vida en las Comunidades Andinas y Amazónicas. Desde esa óptica, en las Comunidades Andinas es normal el empleo de la agricultura y la ganadería como principales actividades económicas. Mientras que en las Comunidades Amazónicas la práctica de la caza y pesca, complementada con una agricultura de roza y quema, son actividades económicas principales. (PEÑA. 2013, p. 450) Ambos grupos de actividades reproducen una variedad de relaciones de intercambio que ha generado la subsistencia de estas comunidades. No obstante, a esta economía de autosubsistencia se suma una economía de intercambio con otras sociedades.

3.5. AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA

Significa que cada comunidad puede no solo organizarse social y políticamente, de acuerdo a su particularidad, sino que pueden poner en funcionamiento esa organización eligiendo a sus autoridades, delimitando sus atribuciones y promoviendo la participación de quienes no son autoridades. Cabe indicar que las atribuciones y obligaciones de estos directivos y autoridades que pueden estar o no escritas y cambiar cuando lo estimen los comuneros, muestran su autonomía administrativa.

Pero las Comunidades Andinas y Amazónicas deben recurrir a formas organizativas tradicionales o nuevas formas organizativas, donde los cargos y sus funciones complementan esa autonomía administrativa.

4. EL DERECHO A LA PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

La tierra es el bien más valioso que tienen las Comunidades Andinas y Amazónicas. Es el bien identificado con deidades, como el de la Pachamama en los Andes, y que por ello muy bien saben protegerlo usarlo y defenderlo.

La identificación del territorio en las Comunidades Andinas y Amazónicas es similar a la demarcación territorial de un Estado. Cuando el territorio de un Estado es invadido por un país vecino, los ciudadanos de ese Estado repelen la invasión entregando hasta sus vidas al producirse una guerra. De manera similar a la descrita actúan los comuneros con sus tierras o territorio. Históricamente estos comuneros (y sus antecesores) fueron despojados de sus tierras o territorio, y aunque la defendieron, la perdieron, habiéndola recuperado solo de forma parcial. Esta clase de conflictos denominados actualmente como **“sociambientales”** son una nueva muestra de esa forma de despojo cuando al resolver dichos conflictos se opta por la posición de la parte no-comunera, sin que se respete la concepción de los derechos de la parte comunera. (PEÑA, 2013, p. 450)

El concepto de propiedad está conexo al concepto de tierra o territorio antes aludido en las Comunidades Andinas y Amazónicas. La propiedad en estas, es un bien de uso; es otras palabras, resulta ser un bien para servirse del mismo, para usufructuar, pero no para transferir o negociar. Así lo ha entendido y definido la doctrina, las normas y jurisprudencia internacionales. A muestra de ejemplo, traemos a colación lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) la cual ha definido, como jurisprudencia internacional aplicable a nuestro país, el siguiente criterio sobre la propiedad de las comunidades indígenas u originarias:

“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 esta 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 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 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” (Sentencia de la CIDH aplicado al caso de Mayagna (Sumo) Awas Tigni versus el Estado de Nicaragua, del 31/08/2001, citado por el Tribunal Constitucional Peruano en el caso Cordillera Escalera, Exp. N° 03343-2007-PA/TC, del 19/02/2009, p. 14)

En base a la definición propuesta por el citado organismo internacional el concepto de propiedad en las comunidades Indígenas u Originarias, que corresponderían a las Comunidades Andinas y Amazónicas en nuestro país, comprende el de propiedad colectiva de la tierra que es propiamente el de territorio. En consecuencia, se trata ante todo de un concepto de propiedad comunal que contrasta con la propiedad individual que normalmente identificamos en el mundo privado y público. Pero, de otro lado, el concepto de propiedad en las comunidades supone la base de su vida y cultura: la supervivencia economía se debe a ese tipo de propiedad sobre la tierra, así como el desarrollo de sus actividades espirituales que compone el concepto de propiedad en las comunidades, tal como enfatiza la Corte. (PEÑA, 2013, pp. 451 - 452)

5. LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

La identidad cultural, entendida como: ***“aquella característica subjetiva que define a un grupo o una comunidad con sus costumbres, pasado histórico y actividades diarias”*** (PEÑA, 2013, p. 453), es lo que define la existencia de las Comunidades Andinas o Campesinas y de las Comunidades Amazónicas o Nativas. Es el derecho subjetivo que sustenta la propiedad comunal, la autonomía en sus diversos ámbitos y la existencia legal de las comunidades.

De acuerdo a lo establecido en la carta magna de 1993 y al Convenio N° 169 de la OIT, a los que suma la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas u Originarios (2007), el Estado peruano se encuentra obligado a respetar este derecho a la identidad cultural. Ello supone el respeto por parte de todas las autoridades del Estado de la diversidad de las Comunidades Andinas y Amazónicas existentes, con sus propios criterios de organización, trabajo comunal, uso y disposición de sus tierras, actividades económicas y administrativas, la propiedad colectiva y familiar, y otras particularidades. (PEÑA, 2013, p. 453),

Este respeto por parte de las autoridades del Estado peruano no solo supone que se permita que las Comunidades Andinas y Amazónicas desarrollen su identidad cultural (entendido como su universo espiritual), sino que también se le proteja y promocióne.

Un problema actual en el tema de la identidad cultural es el que corresponde a las diferencias en la definición del concepto de cultura, propiamente, en las Comunidades Andinas y Amazónicas de un lado, y en las autoridades del Estado y

la sociedad urbana occidental de otro lado. En muchos casos, la identidad cultural de las Comunidades contradice el concepto de derechos humanos o derechos fundamentales defendido en la sociedad occidental.

CAPÍTULO V
EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE
LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

1. INTRODUCCIÓN

América Latina es la región en que el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas ha tenido mayor desarrollo jurídico y político. (CEPAL, 2014, pp. 6 Y 431)³. Asimismo, América cuenta con el mayor número de Estados parte del Convenio 169 de la OIT, el cual es -a la fecha- el único instrumento internacional, de carácter convencional, que contiene obligaciones específicas en materia de participación y consulta previa. Todos los Estados de la región aprobaron el 13 de septiembre de 2007 la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas. A ello se suma que el Sistema Interamericano es, sin duda, el sistema regional de derechos humanos que ha desarrollado mayores y más específicos estándares para la protección de este derecho.

En base a lo expuesto, vemos que la implementación efectiva del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas sigue siendo una tarea incompleta en la mayor parte de los Estados de la región. Ello se verá en los siguientes apartados que veremos a continuación.

2. PREVISIÓN CONSTITUCIONAL Y RECEPCIÓN DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Desde la década de los 80's del siglo pasado casi todos los Estados que cuentan con población indígena en América han admitido a estos pueblos en sus textos constitucionales. De igual modo, han incorporado en el texto constitucional algunos de sus derechos fundamentales, tales como los derechos de participación y autonomía, así como derechos territoriales y culturales (AYLWIN, 2014). Así, América Latina registra el mayor desarrollo constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas a nivel mundial.

En lo que respecta al derecho a la consulta, algunos textos constitucionales permiten reconocer que se presentan, al menos, tres niveles distintos de reconocimiento.

a. PRIMER PELDAÑO

En un primer peldaño –el más garantista– se encuentra la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009), la cual admite de forma expresa el

derecho a la consulta, en términos similares e incluso más amplios a los determinados en instrumentos internacionales.

El texto constitucional en mención se erige como el texto fundante de un Estado Plurinacional que acepta a los pueblos indígenas como entidades históricas y políticas diferenciadas, constituyentes de la sociedad intercultural (CEPAL, 2014, p. 20). El texto constitucional boliviano, único en la región, cuenta con varias disposiciones vinculados al derecho a la consulta, entre las que destaca el artículo 30.II.15 que lo reconoce como un derecho fundamental de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (NPIOC), que debe ser llevado a cabo ***“(...) mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles”***.

Asimismo, el precitado artículo establece que: ***“(...)[e]n este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan”***. Además del artículo 30.II, se encuentran otras disposiciones en el texto constitucional relativas al derecho a la consulta previa y una gran extensión de derechos indígenas.

b. SEGUNDO PELDAÑO

En un segundo escalón se encuentran aquellos Estados cuyos textos constitucionales, si bien no recogen de manera explícita el derecho a la consulta, cuentan con otros derechos vinculantes. Sobre el particular, es en este ámbito donde se encuentran ubicados la mayoría de los países de la región, aunque resulta claro que entre ellos se presentan diferencias resaltantes en lo referido al grado del reconocimiento.

En ese orden de ideas, contamos con la carta magna colombiana de 1991, el cual cuenta con diversas disposiciones relativas a los derechos de los pueblos indígenas que guardan una estrecha relación con el derecho a la consulta previa y le sirven de fundamento. Efectivamente, la carta magna admite que Colombia es un Estado pluralista (artículo 1), reconoce y tutela la diversidad étnica y cultural (artículo 7), y precisa que los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (artículo 68).

Del mismo modo, el referido texto constitucional admite de forma expresa derechos territoriales de los pueblos indígenas, dispone que las tierras comunales de grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículos 63 y 329), disponer que los territorios indígenas son entidades territoriales que cuentan con autonomía (artículo 287) y que son gobernados de acuerdo al derecho propio de los pueblos indígenas (artículo 330). Resulta necesario advertir que la constitución en mención dispone que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin deterioro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, y que en los fallos se admiten al respecto el Gobierno habrá de favorecer la participación de los representantes de las respectivas comunidades (artículo 330). Del mismo modo, debe señalarse que el artículo transitorio 55° de dicha carta magna Constitución que admite derechos de las comunidades negras en el país, disposición que fue posteriormente desarrollada mediante la Ley 70 de 1993, que dispone de mecanismos para proteger la identidad cultural de las comunidades negras, entre ellos la participación.

En este segundo peldaño se encuentra también la Constitución Política de Perú de 1993, la cual no cuenta con una disposición expresa sobre el derecho a la consulta previa, pero esta carta magna cuenta con determinados artículos relacionados a los derechos de los pueblos indígenas que le sirven de base, aunque en términos bastante más reducidos que su par colombiana. Entre las disposiciones más resaltantes encontramos: el reconocimiento del derecho a la identidad cultural (artículos 2.19 y 89), a la propiedad comunal (artículos 88 y 89), el derecho a la autonomía (artículo 89), al ejercicio de funciones jurisdiccionales y reconocimiento de autoridades (artículo 149), y el derecho a la participación política (artículo 191).

En ese orden de ideas, también contamos en este peldaño con la constitución Brasileña de 1988, la cual en su capítulo VIII titulado **“De los Indígenas”** (Dos Índios), reconoce la organización social, costumbres, creencias, tradiciones y derechos originarios sobre las tierras ocupadas de forma tradicional por los pueblos indígenas. En ese sentido, el artículo 231, párrafo sexto, dispone que son nulos y no generan efectos jurídicos los actos que tengan por objeto la ocupación, dominio o posesión de las tierras a que se refiere ese artículo, o la exploración de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y lagos en ellas

existentes, salvo relevante interés público de la Unión Federal, según lo dispuesto en ley complementaria, sin que se produzca la nulidad o la extinción del derecho a la indemnización u acciones contra la Unión, salvo en forma de ley, con relación a mejoras derivadas de la ocupación de buena fe.

Por su parte, el artículo 216 de la carta magna de dicho país, expresa que constituye patrimonio cultural brasileiro los bienes de naturaleza material e inmaterial que se vinculan con la identidad, acción y memoria de los distintos grupos formadores de la sociedad brasileira.

De otro lado, resulta relevante indicar que los derechos territoriales de las comunidades afrobrasileras, conocidas como quilombolas, están previstos en el artículo 68 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias. A pesar de que la normativa constitucional brasileira reconoce, la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales, algunas disposiciones chocan con el Convenio 169 de la OIT. Sobre el particular, destaca el artículo 49, literal XVI, que dispone la competencia exclusiva del Congreso Nacional para ***“autorizar, en tierras indígenas, la exploración y el aprovechamiento de recursos hídricos y la búsqueda y explotación de riquezas minerales”***. En ese sentido, la disposición se complementa con el tercer párrafo del artículo 231 de la carta magna brasileña, el cual dispone que el aprovechamiento de los recursos hídricos solo puede ser realizado previa autorización del Congreso Nacional, habiéndose escuchado las comunidades afectadas y asegurándoseles la participación en los resultados de la exploración, conforme a la ley.

Por su parte, la Constitución Guatemalteca de 1985 no cuenta con disposiciones referidos a la consulta previa, aunque recoge ciertos derechos vinculantes.

Entre las normas aplicables a los pueblos indígenas, la Constitución en mención admite el derecho a la identidad cultural de las personas y las comunidades (artículo 58). Asimismo, dispone salvaguardas para el patrimonio cultural de la Nación (artículo 60), protege el arte, folklore y artesanías tradicionales (artículo 62), entre otras. Además, la carta magna de dicho país contiene una sección referida a la ***“comunidades indígenas”*** en la que se dispone, entre otras, la obligación de protección de los grupos étnicos (artículo 66), la protección de las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas (artículo 67), y el otorgamiento de tierras para el desarrollo de las comunidades (artículo 68).

c. TERCER PELDAÑO

En un último escalón, se encuentran aquellas pocas Constituciones que carecen de normas que reconocen derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, la carta magna chilena de 1980 es la única en la región que no cuenta con artículos que admiten derechos indígenas ni el derecho a la consulta previa.

Como es de verse, si bien es excepcional encontrar el derecho a la consulta en las Constituciones nacionales, se encuentran admitidos en la gran mayoría de los Estados otros derechos vinculantes que aportan a su protección.

Ahora bien, la recepción del derecho internacional en el derecho interno de los Estados es otro elemento clave para la protección de los derechos humanos. Ello es particularmente importante en el caso del derecho a la consulta y consentimiento, dado el amplio desarrollo que ha recibido en el ámbito internacional, y el papel receptivo que han cumplido los ordenamientos internos y, en particular, los operadores de justicia, en la mayoría de países.

Además de tales instrumentos internacionales, es indudable el aporte al desarrollo del derecho a la consulta y consentimiento previo dado desde los pronunciamientos de distintos órganos internacionales de derechos humanos. En el ámbito del Sistema Interamericano, a partir de las obligaciones contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado estándares específicos en la materia. (CEPAL, 2014, p. 25)

Desde hace varias décadas, la CIDH se ha referido al derecho a la consulta a través de distintos mecanismos como informes de país, informes anuales, el sistema de peticiones y casos, y el mecanismo de medidas cautelares. La Corte Interamericana, por su parte, ha emitido dos sentencias fundamentales: Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname, y Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, en las que ha brindado pautas sólidas sobre las obligaciones internacionales relativas a este derecho. Del mismo modo, en el marco del sistema universal, los órganos de control de la aplicación de los tratados han emitido decisiones dotando de contenido específicos a sus instrumentos respectivos, a lo que se suman los pronunciamientos de los

procedimientos especiales y otros mecanismos de Naciones Unidas cuyo mandato se relaciona con los pueblos indígenas, como son el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas UNPFII, por sus siglas en inglés. (CEPAL, 2014, p. 25)

A pesar de la existencia de sólidos estándares internacionales, es claro que su cumplimiento efectivo se encuentra fuertemente vinculado a la actuación estatal.

Además, desde una perspectiva práctica resulta frecuente encontrar funcionarios públicos, particulares y operadores de justicia que consideran que el derecho a la consulta se reduce a lo establecido en la legislación interna, aunque contenga aspectos que se apartan del estándar internacional, o simplemente que no es exigible, por no contar con una ley específica que lo disponga.

Es por ello que tiene particular relevancia abordar el nexo existente entre el derecho internacional y el derecho interno, algunos de cuyos aspectos en los apartados subsiguientes.

3. JERARQUÍA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS, COMO TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

En la actualidad hay países que otorgan rango constitucional a los tratados de derechos humanos en sus ordenamientos nacionales. En otras palabras, son inaplicables las normas de derecho interno que contradigan disposiciones de tratados de los que el Estado concernido sea parte. En ciertos casos es la misma carta magna la que dispone el rango constitucional de esos tratados, mientras en otros ello ha sido afirmado por las más altas instancias de la jurisdicción constitucional. Entre aquellas que disponen expresamente el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, se encuentran las Constituciones de Bolivia y Colombia.

Por su parte, la Constitución peruana, si bien no lo dispone expresamente, el Tribunal Constitucional ha afirmado el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos (STC N°03343-2007-PA/TC, Párr. 3) y, en particular, ha reconocido el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT (STC N° 03343-2007-PA/TC, Fj. 31). Las disposiciones constitucionales relevantes al respecto se encuentran en el artículo 55 que establece que los tratados ***“forman parte del***

derecho nacional” y en el artículo 3 que dispone que los derechos enumerados en la Constitución no excluyen **“otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”**. Además, es relevante precisar que de acuerdo a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales son interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, tratados y acuerdos en materia de derechos humanos de los cuales nuestro país es parte.

Por su parte la carta magna de la república de Chile manifiesta en el segundo párrafo de su artículo 5 que el límite al ejercicio de la soberanía se encuentra en los derechos esenciales de la naturaleza humana. Señala, además, que los órganos del Estado deben respetar y promover estos derechos que tienen fuente en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes para Chile. La Corte Suprema y el Tribunal Constitucional mantienen posiciones diversas en lo referido a la implicancia de esta disposición para el ordenamiento interno, por lo que es imposible, sostener no es posible afirmar de modo general que los tratados de derechos humanos ostentan rango constitucional en Chile. Efectivamente, a partir del referido artículo 5, la Corte Suprema sostiene que los derechos fundamentales admitidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte de la Carta Magna. Además, se ha afirmado que los derechos humanos tutelados en tratados ostentan rango constitucional, y, en algunos fallos, les ha reconocido el rango jerárquico superior a la propia Constitución. El Tribunal Constitucional de Chile, por su parte, ha expresado que la lectura de las normas constitucionales vinculadas a los tratados internacionales **“es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”**. La posición adoptada por el Tribunal Constitucional chileno se basa en que la jerarquía normativa de los tratados es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquiera otra norma jurídica.

En el caso de Brasil, el párrafo segundo del artículo 5° de su carta magna señala que los derechos y garantías allí previstos, no excluyen otros derivados de tratados internacionales de los cuales la República Federativa de Brasil sea parte. A partir de la Enmienda Constitucional N° 45 del 2004, se integraron al referido artículo un tercer párrafo que indica que: **“los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada cámara del Congreso**

Nacional, en dos sesiones, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las emendas constitucionales”.

De acuerdo a la interpretación del Supremo Tribunal Federal de dicho país, los tratados de derechos humanos ratificados son jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias pero inferiores a la Constitución Federal. Solamente aquellos tratados de derechos humanos que sean ratificados por el Congreso de la República bajo un quórum cualificado de tres quintos de los votos tanto en el Senado como en la Cámara de los Diputados tendrán rango jerárquico constitucional.

4. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La mayoría de los tribunales constitucionales de América Latina se han adherido a la doctrina del bloque de constitucionalidad y han sostenido que los instrumentos internacionales referidos al derecho a la consulta previa forman parte del mismo. Cabe notar que la referencia al bloque de constitucionalidad resulta aplicable a los derechos de los pueblos indígenas en general. Dicha doctrina, es comprendida en términos generales como el conjunto de normas que junto con la Constitución componen el parámetro de evaluación de la validez sustantiva de las leyes.

En ese orden de ideas, tenemos que el artículo 410° de la carta magna boliviana, el cual admite el ***“bloque de constitucionalidad”***, el cual está integrado por los ***“Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”***. Sobre dicha disposición, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha admitido que el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas forman parte del ***“bloque de constitucionalidad”***.

Por otro lado, la Corte Suprema Chilena se ha adherido de forma explícito a la referida doctrina en casos sobre derechos de pueblos indígenas. Particularmente, se ha sostenido que ello permite integrar al texto constitucional no solo las normas convencionales de derechos humanos, sino además los principios imperativos de derecho internacional y los derechos implícitos en los instrumentos internacionales, como es el derecho de consulta indígena concebido de esta forma en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 21) y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 27). Por su parte, aunque el Tribunal Constitucional de Chile no se ha referido de forma expresa al ***“bloque de constitucionalidad”***, ni ha indicado que los derechos humanos consagrados en tratados ostentan rango constitucional,

en su jurisprudencia ha empleado los tratados de derechos humanos como criterios de constitucionalidad de leyes ordinarias.

Del mismo modo, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario forman parte del **“bloque de constitucionalidad”**. Es decir, este bloque está integrado **“(…) por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (…)”** (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995, párr. 12).

Así, en lo que se refiere al Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional colombiana ha afirmado que hace parte del bloque de constitucionalidad y ha sostenido que sus disposiciones son aplicables directamente en el ordenamiento interno y con fuerza constitucional.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional de nuestro país ha sostenido, respecto del Convenio 169 de la OIT, que 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” (EXP. N° 03343-2007-PA/TC. Párr. 31).

Añade que forma parte del sistema constitucional nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, se convierte en parámetro normativo y de interpretación para el control de los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos (STC N° 06316-2008-PA/TC, Párr. 19).

Por último, los altos tribunales de ciertos países han optado por utilizar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para dar contenido al texto constitucional.

5. PRONUNCIAMIENTOS DE ÓRGANOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La relevancia de las normas del Convenio 169 se determina por la interpretación que de ellas hacen los mecanismos de control de la OIT, en especial, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (CANC). Además, y en función del principio de interconexión de los derechos humanos, establecidos en el Convenio 169 (artículo 35) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 29), resulta determinante la jurisprudencia de los tribunales internacionales a los que los

Estados han admitido competencia, tales como la Corte IDH. Así, los tribunales de justicia deben aplicar las normas de derecho internacional de los derechos humanos respetando los fallos emitidos por las instancias internacionales.

Así lo han hecho con frecuencia los altos tribunales de los países como Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. En ese orden de ideas, se encuentran decisiones en el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, el cual ha interpretado las disposiciones referidos a derechos indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En tanto que los tribunales superiores de justicia de Chile utilizan los instrumentos internacionales de derechos humanos de acuerdo a la interpretación que de los mismos hacen los órganos de tratados.

Mientras que, la Corte Constitucional de Colombia ha recogido también la jurisprudencia de la Corte IDH.

Por último, en Perú, el Tribunal Constitucional ha expresado que la interpretación de los derechos fundamentales debe ser conforme con las disposiciones realizadas por la CIDH. Lo señalado anteriormente, se ve sustentado con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que reconoce el deber de realizar una interpretación acorde a las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos. El máximo intérprete de la norma en nuestro país ha sostenido reiteradamente el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de los pronunciamientos de la OIT.

De acuerdo a reiterada jurisprudencia del sistema interamericano, el derecho a la propiedad, establecido en el artículo 21 de la Convención Americana, ***“protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así***

como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprendan de ellos” (CIDH, 2004). Del mismo modo, los órganos del sistema interamericano han admitido las versiones específicas de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, en el sentido de que la pertenencia de la tierra no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Por lo expuesto, la CIDH ha dispuesto salvaguardias especiales de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

- 1) La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- 2) La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;
- 3) El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de los pueblos indígenas;
- 4) Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe;
- 5) Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad (CIDH, 2010).

De igual modo, la CIDH ha expresado que si bien admite estas salvaguardias especiales, **“dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones”** (CIDH, 2007), de tal forma que no pueden interpretarse como una restricción general de dar autorizaciones para efectuar actividades económicas en los territorios de los pueblos indígenas. Ante lo expuesto, la CIDH sostiene que, además de los requisitos comúnmente aplicados en la restricción de la propiedad individual (legalidad, necesidad y proporcionalidad), las restricciones nacidas de la concesión de actividades económicas que perjudiquen a los pueblos indígenas, no deberán poner en peligro la integridad cultural de la comunidad indígena y, en última instancia, su subsistencia física y cultural como pueblo (CIDH, 2007).

Con tal fin, los Estados deben llevar a cabo procesos de consulta libre e informada, de buena fe, antes de aprobar cualquier actividad económica que pueda perjudicar a los territorios de los pueblos indígenas y tribales. En ese orden de ideas, la

jurisprudencia del Sistema Interamericano considera que la consulta debe realizarse **“de conformidad con las costumbres y tradiciones”** de los pueblos indígenas (CIDH, 2007). Asimismo, de acuerdo a lo establecido la CIDH, los Estados deben garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y tribales se favorezcan de estas actividades (CIDH, 2007) y que no se conceda ninguna concesión hasta que una entidad independiente y técnicamente capaz que actúa bajo supervisión del Estado haya efectuado una evaluación previa del impacto social y ambiental del proyecto (CIDH, 2007). Adicionalmente a lo ya acotado, la CIDH sostiene que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado esta en la obligación, no sólo **“de consultar al pueblo indígena, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones”** (CIDH, 2007).

6. MARCO LEGAL

Resulta evidente que los procesos de implementación normativa emprendidos en los países de la región son sumamente distintos. No obstante, podemos identificar algunas premisas, aplicables a las diferentes realidades. En ese orden de ideas, la **primera premisa** es que la ausencia de legislación o las incongruencias en las normas vigentes, de ningún modo libran al Estado del cumplimiento de una obligación internacional. La afirmación precisada líneas arriba, esta basada en los principios de pacta sunt servanda y de la primacía del derecho internacional; los cuales están establecidos respectivamente en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Si bien desde una óptica jurídica hay claridad en torno a la naturaleza auto- aplicable de la consulta, en la práctica uno de los argumentos por el que autoridades y funcionarios estatales evaden dicha obligación es la falta de un cuerpo legal específico. Sobre lo expresado, la experiencia comparada nos muestra que los altos tribunales internos pueden jugar un papel importante ante la ausencia legislativa.

Una **segunda premisa**, es la necesidad de integrar al ordenamiento jurídico interno los estándares internacionales preexistentes y, en particular, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas y los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos sobre la materia. Destacamos este punto toda vez que resulta evidente una tendencia a restringir el contenido del derecho a la consulta en las normas internas, apartándose de los estándares internacionales. En los diversos procesos legislativos existen fuertes críticas

relacionados, de un lado, a aspectos sustantivos de normas más restrictivas que los estándares internacionales y, de otro, al proceso de elaboración y/o aprobación de dichas normas.

El análisis de las diversas experiencias proyecta la imposibilidad de elaborar una fórmula única o incluso más correcta, aplicable a las diferentes realidades de los países de la región. Actualmente, la dificultad que reside en gran medida en cómo llevar los estándares existentes a un plano práctico. Particularmente, resultan de suma importancia las experiencias comparadas, pero no debe caerse en el error de adoptar sin más un modelo ajeno a la realidad nacional. Sobre lo expuesto, cabe enfatizar que una ley específica que implemente el derecho a la consulta es un paso positivo. De hecho, está cobrando fuerza en las organizaciones indígenas y de la sociedad civil de algunos países -como Colombia, Bolivia y Brasil- la inconveniencia de contar con una ley general. La posición en mención tiene como fundamento la percepción de que se han reducido estándares con la adopción de leyes similares en países vecinos, así como en la desconfianza de que las medidas legislativas consensuadas con el Ejecutivo se mantengan en condiciones similares luego de su paso por el Legislativo. En cambio, se propone la realización de procesos de consulta con base en la jurisprudencia de las altas cortes y los instrumentos internacionales aplicables, y, en caso de ser necesario, la adopción de protocolos específicos para los distintos pueblos indígenas.

Pese a posiciones heterogéneas de organizaciones indígenas, afrodescendientes y de la sociedad civil en los países que ha sido considerados en la presente investigación, existe un consenso en que la forma de integración debe ser definido en consulta con los pueblos indígenas. Lo expuesto en las líneas precedentes, Ello es precisamente la siguiente premisa elemental: debe tenerse presente la obligación de consultar la implementación del derecho a la consulta con los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas, incluso si será a través de una ley general. En ninguna de las experiencias de los países aquí examinados está ausente un cuestionamiento de esta naturaleza, ya sea por la ausencia total de procesos de consulta en la aprobación de leyes sobre la materia, o bien por cuestionamientos a la legitimidad del ente decisorio, asimetrías de representación en el proceso, entre otros.

Finalmente, debe considerarse que la adecuación de los ordenamientos internos a las obligaciones internacionales no solo involucra el deber positivo de reconocer y

admitir normas, sino también de suprimir las disposiciones incompatibles y abstenerse de adoptar normas contrarias. Estos dos últimos supuestos son una asignatura pendiente en la región. Por ello, resulta posible encontrar en los ordenamientos jurídicos de los países diversas normas que permanecen vigentes a pesar de su abierta incompatibilidad con aspectos elementales del derecho a la consulta.

En ese sentido, se observa que en los países latinoamericanos se pueden diferenciar tres escenarios distintos en la implementación legal del derecho a la consulta y consentimiento: ***(i) los que cuentan con un cuerpo jurídico específico, (ii) los que están en un proceso de aprobación de una ley específica y (iii) los que no cuentan al momento con una ley específica y han hecho intentos fallidos por adoptarla.***

Sin embargo, las razones por las que no ha sido reconocida una ley específica y el nivel de implementación de este derecho son muy distintas en cada país, como se verá en los apartados subsiguientes.

6.1. BOLIVIA

El Convenio 169 de la OIT fue incorporado a la normatividad boliviana en virtud de la Ley 1257 de 1991. Este país cuenta además con la Ley N° 3760 de 2007 que ***“[e] leva a rango de Ley de la República los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos Indígenas”***. Igualmente, existen en el ordenamiento interno de dicho país otras normas específicas vinculadas al derecho a la consulta, principalmente en los ámbitos hidrocarburífero y electoral. Sin embargo, no se cuenta hasta el momento con una ley general de consulta previa.

En ese orden de ideas, resulta menester indicar que Bolivia cuenta con los siguientes dispositivos legales: Ley de Hidrocarburos (Ley N° 3058 de 2005), el Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas (Decreto Supremo N° 29033 de 2007) y el Reglamento de monitoreo socio-ambiental en actividades hidrocarburíferas dentro del territorio de los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas (Decreto Supremo N° 29103 de 2007).

Como se aprecia esta legislación establece una regulación detallada sobre el derecho a la consulta en ese sector y resulta sumamente progresista. Cabe advertir que estas normas son anteriores a la Constitución Política del Estado Plurinacional por lo que tendría que ajustarlas principalmente en lo que se refiere a las autonomías indígenas.

Igualmente, la Ley del Régimen Electoral (Ley N° 26 de 2010) dispone que la democracia intercultural boliviana se basa en la articulación transformadora de la democracia directa y participativa por medio de la consulta previa, entre otros medios (artículo 2). En ese sentido, el Capítulo IV titulado **“Proceso de Consulta Previa”** cuentan con tres artículos, relativos al alcance de la consulta, como mecanismo constitucional aplicable con anterioridad a la toma de decisiones respecto a la realización de proyectos, obras o actividades relativas a la explotación de recursos naturales (artículo 39), al rol de observador y acompañamiento del Órgano Electoral Plurinacional, a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE), en los procesos de consulta (artículo 40), y al deber del SIFDE de elaborar un informe sobre los resultados de la consulta (artículo 41). La novena disposición transitoria de la Ley establece que el Ejecutivo, en coordinación con los pueblos indígenas, deberá reglamentar el proceso de consulta previa.

Por ello, para poner en práctica este derecho, en el año 2012, el Ministerio de Gobierno y la Comisión Nacional para la elaboración de la Ley Marco de Consulta elaboraron una propuesta de Anteproyecto de Ley Marco del Derecho a la Consulta. En el 2013, el Estado realizó una serie de encuentros con las organizaciones y pueblos indígenas para consensuar el anteproyecto de ley. Es posible advertir posiciones contrapuestas sobre la legitimidad de este proceso. Según algunos actores fue un proceso caracterizado por la amplia participación de sectores sociales y del Estado; mientras que para otros, no fue lo suficientemente participativo, al no estar presentes las organizaciones indígenas representativas. Algunos de los cuestionamientos se refieren a la participación en la Comisión Nacional de actores distintos a los pueblos indígenas organizados, como las cooperativas mineras, con lo cual se merman las posibilidades de incidencia de las organizaciones indígenas y se les condiciona a generar acuerdos con actores no relevantes sobre legislación que será aplicada en sus territorios. El anteproyecto cuenta con una versión final que fue presentada por el gobierno a la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Paralelamente, los pueblos organizados han elaborado sus propios proyectos de ley marco de consulta. Así tenemos recientemente el pueblo Guaraní del Chaco boliviano viene trabajando una propuesta para ley marco de consulta basada en la experiencia en procesos de consulta en materia de hidrocarburos, y una propuesta de reforma de la Ley de Hidrocarburos. Estas propuestas no se reflejan del todo en el Anteproyecto existente ante el Legislativo.

Al mismo tiempo, está ganando terreno entre las organizaciones indígenas y de la sociedad civil boliviana la posición de aplicar directamente el Convenio 169, al amparo de derechos reconocidos en la Constitución, como la autodeterminación y gobierno de los pueblos indígenas. Ello, en vista de proteger al máximo lo avanzado hasta el momento, puesto que a juzgar por el Anteproyecto de Ley se estaría advirtiendo un retroceso en los estándares vigentes. Otra de las evidencias de esta tendencia descansa en la promulgación, en mayo de 2014, de una nueva Ley de Minería y Metalurgia, que no habría sido objeto de un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas. Dicha Ley introduce artículos sobre el derecho a la consulta, los primeros existentes en el sector minero, y contiene aspectos de suma preocupación que retroceden en lo avanzado en la Constitución. Por ejemplo, no se establece que la consulta sea previa, se excluye la exploración minera del ámbito de la consulta, se centraliza la limitación en términos de derechos territoriales a la afectación directa, no se reconoce el territorio ancestral, no hay elementos que permitan a las comunidades acceder a información sobre procesos que se desarrollan en sus territorios, se da una limitación en términos de institucionalidad pues el Ministerio de Minería y Metalurgia sería juez y parte en tanto dirige y a la vez toma la decisión en cuanto a la procedencia o no del proyecto, se instrumentaliza la consulta como una entrega de información, entre otros. A ello se suman otras dos leyes inconsultas y que afectan directamente a los pueblos indígenas, como la Ley de la Madre Tierra y la Ley de Pueblos en Situación de Aislamiento.

En suma, en Bolivia hay una percepción creciente en cuanto a la consolidación de una estructura jurídica con mecanismos de consulta débiles para promover la inversión y permitir el desarrollo de actividades extractivas, sin tomar en cuenta salvaguardias ambientales y obligaciones internacionales vinculadas a los pueblos indígenas. Este aparente retroceso se explica parcialmente porque

gran parte del soporte del régimen de la consulta fue pensado antes de la nueva Constitución, como instrumento para negociar con grandes empresas. Con la nacionalización de las empresas, los titulares principales pasaron a ser entidades estatales, por lo que la consulta ya no ocupa un lugar central en la agenda del gobierno, en tanto puede resultar contraria a su política de expansión extractiva.

6.2. BRASIL

El Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Brasil por medio del Decreto Legislativo Nº 143 de 20 de junio de 2002, el cual fue promulgado mediante el Decreto Nº 5.051 de 19 de abril de 2004.

En Brasil no existe una legislación federal que reglamente la consulta, se destacan algunos decretos que establecen obligaciones conexas con las previstas en el Convenio 169. Así, por ejemplo tenemos el Decreto 4.887 de 20 de noviembre de 2003, el cual reglamenta los derechos territoriales quilombolas, define los remanentes de tales comunidades como grupos étnico-raciales, en base al criterio de autoidentificación, dotados de relaciones territoriales específicas, con presunción de ancestralidad negra (art. 2º). En tanto el artículo sexto de dicho decreto asegura a las comunidades quilombolas la participación en todas las etapas del procedimiento administrativo de identificación, reconocimiento, delimitación, demarcación y titulación de las tierras reclamadas. Es importante subrayar que la Coordinación Nacional de Articulación de las Comunidades Negras Quilombolas (CONAQ) participó directamente en la formulación del Decreto 4.887.

De otro lado, también cuenta con el Decreto 6.040 de 7 de febrero de 2007, que dispone sobre la Política Nacional de Desarrollo Sostenible de los Pueblos y Comunidades Tradicionales (PNDSPCT), reconoce el criterio de autoidentificación para la definición de territorios tradicionales (art. 3º, I y II), promoviendo asimismo la “efectiva participación de los Pueblos y Comunidades Tradicionales en los procesos decisorios relacionados con sus derechos e intereses” (art. 1º, X) como un principio rector para la Administración Pública. La PNDSPCT es el resultado de los trabajos de la Comisión Nacional de Desarrollo Sostenible de los Pueblos y Comunidades Tradicionales (CNPCT), la cual se compone, desde su creación en el 2004, de quince representantes de entidades vinculadas a la Administración Pública Federal y quince

representantes de organizaciones no gubernamentales y organizaciones de pueblos tradicionales.

En tanto que, el Decreto 7.747 de 5 de junio de 2012 dispone sobre la Política Nacional de Gestión Territorial y Ambiental de Tierras Indígenas (PNGATI). En ese mismo año fue creado un Grupo de Trabajo Interministerial (GTI) con el fin de conducir el diseño de la PNGATI, proceso que culminó con cinco consultas regionales a organizaciones representativas de los pueblos indígenas. En dichas consultas participaron aproximadamente 1.250 indígenas, representantes de 186 pueblos, resultando en la adopción de una política pública que contempla **“la garantía a la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT”** (artículo tercero, literal XI). El artículo cuarto, eje II del citado Decreto, establece asimismo un enfoque específico sobre gobernanza y participación indígena y la realización de consultas durante los procesos de licenciamiento ambiental de actividades y emprendimientos que afecten directamente tierras indígenas. Finalmente, el literal a del eje III prevé la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas en la creación de unidades de conservación en áreas que les afecten.

En adición a la normativa federal, algunos estados brasileros han buscado regular ciertos aspectos de la consulta previa. A modo de ejemplo, el Decreto Nº 261 de 22 de noviembre de 2011, complementado por la Instrucción Normativa IDESP nº 001, de 6 de agosto de 2013, ambos del Estado de Pará, establece la competencia del Instituto de Desarrollo Económico, Social y Ambiental de Pará para realizar el proceso de consulta del **“Plan de Utilización y de Desarrollo Socioeconómico, Ambiental y Sostenible”** (IDESP-PARÁ, 2013).

Es importante subrayar que entre los países examinados en el presente informe, Brasil es el país que presenta el menor avance en la regulación de la consulta previa.

Fue solamente a partir de enero de 2012, tras una reclamación de la Central Única de Trabajadores (CUT) al Comité Tripartito de la OIT (SECRET-GRAL DA PRES. BRASIL, 2013), que tal regulación pasó a ocupar un espacio más pronunciado en la agenda del gobierno federal.

A raíz de las dificultades para la regulación centralizada de la consulta previa en Brasil, varias comunidades y pueblos indígenas han empezado a elaborar sus propios protocolos de consulta. La primera de esas iniciativas fue concluida el 25 de julio de 2014 por el pueblo Wajãpi, ubicado en el Estado de Amapá, al norte del país. En agosto del mismo año, líderes wajãpis entregaron copia del “Protocolo de Consulta y Consentimiento Wajãpi” a la Secretaria Nacional de Articulación Social de la Presidencia de la República, a la Fundación Nacional Indígena - FUNAI (Fundação Nacional do Índio) y al Ministerio Público Federal. Tal como se verá más adelante en la segunda parte, punto 2, el pueblo indígena Munduruku ya ha concluido su protocolo de consulta y se espera que a lo largo de 2015 otras comunidades y pueblos presenten igualmente sus protocolos al gobierno federal.

6.3. CHILE

El Estado chileno ratificó el Convenio 169 de la OIT en el 2008, tras un retraso de quince años desde que dicho instrumento fue ingresado al Congreso Nacional para su ratificación. El Convenio 169 entró en vigencia para Chile en septiembre de 2009 y desde entonces se han dictado dos decretos supremos de alcance general que reglamentan la consulta.

El primero de ellos, Decreto N° 124 del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN, hoy Ministerio de Desarrollo Social), fue publicado el 25 de septiembre de 2009, a pocos días de la entrada en vigencia del Convenio 169. Con esta norma, el Estado pretendió dar cumplimiento transitorio a las obligaciones de participación y consulta establecidas en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT.

Su objeto fue la reglamentación del artículo 34 de la Ley de Desarrollo Indígena (Ley 19253 de 1993), cuyo artículo 34 establece, sin referirse al derecho a la consulta, que la administración pública y las organizaciones de carácter territorial, cuando provean servicios que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce la referida Ley. La transitoriedad del Decreto N° 124 se justificó en que era necesario determinar un procedimiento de consulta sobre las obligaciones previstas en el Convenio 169 de la OIT, tal como lo exige el estándar internacional. No obstante, su redacción y contenido no reflejaban su provisionalidad y el Decreto estuvo vigente por casi tres años,

siendo aplicado en varias ocasiones. Este reglamento adolecía de falencias que, lejos de facilitar la implementación del Convenio 169, la han obstaculizado. A ello se suma la falta de participación indígena en su elaboración, lo que provocó el rechazo de las organizaciones indígenas y la crítica de expertos internacionales y de la sociedad civil.

En este escenario, el gobierno chileno elaboró una nueva normativa para reglamentar el Convenio 169 e inició un proceso de consulta en el 2011, el cual fue cuestionado de forma prácticamente unánime por las organizaciones indígenas, quienes sostuvieron que el gobierno omitió sus observaciones.

Una vez terminado ese proceso, se derogaría el Decreto N° 124 de MIDEPLAN, y se retomaría la consulta sobre los demás temas pendientes. A pesar de este compromiso, el Servicio de Evaluación Ambiental reanudó el proceso referido a la consulta indígena en el marco del Reglamento del SEIA. Pese a los cuestionamientos de las organizaciones indígenas, el 28 de mayo de 2012, por medio del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, se aprobó un borrador de nuevo Reglamento del SEIA, publicado el 12 de agosto de 2013 como Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente.

Por otra parte, en agosto de 2012 el Ejecutivo presentó al Consejo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) una Propuesta de Nueva Normativa de Consulta para que fuese distribuida a los pueblos indígenas, destinada a regular el procedimiento de consulta indígena y derogar el citado Decreto Supremo N° 124 de 2009. El 15 de noviembre de 2013, mediante Decreto Supremo N° 66, el Ministerio de Desarrollo Social aprobó el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 Letra A) y N° 2) del Convenio N° 169 de la OIT y deroga la normativa que indica, que fue publicado el 4 de marzo de 2014.

Este Reglamento ha sido igualmente cuestionado por las organizaciones indígenas y la sociedad civil, no solo por las razones vinculadas al proceso que resultó en su aprobación (CENTRO DE POLÍTICAS PUBLICAS, 2013), sino también por cuestiones de fondo. La principal se refiere a que se agregan requisitos no establecidos en el Convenio 169 de la OIT para la procedencia de la consulta y se recorta su alcance. El Estado se ha comprometido a modificar algunos aspectos del Reglamento aprobado. No obstante, bajo este nuevo

marco legal se está impulsando un proceso de consulta del Anteproyecto de Ley que Crea un Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas y el Anteproyecto que Crea el Ministerio de Pueblos Indígenas (Ministerio de Desarrollo Social, 2014).

6.4. COLOMBIA

En Colombia, la implementación del derecho a la consulta se ha dado a través de distintos cuerpos legales y mediante instrumentos jurídicos de rango infra legal, sin que exista en el momento una ley general. Desde 1993 se incluyeron ciertas disposiciones en el ordenamiento, como el artículo 76 de la Ley N° 99 de 1993, Ley General Ambiental, que establece que la explotación de recursos naturales deberá hacerse previa consulta con los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes. De otro lado, la Ley 70 de 1993 reconoce a las comunidades negras como grupo étnico y prevé (...) como un mecanismo de protección de la identidad cultural, [que] las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley.

Igualmente, el Decreto N° 1397 de 1996 por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones, dispone que una de las funciones de la Mesa Permanente de Concertación será convenir el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario. Además, precisa que en los procesos de consulta y concertación de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a comunidades o pueblos indígenas podrán participar los indígenas integrantes de la mesa permanente de concertación o sus delegados.

Asimismo, en 1998 fue adoptado el Decreto N° 1320 por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Sin embargo, la OIT, a través de su Consejo de Administración y la CEACR, ha señalado que este Decreto:

“(...) no es compatible con el Convenio 169 de la OIT, ni en lo que respecta a su elaboración, por cuanto no fue elaborado en consulta

y con la participación de los pueblos indígenas, ni respecto de su contenido; por lo que ha pedido su modificación para ponerlo de conformidad con el Convenio 169 de la OIT” (CEACR, 2010, pp. 877 – 881).

En esa misma línea, la Corte Constitucional de Colombia ha advertido, en numerosos pronunciamientos sobre acciones de tutela, su incompatibilidad con el Convenio 169 y la Constitución Política.

Posteriormente, el Gobierno expidió la Directiva Presidencial N° 001 de 2010, la cual estableció qué acciones requieren consulta, cuáles no y los mecanismos para realizarla, y el Decreto 2893 del 2011, que creó la Dirección de Consulta Previa en el Ministerio del Interior, encargada de dirigir los procesos de consulta que se requieren de conformidad con la ley (artículo 16). La Directiva fue criticada por las organizaciones indígenas y la sociedad civil colombianas (DPLF & OXAM, 2011, pp. 52 - 53), así como por organismos internacionales (Comité de Derechos Económicos, Social y Culturales, 2010).

Recientemente fueron adoptados dos instrumentos relevantes: el Decreto 2613-2013 y la Directiva Presidencial 10-2013. De acuerdo a la Dirección de Consulta del Ministerio del Interior, ambos instrumentos tuvieron como presupuesto central la articulación de la institucionalidad pública en torno a la Dirección de Consulta Previa. No obstante, han sido igualmente criticados por su adopción inconsulta, al considerar que si bien se refieren a la coordinación de instituciones, están reglamentando implícitamente la consulta. Entre las críticas a los referidos instrumentos, se advierte que proyectan una forma de reglamentar sin consultar por medio de circulares, resoluciones, directivas y otras vías de regulación de alcance nacional. En esa línea, Colombia cuenta con una serie de actos administrativos que regulan el derecho a la consulta con diferentes alcances, pero cuya legitimidad ha sido puesta en tela de juicio por haber sido adoptados de manera unilateral por entidades del gobierno.

Al día de hoy, existe un proyecto de Ley Estatutaria elaborado por el Ministerio del Interior que busca regular el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones. Sin embargo, a marzo de 2015, el mismo no había sido sometido a consulta.

7. MARCO JURISPRUDENCIAL Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CONSULTA Y DEL CONSENTIMIENTO

El desarrollo legislativo-reglamentario y el desarrollo jurisprudencial se presentan como procesos paralelos, no aislados. El litigio constitucional ha sido y sigue siendo clave para destrabar procesos políticos, principalmente en momentos en que la discusión y el desarrollo normativo se paralizan o encuentran resistencias de parte de algunos actores. De igual manera, los procesos políticos juegan un rol importante cuando las altas cortes presentan atisbos de retroceso, en cuyo caso la discusión en torno al derecho a la consulta es llevada al espacio político.

7.1. BOLIVIA

El extinto Tribunal Constitucional de Bolivia (TCB) realizó un análisis del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y concluyó que:

“(...) lo que la norma analizada impone es una obligación al Estado para consultar la existencia de afectación a los intereses de pueblos indígenas y tribales, atendiendo las particulares circunstancias sociológicas de éstos; y no que dicha consulta sea con carácter determinativo o definitivo para conseguir la aquiescencia de dichos pueblos, sin la cual no sea posible explotar los recursos del subsuelo que son propiedad del Estado” (TCB Sent. N° 0045/2006, Punto II.5.2).

En otras palabras, el Tribunal consideró que ***“(...) la norma analizada impone el deber de consultar cuál es el daño que pueden sufrir sus intereses, para que sea debida y equitativamente indemnizado”*** (TCB Sent. N° 0045/2006, Punto II.5.2). Esta interpretación restrictiva del derecho a la consulta se vio reflejada en decisiones posteriores, siendo un ejemplo paradigmático la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad contra la Ley Hidrocarburífera, en la cual el TCB señaló que considerar como objetivo el lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios era una disposición inconstitucional.

Esta posición es del todo distinta a la planteada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCPB) más recientemente, el cual reconoce la existencia de supuestos en los que el consentimiento es obligatorio en todo proceso de consulta, a la luz del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la

jurisprudencia de la Corte IDH, entre otras fuentes. En particular, el TCPB ha indicado lo siguiente:

La consulta referida debe ser desarrollada con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado. Ahora bien, cabe aclarar que este consentimiento se constituye en una finalidad de la consulta, pero no un derecho en sí mismo, salvo en las dos situaciones previstas tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas:

1. Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación (arts. 16.2 del Convenio 169 y 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas); y,
2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29 de la Declaración).

A los dos supuestos anotados, debe añadirse un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, en el que reconoció el derecho al consentimiento cuando:

“(...) 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”
(...) (Tribunal Constitucional Plurinacional, Set. N° 2003/2010-R, Punto II. 5).

De modo general, el TCPB ha definido la consulta como ***“un deber del Estado, tanto en el nivel central, como en las entidades territoriales autónomas, que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas”*** (Tribunal Constitucional Plurinacional, Sent. N° 0300/2012. Punto II.4). Al mismo tiempo, ha reconocido que se trata de un derecho fundamental de carácter colectivo inherente a los pueblos y naciones indígenas que está directamente vinculado con el derecho de los miembros de estos pueblos a la tierra, el territorio y los recursos naturales no renovables, sin que se pueda perder de contexto que también están involucrados los derechos

a la integridad física y a la vida de los miembros de los pueblos indígenas (Tribunal Constitucional Plurinacional, Sent. N° 0300/2012. Punto III.5.2).

El TCPB ha hecho suyas las garantías y características del derecho a la consulta siguiendo los estándares internacionales y los pronunciamientos de otros tribunales constitucionales, como la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional peruano. No obstante, el TCPB también ha hecho un trabajo interpretativo propio y ha identificado elementos constitutivos comprensivos del derecho a la consulta.

7.2. BRASIL

Las cortes superiores de Brasil no poseen un número significativo de decisiones fijando el contenido de la obligación de realizar consulta previa. En el ámbito de la jurisdicción federal se encuentran algunas decisiones de primera y segunda instancias ordenando la suspensión de megaproyectos no consultados. Pese a lo anterior, la tendencia vigente en el Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal (STF) ha sido levantar tales medidas cautelares, derivando el debate sobre la afectación al derecho a la consulta al mérito del asunto. Organizaciones de la sociedad civil han denunciado ante diferentes foros internacionales que dicha posición se ha basado en un mecanismo previsto en la Ley 4.348 de junio de 1964 denominado **“suspensión de seguridad”** (suspensão de segurança). Por medio de dicho mecanismo, la Abogacía General de la Unión y el Ministerio de Minas y Energía vienen solicitando sistemáticamente que las medidas cautelares concedidas en primera instancia en favor de poblaciones afectadas por mega proyectos, sobre todo hidroeléctricos, sean levantadas por instancias judiciales superiores.

Debemos indicar que, el máximo tribunal constitucional de Brasil (STF) no se ha pronunciado sobre el derecho de las comunidades indígenas y tradicionales a ser consultadas previo a decisiones que les afectan. Efectivamente, las sentencias más relevantes del STF sobre la materia han sido de levantamiento de órdenes cautelares de suspensión de proyectos emitidas por jueces de primera y segunda instancias, bajo el mecanismo de suspensión de seguridad. Con relación a la demarcación de los territorios indígenas, es importante mencionar la sentencia del STF de abril de 2009, relacionada con el Territorio Raposa Serra do Sol en el Estado de Roraima, reclamado por los pueblos Ingarijó, Taurepang, Patamona, Wapixana y Macuxi.

Aunque la decisión fue favorable a los accionantes, el STF fijó 19 condicionantes para la determinación del **“usufructo indígena”**, entre las cuales se destacan las siguientes:

“1 – El usufructo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en tierras indígenas puede ser relativizado siempre que haya como dispone el artículo 231 (párrafo 6º de la Constitución Federal) el relevante interés público de la Unión en la forma de Ley Complementaria; 2 – El usufructo de los indígenas no abarca el aprovechamiento de recursos hídricos y potenciales energéticos, que dependerá siempre de la autorización del Congreso Nacional; 5 – El usufructo de los indígenas no se sobrepone al interés de la Política de Defensa Nacional. La instalación de bases, unidades y puestos militares y otras intervenciones militares, la expansión estratégica de las vías de transporte, la exploración de alternativas energéticas de cuño estratégico y la protección de riquezas de cuño estratégico a criterio de los órganos competentes (el Ministerio de Defensa, el Consejo de Defensa Nacional) serán implementados con independencia de la consulta a comunidades indígenas involucradas y a la FUNAI; 6 – La actuación de las Fuerzas Armadas de la Policía Federal en área indígena, en el ámbito de sus atribuciones, queda garantizada y se dará independiente de la consulta a comunidades indígenas involucradas y a la FUNAI; 7 – El usufructo de los indígenas no impide la instalación por la Unión Federal de equipos públicos, redes de comunicación, carreteras y vías de transporte, además de construcciones necesarias a la prestación de servicios públicos por la Unión, particularmente de salud y educación” (Supremo Tribunal Federal (STF). Petição 3.388 Roraima).

En ese orden de ideas, el 16 de julio de 2012 la Abogacía General de la Unión publicó una resolución administrativa (Portaria Nº 303) sugiriendo que las condicionantes eran de aplicación a todos los territorios indígenas en Brasil. Ante la repercusión negativa para varias organizaciones indígenas, la AGU decidió suspenderla hasta que el STF se pronunciara sobre un recurso de aclaración (embargos declaratórios) presentado por la Procuraduría General de la República en torno a la sentencia del caso del Territorio Raposa Serra do

Sol. El 4 de febrero de 2014 el STF resolvió el recurso, señalando que las 19 condicionantes se aplican solamente al caso juzgado, sin que tenga efecto con relación a otros territorios indígenas. Pese a lo anterior, el 7 de febrero de 2014 la AGU publicó la Portaria Nº 27/2014, la cual mantiene la vigencia de la Portaria 303. Dicha decisión fue ampliamente criticada por organizaciones indígenas y provocó una ruptura en el diálogo con el gobierno federal que venía desarrollándose en el marco del Grupo Interdisciplinario de Trabajo para la reglamentación de la consulta previa.

Otro punto polémico en las decisiones del STF tiene que ver con el marco temporal objetivo de la ocupación de pueblos indígenas a los fines de su demarcación. Al decidir una acción relacionada con la validez del proceso administrativo de demarcación de las tierras del pueblo Guarani Kaiowá (Tierra Indígena Guyaroka en el Estado de Mato Grosso do Sul), la Segunda Sala (Segunda Câmara) ratificó la posición que ***“definió como marco temporal ineludible, el día 05/10/1988, fecha de promulgación de la vigente Constitución de la República”*** (Supremo Tribunal Federal, 2014, pp. 71-73). Dicha interpretación desconoce no sólo los estándares internacionales sobre los derechos territoriales indígenas, sino el hecho de que los Guarani Kaiowá fueron desplazados forzosamente de sus tierras ancestrales durante la dictadura militar que rigió en Brasil entre 1964 y 1985.

En el ámbito del Superior Tribunal de Justicia (STJ), merece mención una decisión en torno a una acción colectiva (ação civil pública) en que el Ministerio Público Federal solicitó una medida cautelar para suspender el licenciamiento ambiental de la planta hidroeléctrica São Luiz do Tapajós. En su decisión, el STJ subrayó que:

“El Convenio 169 es explícito al determinar, en su artículo 6º, que los pueblos indígenas y tribales interesados deberán ser consultados “siempre que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente.” Sin embargo, la realización de meros estudios preliminares, relacionados solamente con la viabilidad de la implementación de la UHE [planta hidroeléctrica] de São Luiz do Tapajós/PA, no posee la entidad de afectar directamente las comunidades indígenas involucradas. Diferentemente, lo que no se vislumbra como posible es dar inicio a la ejecución del emprendimiento sin que las comunidades

involucradas se manifiesten y hagan parte del proceso participativo de toma de decisión” (STJ, 2013).

Nuevamente, dicha interpretación es sumamente restrictiva con relación al momento de realización de la consulta previa. Tal como se explicará más adelante, la decisión del gobierno federal de llevar a cabo el proyecto hidroeléctrico de São Luiz do Tapajós ha sido objetada por los pueblos indígenas que habitan la zona de impacto, quienes han demandado sistemáticamente el derecho a ser consultados.

7.3. CHILE

Dados los cuestionamientos de forma y de fondo de la reglamentación de la consulta en Chile, muchos pueblos indígenas han recurrido a las instancias judiciales, desarrollándose por parte de las cortes superiores una rica doctrina jurisprudencial. La mayoría de los casos llevados ante instancias judiciales por la vía de la acción constitucional de protección han tenido relación con la impugnación de Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), medida administrativa que en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) autoriza la materialización de proyectos de inversión. Estas medidas en cuanto son susceptibles de afectar a pueblos indígenas, deberían ser sometidas a un proceso de consulta previa, de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169.

En un primer momento no existió mucha receptividad de parte de los Tribunales Superiores respecto a la necesidad de implementar procesos de consulta frente a medidas administrativas que afectaran a los pueblos indígenas. Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, fue generándose una mayor recepción, lo que se vio manifestado en diversas sentencias de las distintas instancias judiciales. En ese orden de ideas, resulta relevante indicar que la Corte Suprema se manifestó con respecto a la especificidad cultural de la consulta indígena en el caso del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, en el cual afirma:

“Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de

condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados” (Corte Suprema, Rol. 258/2011; Considerando 59).

En el mismo fallo, se afirma que la simple entrega de información, como son las reuniones de socialización que contempla la Ley General de Urbanismo no constituye consulta para el caso de aprobación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, toda vez que los perjudicados no pueden influir en la toma de las decisiones que les cause afectación alguna (Corte Suprema, Rol. 258/2011; Considerando 8).

La implementación de esta y otras decisiones no ha sido satisfactoria, entre otros motivos porque la autoridad ambiental ha excluido de la consulta a las comunidades recurrentes.

Por ello, resulta sumamente preocupante advertir que, en fallos recientes, la Corte Suprema de Chile ha determinado que la ilegalidad por falta de consulta de la RCA que provee autorización ambiental a un proyecto sometido al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) es de competencia de los Tribunales Ambientales y no debe ser materia de recurso de protección constitucional. Lo expuesto ha quedado plasmado en la siguiente jurisprudencia:

“(…) si los reclamantes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad” (Corte Suprema, Rol 14/20-2013, Consid. N° 5).

En este supuesto, la Corte Suprema de ese país consideró que tal solicitud atañe a los Tribunales Ambientales, **“llamados a conocer de las controversias medioambientales sometidas a su competencia, dentro de**

las cuales se encuentra -por cierto- la solicitud de invalidación de una resolución de calificación ambiental”.

7.4. COLOMBIA

Existe un gran consenso en cuanto al papel clave de la Corte Constitucional para hacer efectivo el derecho a la consulta previa en Colombia. Su jurisprudencia sobre la materia inició hacia mediados de los años noventa del siglo XX, frente a la aprobación de medidas que afectaban directamente a los pueblos indígenas. La Corte Constitucional ha emitido cerca de 77 sentencias sobre el derecho a la consulta aplicado en ámbitos muy diversos, creando la convicción entre distintos actores sociales –incluyendo entidades estatales y privadas– sobre la obligatoriedad del deber de la consulta.

Su rol ha sido particularmente relevante en un escenario de ausencia de legislación específica sobre la materia, con lo cual lo que no hizo el legislador o lo hizo de modo deficiente, fue hecho por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia.

La Corte Constitucional de Colombia ha entendido que el derecho a la consulta es una garantía para tutelar los derechos de los pueblos indígenas, y para garantizar que tales pueblos puedan adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades sociales, económicas y culturales. Desde la SU-039 de 1997, la Corte Constitucional ha sostenido que la consulta concreta mandatos constitucionales, como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-039 de 1997, 1997). Asimismo, ha señalado que:

(...) la consulta previa no es una garantía aislada que se agote en el mínimo previsto por el artículo 330 de la Constitución Política, sino un derecho fundamental de los pueblos indígenas, normativamente complejo (es decir, compuesto por diversas facetas jurídicas), con consecuencias de la mayor relevancia para la preservación de las culturas ancestrales, en tanto manifestación de los principios y derechos de participación y autodeterminación y medio imprescindible para articular a las comunidades indígenas a la discusión, diseño e implementación de medidas que les atañen y

evitar así que sus prioridades sean invisibilizadas por el grupo social mayoritario” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-376-12).

Como indica la Corte Constitucional, este nexo entre el derecho a la consulta y los demás derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a la participación y a la integridad étnica, cultural, social y económica, le confiere un sentido de derecho fundamental al procedimiento consultivo en sí mismo (ESTRADA, 2014, p. 48).

La Corte Constitucional Colombiana ha establecido que la consulta procede frente a medidas de cualquier índole, incluyendo normas, programas, proyectos o políticas públicas que afecten directamente a las comunidades originarias. El citado Tribunal ha establecido reglas específicas que deben seguirse en todo proceso de consulta y ha declarado inexecutable medidas legislativas y administrativas emitidas en violación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

Entre las medidas legislativas declaradas inexecutable por la Corte se encuentra la Ley Forestal (Ley 1021 de 2006); la Ley 1152 de 2007 por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, y se dictan otras disposiciones; la Ley 1382 de 2010 por la cual se modifica la Ley 685 de 2011 Código de Minas; y la Ley 1518 de 2012 que aprueba el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales. En lo que se refiere a medidas administrativas, la Corte Constitucional ha señalado que licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, programas de erradicación de cultivos ilícitos, así como presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional, y decisiones sobre la prestación del servicio de educación, deben ser sometidas a un proceso de consulta previa, libre e informada con los pueblos indígenas en tanto puedan afectarles, por lo que las ha declarado inaplicables o ha suspendido sus efectos cuando no lo habían sido.

En el caso de actos reformativos de la Constitución, la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 8 del artículo 2 del Acto Legislativo N° 01 de 2009 ***“por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”*** por haberse comprobado la violación del derecho a la

consulta previa de los pueblos indígenas. Destaca que en dicho caso, el Convenio 169 de la OIT se impuso como parámetro de control al trámite de reformas constitucionales.

Asimismo, en las sentencias T-769 de 2009, T-129 de 2011 y T-376 de 2012, la Corte Constitucional consideró que frente a una afectación especialmente intensa al territorio colectivo de los pueblos indígenas, el deber de asegurar la participación de los pueblos no se agota en la consulta, sino que es preciso la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida. Igualmente, ha identificado supuestos de consentimiento abordados explícitamente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Dado el rol fundamental que ha cumplido la Corte Constitucional de Colombia, es preocupante observar decisiones regresivas emitidas recientemente. Entre otras, se encuentra la Sentencia C-317 de 2012 en que la Corte señaló que el Acto Legislativo 05 de 2011 que constituye el Sistema General de Regalías, por su carácter general y su mandato expreso de desarrollo legal del régimen de regalías, no contiene una medida susceptible de afectar “directa, específica y particularmente” a los grupos étnicos; condiciones que según advirtieron no son exigidas por el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, ni la jurisprudencia constitucional.

Puede mencionarse, además, la sentencia C-253 de 2013, en la cual la Corte Constitucional evaluó la constitucionalidad de la expresión “comunidades negras” utilizada en diversas normas referidas al pueblo afrocolombiano, tales como la Ley 70 de 1993, la Ley 649 de 2001 y el Decreto 2374 de 1993. La Corte concluyó que la expresión era constitucional, entre otros motivos, por considerar que para el momento de la emisión de tales normas no había sido emitida la sentencia C-030 de 2008, mediante la cual se consolidan y desarrollan las reglas sobre el procedimiento de la consulta previa para medidas legislativas que afectan directamente a los grupos étnicos. De este modo, a pesar de que el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente para Colombia desde el año 1991, la Corte Constitucional estableció que sólo es exigible el derecho a la consulta respecto de leyes emitidas desde el mes de enero de 2008, fecha de emisión de la sentencia C-030, decisión que recibió serias críticas de las organizaciones indígenas y afrocolombianas, así como de la sociedad civil.

CAPITULO VI
DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS PROTEGIDOS POR EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. INTRODUCCIÓN

Los instrumentos internacionales relacionados a los derechos de los pueblos indígenas, a saber, el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas tutelan los derechos especiales y propios de las personas y pueblos indígenas, necesarios para su supervivencia. En las líneas siguientes, procederemos a mencionar esos derechos especiales y propios de las personas y pueblos indígenas y se hace mención a pronunciamientos respecto a estos derechos por parte de los organismos e instancias internacionales.

2. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

El Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DU) disponen que los indígenas tienen derecho a ejercer y a gozar plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en el derecho internacional. Del mismo modo, dichos textos internacionales tutelan los “**derechos generales de ciudadanía**”, sin ningún tipo de discriminación.

En ese orden de ideas, son las personas indígenas las que tienen derecho a acceder, sin discriminación alguna, a la educación y a la salud (DU, arts. 14 y 24). De igual forma, tienen derecho al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales (DU, art. 21). Los Estados parte tienen el deber de extender de forma progresiva los regímenes de seguridad social a los pueblos indígenas y aplicarlos sin discriminación (Convenio 169, art. 24).

Del mismo modo, se establece que los Estados deben de considerar medidas especiales para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación contra las personas y pueblos indígenas (DU, art. 15). Igualmente, los estados parte deben de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas el mismo nivel de vida y oportunidades a las que tienen acceso los demás miembros de la sociedad. Las medidas precitadas deben reflejar las aspiraciones de los pueblos indígenas de proteger, mantener y desarrollar sus culturas e identidades, costumbres, tradiciones e instituciones.

Sobre el particular, **STAVENHAGEN (NACIONES UNIDAS, 2013, Párr. 16 -20)**, manifestó que existen una variedad de tipos de discriminación racial y étnica; las mismas que procederemos a hablar a continuación:

a) DISCRIMINACIÓN LEGAL

La cual está referida a la discriminación en las normas bien porque establecen disposiciones discriminatorias o bien porque no consagran disposiciones que benefician el disfrute de los derechos humanos por parte de los pueblos indígenas.

b) DISCRIMINACIÓN INTERPERSONAL

La discriminación interpersonal se concreta en las actitudes de rechazo y exclusión hacia los indígenas por parte de la población no indígena así como en las conversaciones y en las imágenes que difunden los medios de comunicación sobre los indígenas.

c) DISCRIMINACIÓN INSTITUCIONAL

La discriminación institucional se manifiesta en la situación desfavorable de los indígenas en la distribución del gasto público y de los bienes colectivos; la poca participación de los indígenas en la administración pública y en las instancias políticas es una muestra de este tipo de discriminación.

d) DISCRIMINACIÓN HISTÓRICA

La discriminación histórica es la base de las anteriores y se concreta en los mecanismos de exclusión de los pueblos indígenas usados históricamente para marginarlos de los recursos económicos, políticos e institucionales necesarios para vivir en condiciones de equidad con el resto de la población.

Lamentablemente, en muchos países aún se discrimina a los miembros de estas comunidades indígenas, lo que los pone en una situación de mayor vulnerabilidad en términos de niveles de pobreza, participación política, acceso a salud, educación y vivienda. No obstante, algunos Estados han entendido la relevancia y la necesidad de enfrentar esta problemática y han adoptado medidas para luchar contra la discriminación.

3. DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN

La Carta de las Naciones Unidas y los pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales y la Declaración y Programa de Acción de Viena han prescrito el derecho de todos los pueblos a la libre determinación (Derecho fundamental que también está prescrito en nuestra carta fundamental). En ese sentido, una de sus manifestaciones es el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su condición política y a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural (DU, art. 3). En ejercicio de su libre determinación, tienen derecho a la autonomía o autogobierno (DU, art. 4). En resumidas cuentas, el derecho a la autodeterminación les permite a los pueblos indígenas perseguir su bienestar y futuro de acuerdo con sus propias prácticas, modos de vida y costumbres. Por ello, la doctrina señala que este derecho es de vital importancia en la medida en que garantiza la supervivencia de los pueblos indígenas como pueblos distintos.

Desde este punto de vista, para asegurar que el disfrute de este derecho sea efectivo, los Estados deben garantizar a los pueblos indígenas, al menos lo siguiente:

- Autonomía o autogobierno en los asuntos internos y locales;
- Disposición de recursos para financiar sus funciones autónomas;
- Reconocimiento formal de las instituciones tradicionales y de los sistemas propios de justicia;
- Reconocimiento del derecho que tienen a determinar y a elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo de sus tierras o territorios y de los recursos naturales que allí se encuentren;
- Que serán consultados antes de adoptar decisiones que puedan afectarlos;
- Que se obtendrá su consentimiento antes de la ejecución de proyectos o planes de inversión
- Que puedan causar un impacto mayor en su pueblo;
- Participación activa en la determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que los afecten;
- Participación plena y efectiva en la vida pública.

En la práctica, el derecho a la libre determinación se enfrenta ante una serie de dificultades para su efectiva protección, ello en razón a que la mayoría de los

Estados les preocupa que al admitir este derecho su integridad política y soberanía territorial se vean perjudicadas.

Por lo expuesto en los párrafos pertinentes, los especialistas consideran que los pueblos indígenas y los Estados deben trabajar en conjunto en la interpretación y aplicación de este derecho, teniendo en cuenta los contextos específicos de cada país.

4. DERECHO A LA IDENTIDAD E INTEGRIDAD CULTURAL

El derecho a la identidad e integridad cultural se encuentra plasmado en el derecho que tienen los pueblos indígenas a determinar y proteger el sistema cultural y de valores bajo el cual quieren vivir y a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura (DU, art. 8). En ese orden de ideas, el derecho a la identidad cultural involucra la posibilidad real de mantenerse y perpetuarse como pueblos distintos (DU, art. 8). El derecho a la identidad e integridad cultural supone la protección de sus costumbres y tradiciones, sus instituciones y leyes consuetudinarias, sus modos de uso de la tierra, sus formas de organización social y su identidad social y cultural (Convenio 169, art. 2).

En ese sentido, los Estados deben admitir y respetar la identidad cultural y la deben tener en cuenta antes de adoptar medidas o proyectos que puedan afectar a los pueblos indígenas. Por ello, la protección del derecho a la identidad cultural supone garantizar, entre otros, los siguientes derechos:

- El derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, lo cual implica el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas (DU, art. 11);
- El derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos (DU, art. 13);
- El derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas (DU, art. 12);
- El derecho a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente (DU, art. 12);

- El derecho a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos (DU, art. 12);
- El derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje (DU, art. 14);
- El derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital (DU, art. 24).
- El derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas (DU, art. 31);
- El derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar la propiedad intelectual de su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales (DU, art. 31).

5. DERECHO A LA PROPIEDAD DE LA TIERRA, EL TERRITORIO Y LOS RECURSOS NATURALES

Tanto el Convenio N° 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas protegen el derecho a la propiedad de las tierras indígenas. El tratado internacional en mención dispone el deber que tienen los Estados miembros de reconocerles el derecho a la propiedad y a la posesión de las tierras que desde tiempos antiguos han habitado y garantizar su efectiva protección (art. 14). Mientras que la Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido y derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen, ocupan o utilizan de manera tradicional, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma (DU, art. 26).

De otro lado, urge señalar que los conceptos de propiedad y posesión, en el caso de los pueblos indígenas, difieren de la concepción tradicional del derecho a la propiedad privada, toda vez que tienen una dimensión colectiva. Sobre el particular, la CIDH se ha pronunciado sobre ello, señalando que:

“[e]ntre 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” (CIDH, 2007).

En ese orden de ideas, la CIDH afirma que los Estados, para proteger de forma adecuada el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, deben ***“respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio”*** (CIDH, 2007). Desde su primer fallo relacionado a los derechos de los pueblos indígenas, es decir la sentencia adoptada en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi, la CIDH sostuvo que los indígenas tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios. Del mismo modo, la CIDH afirmó que la estrecha relación que mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la piedra angular de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica, pues:

“para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión 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” (CIDH, 2001)

Por lo expuesto precedentemente, se aprecia que los Estados miembros deben reconocer y proteger los sistemas de tenencia tradicionales de los pueblos indígenas.

Igualmente, la CIDH al interpretar el alcance y contenido del artículo 21 de la Convención Americana (derecho a la propiedad), fue de la opinión que en el caso de las comunidades indígenas se debe salvaguardar:

“la estrecha vinculación [que estas tienen] sobre sus territorios tradicionales, y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos” (CIDH, 2005).

Desde esa perspectiva, el derecho a la propiedad de las tierras y los territorios no puede desligarse de la cuestión del acceso a los recursos naturales que tradicionalmente han empleado las comunidades indígenas. En ese sentido, los recursos son componentes vitales e integrales de sus tierras y territorios, ya que son necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida. Por

lo expuesto, los recursos naturales vinculados a sus culturas son de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y como tales deben ser protegidos.

Por ello, para garantizar la efectiva protección del derecho a la propiedad de las tierras y los territorios que los pueblos indígenas han ocupado, poseído o utilizado tradicionalmente, los Estados deben:

- Respetar y proteger el derecho que tienen los pueblos indígenas de mantener y fortalecer la relación espiritual que tienen con sus tierras, territorios y recursos naturales como aguas y mares costeros (DU, art. 25);
- Reconocer y adjudicar jurídicamente las tierras y territorios que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente. Este reconocimiento debe respetar las leyes, costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia y transferencia propios de los pueblos indígenas (DU, art. 27);
- Adoptar medidas para impedir toda desposesión o enajenación de las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas así como para evitar todo traslado forzado (DU, art. 8);
- Tener en cuenta que todo traslado de población requiere el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados (DU, art. 10);
- Realizar consultas previas, libres e informadas, con el fin de obtener el consentimiento de los pueblos, antes de iniciar cualquier tipo de proyecto en las tierras y territorios indígenas (Convenio 169, art. 6; DU, arts. 19 y 32);
- Tomar todas las medidas necesarias para mitigar los impactos sobre el medio ambiente y sobre los sitios sagrados y culturales de los pueblos indígenas. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que antes de otorgar concesiones se deben realizar estudios de impacto ambiental y social, por entidades independientes y técnicas (Caso Saramaka, párr. 129);
- Asegurar el derecho de los pueblos indígenas a conservar y proteger la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos (DU, art. 29);
- Proteger especialmente los recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas, lo que implica respetar el derecho que tienen estos pueblos a participar en el uso, administración y conservación de dichos recursos, así como a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (DU, arts. 29 y 32; Convenio, art. 15);
- Tener en cuenta que aunque los recursos del subsuelo existentes en las tierras de los pueblos indígenas sean de propiedad del Estado, los pueblos tienen derecho a ser consultados antes de autorizar o emprender la prospección o

explotación de dichos recursos; asimismo, tienen derecho a participar en los beneficios de tales actividades (Convenio 169, art. 15);

- Abstenerse de otorgar permisos o concesiones para realizar proyectos de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el uso y goce de las tierras y territorios de los pueblos indígenas y tribales si no se cuenta con el consentimiento libre, previo e informado de dichos pueblos (Caso Saramaka, párr. 134) y
- Asegurar la restitución o reparación justa cuando los pueblos indígenas hayan perdido sus tierras y territorios debido a procesos de desarrollo nacional o cuando sus tierras y territorios hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo, libre e informado (DU, arts. 20 y 28).

De otro lado, resulta menester indicar que la CIDH ha expresado que cuando los Estados dispongan de limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad relativos a sus tierras, territorios y recursos naturales, deben asegurar que:

- Las situaciones en que puede restringirse o limitarse el uso y goce de las tierras, territorios y recursos naturales estén previamente consagradas en una ley;
- La restricción o limitación en el ejercicio del derecho a la propiedad sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales tenga por finalidad el logro de un objetivo legítimo;
- La restricción o limitación sea necesaria para el logro de dicho objetivo;
- La restricción impuesta sobre el ejercicio del derecho a la propiedad comunitaria sea proporcional al logro del objetivo propuesto;
- La limitación del ejercicio del derecho no implique la denegación de la subsistencia como pueblo (CIDH, 2007).

Para asegurar que la limitación o restricción en el ejercicio del derecho al uso y goce de la tierra y el territorio no implique la denegación de la subsistencia como pueblo, los Estados deben:

- Asegurar la participación efectiva de los pueblos, según sus usos y costumbres, en la decisión de dar un determinado uso a las tierras, territorios y recursos de los pueblos, como llevar a cabo planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción en su territorio;
- Garantizar que los pueblos se beneficien razonablemente del plan o proyecto que se va a ejecutar en sus territorios;

- Garantizar que no se autorizará ninguna concesión en su territorio antes de que entidades independientes y técnicamente capaces realicen un estudio previo de impacto social y ambiental (CIDH, 2007).

De acuerdo al razonamiento de la CIDH, a través de estas garantías se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que cuentan los integrantes de los pueblos indígenas con su territorio, lo cual garantiza su subsistencia como pueblo (CIDH, 2007).

6. DERECHO A LA PARTICIPACIÓN Y A LA CONSULTA

La normativa internacional tutela el derecho de los pueblos indígenas a participar en la vida política, social y cultural del Estado y en la adopción de decisiones que afecten sus derechos (DU, arts. 5 y 18). En ese sentido, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en:

- La elaboración de los programas económicos y sociales que les conciernan y a administrar esos programas mediante sus propias instituciones (DU, art. 23);
- La formulación, aplicación y evaluación de los planes de desarrollo nacional y regional que los puedan afectar directamente (Convenio 169, art. 7);
- Los procesos de adjudicación de derechos sobre sus tierras y territorios (DU, art. 27);
- La utilización, administración y conservación de los recursos naturales (Convenio 169, art. 15).

De otro lado, una manifestación del derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones estatales que los puedan afectar es el derecho que tienen a ser consultados en situaciones como las siguientes:

- Antes de que el Estado adopte o aplique leyes o medidas administrativas que los puedan afectar directamente (Convenio 169, art. 6.1; DU, art. 19), tales como las que están destinadas a:
 - Combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad;
 - Proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en su educación;
 - Crear programas y servicios de educación y formación profesional;

- Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte 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 (DU, art. 32.2);
- Antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan (Convenio 169, art. 15.2);
- Antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (DU, art. 30).

En ese sentido, las normas internacionales han sido claras al disponer los lineamientos sobre cómo se deben efectuar los procesos de consulta a los pueblos indígenas. Es así como se ha establecido que las consultas deben ser previas (antes de aprobar la ley, la medida administrativa, el plan de desarrollo o el proyecto de exploración o explotación), libres (sin presiones o condicionamientos) e informadas (sobre las consecuencias del proyecto, plan, ley o medida); se deben hacer a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir de conformidad con sus propias tradiciones y mediante sus instituciones representativas. Además, la consulta debe efectuarse de buena fe y con la intención de obtener el consentimiento libre, previo e informado por parte de las comunidades indígenas.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la CIDH también se ha pronunciado respecto el deber de los Estados de consultar y ha expresado que para garantizar la participación efectiva de los miembros del pueblo en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar activamente con la comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Además de lo esbozado anteriormente, la CIDH ha expresado que este deber requiere que el Estado:

“[1] acepte y brinde información, e implica una [2] comunicación constante entre las partes. [3] Las consultas deben realizarse de buena fe, [4] a través de procedimientos culturalmente adecuados y [5] deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo [6] de conformidad con sus propias tradiciones, [7] 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 [8] 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, [9] la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones” (CIDH, 2007).

7. DERECHO AL CONSENTIMIENTO

Los estándares internacionales referidos a los derechos de los pueblos indígenas permiten reconocer las circunstancias en donde la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas es obligatoria (CIDH, 2009) de tal forma que constituye un verdadero derecho de los pueblos indígenas:

- Cuando se trate del traslado de las tierras que ocupan y de la reubicación (Convenio 169, art. 16.2 y DU, art. 10);
- En el caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas (DU, art. 29);
- Cuando se trate de la ejecución de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que generen un impacto mayor en el territorio de un pueblo indígena (Caso Saramaka, párr. 135).

Efectivamente, la CIDH ha establecido que dependiendo del nivel de impacto de la actividad que se propone desarrollar en el territorio indígena, el Estado se encuentra obligado a conseguir el consentimiento previo, libre e informado. En ese sentido, es necesario traer a colación el caso del pueblo Saramaka, donde el referido organismo supranacional señaló que:

“(...)cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” (CIDH, 2007).

Adema, en dicho fallo la precitada instancia supranacional citó al Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, quien se ha referido a la obligación que tienen los Estados de obtener el consentimiento de las comunidades indígenas, en los siguientes términos:

“[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 no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden [1] la pérdida de territorios y tierra tradicional, [2] el desalojo, [3] la migración y [4] el posible reasentamiento, [5] 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], en algunos casos, [9] abuso y violencia” (CIDH, 2007).

Además, el Relator Especial de Naciones Unidas ha explicado que:

“la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas” (NACIONES UNIDAS, 2009).

8. DERECHO A SUS PROPIOS SISTEMAS DE JUSTICIA

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, incluyendo sus propios sistemas de justicia. Tales sistemas deben ser reconocidos por el Estado, siempre que se encuentren en concordancia con las normas internacionales de derechos humanos. El derecho a la vida, la prohibición absoluta de la tortura y el debido proceso son derechos que no pueden ser desconocidos por los sistemas de justicia propios de los pueblos indígenas (Convenio 169, arts. 8.2 y 9.1).

Respecto de la relación de los pueblos indígenas con los sistemas de justicia estatales, los Estados deben garantizar, sin ningún tipo de discriminación, el acceso a procedimientos legales a los miembros de las comunidades indígenas. Asimismo, deberán tomar medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos; para ello les facilitarán, cuando fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces para la lograr la comprensión de los procedimientos (Convenio 169, art. 12). Adicionalmente, los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos y cuando haya lugar a la imposición de

una pena deberán tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales del individuo y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (Convenio 169, art.10).

Además, los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de las controversias que surjan entre la comunidad y los Estados. Asimismo, tienen derecho a que las decisiones judiciales con respecto a dichas controversias se adopten prontamente y tengan en cuenta las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, así como las normas internacionales de derechos humanos (DU, art. 40).

9. DERECHO A LA REPARACIÓN

El derecho internacional dispone que todas las personas tienen derecho a recibir una reparación efectiva cuando sus derechos han sido vulnerados como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados.

El derecho a la reparación consiste en el resarcimiento de los daños y perjuicios causados con la vulneración de derechos. La reparación del perjuicio causado puede adoptar distintas formas, bien sea como restitución, indemnización o satisfacción.

Los pueblos indígenas tienen derecho a recibir una reparación justa, imparcial y equitativa, siempre que:

- Hayan sido privados, sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres, de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales (DU, art. 11.2);
- Hayan sido desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo (DU, art. 20.2);
- Se les hayan confiscado, tomado, ocupado, utilizado o dañado, sin su consentimiento libre, previo e informado, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado de otra forma (DU, art. 28.1);
- Se realicen proyectos que afecten sus tierras o territorios (DU, art. 32.3).

TÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

1. POBLACIÓN Y MUESTRA DEL ESTUDIO

1.1. POBLACIÓN

De acuerdo a lo especialista, la población ***“es el conjunto de individuos en los cuales está interesado el investigador”*** (BLANCO, 2011, p. 43). En base glosa citada, podemos indicar que la población para la presente investigación, se halla conformada por el conjunto de legislación, jurisprudencia y doctrina -tanto a nivel nacional como comparado- sobre derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, que se ha producido desde la promulgación del Convenio N° 169 de la OIT hasta la actualidad.

1.2. MUESTRA

La muestra es el subgrupo representativo del grupo total (MORÁN & ALVARADO, 2010, p. 46). En consecuencia, la muestra para la presente investigación se halla conformada por el conjunto de legislación, jurisprudencia y doctrina -tanto a nivel nacional como comparado- sobre derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios que se ha venido presentando a partir de la ratificación del convenio N° 169 de la OIT por parte de nuestro país.

2. UNIDAD DE ANÁLISIS.

Las unidades de análisis de la presente investigación son las siguientes:

- a) Convenio N° 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- b) Constitución Política del Perú de 1993.
- c) Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)
- d) Decreto Supremo N| 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785.
- e) Doctrina nacional y comparada referida al derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.
- f) Jurisprudencia nacional y comparada referida al derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.
- g) Legislación nacional y comparada referida al derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.

3. TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.1. SEGÚN SU PROFUNDIDAD.

Investigación **descriptiva**, la cual tiene como objetivo central la descripción de los fenómenos. Asimismo, este tipo de investigación busca especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población.

Al mismo tiempo la presente investigación es de tipo **explicativa**, ya que su objetivo es la explicación de los fenómenos y el estudio de sus relaciones para conocer su estructura y los aspectos que intervienen en la dinámica de aquéllos. Por último, resulta necesario precisar que la investigación también es de carácter propositiva, mediante la cual se **“busca el conocer para hacer, para actuar, para construir, para modificar”** (HERNÁNDEZ, 2010, p. 9).

3.2. SEGÚN SU FINALIDAD.

Según su finalidad, esta investigación es **básica**, la cual se define como aquella actividad orientada a la búsqueda de nuevos conocimientos y nuevos campos de investigación sin un fin práctico específico e inmediato.

3.3. SEGÚN SU DISEÑO

La investigación es **no experimental**, debido a que no se está creando una determinada situación problemática, ni se están manipulando variables, debido a que, la variable de trabajo no ha sido manipulada, sino que ha sido recogida de la realidad.

4. MÉTODOS, TÉCNICA, INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

4.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

4.1.1. MÉTODO CIENTÍFICO

La presente investigación ha sido desarrollada a través del método científico, entendiéndose a éste como el conjunto de procedimientos destinados a verificar o refutar proposiciones referentes a hechos o estructuras de la naturaleza.

4.1.2. MÉTODO ANALÍTICO - SINTÉTICO. -

El método analítico – sintético será empleado para tratar de analizar la Ley de Consulta Previa, su reglamento y normativa conexas; desde el

punto de vista del Derecho Internacional, el Derecho Comparado y el Derecho Constitucional.

4.1.3. MÉTODO INDUCTIVO – DEDUCTIVO

Método empleado tanto en la **recolección de la información**, así como en la **elaboración del marco teórico al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular**.

Asimismo, este método también fue **empleado en la elaboración de las conclusiones**, empleándose en dicho apartado para determinar de la manera más precisa los resultados de todo el proceso de investigación y para ser coherente con lo estudiado.

4.1.4. MÉTODO HISTÓRICO. -

Mediante este método se busca conocer los antecedentes normativos de la Ley 29785, desde su proyecto de ley observaciones por parte del Poder ejecutivo hasta su promulgación. Asimismo, permitirá conocer los antecedentes de la temática en mención en la doctrina y legislación comparada.

4.1.5. MÉTODO HERMENÉUTICO. -

El método hermenéutico será empleado para poder comprender la interpretación de la Ley 29785 –Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios. Del mismo modo, este método será empleado para el análisis del reglamento de la ley antes mencionada y otras normas (nacionales o internacionales), que guarden relación con ella.

4.2. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

4.2.1. TÉCNICAS

Se entenderá por técnicas de investigación, el procedimiento o forma particular de obtener datos o información (ARIAS, 2012, p. 67). Por lo expuesto, en la presente investigación se emplearon las siguientes técnicas:

4.2.1.1. La observación.

Es una técnica que consiste en visualizar o captar mediante la vista, en forma sistemática, cualquier hecho, fenómeno o situación que se produzca en la naturaleza o en la sociedad, en función de unos objetivos de investigación preestablecidos (ARIAS, 2012, p. 69)

4.2.1.2. El análisis de documentos.

El análisis de documentos consiste en el examen cualitativo de los documentos elaborados por los especialistas en el tema materia de investigación.

4.2.2. INSTRUMENTOS

Un instrumento de recolección de datos es cualquier recurso, dispositivo o formato (en papel o digital), que se utiliza para obtener, registrar o almacenar información (ARIAS, 2012, p. 68). En consecuencia, los instrumentos que han sido empleados para la presente investigación son los siguientes:

<u>TÉCNICA</u>	<u>INSTRUMENTO A EMPLEARSE</u>
<i>La observación</i>	Se empleará la guía de observación, en el que se recabará la información pertinente para la investigación.
<i>El análisis de documentos</i>	Se empleará la guía de análisis de documentos, con el cual se busca recabar la información valorativa sobre los documentos especializados relacionados con el objeto motivo de investigación.

5. PROCEDIMIENTO

La información del presente trabajo será recogida de la doctrina, jurisprudencia, legislación comparada; tanto a nivel del derecho nacional como el derecho comparado, siendo rigurosamente seleccionada y analizada inicialmente a través de las técnicas e instrumentos señalados anteriormente, para poder consignar las fuentes.

6. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS:

En la presente investigación se usó el diseño descriptivo simple, donde **M** representa una muestra en el cual se va a realizar el estudio y **O** representa la información relevante o de interés que recogemos de la mencionada muestra, debido a que describe la variable, la detalla desarrollando aspecto conceptual de las mismas, esto con la finalidad de describir los resultados de la presente investigación. En función de su naturaleza, nuestro trabajo no busca controlar variables sino, obtener información para resolver un problema previamente determinado.

Se puede esquematizar de la siguiente manera:

$$\mathbf{M} \rightarrow \mathbf{O}$$

Donde:

M: Muestra

O: Información.

7. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Con el propósito de recabar información necesaria y útil para el desarrollo de la presente investigación, se realizó lo siguiente:

1º Paso:	<i>Se recurrió a las bibliotecas de las principales universidades de Trujillo, con la finalidad de conseguir la información necesaria de libros y tesis referidos al tema materia de investigación. Luego de ello, se procedió a su reproducción fotostática.</i>
2º Paso:	Se empleó el servicio de internet para recopilar aún más información de la ya obtenida, la cual ha sido indispensable a la hora de elaborar el marco teórico del presente trabajo de investigación. De igual manera se procedió a buscar jurisprudencia y doctrina referidas al tema en investigación.
3º Paso:	Por otra parte, se realizó una búsqueda especializada en internet con la finalidad de poder tener acceso a las jurisprudencias que traten sobre el presente estudio.
4º Paso:	Se procedió a realizar la construcción de los instrumentos. Asimismo, las guías de observación fueron aplicadas a la jurisprudencia obtenidas, con la finalidad de extraer los datos más relevantes para el investigador.

8. PRESENTACIÓN DE DATOS

La presentación de la información obtenida a lo largo de la investigación, se presenta en 05 Títulos, los mismos que conforman la presente tesis y estos son los siguientes:

- **TÍTULO I:** En este capítulo se procede a presentar el planteamiento de la Realidad Problemática, la Formulación del Problema, la Hipótesis y los Objetivos generales y específicos.
- **TÍTULO II:** Contiene la fundamentación teórica del presente trabajo de investigación, la cual se encuentra conformada por títulos y subtítulos que conforman el marco teórico, referidos al tema que fue materia de investigación.
- **TÍTULO III:** En este capítulo se presentó todo lo concerniente al marco metodológico elaborado en la presente investigación. En ese sentido, se procedió a indicar la población y la muestra de estudio, la unidad de análisis, el tipo de investigación que se empleó. Asimismo, se presentaron los métodos, técnicas e instrumentos de investigación empleados, así como el procedimiento que fue empleado. Por último, se presentaron las tácticas de recolección de información.
- **TÍTULO IV:** En este apartado se procede consignar los resultados y la discusión de estos. En dicho apartado, también se procedió a analizar exegético de la Ley N° 29785 y su reglamento.
- **TÍTULO V:** Se presentan las conclusiones y recomendaciones. Asimismo, se señalan las referencias bibliográficas y se adjuntan los anexos que fueron empleados en el trabajo de investigación.

TÍTULO IV
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CAPÍTULO I
TENDENCIAS RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS

Hasta el momento, existe una diversidad de reclamaciones provenientes de los pueblos indígenas.

Como resulta evidente, esta multiplicidad de reclamos tiene dos posibles derroteros; la denegación de lo solicitado o, el reconocimiento de las exigencias. De ser este el último caso, las victorias indígenas tendrían que materializar en la formulación de derechos exigibles y concretos en los Estados en donde se encontraran (ÁGUILA, 2016, p. 134).

Un ejemplo de transición de estos reclamos en derechos, es el reclamo indígena a tener mayor participación en las políticas públicas, el cual ha logrado traducirse en el reconocimiento del derecho a ser consultados de forma previa a la aprobación de proyectos extractivos que pudieran afectar sus vidas o, a ser consultados previamente a la adopción de cualquier legislación que pudiera impactar sobre sus derechos. En esos casos, los pueblos indígenas tendrán derecho a formar parte del proceso de negociación de aquel contenido, naciendo el denominado derecho a que se les efectúen consultas previas, libres e informadas.

Una de las primeras manifestaciones de aquel derecho indígena se encuentra en el Convenio N° 169 de la OIT, el mismo que –en combinación de sus artículos 6° y 15°- establece lo siguiente:

Artículo 6°

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

(...)

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°

(...)

“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 (...).”

Este sería el primer paso con el que se abriría las puertas a uno de los temas más complejos, tanto en lo políticos como en lo legal respecto al derecho indígena. Como indica Rodríguez Garavito y Morris:

“La consulta previa a pueblos indígenas y grupos étnicos se ha convertido en uno de los temas más difíciles y controvertidos del derecho nacional e internacional de los derechos humanos. En efecto, en apenas dos décadas, desde la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, pasó de ser un asunto relativamente especializado e invisible a ser el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales en los que se juegan tanto intereses económicos como la supervivencia de pueblos indígenas y otras comunidades étnicas alrededor del mundo.” (RODRÍGUEZ Y MORRIS, 2010, p. 11

Aun así, y aunque como se ha mostrado se ha logrado un reconocimiento legal a este derecho, debe reconocerse que el mismo aún presenta un largo trecho por recorrer, especialmente cuando se tiene en cuenta el grado de su implementación en el mundo. Y es que, incluso en el Perú, que es uno de los países que cuenta con las normas más completas sobre el derecho de la consulta previa y nivel doméstico, su implementación avanza con grandes dificultades, aun cuando su implementación está reconocida en la ley. Esto se produce por la relativización que sufre este derecho dada las presiones generadas por la necesidad del desarrollo (inversión) y su enfrentamiento a la protección

de los pueblos indígenas. Por ello, las palabras de James Anaya al concluir su visita al Perú a finales de 2013:

“(…) no cabe duda de que ha habido avances importantes en materia indígena en el país (..) Un enfoque principal en estos años ha sido el desarrollo de un marco legal sobre la consulta con los pueblos indígenas en relación con las medidas legislativas o administrativas, así como de los planes, programas y proyectos de desarrollo que afectan sus derechos. Hoy en día, Perú es uno de los pocos países en el mundo que cuenta con una ley sobre la consulta con los pueblos indígenas. (Sin embargo) (c)abe notar que existen todavía preocupaciones (...) En todo caso, tal como he enfatizado en el paso, el reto ahora consiste en asegurar la implementación de la consulta previa de una manera conforme a los estándares internacionales relevantes”. (ANAYA, 2013)

Sin duda es un logro concretar la regulación de un derecho como el de la consulta previa, pero las palabras de Anaya generan ciertas dudas: ¿Qué quiso decir el Relator Especial al indicar que debe asegurarse la implementación de la consulta previa de conformidad con los estándares internacionales relevantes? Definitivamente, no hace referencia a los instrumentos escritos sobre la materia, puyes, de ser así, estos serían nombrados expresamente. (ÁGUILA, 2016, P. 136)

A lo que pareciera hacer referencia Anaya es a los criterios jurisprudenciales establecidos en el seno de ciertos organismos de adjudicación que han considerado adecuado señalar que la consulta previa (tal y como ha sido descrita líneas arriba), entraña no sólo la puesta en marcha de una consulta, sino que implica además la obtención del consentimiento de las comunidades indígenas. Es decir, el Estado tendría que lograr el consentimiento de estos grupos con el fin de que se aprueben normas o se aprueben proyectos que prevén ejecutar.

En este punto, existe una clara unificación conceptual efectuada por algunos organismos de adjudicación, como la Corte Interamericana, entre el derecho de consulta (como forma de participación) y el derecho al consentimiento, libre e informado como mecanismo de manifestación de voluntad para ciertos casos específicos.

Un caso claro sobre esta materia nos da la sentencia de la Corte Interamericana en el caso del Pueblo de Saramaka v. Surinam en donde se concluye lo siguiente:

“134. (...) la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas,

sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis.

(...)

136. (...) otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales

(...)

137. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones". (CIDH, 2007)

Es claro que resuelto por la Corte, en aquel extremo, es de aplicación para el caso concreto (para lo concerniente al Pueblo Saramaka), sin embargo, se ha visto en éste el fundamento para generalizar el criterio que, ante todo proyecto de explotación de recursos, debe efectuarse una consulta al pueblo indígena en cuestión requiriéndose obtener el consentimiento aprobatorio del mismo. Esto sin embargo, no es tan claro como podría creerse, más aún cuando la Corte Interamericana relativiza esto en su sentencia en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaklu v. Ecuador del 2012, al indicar:

"185. De acuerdo con las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, las consultas deberán ser "llevadas a cabo [...] 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".

186. 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" (...)” (CIDH, 2007)

En este extremo, como en otros de la misma sentencia, la Corte pondrá el énfasis en la consulta previa como mecanismo que debe desarrollarse de buena fe, mediante mecanismos culturales adecuados con el fin de lograr una **“consulta adecuada y accesible”**; es claro y, no puede dejar de advertir que el énfasis y contundencia exhibida en Saramaka (consentimiento) es atenuado, aun cuando el caso Sarayaku implica la afectación del derecho de pueblos indígenas con mayor gravedad de la que se produjo en el caso previo.

Todo esto nos lleva a concluir que este punto es de alta complejidad y constituye un tema aun controvertido; al respecto, solo basta indicar que es debido a aquellos avances jurisprudenciales que ha conectado el derecho de los pueblos indígenas a la consulta con la obligación del Estado a obtener de los mismos un consentimiento en estricto (libre, previo e informado). A decir, verdad, este es uno de los campos en donde se prevé una gran actividad política y legal en los próximos años.

Por otro lado, de forma similar a como se ha producido la concreción de los reclamos indígenas a participar en la toma de decisiones de políticas públicas, los reclamos por la protección efectiva a su medio ambiente y el acceso a sus recursos naturales también adquiriría concreción en el mundo legal internacional. Para esto, primero tuvo que reconocerse que los reclamos medio ambientales se encontraban íntimamente ligados al derecho a la salud y a la alimentación indígena y, en definitiva, a una final desigualdad social, pues, ante la afectación de su medio ambiente, las consecuencias se trasladarían a sus derechos a obtener recursos, impactando directamente en la capacidad de cubrir sus otras necesidades básicas (SANTOS RAMMÉ, s/f, p. 27)

Sin embargo, una lucha tan multiforme difícilmente lograría conquistas concretas. Por ello, los reclamos medio ambientales, finalmente, serían traducidos en derechos específicos.

Sin ánimo de agotar el tema, podemos encontrar algunos reconocimientos de derechos que giran entornos a los reclamos medioambientales de los pueblos indígenas, a decir:

- i) El derecho de los indígenas como la obligación del Estado de exigir que se lleve a cabo estudios ambientales de forma previa a la aprobación de proyectos que pudieran impactar en los territorios nativos y
- ii) El reconocimiento a favor de los pueblos indígenas

a seguir disponiendo de los recursos naturales que han venido explotando de forma ancestral en su territorio.

Ejemplo de esto es el reconocimiento efectuado en el Convenio N° 169 de la OIT, el cual, en sus artículos 4.1° y 7.3° establece, de forma general, la obligatoriedad de efectuar estudios ambientales de la siguiente forma:

“Artículo 4°

1. ***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”.***

“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 puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.***

Aunque no se indica expresamente la obligación a cargo del Estado de llevar a cabo estudios ambientales, esto se encuentran implícito y no es muy difícil de deducir de aquellas provisiones, incorporándose por primera vez aquella garantía como un derecho de los pueblos indígenas. Un reconocimiento, aunque sin la claridad necesaria, también se ha realizado en la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Sobre los Derechos Indígenas (en adelante DNUDPI) (artículo 29°.1 y 32°.2); sin embargo, el espacio más importante en donde se reconocería este derecho, se produciría en sede jurisdiccional.

Sería el caso ya mencionado del Pueblo Saramaka v. Surinan, en el que la Corte Interamericana dispondría 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. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio (...)” (CIDH, 2007)

Este extremo, de alcances para el caso Saramaka, sería finalmente utilizado como un criterio general en la sentencia de la Corte en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, en el que la Corte Interamericana dispondría que:

“(…)Tribunal ha establecido que el Estado debía 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. Además la Corte determinó que los Estudios de Impacto Ambiental “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 (...)” (CIDH, 2012)

Como resulta claro, la Corte concluye –esta vez de forma general. Que los Estados se encuentran sometidos a la obligatoriedad de obtener estudios ambientales en caso algún proyecto pudiese afectar la vida de los pueblos indígenas.

Y, de forma idéntica a cómo este derecho fue reconocido progresivamente, el derecho de que los pueblos indígenas a seguir explotando sus recursos naturales ancestrales también sería reconocido. En ese sentido, cualquier proyecto de inversión deberá tener presente aquel derecho con el fin de evitar su vulneración o restricción. Este derecho a los recursos naturales, primero fue reconocido en instrumentos escritos (como la DNUDPI, artículo 25° y 26.1°) y, posteriormente, explicitado por la Corte Interamericana.

Este no es el espacio para realizar un análisis pormenorizado del contenido de los derechos específicos en favor de los pueblos indígenas; lo importante en este punto, es tener presente la consonancia entre las exigencias indígenas sobre estos temas en los foros domésticos e internacionales y los derechos que han sido reconocidos.

En un contexto así, en donde la participación de las negociaciones internacionales es un requisito para obtener un reconocimiento legal pleno, ¿Cómo lograrán los pueblos indígenas obtener derechos que resuelvan sus particulares necesidades de protección? ¿No es cierto que el énfasis en participación de las políticas públicas y, con ello, en la aprobación de estudios ambientales, o parte de la presunción de la posibilidad de que los indígenas tengan la capacidad de ser incluidos en dicho proceso?

¿Qué sucede con las poblaciones indígenas que con el fin de asegurar su supervivencia, necesitan ser excluidas de toda negociación? ¿Hasta qué punto, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas de forma general, como la consulta previa, el consentimiento libre e informado, o la participación en estudios ambientales, pueden ser adaptados a las características especiales de los pueblos indígenas?

CAPITULO II

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

1. ELEMENTOS CONCEPTUALES DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Resulta necesario identificar la obligación estatal de consultar, la que supone el deber del Estado de garantizar los derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena, u otro derecho esencial para su supervivencia:

“(...) el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas” (CIDH, 2012, Fj. 166-167).

En ese sentido, la doctrina considera importante tomar nota de algunos elementos conceptuales previamente establecidos en el derecho internacional que deben ser considerados en el contexto nacional. En los siguientes apartados nos proponemos abordar de manera muy sucinta, los siguientes ítems:

- 1) La relación de los indígenas con sus tierras y territorios,
- 2) Las situaciones a las que se aplica la consulta previa,
- 3) Los participantes en la consulta,
- 4) El procedimiento de la consulta,
- 5) Los efectos y la ejecución de sus resultados

2. TIERRAS Y TERRITORIOS INDÍGENAS

La aplicación de la consulta previa está indisolublemente unida al reconocimiento de las tierras y territorios de los pueblos indígenas (tal y como hemos podido apreciar en el capítulo V del marco teórico). Este nexo responde a la especial relación

cultural, económica y espiritual que los pueblos indígenas mantienen con su territorio, que se convierte en elemento constitutivo y garantía de los demás derechos colectivos.

Aunque los términos, **“tierras”** y **“territorios”** de los pueblos indígenas parecieran ser sinónimos, de suma importancia aclarar el sentido y alcance de cada uno de estos conceptos, debido a que las diferencias entre ellos se reflejan en las fuentes del derecho internacional y en torno a los derechos y deberes que de allí se desprenden.

Por lo general, el concepto de **“tierras”** ha sido delimitado física y jurídicamente como propiedades de una persona, sea esta natural (individual) o jurídica. Los pueblos indígenas, o más propiamente, las comunidades e incluso los indígenas individualmente considerados, pueden obtener diversas propiedades mediante adjudicaciones, compras o demás mecanismos del derecho civil.

En Cambio, el concepto de **“territorio”** abarca componentes más difusos, definidos en virtud de usos y ocupaciones del espacio vital de un grupo humano. Sobre el particular, el Instituto iberoamericano de Derechos Humanos definió el territorio como: **“un espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas, y con el cual está vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo determinado”**.

Este espacio vital ha sido reclamado como un derecho colectivo, indispensable para la sobrevivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados. El Convenio 169- OIT es muy enfático en este sentido, pues su artículo 13.1 manifiesta que, **“al aplicar las disposiciones de esta parte del convenio, 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 otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”**. Insiste en la aplicación de las provisiones del convenio a los territorios de los pueblos indígenas, resaltando que **“la utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”**.

En consecuencia, las tierras indígenas, de gran importancia para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, implican que sus derechos colectivos cuenten con la oportunidad de desenvolverse de distinta manera, en la integridad de un espacio vital que puede estar conformado por un mosaico de conceptos basados en el dominio, uso o acceso a terminadas áreas geográficas.

De otro lado, urge precisar que existe un alto porcentaje de proyectos y medidas sujetos a consulta previa que pueden tener implicaciones y efectos significativos dentro de los territorios indígenas y sobre los recursos existentes en ellos. Por esas razones, la mayoría de los pronunciamientos del derecho internacional sobre consulta previa hacen alusión a la importancia de las tierras, los territorios y los recursos para los pueblos y comunidades indígenas, y a los efectos que esa relación tiene en la consulta previa y los derechos y deberes que surgen de ella (CIDH, 2012, FJ. 146 Y 147).

La CIDH ha señalado que de este vínculo dependen, entre otras cosas, las tradiciones, las expresiones orales, las costumbres, las lenguas, las artes, los rituales, los conocimientos relacionados con la naturaleza, las artes culinarias y, en general, todo el patrimonio cultural que se transmite de generación en generación en función del entorno ambiental.

En varias oportunidades, la Corte ha establecido que la relación entre comunidad y territorio es en sí mismo objeto de protección, afirmando que:

“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 y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, incluso para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

Es importante anotar el carácter colectivo de la **“propiedad”** de estos territorios y lo que de esto se desprende. Hay quienes asumen que siendo una **“propiedad”**, los territorios indígenas deben sujetarse a las reglas del derecho civil y entrar al mercado. Discursos como el de Alan García (2007) o el de Hernando de Soto (2010), tendientes a **“poner en valor”** las propiedades indígenas, ignoran que esta

“propiedad colectiva” es un derecho sustancialmente diferente a una propiedad privada clásica.

Como bien establece Pedro García Hierro (2007), los pueblos indígenas se han visto obligados a garantizar sus territorios dentro de los ordenamientos jurídicos occidentales, que no expresan adecuadamente el conjunto de las relaciones valorativas, culturales y socioeconómicas que los enlazan con su espacio vital. La única alternativa que ha posibilitado el derecho occidental para plasmar este vínculo, es reconocer que los indígenas tienen una relación de **“propiedad”** con sus territorios. Es así que se establece para ellos una **“propiedad colectiva”**, que goza de ciertos atributos y protecciones especiales, que ponen en cuestión el imaginario de las relaciones civiles entre **“el dueño”** y **“el objeto”**.

Por ello, existen limitaciones sustanciales para el ejercicio de los poderes del Estado en cuanto a la utilización productiva de los territorios indígenas. El Convenio 169-OIT es claro al afirmar que el territorio comprende la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de forma permanente o esporádica; aludiendo por **“hábitat”** a un espacio que goza de las condiciones apropiadas para la vida de una comunidad, respetando las diversas formas de relacionarse con la naturaleza que ha desarrollado cada pueblo.

La CIDH ha establecido al respecto:

“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 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.” (CIDH, 2001)

En la DNUPPII se utilizan diversas categorías y justificaciones ético-jurídicas para configurar el derecho al territorio. Así, en su preámbulo alude al derecho **“intrínseco”** (inherente) de los pueblos indígenas al territorio, es decir que el territorio es un elemento constitutivo del mismo sujeto de derecho. También hace

mención al “**despojo histórico**” que sufrieron los pueblos por efecto de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos; lo que justifica su reapropiación y especial protección.

Podemos entender entonces que la territorialidad no es sólo un área delimitada y reconocida jurídicamente, sino que expresa un tejido social y cultural específico y único, una forma de convivencia entre la naturaleza, los seres humanos y sus sociedades, que se vinculan en un espacio geográfico concreto.

Como ya señalamos, es un instrumento que debe garantizar la pervivencia física y cultural de los pueblos indígenas y brindarles condiciones para un desarrollo endógeno, con autonomía no solo política y cultural, sino también alimentaria y productiva.

3. SITUACIONES QUE AMERITAN LA REALIZACIÓN DE UNA CONSULTA

El criterio general que establece el Convenio 169-OIT, es que toda decisión administrativa o política que pueda afectar a los pueblos indígenas debería ser previamente consultada por los Estados; es decir que no hay una delimitación total de las materias o situaciones a consensuar.

No obstante, cabe tomar nota de los diferentes temas que ya han sido taxativamente definidos como situaciones en que se pueden ver afectados los intereses indígenas y por ende son plausibles de consulta previa.

Así, tenemos que el Convenio 169-OIT señala que debe procederse a una consulta previa en los siguientes supuestos:

<u>ARTÍCULO</u>	<u>SUPUESTO</u>
Artículo 7.1	Para decidir cuáles son sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo; los pueblos indígenas deben controlar su propio desarrollo económico, social y cultural
	Cuando se formulan, implementan y/o evalúan los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente
Artículo 7.2	Con respecto a cualquier medida que busque el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación
Artículo 7.3	Cuando se realizan estudios para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener incidencia sobre los pueblos indígenas

Artículo 7.4.	Antes de tomar medidas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios donde habitan los pueblos indígenas
Artículo 15.1	Antes de tomar decisiones de cualquier tipo acerca de la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios, cuando estos por ley pertenezcan al Estado
Artículo 15.2	Para determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en las tierras que ocupan o utilizan
Artículos 16.2 y 16.4	Para consentir un traslado excepcional de sus tierras o de acordar una restitución de tierras en el caso de que el retorno no sea posible
Artículo 17.2	Cuando se discuten sus facultades en torno a la enajenación de sus tierras o de los mecanismos para transferir de otra manera sus derechos sobre estas tierras a personas ajenas a sus comunidades
Artículos 22.2 y 22.3	Para disponer programas de formación adecuados (basados en su entorno económico, sus condiciones sociales, su cultura y sus necesidades concretas) si los existentes no lo son a fin de determinar la organización y el funcionamiento de estos programas.
Artículo 27	Para desarrollar y aplicar programas y servicios de educación a fin de que estos respondan a sus necesidades particulares

La DNUPPII, además de generalizar el consentimiento según hemos comentado, establece nuevos supuestos donde se requiere la consulta, la participación y el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas:

<u>ARTÍCULO</u>	<u>SUPUESTO</u>
Artículo 14.3	Cuando se adopten medidas para asegurar que los niños indígenas reciban educación en su propio idioma y en su propia cultura
Artículo 15.2.	Para adoptar medidas destinadas a combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover la tolerancia y las buenas relaciones con los demás sectores de la sociedad
Artículo 17.2.	Cuando se prevean medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo perjudicial
Artículo 23	Cuando se elaboren prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo, especialmente en lo referido a la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan
Artículo 27	Al momento de establecer un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y

	adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma
Artículo 29.3	Cuando se trate de elaborar programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de pueblos indígenas afectados por actividades contaminantes
Artículo 30.2.	Antes de considerar la utilización de tierras o territorios indígenas para actividades militares
Artículo 31.2.	Antes de adoptar medidas para reconocer y proteger los derechos sobre su patrimonio cultural
Artículo 32.1.	Para determinar las prioridades y estrategias para el desarrollo o utilización de sus tierras
Artículo 32.2.	Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de sus recursos minerales, hídricos o de otro tipo
Artículo 36.2.	Cuando se planifiquen iniciativas tendientes a reforzar los vínculos de aquellos pueblos divididos por fronteras nacionales
Artículo 38.	Para adoptar las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, que permitan alcanzar los fines establecidos de la propia Declaración

4. DEFINICIÓN DE INDÍGENA. REPRESENTACIÓN DEL INDÍGENA.

El derecho internacional no ha adoptado un concepto unívoco para definir a los pueblos indígenas. No obstante, sí ha establecido determinados criterios para que se puedan identificar a los mismos; los cuales pasamos a señalar a continuación:

- a) **Criterio objetivo:** aquellos pueblos que pre-existen a los Estados actuales y que en la actualidad conservan en todo o en parte sus instituciones sociales, políticas, culturales, o modos de vida.
- b) **Criterio subjetivo:** la autoidentificación como indígena de quienes han decidido reconocerse como tales.

Otra característica esencial para que un pueblo pueda ser definido como indígena, es la relación de desventaja con otros pueblos y con la sociedad mayor dentro de su respectivo país. La idea de despojo, desatención, desconocimiento de derechos o negación de identidades, es el subtexto de todo el sistema de protección de los derechos indígenas.

Para que la consulta sea efectiva y cumpla el fin de proteger los derechos de los pueblos indígenas, resulta necesario que se lleve a cabo con las comunidades afectadas, las personas que las representen legítimamente y las personas u

organizaciones que ellas mismas designen para tal efecto. Sobre el particular, el Convenio N° 169 dispone que se debe ***“consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”***.

Ello pasa por facilitar y reconocer una conexión, un correlato entre el concepto descrito sobre pueblos indígenas líneas arriba y las instituciones sociales asumidas como tales en un país. Tales instituciones sociales, de carácter comunal o colectivo y con caracteres culturales especiales deben entenderse entonces como la expresión de un pueblo indígena en su integridad o, cuanto menos, como parte de él. Ello es lo que en principio debe ayudarnos a reconocer a las organizaciones o instituciones propias de estos pueblos llamadas a ejercer su representación en un proceso de consulta previa.

Ahora bien, aunque existe una clara orientación de reconocer a las instituciones sociales como entidades legítimas de representación para efectos de una consulta, este tema deviene en uno de los más complicados en términos de aplicación del derecho. La representación de los pueblos indígenas puede ser muy diversa, y la materia a consultar en algunos casos puede ser de interés puramente local y en otros no.

En ese sentido, si lo que se ha previsto es consultar a cada pueblo indígena mediante sus representantes conforme a sus costumbres y tradiciones, debemos señalar la posibilidad de que en algún país no se encuentre generalizada la representación por pueblo o etnia. Esto responde a toda una historia de las organizaciones y los procesos políticos, sociales, económicos, ambientales, etcétera, que han tenido que enfrentar.

Por ello, la aplicación de la consulta directamente a las comunidades, a sus organizaciones intermedias o a las organizaciones nacionales indígenas, es un tema que se define caso por caso y que exige una mayor precisión en el desarrollo legal, considerando los procedimientos internos que debe prever cada país, dado que el Convenio 169-OIT es bastante laxo al respecto.

Lo que sí está meridianamente claro es que, en ningún caso, el Estado puede imponer una representación o arrogarse la potestad de decidir sobre quién representa a los indígenas.

5. CONDICIONES Y GARANTÍAS PARA UN ADECUADO PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA

La precisión en torno al desarrollo mismo de un proceso de consulta es materia de normas de orden interno dentro de los países que han suscrito el Convenio N° 169. El procedimiento deberá ser flexible, dependiendo de las condiciones y circunstancias de cada país o región, tal como lo manifiesta el Convenio N° 169, artículo 34°, al decir que: ***“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”.***

Sin embargo, sí se han establecido en el derecho internacional parámetros generales comunes a cualquier proceso de consulta, que limitan el ámbito discrecional que tienen los Estados sobre su implementación.

5.1. LA “BUENA FE” EN LA REALIZACIÓN DE LAS CONSULTAS

En el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, se establece 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”.*** Asimismo, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que ***“los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas y de aprobar proyectos que los afecten”.***

El contenido del concepto de “buena fe” es bastante laxo, pero ha sido profundizado por los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT.

5.2. LA CONSULTA DEBE SER PREVIA A LA MEDIDA O DECISIÓN

Sobre la oportunidad de la consulta, los pronunciamientos de distintos organismos internacionales coinciden en que ésta se desnaturaliza si no se lleva a cabo antes de tomar la medida o de realizar el proyecto que podría afectar a los pueblos indígenas. En ese orden de ideas, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que la admisibilidad de las medidas que afecten a los pueblos indígenas, incluidas las legislativas, depende de que las comunidades ***“hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de***

adopción de decisiones relativas a esas medidas”. (Comité de Derechos Humanos de la ONU, 2000, párr. 9.5)

En relación con los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, tanto el Convenio 169-OIT como la Declaración de los Pueblos Indígenas establecen explícitamente que la consulta debe realizarse antes de su aprobación. Adicionalmente, la CEACR, el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han reforzado este punto, afirmando que la consulta debe hacerse antes de otorgarse las licencias ambientales u otorgar permisos sobre los proyectos que aprovechen recursos en sus territorios.

Respecto a los planes de desarrollo o inversión, el Convenio 169-OIT establece que los pueblos interesados tienen el derecho a participar en todas las fases de los planes y programas al respecto, lo que implica una participación previa a la realización de ellos.

5.3. LOS CONSULTADOS DEBEN CONTAR CON INFORMACIÓN ADECUADA

El derecho internacional ha sostenido el deber de brindar información completa a las comunidades consultadas. La CIDH ha establecido que el deber de consultar ***“requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes”***. Asimismo, ha dispuesto que el Estado debe asegurarse de que los miembros de las comunidades consultadas ***“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”***.

Sobre el particular, el Foro Permanente sobre Pueblos Indígenas de la ONU ha establecido que las comunidades deben tener, como mínimo, información sobre:

“[...] a. la naturaleza, el tamaño, la reversibilidad y el alcance de cualquier proyecto o actividad propuestos; b. las razones por las que se quiere llevar a cabo dicho proyecto, c. la duración del mismo; d. las áreas que serían afectadas; e. las asesorías preliminares donde se establezcan los posibles impactos económicos, sociales, culturales y ambientales de los proyectos; f. el personal que estaría involucrado en la ejecución del proyecto propuesto; e. los

procedimientos que tendrían que llevarse a cabo para la realización del proyecto”.

5.4. LA CONSULTA DEBE SER CULTURALMENTE ADECUADA

Otro factor central para que las consultas no se conviertan en mera provisión de información, es el desarrollo de procedimientos culturalmente adecuados. Si bien el Convenio N° 169 y la Declaración de los Pueblos Indígenas simplemente ordenan que la consulta sea a través de ***“procedimientos apropiados”***, la importancia de respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas en el desarrollo de las consultas ha sido reconocida y desarrollada por la OIT, mediante el CEACR, en sus observaciones individuales a Colombia en el 2004 y a México en el 2005.

Asimismo, las consultas deben ***“tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo [...] para la toma de decisiones”***. Si bien los pronunciamientos de derecho internacional no han establecido tiempos fijos dentro de los cuales se debe realizar la consulta, la cuestión temporal ha sido vinculada al respeto por las costumbres y formas de tomar decisiones de los pueblos indígenas. La CEACR ha afirmado que:

“una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y pueden participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”.

5.5. LA CONSULTA COMO MEDIO PARA LLEGAR A UN ACUERDO

Conforme al Convenio 169-OIT, la consulta debe tener como propósito la búsqueda de un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas sobre la materia consultada. Sobre este punto, por demás complejo, abundamos en el punto siguiente, pero cabe señalar previamente dos ideas elementales:

- Por un lado, ya existe un claro consenso internacional sobre el estándar mínimo relativo al procedimiento de consulta previa. Esta no puede ser concebida como un simple trámite para comunicar decisiones estatales o recoger percepciones en torno a hechos consumados. El proceso debe concebirse y desarrollarse como un verdadero diálogo intercultural orientado a buscar un consenso entre las partes. Esto conlleva que ambos partícipes

del diálogo evalúen posibilidades, alternativas a las propuestas originales, mecanismos de conciliación, etcétera.

- Por otro lado, la consulta no debe ser concebida como un momento puntual o un procedimiento aislado. Los Estados tienen la obligación de generar condiciones adecuadas e institucionalidad sólida, para entablar diálogos permanentes y respetuosos con los pueblos indígenas. Al respecto, la CEACR ha establecido que la consulta prevista por el Convenio 169-OIT no se limita a un procedimiento en un caso preciso, sino que **“*tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas*”**, lo cual supone **“*un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines*”**.

6. EFECTOS DE LA CONSULTA Y EJECUCIÓN DE SUS RESULTADOS

Está claramente señalado que los Estados tienen la obligación de realizar las consultas a los pueblos indígenas en las condiciones ya explicadas. Por aplicación de los principios generales del derecho -y del sentido común- existe la subsecuente obligación, de ambas partes, de cumplir con los consensos y acuerdos que resulten de estos procesos de consulta; máxime si es lo que se busca como objeto del proceso de consulta.

La polémica se instala sobre los supuestos en que no exista acuerdo o consentimiento sobre la medida o actividad propuesta por los Estados. ¿Existe un derecho al consentimiento previo, libre e informado como tal? ¿O el derecho se agota en el mecanismo de diálogo, quedando la decisión final a criterio de los Estados?

Sobre el particular debemos recordar lo previsto por el propio Convenio N° 169 en sus artículos:

- 6°.2. **“*Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*”**
- 16°.2. **“*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. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación*”**

sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.

En ese sentido:

“Será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado. Es decir que la expresión «procedimientos apropiados» debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que se obtenga el consentimiento.” (Consejo de Administración de la OIT, 289ª reunión, marzo de 2004, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, pár. 89.).

Asimismo, la CIDH en su sentencia en el caso Saramaka vs. Surinam (2007) ha establecido que en el caso de megaproyectos que puedan afectar el modo de vida de los pueblos (como pasa en los supuestos de traslados por la construcción de presas o ciertas actividades extractivas) no basta la búsqueda de acuerdos, sino que se requiere el consentimiento previo, libre e informado. Cabe recordar que la DNUPPII establece ciertos casos en los que se requiere el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos para que el Estado pueda tomar ciertas decisiones dado que ellas son de alto riesgo para la integridad de los pueblos, como realizar desplazamientos poblacionales, actividades militares en territorios indígenas, almacenar residuos tóxicos, etcétera.

Así, debemos afirmar que arribar a un acuerdo es un fin que siempre buscará, como resultado final de la consulta, la adopción de decisiones estatales que busquen respetar los derechos afectados, es decir, sin afectar al núcleo duro de los mismos; caso contrario los estaría desnaturalizando. Tales decisiones (que pueden suponer la concreción o la negación de la medida propuesta) pueden partir de:

- Un acuerdo total entre el Estado y el pueblo indígena consultado.
- El logro de acuerdos parciales respecto de la integridad de la medida que afecta directamente los derechos colectivos de algún pueblo indígena.
- La inexistencia de acuerdos como producto del proceso de consulta.

De otro lado, debemos rescatar una dimensión adicional que presenta la consulta. Esta no sólo debe ser entendida por los fines que persigue como procedimiento, sino que es a la vez un requisito ineludible para que el Estado tome una decisión determinada.

Esto obedece al hecho de que el ejercicio del derecho a la consulta indígena supone su ejecución obligatoria por parte del Estado en caso se afecte directamente algún derecho colectivo de los pueblos indígenas, implementando procedimientos adecuados en torno a los fines ya mencionados. Si la implementación no se lleva a cabo, la medida adoptada podrá ser impugnada como inválida: una medida de carácter administrativo podrá ser tachada de nula, y una legislativa podrá ser calificada como inconstitucional.

CAPITULO III
COMENTARIOS A LA LEY N° 29785, QUE DESARROLLA EL DERECHO A LA
CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS,
RECONOCIDO EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT

1. ARTÍCULO 1º: OBJETO DE LA LEY

El artículo 1º de la Ley de Consulta previa se trata de una norma de carácter general que presenta el objetivo de la ley. Del mismo modo, el artículo en mención y plantea las fuentes normativas que permitirán interpretar el contenido de las diferentes disposiciones. En ese sentido, la doctrina sostiene que se pueden desprender varias reglas de este artículo. La primera regla que se puede desprender es que las normas de rango legal y reglamentario deben ser interpretadas de conformidad con las normas de rango constitucional. Lo señalado puede sonar evidente para los especialistas en Derecho, pero en la realidad no lo es tanto, pues aún existen 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 (RUIZ, 2012, p. 70).

Efectivamente, el ordenamiento jurídico debe ceñirse a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. Así, la validez de cada disposición de esta ley estará en función que se ajuste y que no desnaturalice el Convenio 169 de la OIT, caso contrario, la disposición legal de esta ley que la refute tendrá un problema de validez material. Es decir, tendrá un vicio de nulidad conforme a lo señalado en el párrafo *in fine* del artículo 31º de nuestra carta magna vigente.

Del mismo modo, 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 (previstas en el artículo 51º y en el segundo párrafo del artículo 138º de nuestro texto constitucional de 1993). En caso de contradicción entre las normas del Convenio y las de rango legal o reglamentario, prevalecerán el Convenio en mención en atención a su jerarquía jurídica, resultando nulas las de inferior jerarquía.

Debe advertirse que no se trata de separar las normas de rango constitucional (que involucra a las normas del derecho internacional) y las que tienen rango legal o reglamentario (infra legal) de las normas de rango legal o legislativo. Todas las

normas, forman parte de un ordenamiento jurídico único. Por ende, deben ser interpretadas de forma armónica. Asimismo, no existe dos ordenamientos jurídicos sino uno solo (RUIZ, 2012, p. 75).

La principal crítica establecida por la doctrina especializado reside en 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 (RUIZ, 2012, p. 75).

La función pedagógica que las normas cumplen, requería precisar esto en el texto. De lo contrario, una interpretación literal del artículo 1 por parte de operadores jurídicos, que desconozca esta jurisprudencia podría dar pie a interpretaciones restrictivas. Tal vez debió considerarse en el texto de la ley, según lo señala la doctrina especializada, que este artículo sea interpretado de conformidad con el Convenio 169 de la OIT **“y su desarrollo jurisprudencial por los órganos jurisdiccionales competentes”**. Por ello, los especialistas sostienen que 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 CIDH, en la medida en que la interpretación de estos tribunales se **“adhiera”** a las disposiciones del mencionado instrumento de protección de los derechos de los pueblos indígenas. (RUIZ, 2012, p. 76).

De otro lado, es menester 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 involucra que el DIDH será empleado para precisar el contenido de cada uno de los derechos fundamentales, para rellenar los vacíos y las lagunas. En tanto que la fuerza normativa implica que el Convenio 169 de la OIT y el resto del DIDH constituyen verdaderos criterios de validez de las normas de rango inferior.

Por último, habrá que tener cuidado al momento de aplicar la jurisprudencia del TC, toda vez que existen fallos que han hecho importantes desarrollos del derecho a la consulta y de los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, existen otros fallos, cuyo desarrollo jurisprudencial resulta errático y zigzagueante, incluso en las que el propio TC después ha rectificado. El inconveniente dichos fallos es que por un lado desarrollan importantes conceptos, y de otro lado, al momento de resolver el caso concreto, desprotegen a los pueblos indígenas. Por ello, no deberán ser

aceptados aquellos fallos que resulten incompatibles con el Convenio 169 de la OIT y con el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH (RUIZ, 2012, p. 77).

2. ARTÍCULO 2º: DERECHO A LA CONSULTA

Es artículo 2º de la Ley es una de las normas medulares de la ley en la medida en que precisa el contenido del derecho a la consulta previa. El artículo en mención retoma el contenido del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Efectivamente, el legislador precia que la consulta procederá cuando se afecten los derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo (RUIZ, 2012, p. 85). Un punto importante que deberá revisarse 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. Lo expresado anteriormente, ha sido considerado por la doctrina pues 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. No obstante, el artículo precitado restringe la consulta a los derechos colectivos. Esta distorsión ha sido introducida por el TC (Exp. N° 00025-2009-PI, f.j. 28). Esta tesis de solo consultar la afectación de los derechos colectivos no estaba en la STC N° 00022-2009-PI.

3. ARTÍCULO 3º: FINALIDAD DE LA CONSULTA

El artículo 3º recoge lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, sin embargo, objetivamente agrega una precisión, la cual esta referida 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 Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas (en adelante DNU DPI) no restringen la consulta a la afectación de derechos colectivos. Ambos cuerpos normativos supranacionales hablan solo de afectar a los pueblos indígenas. De otro lado, la doctrina especializada señala que, el artículo plantea dos escenarios. El primer escenario se presenta cuando los pueblos indígenas dan su consentimiento a la propuesta del Estado. En tanto que, en el segundo 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 (RUIZ, 2012, p. 96). Desde nuestro punto de vista, somos de la opinión que este segundo escenario será 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. No obstante, algunos podrán decir con razón que, si está reconocido, cuando la disposición hace referencia al consentimiento. Sobre el particular **RUIZ** (2011, p. 274) discrepa con esa posición señalando que: ***“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.

4. ARTÍCULO 4º: PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO A LA CONSULTA

4.1. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El requisito de la oportunidad es en realidad una exigencia que pone a prueba si se tiene una real intención de efectuar el proceso de consulta previa, o si en realidad se quiere cumplir una formalidad carente de sentido. La idea de realizarlo antes es precisamente porque se considera importante y necesario la opinión de los pueblos indígenas u originarios, y se espera escuchar a los pueblos indígenas con miras a incorporar 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.

4.2. INTERCULTURALIDAD

El principio de interculturalidad es una manifestación del derecho a la identidad cultural; el cual se encuentra reconocido en el artículo 2 inciso 19 de nuestro texto constitucional. Dicho derecho es una pieza clave que ayuda a entender no solo este principio sino el propio derecho a la identidad cultural. En consecuencia, resulta clave comprender el contenido constitucional derecho a la identidad cultural tal como lo ha reconocido el propio Estado. En ese orden de ideas, resulta relevante traer a colación la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, en el que se define al derecho a la identidad étnica como:

“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”.

De la glosa en mención, debemos advertir que en el literal d) se admite que el derecho a la consulta forma parte del contenido constitucional del derecho a la identidad cultural (RUIZ, 2012, p. 110). Lo expresado anteriormente ha sido reconocido por el fallo emitido por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00022-2009-AI (Fj. 5). Debe advertirse que, en la sentencia anterior el TC lo había reconocido (STC N° 03343-2007-AA/TC, Fj. 30)

Sobre el principio de interculturalidad. Quizá una buena definición de este principio es el propuesto por **GIMÉNEZ** quien denomina el principio de la interacción positiva (GIMÉNEZ, 2003, p. 13). 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 especí fi ca está en su énfasis en el terreno de la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciados”*** (GIMÉNEZ, 2003, p. 13).

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

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 (GIMÉNEZ, 2003, p. 13). 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 pacífica de la conflictividad interétnica, de la que nada o poco dicen los multiculturalistas. Si el multiculturalismo aborda la diversidad, el interculturalismo trata de ver cómo construir la unidad en la diversidad (GIMÉNEZ, 2003, p. 13).

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 del referido dispositivo normativo establece 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”.

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.

4.3. BUENA FE

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. (RUIZ, 2012, p. 122)

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.

4.4. FLEXIBILIDAD

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 fórmulas 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 (RUIZ, 2012, p. 128).

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.

4.5. PLAZO RAZONABLE

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 (RUIZ, 2012, p. 132). Un buen ejemplo de cómo no deben ser las cosas, es el artículo 9 del Reglamento de consulta previa de las actividades minero energéticas, aprobado mediante D.S. 023-2011-EM. En él se puede apreciar cómo los estrechos plazos de la consulta en el Reglamento desnaturalizan el “**proceso**” de consulta. Se establece que los pueblos indígenas tendrán 20 días hábiles luego de recibir la información para evaluar las implicancias de la medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas (art. 9.a). Luego se tendrán 20 días hábiles para el proceso de diálogo con el

Estado. Se trata de plazos sumamente rígidos y estrechos que en los hechos anulan el proceso de consulta. Esto compromete el principio de buena fe del Estado, el cual establece según el TC ***“que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran”*** (STC N° 00022-2009-PI/TC, f.j. 30)

4.6. AUSENCIA DE COACCIÓN O CONDICIONAMIENTO

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 (RUIZ, 2012, p. 134).

4.7. INFORMACIÓN OPORTUNA

El inciso 7) del artículo 4° de la Ley hace mención a una de las principales condiciones para que se efectúe a cabalidad un proceso de consulta. Debemos destacar que se señala que se debe entregar ***“toda”*** la información, que sea ***“necesaria”***. Del mismo modo, se precisan dos condiciones más: que se brinde ***“desde el inicio”*** y con la ***“debida anticipación”***, suponemos para que sea leída y estudiada. Algunos especialistas sostienen que hubiera sido pertinente incidir en que la información sea accesible y comprensible, es decir, no solo que esté en términos claros y sencillos, sino traducida a la lengua nativa. Ello debió reconocerse.

5. ARTÍCULO 5°: SUJETOS DEL DERECHO A LA CONSULTA

La norma reitera lo dispuesto 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 interrogante que conviene ser analizada 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 reside 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.

6. ARTÍCULO 6°: FORMA DE PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

RUIZ señala dos puntos que deben ser destacados 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 (RUIZ, 2012, p. 144). En opinión de la doctrina especializada, ello dependerá del tipo de medida a ser consultada, y fundamentalmente del ámbito territorial comprometido, y obviamente del mandato que los pueblos indígenas les 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. Sobre el particular, estos temas deberán ser analizados y resueltos por los propios pueblos indígenas, en el marco de su autonomía y autodeterminación. (RUIZ, 2012, p. 144-145)

7. ARTÍCULO 7°: CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

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 vínculo con el territorio, no se les aplicaría el Convenio 169 de la OIT, lo cual resulta peligroso pues muchas comunidades fueron expulsadas de sus territorios 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.

8. ARTÍCULO 8º: ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA

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.

9. ARTÍCULO 9º: IDENTIFICACIÓN DE MEDIDAS OBJETO DE CONSULTA

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.

10. ARTÍCULO 10º: IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A SER CONSULTADOS

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 fundamentales, como por ejemplo la propiedad comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados” (CIDH, 2005)

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” (CIDH, 2007).

El derecho a la personalidad jurídica no es un derecho intrascendente, todo lo contrario, el goce y ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas requiere el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas (SALMON, 2010, p. 65). 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” (CIDH, 2005).

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 (SALMON, 2010, p. 65)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 Interamericana de Derechos Humanos considera:

“...que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de 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”
(CIDH, 2007)

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

11. ARTÍCULO 11°: PUBLICIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA

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.

12. ARTÍCULO 12°: INFORMACIÓN SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA

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.

13. ARTÍCULO 13°: EVALUACIÓN INTERNA DE LAS INSTITUCIONES Y ORGANIZACIONES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

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 la 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.

14. ARTÍCULO 14º: PROCESO DE DIALOGO INTERCULTURAL

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.

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.”***

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.

15. ARTÍCULO 15°: DECISIÓN

El artículo 15° es el núcleo principal de la ley de consulta. Este artículo es posiblemente una de las normas que debe ser leída con minuciosidad y detenimiento, toda vez que existen varios mandatos contenidos en 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 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”**.

En ese orden de ideas, 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 carta magna vigente. (RUIZ, 2012, p. 190)

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”

16. ARTÍCULO 16°: IDIOMA

El artículo 16° es una concreción de los derechos lingüísticos reconocidos en el inciso 19) del artículo 2° nuestro texto constitucional vigente y en el artículo 12° del Convenio 169 de la OIT. Cabe indicar que el referido artículo precisa en su parte *in fine* lo siguiente: ***“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.

De acuerdo a los especialistas, el artículo 16° de la Ley de Consulta Previa contiene dos mandatos; el primero mandato contenido en el referido artículo es que se tome en cuenta la diversidad lingüística, y el segundo mandato 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.

17. ARTÍCULO 17°: ENTIDAD COMPETENTE

El artículo en mención 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 demandará infraestructura física, equipos y recursos económicos, bibliográficos entre otros.

18. ARTÍCULO 18º: RECURSOS PARA LA CONSULTA

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 Estado del deber de crear y desarrollar una organización y procedimientos necesarios adecuados para la efectiva concreción de los derechos fundamentales.

19. ARTÍCULO 19º: FUNCIONES DEL ÓRGANO TÉCNICO ESPECIALIZADO EN MATERIA INDÍGENA DEL PODER EJECUTIVO

El artículo 19º 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 (RUIZ, 2012, p. 167).

Ante tal interrogante, resulta necesario revisar el tercer párrafo del artículo 9º de la ley, la cual 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.

No obstante, si uno revisa el literal d) del artículo 19° del precitado cuerpo normativo, 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 interrogante 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. Debíó de optarse por alguna de las dos funcione.

20. ARTÍCULO 20°: CREACIÓN DE LA BASE DE DATOS OFICIAL DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

El artículo 20° propone la creación de una base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios. Dicho artículo es parte de la institucionalidad que debe construirse para la realización de los procesos de consulta. Para la doctrina especializada este tipo de herramientas serán fundamentales para la identificación de los pueblos indígenas. Ciertamente, 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). (RUIZ, 2012, p. 218)

21. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

21.1.PRIMERA

La primera disposición complementaria final de la Ley de Consulta Previa precisa que las funciones de órgano técnico especializado serán asumidas por el Viceministerio de Interculturalidad. Esta disposición deberá ser interpretada en concordancia con los artículos 19° y 20° de este cuerpo normativo que disponen cuáles son 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 Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroamericanos (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. A decir de la doctrina, esta situación debe definirse, tal y como lo señala **LA ROSA** (s/f), 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 **LA ROSA** (s/f), 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, el citado autor propone entonces primero una reforma legal al más alto nivel, que 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. Asimismo, el autor en mención -citado por **RUIZ**- 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. (RUIZ, 2012, p. 219)

21.2.SEGUNDA

La Ley de consulta previa dispone en su segunda disposición complementaria final, que este cuerpo normativo 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.

Esta segunda disposición complementaria es sumamente preocupante toda vez que intenta “sellar” lo siguientes cuestionamientos:

“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” (RUIZ, 2012, p. 221).

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.

21.3. TERCERA

La tercera disposición complementaria final, dispone la derogación del D.S. N° 023-2011-EM, la cual aprueba el reglamento el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas. Ante lo expuesto, la doctrina cuestiona si era necesario derogar todo el citado dispositivo normativo. En opinión de la doctrina especializada, si bien este cuerpo normativo 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. Sobre el particular, **RUIZ** sostiene que el mencionado decreto debió ser retomado y ciertamente corregido las disposiciones que contradicen el Convenio, y llenado los vacíos de los cuales adolecía. (RUIZ, 2011, p. 370)

CAPITULO IV
ANÁLISIS DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA, DECRETO
SUPREMO N° 001-2012-MC

1. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL REGLAMENTO

1.1. LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA EN EL TIEMPO

En el Derecho Internacional, los Estados y las organizaciones internacionales tienen la posibilidad de suscribir tratados internacionales, con lo cual se obligan a respetarlos a partir de su entrada en vigor, o de su ratificación. Una vez que estos instrumentos internacionales empiezan a generar efectos jurídicos, se desprende la segunda gran obligación que deriva de los tratados internacionales: los Estados deben adecuar su ordenamiento interno a estas normas del ordenamiento jurídico internacional (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 39)

La adecuación antes mencionada puede darse mediante dos procesos distintos: El primer procedimiento consiste en que, para que las normas del Derecho Internacional sean efectivas dentro de un Estado, este debe producir un conjunto de leyes que desarrollen el contenido de las normas del tratado. El segundo procedimiento posibilita que las normas de los tratados internacionales se hagan parte del ordenamiento jurídico interno de un Estado, al mismo tiempo que este las ratifica.

El Estado peruano ha optado, mediante el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, por el segundo procedimiento, dado que manifiesta que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Esto quiere decir que en el Perú no es necesario legislar para que se apliquen las normas de un tratado internacional. Si estas no son aplicadas desde el momento en el que se ratifica el tratado internacional y este entra en vigor, el Estado estaría incumpliendo la norma constitucional antes citada. Por lo tanto, el Estado peruano no podrá argumentar la falta de una ley interna para dejar de cumplir un tratado internacional. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 39)

Es por ello que, en el caso del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, este debió ser aplicado desde el año 1995, en el cual el Convenio N° 169 de la

OIT entró en vigor para el Perú. Desde ese momento, todas las medidas administrativas o legislativas que puedan afectar a los pueblos indígenas debieron ser consultadas. Aquello que cumpliendo con estas características no fuese consultado, está fuera del marco legal y debe ser corregido; más aún si el tratado vulnerado es uno de derechos humanos, pues, según el propio Tribunal Constitucional del Perú, posee rango constitucional (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 39)

Lo grave es que el Estado peruano, a pesar de haber ratificado el Convenio N° 169 de la OIT, ha venido adoptando un conjunto de medidas que atentan contra los derechos de los pueblos indígenas sin consultarles previamente. En consecuencia, todos estos actos que producen efectos jurídicos devendrían en nulos por carecer de legalidad. Frente a esto, el Estado peruano se ha esforzado en afirmar que desde que entró en vigencia el Convenio N° 169 de la OIT, se han realizado procedimientos en los cuales la población ha participado; sin embargo, en esta argumentación claramente se confunden dos derechos de distinta naturaleza.

El derecho a la participación es una prerrogativa que le asiste a todos los ciudadanos de un Estado de involucrarse en los asuntos públicos, y además puede versar sobre cualquier materia de orden público: presupuesto de la nación, formulación de políticas públicas, elección de representantes, etc. La finalidad del derecho a la participación difiere de la finalidad del derecho a la consulta de los pueblos indígenas: lograr acuerdos o consentimiento.

Cabe mencionar que el derecho a la consulta es de titularidad de los pueblos indígenas y tribales que habitan en el Perú y se aplica, según el propio Convenio N° 169 de la OIT, cada vez que se adopte medidas legislativas o administrativas que las afecten directamente. Esto quiere decir que cuando, se necesiten normas jurídicas que regulen el sistema de propiedad de los pueblos indígenas, estas deberán ser consultadas; ocurre lo mismo cuando se pretende otorgar a un particular, derechos sobre los recursos naturales existentes en los territorios indígenas.

El proceso de consulta, como ya lo adelantáramos, tiene como finalidad lograr acuerdos o el consentimiento de los pueblos indígenas. Respecto a los

acuerdos, estos deberán ser cumplidos y una vez alcanzado el consenso, el Estado está obligado a respetarlo. La controversia se genera a partir del consentimiento. Los tribunales internacionales en diversa jurisprudencia han señalado que este será absolutamente necesario cuando se ponga en riesgo la sobrevivencia del pueblo o de su cultura (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 40)

De acuerdo a lo anteriormente planteado, ¿qué le correspondería hacer al Estado peruano con los actos jurídicos que ha realizado desde 1995, sin observar un tratado internacional de Derechos Humanos, como es el Convenio N° 169 de la OIT? Estos actos son nulos y no tendrían que desplegar efectos jurídicos y, por lo tanto, se tendrían que reiniciar todos los procedimientos ya concluidos por medio de los cuales se haya afectado los derechos de los pueblos indígenas (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 40).

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional Colombiana, que ordena la suspensión de proyectos o declara la inconstitucionalidad de las leyes y estatutos, como la Ley General Forestal o el Estatuto de Desarrollo Rural, por no haber sido consultados previamente. Así, por ejemplo, esta Corte ha suspendido el llenado de un embalse ubicado en territorio indígena, las actividades de exploración de petróleo y las actividades de exploración y explotación de oro y cobre, hasta que no se realice la consulta previa (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 41).

1.2. AFECTACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE, PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD

Concebir a la consulta como un procedimiento único, que solo atienda parámetros objetivos, es deslegitimarla y anular los objetivos para los que está pensado desde el inicio. La realidad nos demuestra que no todos los supuestos que justifican la realización de la consulta son iguales y que la propia dinámica de los pueblos es distinta, con lo cual implementar el proceso sin atender a las particularidades de cada pueblo y de cada supuesto es en vano.

Precisamente por estos motivos se ha concluido que el principio de flexibilidad también debe ser observado en todo el proceso de consulta a los pueblos indígenas. Esto ha quedado establecido en el artículo 6.2 del Convenio N° 169

de la OIT cuando manifiesta que las consultas llevadas a cabo en aplicación del Convenio deben efectuarse **“de manera adecuada a las circunstancias”** (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 41).

El cumplimiento del plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan informarse y decidir formar parte del propio principio de flexibilidad. No sería legítimo un proceso de consulta en el que los plazos no sean adecuados para cada uno de los pueblos, sin atender a sus propios procedimientos y particularidades. Estos plazos deberán variar dependiendo de la medida que se esté consultando. El plazo razonable también guarda relación con el principio de buena fe, en tanto se permite el correcto desarrollo del diálogo; en la medida que los pueblos han tenido el tiempo suficiente para razonar en torno a la situación a la que se encuentran.

1.3. CONSENTIMIENTO, COMO EXPRESIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN

La normativa internacional, así como la nacional, son claras al reconocer entre los derechos de los pueblos indígenas el derecho a la autodeterminación, es decir, la capacidad de decidir sobre sus prioridades y la forma en la que van a regir su vida como comunidad. En base a esta autonomía, los pueblos indígenas podrán decidir acerca de las formas de elección de sus representantes, las formas en que solucionan sus conflictos, sus tipos de intercambio y su forma de desarrollo.

Es esta autonomía también la que impide que actores extraños a la comunidad interfieran en las formas de organización de la comunidad. Pretender otorgar derechos sobre sus territorios, por ejemplo, negaría la autodeterminación ya reconocida. Es por ello que cada vez que se pretenda penetrar en ámbitos indígenas es necesario que esta intervención, para ser resguardada por la legalidad, cuente con el consentimiento de los pueblos indígenas. Es esta atribución la que exigiría que los pueblos indígenas sean siempre consultados, no únicamente cuando se ponga en riesgo su sobrevivencia o la de su cultura. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 41)

Por otro lado, las Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre los asuntos de los pueblos indígenas señalan que el

consentimiento libre implica ausencia de coerción, intimidación o manipulación. Asimismo, el consentimiento informado significa que el Estado debe suministrar información que abarque por lo menos lo siguiente:

- La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto.
- Las razones o el objetivo del proyecto y/o la actividad.
- La duración del proyecto o actividad.
- La ubicación de las áreas que serán afectadas.
- La evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución.
- El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto.
- Los procedimientos que puede entrañar el proyecto.

1.4. VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE GOBIERNOS REGIONALES (ARTÍCULO 2, 2.3) Y ATRIBUCIONES DEL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD (ARTÍCULO 28.3, 9.2)

El artículo 2 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades precisan que ambas instancias de gobierno gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 41)

En ese sentido, los gobiernos locales y los gobiernos regionales -en atribución de sus funciones-, dictan medidas de manera permanente, de modo que algunas de estas normas podrían afectar los derechos de los pueblos indígenas de su jurisdicción y, por lo tanto, debieran ser consultadas a través de procesos de consulta, impulsados por estas instancias de gobierno.

Asimismo, el proceso de descentralización tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país, la igualdad de oportunidades y la lucha contra la pobreza. Para ello se plantea -entre otros temas-, incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad, y superando toda clase de exclusión y

discriminación. La descentralización ha creado gobiernos regionales y locales que han asumido competencias y funciones en nuestro país en materias como salud, educación, medio ambiente, producción, etc. No considerar la participación de los pueblos indígenas en estas áreas y/o no considerar los derechos colectivos sobre estas materias -como el derecho a la consulta-, significaría una violación a las normas del Convenio N° 169 de la OIT y al artículo 2, num. 19 de la Constitución Política (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 41)

En este sentido, el artículo 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta constituye un obstáculo para el propio Estado, pues impide que a través de sus diferentes niveles de gobierno cumpla su rol de garante y responsable de implementar y hacer cumplir las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT:

“Artículo 2.1.

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”.

Por otro lado, en el artículo 2, 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta se optó por lo siguiente: ***“Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Vice ministerio de Interculturalidad (...)”***, consideramos que con este dispositivo se vulnera la autonomía de los gobiernos regionales y locales, por lo siguiente:

- a. ***Se violan los principios de competencia y la autonomía de los gobiernos regionales reconocidos en los artículos 191 y 192.6 de la Constitución.***

Las relaciones entre el Gobierno Nacional y los gobiernos regionales no son de jerarquía, sino de competencia; sin embargo, el artículo 2.3 del Reglamento subordina la decisión de un gobierno regional a la aprobación de un ente estatal del Ministerio de Cultura. Con esto se viola la autonomía normativa y política, y el principio de competencia de los gobiernos regionales, pues una norma reglamentaria del Poder Ejecutivo está configurando competencias de un gobierno regional. Por ejemplo no sería aceptable que un gobierno regional regulara aspectos del gobierno central.

b. Se viola el principio constitucional de jerarquía normativa, contenido en el artículo 51 y 138 (2do párrafo) de la Constitución.

Esto se da en dos momentos: primero, cuando a través de una norma reglamentaria, -es decir de rango infralegal-, como es un decreto supremo se modifican normas de rango legal, como son las leyes orgánicas. Nos referimos a la Ley N° 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 N° 169 de la OIT y la Ley N° 29785.

c. Se ha modificado normas del bloque de constitucionalidad a través de un decreto supremo.

La Ley N° 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) estaría siendo modificada por el artículo 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta, que desarrolla las funciones de un gobierno regional durante la consulta.

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales es una norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, es decir, tiene la misma fuerza que las normas constitucionales para efectos del control constitucional, de acuerdo con el artículo 79 del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, al ser una norma de rango constitucional, no puede ser modificada por un Decreto Supremo como es el Reglamento de la Ley de Consulta (DS N° 001-2012-MC).

Resulta evidente que el caso del proyecto minero Conga de la región Cajamarca ha influido en la restricción de la autonomía a los gobiernos regionales y locales, pero consideramos que hay otras vías para el manejo de estas situaciones, sin necesidad de interferir en la autonomía de los gobiernos regionales y locales.

Consideramos que el artículo 2.3 del Reglamento es inconstitucional. Estamos ante una norma inválida, por contravenir expresas disposiciones constitucionales.

Contra ella cabe una demanda de acción popular, proceso constitucional especialmente diseñado para el control constitucional de normas reglamentarias.

d. ***El Gobierno ha ejercido la potestad reglamentaria de manera inconstitucional, violándose el artículo 118.8 de la Constitución.***

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

1.5. GUÍA METODOLÓGICA

La idea de contar con una guía metodológica surgió durante el proceso de consulta previa del Reglamento y fue una propuesta planteada por las organizaciones indígenas, con el objetivo de contar con una herramienta que permitiera uniformizar criterios entre los distintos sectores y niveles de gobiernos que, conforme a la Ley de la Consulta Previa y del Reglamento, tendrán que encargarse de los procesos de consulta. Asimismo, la Guía Metodológica constituía la oportunidad para definir detalles que orientarían el proceso de consulta al momento de implementarlo, detalles que por su especialidad o variedad resultaba imposible recoger en el texto del Reglamento. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 42)

Sin embargo, llama la atención que su elaboración haya quedado exclusivamente en manos del Viceministerio de Interculturalidad, dejando de lado la participación de las organizaciones indígenas, que son las beneficiarias del derecho y conocen con precisión las singularidades de cada región y los requerimientos en cada circunstancia especial. (Grupo de Trabajo sobre

pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 42)

Este aspecto adquiere mayor relevancia si consideramos que el Reglamento de la Ley indica que varios aspectos de éste serán definidos a través de la Guía Metodológica, y no se limitan con esto a la metodología desarrollada en el artículo 13, sino que también se incluye lo siguiente:

“Artículo 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 a los pueblos indígenas que pudieran ser afectados. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad incluir dicho supuesto en la Guía Metodológica”.

La Guía Metodológica es la que desarrolla las medidas que se adoptarán para garantizar la participación de pueblos sin representantes. Consideramos que los mecanismos de garantía de participación de organizaciones indígenas no son un asunto menor ni de simple metodología, sino que desarrollan los criterios de acceso de determinados pueblos a los procesos de consulta y pueden afectar de forma esencial su derecho. Siendo así, consideramos que, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 6, inciso 1, literal a) del Convenio N° 169 de la OIT, la definición de estas medidas debió formar parte del texto consultado y no quedar relegada a una guía metodológica y a la discreción del Viceministerio de Interculturalidad, una autoridad más política que técnica (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 42).

Por lo anteriormente mencionado, se debe garantizar que la Guía Metodológica se restrinja a aspectos que no afecten derechos de los pueblos indígenas y que debieran ser objeto de consulta y, por otro lado, se debe convocar a las organizaciones indígenas para que participen en su discusión y elaboración.

1.6. ¿CUÁNDO SE REALIZA LA CONSULTA? ¿A PARTIR DE QUÉ MOMENTO?

ARTÍCULOS 3, I) Y 6.

El artículo 2 del Reglamento establece su ámbito de **aplicación. En el caso del Poder Ejecutivo lo constituyen:**

- a) Las medidas administrativas.
- b) Los decretos legislativos.
- c) Las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

En seguida, el artículo 3, literal i), define las medidas administrativas del primer supuesto y señala que estas son: a) las normas reglamentarias de alcance general, b) el acto administrativo que faculta el inicio de la actividad o proyecto y c) el acto administrativo que autorice a la Administración la suscripción de contratos en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Es más, no se desarrollan los supuestos de consulta para planes y programa de desarrollo de alcance nacional, regional y local, una grave omisión que indica la reducida intención de introducir la consulta previa en los procesos de planificación de la gestión pública (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 43).

El Reglamento no es claro respecto a cuándo debe realizarse la consulta en el caso de las medidas administrativas que aprueban el aprovechamiento de los recursos naturales. De acuerdo a los artículos 3, i) y 6 del Reglamento, se interpreta que la consulta se desarrollaría únicamente durante la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental.

Tampoco es claro sobre si se cumplirá para todos los casos de aprovechamiento de recursos naturales, renovables y no renovables. Esto no sólo sucede porque cada sector tiene una legislación especial con respecto al desarrollo del EIA, sino porque el Reglamento no aclara esta situación, tan sólo menciona las opciones sobre las que discrecionalmente decidirá cada sector al momento de regular la consulta en dicho sector. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 43).

En el caso de hidrocarburos, la empresa nacional Perupetro S.A. es la entidad que está facultada a negociar los lotes hidrocarburíferos con terceros o empresas interesadas.

Cuando el Reglamento señala que la consulta debe realizarse antes de la suscripción de contratos, debemos entender que es Perupetro S.A., el que está

obligado a realizar la consulta a los pueblos indígenas respecto a la delimitación de los lotes de hidrocarburos, modalidad del contrato, etc. En este caso, la consulta debería realizarse antes de la suscripción de los contratos y durante la realización de cada uno de los EIA correspondientes a cada etapa del proceso hidrocarburífero, al menos eso es de esperarse.

En el caso de las concesiones mineras, éstas son otorgadas a través del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico- INGEMMET y después de ello se realiza el Estudio de Impacto Ambiental. De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Consulta, se entendería que la última medida administrativa que autoriza el aprovechamiento del recurso sería este instrumento de gestión ambiental, pero por la falta de claridad de esta nueva norma, se podría entender que en el caso de minería, la última medida podría ser la autorización de operaciones que realiza la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, que es posterior a la aprobación del EIA (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 43)..

En el caso de los proyectos eléctricos, el Estudio de Impacto Ambiental es previo a la concesión definitiva para la construcción del proyecto eléctrico. Si bien es cierto que el EIA se realiza en paralelo o posterior al otorgamiento de la concesión temporal, potestad que se le da al concesionario para realizar estudios de viabilidad técnica y económica, lo cierto es que el tercero no goza ningún derecho sobre el área y podría ser este caso el que más se ajuste a incluir coherentemente las prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas o la generación de acuerdos previos entre los pueblos indígenas y el Estado sobre la medida administrativa en el sector.

Como se puede apreciar en todos estos casos, ante la falta de claridad del Reglamento de Consulta, los sectores tendrán la discrecionalidad de ajustar este derecho a la legislación de cada sector para viabilizar la inversión, restringir los posibles efectos de este derecho lo más posible, e impedir cualquier variación de la decisión estatal de otorgar un derecho. El Reglamento debió señalar claramente que los dos momentos en que se debe realizar la consulta, son antes del otorgamiento del derecho y durante la elaboración del EIA, mínimamente.

Finalmente, la consulta previa debe ser parte de un proceso integral de definición de aprovechamiento de los recursos naturales. Ello pasa por la definición del uso territorial, en ese sentido, son los procesos de planificación a través del Ordenamiento Territorial en los que debe insertarse la consulta previa. Desafortunadamente, el Estado peruano no ha expresado una voluntad política para promover estos procesos, más bien, los ha venido limitando legalmente (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 43).

1.7. DECIMOSEXTA DISPOSICIÓN. NOTIFICACIONES ADECUADAS CULTURALMENTE.

A lo largo del Reglamento, se mantiene la lógica de cualquier norma nacional, dejando de lado la especificidad de una norma para pueblos indígenas. Se asume que los pueblos indígenas tienen las mismas oportunidades de acceso a la información que cualquier ciudadano que vive en centros urbanos, por ello se establece que las notificaciones serán realizadas a través del diario oficial El Peruano y las diversas páginas web. Esto evidentemente no responde a una realidad rural y atenta contra el derecho de acceso a la información.

Los pueblos indígenas, en su mayoría, no cuentan con servicios públicos, lo que no les permite el acceso a internet; asimismo, los diarios en general no llegan a sus localidades por la distancia geográfica de los centros urbanos. Es por ello que se requiere la utilización de mecanismos culturalmente adecuados a cada pueblo indígena, que permitan un debido acceso a las informaciones en su propia localidad y la entrega directa de notificaciones escritas u orales, vinculadas con el Plan de Consulta Previa a los pueblos y organizaciones indígenas, y las etapas preclusivas de un proceso de consulta. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 44).

Los contenidos brindados en la información y notificaciones que se alcancen, deben ser de fácil comprensión, respetando el idioma de los pueblos de la localidad.

1.8. LA CONSULTA PREVIA A PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO

Según lo prevé el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, el Estado debe realizar la consulta a los pueblos interesados, mediante sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente. Esto supone la posibilidad de que un pueblo indígena pueda manifestar su voluntad ante el Estado en un proceso de consulta, y a través de sus representantes, es decir, se trata de acciones que puede concretar un pueblo indígena que desarrolla relaciones sociales con la sociedad nacional y que puede ejercer sus derechos conforme al sistema jurídico legalizado y legitimado por ella.

Sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial; conforme al artículo 2 de la Ley N° 28736, el aislamiento supone el no haber desarrollado relaciones sociales de manera sostenida con el resto de la sociedad nacional, o que, habiéndolo hecho, se debe presumir y respetar la voluntad de estos pueblos de discontinuarlas. El contacto inicial implica que un pueblo indígena o parte de él se encuentra en el inicio de un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional.

Cabe mencionar que el régimen de protección previsto en dicha Ley -artículos 1 y 4, a) y b)- establece la necesidad de preservar la vida y salud de estos pueblos, pues es en ese marco que se presume su vulnerabilidad ante enfermedades transmisibles, debiendo respetarse lo decidido por ellos en torno a su relacionamiento con la sociedad y el Estado.

Es en ese marco que la Ley que regula la protección de estos pueblos (artículo 5), prevé la intangibilidad de las reservas indígenas. No obstante, este mismo artículo establece la excepción en caso exista en ellas algún recurso natural cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, debiendo procederse de acuerdo a Ley. Es en ese marco que el Reglamento de la Ley de Consulta – a través de su Novena Disposición Final- ha modificado el Reglamento de la Ley para la Protección de los Pueblos en Aislamiento o Contacto Inicial, otorgándole la facultad al Ministerio de Cultura de emitir una opinión técnica previa vinculante sobre los Estudios de Impacto Ambiental requeridos conforme a Ley.

Ello nos coloca ante un supuesto de intangibilidad relativa respecto a los pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial, el mismo que contradice el marco legal previsto para la protección de estos pueblos, ante alguna medida administrativa o legislativa que pudiera habilitar la explotación de dicho recurso natural.

El derecho a la consulta para las poblaciones en aislamiento o contacto inicial debe entenderse como un derecho en suspenso, a ser ejercido cuando estas poblaciones decidan dejar tal condición. Así, esta imposibilidad de consulta implica también que toda medida que pueda afectarlos no contará con ella como requisito para su adopción; si no se realiza la consulta, la medida adoptada deberá considerarse como inválida e inconstitucional. Ello no excluye el ejercicio del derecho a la consulta por parte de la población indígena que no se encuentra en aislamiento o contacto inicial, no obstante, la medida que pudiera adoptarse como producto de esta consulta no debe, ni puede afectar derechos de sus pares que sí se encuentran bajo esa condición. Es en ese sentido que debe configurarse el contenido de las opiniones que deba emitir el Viceministerio de Interculturalidad.

1.9. DEBERES PENDIENTES DEL ESTADO

1.9.1. COSTOS DE LA CONSULTA

Es preocupante la incorporación de la Decimosexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final, que establece que la aplicación del Reglamento de Consulta se hará ***“(...) con cargo al presupuesto institucional de las entidades promotoras correspondientes sin demandar recursos adicionales del Tesoro Público”***. En primer lugar, este texto no ha formado parte de la propuesta inicial del Estado, y por lo tanto no ha sido consultado; asimismo, se pone un límite al financiamiento de los procesos de consulta, poniendo en riesgo su implementación, en los casos en que la entidad promotora agote su presupuesto anual.

Entendemos que esta norma obliga a cierto nivel de previsión por parte de las entidades promotoras, quienes deberán incluir el costo de los procesos de consulta en sus pliegos presupuestales del año siguiente, como sabemos, el presupuesto de los sectores es por naturaleza finito y puede ocurrir que se agote antes de culminar los procesos de consulta en marcha. La lógica nos orienta a demandar recursos adicionales, pero

la Decimosexta Disposición, lo prohíbe expresamente. ¿Cómo se resolverán estas situaciones? Lastimosamente, el Reglamento no ofrece una respuesta, pero parece orientarnos hacia una tendencia a evitar asumir los costos reales de un adecuado proceso de consulta.

Similar situación encontramos en el texto del artículo 18, inciso 3 del Reglamento. En este caso, durante el proceso de consulta previa, las organizaciones propusieron que el Estado asumiera el costo económico de la asistencia técnica a los pueblos indígenas, con la finalidad de lograr una mayor comprensión de la medida consultada. No se llegó a un acuerdo al respecto y el Estado prefirió mantener su propuesta a lo siguiente: ***“la entidad promotora alentará que el o los pueblos indígenas cuenten con asistencia técnica (...)”***.

Alentar significa animar, infundir aliento o esfuerzo, dar vigor; son expresiones que implican solidaridad y no una verdadera obligación, mientras que el rol que le corresponde al Estado es de garantizar los derechos de los pueblos. Consideramos que este artículo es poco serio y no refleja el verdadero sentido que reclamaron las organizaciones indígenas en el proceso de consulta previa.

Al respecto, el artículo 18 de la Ley de Consulta Previa señala lo siguiente: ***“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”***. Esta norma, a su vez, recoge lo establecido en el artículo 33, numeral 1 del Convenio N° 169 de la OIT, que prescribe lo siguiente:

“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”.

Las obligaciones económicas del Estado estipuladas en el Reglamento de la Ley de Consulta, van claramente en contra de lo establecido en la

Ley de Consulta, el Convenio N° 169 de la OIT y el deber de todo Estado de crear y desarrollar una organización y procedimientos necesarios adecuados para la efectiva concreción de los derechos fundamentales (ALEXY, 2012, p. 219).

1.9.2. OBLIGACIÓN DE INFORMAR (ARTÍCULO 5,J)

De acuerdo al artículo 5, j del Reglamento, la obligación del Estado de informar a un pueblo indígena se concreta a través de las organizaciones representativas que participen en el proceso de consulta. Sobre el particular; la doctrina considera que la etapa de información exige una manifestación concreta y proactiva del Estado respecto al contenido de las medidas que él mismo pretende disponer, como conocedor de las mismas y en beneficio del correspondiente pueblo indígena. Ello siempre en coordinación con las organizaciones representativas, a fin de precisar los temas y métodos a usar para el conocimiento de la medida. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 45).

Frente a esto, el literal e) del artículo 5 precisa que la consulta como derecho implica necesariamente que el pueblo indígena sea informado; ello, recordando que no existen derechos sin Estado, supone una actuación directa y especializada por parte de este último. En ese sentido, el numeral 18.1 del artículo 18 del Reglamento dispone que corresponde a las entidades promotoras de la medida brindar información al o a los pueblos indígenas y también a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta.

Si bien el numeral 18.1 precisa la obligación de informar a los pueblos indígenas y sus representantes, el 18.2 prevé que se deben usar medios de comunicación cercanos a la población indígena a fin de que la información llegue efectivamente a sus organizaciones representativas y representantes. Esta priorización resulta en una interpretación restrictiva del derecho a la consulta informada (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 45).

Por ello, la necesidad de información que se genera en los pueblos indígenas frente una medida estatal propuesta, no puede darse por satisfecha con la sola participación de sus organizaciones representativas; sino que debe suponer actos que, en coordinación con tales organizaciones, impliquen una facilitación del contenido de las medidas que el propio Estado viene promoviendo en beneficio de los miembros del o los pueblos indígenas involucrados.

Así, la delimitación de la actuación estatal únicamente en función de las organizaciones representativas, prevista en el Reglamento de la Ley de Consulta, no debe aplicarse para la etapa de información ya que resulta necesario que el Estado disponga medidas que faciliten la información de los propios pueblos indígenas.

Asimismo, el Convenio N° 169 de la OIT en su artículo 6 precisa que la consulta (que incluye la etapa de información) se lleva a cabo a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. La Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta, prevé en su artículo 4 el Principio de Información Oportuna, que señala que son los pueblos indígenas quienes ostentan el derecho de información.

Ello se reitera y precisa en el artículo 12 de dicha Ley que dispone que corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes.

Al respecto, debe entenderse al Convenio N° 169 de la OIT como una norma de mínimos, de manera que en el marco legal nacional el desarrollo legislativo precise su contenido, el mismo que puede ser más garantista que lo previsto en el marco internacional, pero no menos. En ese sentido, si bien es a través de las organizaciones indígenas que se deben desarrollar los procesos de consulta, existen etapas y condiciones mínimas que el Estado debe garantizar a fin de hacer de conocimiento de los pueblos indígenas lo relacionado a la medida que pretende adoptar; ello como garantía también para favorecer a la evaluación interna que deban realizar los pueblos indígenas y sus representantes, oportunidad en la cual podrán generar una posición propia, ya sin la intervención estatal.

1.10. MEDIDAS QUE NO SERÁN CONSULTADAS

1.10.1. OBRAS PÚBLICAS

La Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final 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”.

Esto quiere decir que las obras realizadas a favor de los pueblos indígenas no se consultarán. Sobre el particular debemos manifestar que el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT señala que se debe consultar toda medida que impacta directamente en los pueblos indígenas. No discrimina si se trata de impactos positivos o negativos. Esa diferencia es irrelevante para efectos de la consulta, pues según el artículo 6.1.a del Convenio N° 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. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 45)

Tal como señala el artículo 7.1 del Convenio N° 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 económico, social y cultural”.

Además, la Decimoquinta DCTF resulta violatoria del artículo 4, incisos 1 y 2 del Convenio N° 169 de la OIT; ya que el inciso 1 menciona lo siguiente:

“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”.

Asimismo, se señala en el inciso 2:

“Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”.

1.10.2. DECRETOS DE URGENCIA (ARTÍCULO 5, INC. L)

De acuerdo al artículo 5, inc. l) del Reglamento, no se consultarán las decisiones estatales de carácter extraordinario dirigidas a enfrentar situaciones temporales. En principio tiene sentido que no deban consultarse los decretos de urgencia, si tenemos en cuenta que estas normas son de carácter transitorio y tienen por finalidad dotar al Estado de la facultad de expedir normas con rango de ley, de forma extraordinaria y en situaciones en las que no se puede esperar el proceso ordinario de toma de decisiones, pues se afectaría la eficacia de las mismas; ello sucedería, por ejemplo, en caso de una catástrofe o de una situación que genere una gran conmoción en la economía. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 47)

Sin embargo, la forma en la que se utilizan los decretos de urgencia en el Perú cambia esta regla general, pues a través de esta facultad supuestamente extraordinaria, el Gobierno aprueba normas que no quiere que sean revisadas por el Congreso de la República o que no reúnen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de esto es el famoso decreto de urgencia aprobado por el Gobierno de Alan García, que exoneraba de Estudio de Impacto Ambiental a los megaproyectos, que fue finalmente declarado inconstitucional.

1.11. PARTICIPACIÓN INDÍGENA EN LA COMISIÓN MULTISECTORIAL,
ARTÍCULOS 15 Y 16

Una Comisión Multisectorial que dé seguimiento a la aplicación del derecho a la consulta previa no es posible sin que se incluya a los representantes de las organizaciones de pueblos indígenas, pues son los primeros llamados a definir si su derecho está siendo cumplido o vulnerado. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 46)

En el artículo 6, numeral 1, literal b) del Convenio N° 169 de la OIT, se establece que los gobiernos al aplicar el Convenio deben:

“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”.

Asimismo, el artículo 7 del mismo Convenio N° 169 de la OIT en su numeral 1, establece 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 este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. 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”.

De mantenerse una Comisión compuesta sólo por el Estado, en primer lugar no se estaría cumpliendo con lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT, cuando requiere la participación de los pueblos en los “organismos administrativos” y otros que adoptan decisiones sobre ellos; y en segundo lugar, no se permitiría una evaluación adecuada y transparente de los procesos de consulta en la práctica, pues las

eventuales posturas vinculadas con intereses económicos de parte del Estado, podrían prevalecer en sus decisiones. Por ello, esta Comisión debiera incluirlos. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 46)

1.12. LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA EN EL TIEMPO

El artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC 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 N° 169 de la OIT el 2 de febrero de 1995 y con anterioridad a la expedición de la Ley de Consulta (Ley N° 29785), el 7 de setiembre de 2011, no serán objeto de procesos de consulta. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 47)

Esto desconoce la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que el derecho a la consulta es exigible desde febrero del año 1995.

Se podría sostener que el Reglamento no puede modificar una ley, sin embargo, lo ha hecho a través de su artículo 3.k, disposición donde corrige lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Consulta, que establecía requisitos adicionales a los establecidos en el artículo 1 para que un pueblo sea considerado indígena, tal como lo ha reconocido el propio TC cuando precisó lo siguiente:

“La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio N° 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa 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 N° 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento” (STC N° 0022-2009-PI/TC, Fj. 23).

Esta regla deviene en vinculante en virtud del artículo 82 del Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley N° 28237.

1.13. SANCIÓN DE NULIDAD PARA MEDIDAS NO CONSULTADAS

¿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). Todo acto administrativo (por ejemplo, una concesión minera) emitido con posterioridad al año 1995 y que afecte 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 menciona nada respecto a la validez de los actos que no han respetado este derecho. (Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 47)

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 quedar así establecido en la ley. Como señala Pedro García Hierro, al carecer de validez legal, tales actos no generan derechos adquiridos, siendo la entidad encargada de ejecutar la consulta responsable por los daños y perjuicios ocasionados al pueblo indígena y a los terceros afectados por el incumplimiento de esta obligación.

1.14. SOBRE INVITACIÓN DE ADMINISTRADOS AL PROCESO DE CONSULTA (ARTÍCULO 12)

En aras de lograr un proceso de consulta adecuado con ambas partes - el Estado y los pueblos indígenas- en un diálogo horizontal, con una participación equitativa que tenga las mismas condiciones, donde los acuerdos sean consensuados y en aplicación del principio de buena fe, no es posible que se permita que cualquiera de las partes en cualquier

momento del proceso posibilite que se integre un tercero administrado solicitante (empresas), sin que medie un acuerdo previo entre ellas.

Durante el proceso de diálogo, las organizaciones participantes manifestaron su disconformidad con el texto de este artículo porque en términos prácticos contempla solo una consecuencia: facilitar la participación del tercero administrado (las empresas) en cualquier supuesto (ya sea por invitación del Estado o de los pueblos indígenas consultados, aunque ello es menos probable).

Por ello es necesario que, a lo largo de todo el proceso de consulta, cualquier decisión sea conjunta y consensuada, para facilitar y mantener la confianza en su continuidad.

CAPITULO V
FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y NECESIDAD DE LA LEY N°
29785, LEY DE DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS
INDÍGENAS ORIGINARIOS

1. FUNDAMENTO DE LA CONSTITUCIONAL DE LA LEY DE CONSULTA Y SU
REGLAMENTO

En el Perú, las comunidades campesinas y nativas del Perú, históricamente han sido excluidas de las Políticas Públicas del Estado, y siempre hubo dificultades para lograr entender sus necesidades y derechos y sobre todo la atención de sus prioridades de acuerdo a su cultura y cosmovisión. No obstante, el texto constitucional de 1993, ha dispuesto que los pueblos indígenas sean tratados y regulados como colectivos comunales bajo la modalidad de comunidades campesinas y nativas, con personería jurídica; dejando de lado lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT, referido al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.

Sin embargo, todo ello cambio a partir de la promulgación de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, las cuales fueron promulgadas luego de los acontecimientos en Bagua en el año 2009, la cual genero un alto costo social, el cual mismo que pudo haberse evitado si es que en cada ocasión el gobierno de turno hubiera cumplido con el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en relación a las medidas administrativas o legislativas que les afectan directamente, a pesar de que el Convenio OIT N° 169 está incorporado en la legislación peruana desde fines del año 1993, mediante Resolución Legislativa N° 26253. De esta manera vemos que el Gobierno del ex presidente Alan García (al igual que sus predecesores) hicieron caso omiso del referido convenio violando flagrantemente la Constitución Política y el Estado de Derecho con el alto costo social anotado.

En consecuencia a lo esbozado en los párrafos precedentes, es evidente que la Ley de Consulta previa y su reglamento, han sido muy esperados por las comunidades campesinas y nativas del Perú; ello se debe a que no existía hasta hace poco, un cuerpo normativo interno que protegiera sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta que el Estado ratificó el tan mencionado

convenio que establece, en su artículo 6°, que los Estados Parte de este Tratado deben ***“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”***. Como vemos, es notoria la negativa de los gobiernos anteriores al de Humala de conceder una regulación normativa sobre estas cuestiones, generando con ello que existan una serie de problemas en las comunidades y nativas, los pueblos amazónicos, indígenas y originarios.

A partir de la promulgación de la Ley y su Reglamento, se inicia una serie de procesos de consulta previa, los cuales pasamos a señalar:

- **Procesos de Consulta Previa en Hidrocarburos (11 procesos):** referidos a los procesos realizados en lotes petroleros situados en territorios de los pueblos indígenas, convocados por el Ministerio de Energía y Minas a través del a empresa estatal Perupetro (hasta agosto de 2015) y posteriormente a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos de dicho ministerio. (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 62)
- **Procesos de Consulta Previa de Normas Nacionales (5 procesos):** referidos a normas de carácter nacional que susceptibles de afectar los derechos de los pueblos indígenas. El Centro de Salud Intercultural (CENSI) del Ministerio de Salud, el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, adscrito al Ministerio de Agricultura y Riego, y la Dirección General de Educación Intercultural, Bilingüe y Rural del Ministerio de Educación. También el Ministerio de Cultura con la Ley de Lenguas. (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 62)
- **Procesos de consulta previa de alcance regional (1 proceso):** referido al Plan de Desarrollo Imiria, en Ucayali, liderado por el Gobierno regional de dicha región. (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 62)
- **Procesos de Consulta Previa en Infraestructura (1 proceso):** referido al proceso de consulta vías fluviales en la Amazonia desarrollado por la Dirección General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 62)
- **Procesos de Consulta Previa de Áreas Naturales Protegidas (3 procesos):** referidos a la delimitación de un territorio como Áreas Naturales Protegidas (ANP) espacios del territorio nacional protegidos legalmente por

el Estado debido a su importancia para la conservación de la diversidad biológica, entre otros aspectos. Los Gobiernos Regionales de Loreto y Cusco, y el Servicio Nacional de Áreas Protegidas (SERNANP) han llevado a cabo procesos en esta materia. (BANCO MUNDIAL, 2016, p. 62)

De lo expuesto, se aprecia que viene en un aumento significativo el número de consultas previas realizadas desde la promulgación de la Ley y su reglamento. Recordemos pues, que el proceso de consulta tiene por finalidad llegar a un acuerdo o a un consentimiento sobre las disposiciones administrativas o legislativas propuestas en el marco de un diálogo intercultural de buena fe, basado en la generación de relaciones que propicien la equidad y el respeto, como instrumentos de pacificación social y de consolidación del desarrollo nacional, regional y local, asumiendo que los derechos de las comunidades campesinas-nativas y pueblos originarios deben ser garantizados por las entidades del Estado para terminar de construir el Perú, con una visión de futuro compartida, nos haga verdaderos dueños de nuestro destino a todos los peruanos sin exclusión.

En base a lo señalado anteriormente, podemos indicar que la Constitucionalidad de la Ley de consulta previa radica no sólo en el Convenio N° 169 de la OIT, sino también en derechos fundamentales que han sido plasmados en nuestro texto constitucional. En ese orden de ideas, podemos indicar que la Ley y su reglamento se hallan amparados en el artículo 1° de la Constitución; toda vez que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado Peruano.

Asimismo, los referidos cuerpos normativos quedan amparados en el derecho a la igualdad; ello en razón a que toda persona (y eso incluye a los miembros de los pueblos indígenas y originarios) tienen derecho a ser tratados con igualdad ante la ley y, por ende, a no ser discriminados. Sobre el particular, debemos indicar que nuestro país ha suscrito una serie de tratados internacionales relativos al derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas, sobre todo de aquellos que residen dentro de una comunidad nativa o indígena, en las cuales reconocen plenamente que la discriminación y la marginación de las

comunidades, pueblos originarios y de los pueblos indígenas no puede continuar.

Del mismo modo, la constitucionalidad de los precitados cuerpos normativos, quedan amparados en los artículos 2° inciso 19) y 88°, toda vez que el Perú es un país pluricultural y multiétnico. Es decir, el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación; sin embargo, la diversidad, es una de nuestras virtudes como país para impulsar una forma propia de integrarnos al mundo.

En consecuencia, la consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos, de poder decidir sobre medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. Por ello, el derecho a la consulta de las comunidades campesinas y nativas, es la consagración de diferentes instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y numerosos instrumentos internacionales, a que se refieren principalmente cada uno de esos instrumentos, a la discriminación de la que son víctimas las poblaciones de las comunidades campesinas-nativas y pueblos originarios, porque el Convenio N° 169 reconoce el derecho a la identidad, el derecho a la autodeterminación, el derecho colectivo y el derecho a la propiedad.

Respecto a lo señalado en los párrafos precedentes, consideramos pertinente traer a colación lo señalado por el congresista Lombardi, quien se pronunció sobre el derecho a consulta previa, expresando lo siguiente:

“La garantía del derecho a la consulta no solo representa una obligación legal del Estado peruano, sino que constituye una de las condiciones principales para el ejercicio de los derechos colectivos e individuales en el caso de los pueblos indígenas. Por esa razón, ha subrayado la Defensora del Pueblo la necesidad de que se norme y aplique el derecho a la consulta como instrumento de para el dialogo y la construcción de consensos. Esta recomendación ha sido

asimismo enfatizada por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, por la Federación Internacional de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios de la OIT. Esta última ha subrayado además, que si se cumple el requisito de un “diálogo genuino entre las partes interesadas... las consultas pueden desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”.

(...)

Es fundamental que la norma a ser debatida y aprobada responda a la letra y al espíritu del Convenio N° 169 de la OIT. Asimismo, que el desarrollo legislativo posterior, y el control judicial cuando corresponda, aseguren que las normas y actos administrativos que emanen de los sectores, y de los distintos niveles de gobierno, sean consistentes con ello. Los procedimientos de consulta deben asegurar, como ha reiterado recientemente la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios de la OIT, que la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta permitan 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”

Por lo expuesto en la glosa anterior, podemos señalar que tanto la Ley como reglamento son una vía y una herramienta para acercar a las poblaciones históricamente olvidados, marginados y excluidos, como mecanismos de expresión del acercamiento y del consenso entre el Estado y las Comunidades Campesinas-Nativas y pueblos originarios, mediante el diálogo democrático como una evidencia de la posibilidad de establecer acuerdos interculturales y pensar en un desarrollo inclusivo, sin dejar fuera a nadie.

No obstante lo señalado en los párrafos anteriores, debemos advertir que el legislador nacional no ha tenido en consideración las situaciones fácticas y jurídicas que impiden la inaplicación de la Ley de Consulta Previa. En razón a ello, procedemos a señalar las situaciones fácticas y jurídicas que se generarían.

a) **SITUACIÓN FÁCTICA**

Respecto a las situaciones fácticas que impiden la inaplicación de la Ley de Consulta Previa, debemos de indicar que estas ya han sido materia de comentario al momento de analizar cada uno de los artículos referidos a la Ley de Consulta Previa. En ese sentido, debemos indicar que son situaciones fácticas que impiden la inaplicación de la Ley: Notificación a los miembros de las comunidades nativas o pueblos originarios, el Presupuesto que debe contar el viceministerio de interculturalidad para el desarrollo del proceso de consulta previa, el mismo que es muy reducido, impidiendo que se pueda llevar a cabo apropiadamente la consulta previa por falta de recursos presupuestarios y logísticos. De otro lado, existe otro inconveniente que impide la aplicación correcta de Ley de Consulta Previa, el cual versa a la traducción de documentos importantes y que deben ser de proporcionados a las comunidades nativas o pueblos originarios; este impedimento, se relaciona con la falta presupuestaria existente en el viceministerio de interculturalidad para llevar a cabo correctamente los procesos de consulta previa.

b) **SITUACIÓN JURÍDICA**

Como hemos podido apreciar en los capítulos precedentes, se observa que el legislador nacional solo se ha limitado a pronunciarse respecto a la política general (del art. 1° al art. 12°) y de las tierras (del art. 13° al art. 19°); secciones que corresponden al convenio N° 169 de la OIT. Respecto a la sección referidas a las tierras de las comunidades nativas o pueblos originarios, debemos indicar que a la fecha existe un proceso de inconstitucionalidad en contra de la Ley N° 30230, ***“Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país”***.

Esta inconstitucionalidad se basa principalmente, según lo señalan las organizaciones indígenas, a que dicha Ley promueve el despojo de los territorios de las comunidades campesinas y nativas. En ese orden de ideas, dichos organismos alegan que el problema de fondo se debe a que los ***“procedimientos especiales de saneamiento físico legal de predios para proyectos de inversión y otras disposiciones para propiciar la***

eficiencia en la administración de los predios del Estado y facilitar la ejecución de obras de infraestructura vial”, señalados en el reglamento de esta ley, no distingue las tierras no tituladas y no saneadas que tiene el Estado, de las tierras que son de los pueblos indígenas por haberlas usado ancestralmente”.

Sobre el particular, **RUIZ** indica que los funcionarios consideran que el Estado es propietario de todo terreno no titulado. De esta manera, se aprecia notoriamente el desconocimiento de lo establecido en el artículo 14° del Convenio N° 169 de la OIT, el cual reconoce que la simple posesión ancestral sustenta el título de propiedad de los indígenas sobre sus territorios.

Asimismo, el citado autor considera que el artículo 41° de la Ley N° 30230, entrega la propiedad de los territorios no titulados a la Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN), sin realizar previamente una exclusión de las tierras comunales. Lo señalado anteriormente, resulta incompatible con lo establecido en el inciso tercero del artículo 17° del Convenio N° 169 de la OIT, el cual precisa que se deberá impedir que personas extrañas a esos pueblos se aprovechen de sus costumbres o del desconocimiento de las leyes para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de estas tierras.

Por lo expuesto anteriormente, vemos que es evidente y notorio que la no titulación de los territorios de las comunidades campesinas e indígenas constituye una nueva forma de evasión de la consulta previa; ello en razón a que se dejaría en el limbo jurídico a estos territorios, a través de la no titulación.

De otro lado, se aprecia que el legislador nacional no ha tenido en consideración pronunciarse respecto a las otras secciones del convenio N° 169 de la OIT; es decir no se ha pronunciado respecto a la contratación y condiciones de Empleo de los integrantes de las comunidades nativas o pueblos originarios (art. 20° del Convenio); ni mucho menos de la formación profesional que recibirían estos (art. 21°-23° del Convenio). Tampoco se aprecia que exista un artículo específico y directamente vinculado con los

servicios de Seguridad Social y Salud (art. 24°-25° del Convenio); así como Educación y medios de comunicación (art. 26°-31° del Convenio).

2. NECESIDAD DE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE CONSULTA Y SU REGLAMENTO

Desde el 7 de septiembre de 2011, los pueblos indígenas poseen una ley que les reconoce el derecho a la consulta previa, que complementa tanto el Convenio 169 de la OIT ratificado en el año 1994 así como toda la legislación anterior referida a los pueblos indígenas. (SALMON, 2012, p.97)

Esta norma proviene de una historia signada por las resistencias indígenas frente a las políticas de desarrollo del Gobierno anterior que los llegó a calificar como ciudadanos de segunda clase. En el cierre de su campaña, Ollanta Humala, expuso lo siguiente:

«[s]i las comunidades no están de acuerdo con proyectos que pueden afectar el medio ambiente y el desarrollo de los grupos humanos, como el proyecto de la hidroeléctrica de Inambari, entonces esas obras no se ejecutarán. La voz del pueblo es lo más importante, y si llego a la Presidencia será por sus votos y nosotros defenderemos su voz».

Tiempo después, la primera norma aprobada por la presidencia de Humala fue la Ley de Consulta. Al momento de su aprobación, el ex presidente de la república señaló que esta norma rompería con una tradición de exclusión y reconocería a los pueblos indígenas en las tomas de decisiones que los afecten. De este modo, el entonces mandatario cumplió con una promesa electoral y marcó un punto de quiebre frente a las políticas de desarrollo del Gobierno.

Como se ha señalado, en el seno de la OIT, se adoptaron las primeras normas que reconocieron derechos a los pueblos indígenas frente a condiciones laborales extremas cercanas a la esclavitud.

Estas normas, en su conjunto, se conocen como Código Laboral Nativo. El Estado peruano, como ocurre con gran parte de los Estados americanos, no ratificó ninguno de estos tratados laborales. Progresivamente, estos estándares han sido dejados de lado al incorporarse convenios laborales generales o con la

adopción de los Convenios 107 y 169 que protegen los derechos de los pueblos indígenas en general, incluidos los derechos laborales.

El Estado peruano ratificó el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales el 6 de diciembre de 1960 y, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31.3 de dicho tratado, entró en vigor exactamente un año después de su ratificación. En este instrumento se reconocieron algunos derechos a los pueblos indígenas, como la importancia del derecho consuetudinario en las políticas públicas (artículo 7), la adecuación cultural de las medidas coercitivas penales (artículo 8), el derecho a la propiedad comunal (artículo 11), la protección parcial frente al desplazamiento de las tierras ancestrales (artículo 12), el respeto de las formas tradicionales de transmisión de la propiedad (artículo 13), entre otras garantías. Todos estos derechos fueron reconocidos bajo la óptica de que los Estados debían otorgar ciertas garantías hasta lograr su progresiva extinción mediante la integración social de los pueblos indígenas. (SALMON, 2012, p.99)

La Constitución de 1979 implementó algunas de las obligaciones internacionales consagradas en el Convenio 107 al reconocer derechos a las comunidades campesinas y nativas. De esta forma, el artículo 156° del texto constitucional derogado dispuso la prioridad de las políticas de desarrollo agrario, de vital importancia para las comunidades campesinas. Asimismo, la carta magna de 1979 reconoce el derecho a la propiedad comunal para las comunidades campesinas y nativas en el artículo 163, otorgándole los caracteres de inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad, salvo la existencia de una ley de expropiación basada en el interés general.

Posteriormente, la Constitución de 1993 reiteró la preocupación por el desarrollo agrario de las comunidades campesinas y nativas en su artículo 88°. Respecto de la propiedad comunal, la Constitución mantuvo solo la garantía de la imprescriptibilidad en el artículo 89°, aunque garantizó la autonomía económica y organizativa de las comunidades campesinas y nativas. Además, en dicho artículo se introdujo la posibilidad del abandono de las tierras para que el Estado pueda disponer de estas y las otorgue a entidades privadas. Del mismo modo, se debe indicar que la Constitución vigente, en el artículo 2° inciso 19), se

reconoce el derecho a la identidad cultural y, en el artículo 149, se consagró la importancia constitucional del derecho consuetudinario.

Posteriormente, el Convenio 169 rompió con la política integracionista signada por el Convenio 107, reconociéndoles a los pueblos indígenas varias autonomías. El precitado instrumento otorgó mayores salvaguardas frente al desplazamiento, la disposición de tierras ancestrales, y se introdujo el derecho a la consulta en el artículo 6 como una piedra angular de la protección de los demás derechos de los pueblos indígenas. Al respecto, el Estado peruano ratificó el Convenio 169, el 2 de febrero de 1994, y de acuerdo con sus disposiciones, entró en vigor el 2 de febrero de 1995.

Sin embargo, desde la fecha de ratificación de los Convenios 107 y 169, surgió en el Perú lo que los especialistas llaman una **«brecha de implementación entre la legislación y la realidad cotidiana»** (STAVENHAGEN, 2007, p. 115). En ese orden de ideas, se estima que esta **«brecha de implementación»** se evidenció en Latinoamérica en **«la distancia entre las disposiciones constitucionales y la norma legal y reglamentaria vigente, la ausencia de mecanismos para hacer exigibles los derechos reconocidos constitucionalmente, la falta de recursos o de voluntad para impulsar políticas públicas para hacerlos efectivos»**, y la consecuente **«frustración indígena»** (AYLWYN, 2001, p. 7 y ss.).

En el caso peruano, la **«brecha de implementación»** se explica porque, pese a que formalmente se reconocía la consulta y otros derechos en el Convenio 169, las entidades estatales no los incorporaron ni en el diseño e implementación de las políticas públicas referidas a la propiedad comunal ni en la explotación de recursos naturales. La frustración de los pueblos indígenas frente a la precariedad de sus derechos gestó resistencias indígenas que desencadenaron protestas sociales que permanecen hasta la fecha, siendo constatado por diversos órganos de supervisión de los pueblos indígenas. (SALMON, 2012, p.99)

Efectivamente, en 1992, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), uno de los órganos supervisores del

Convenio 107, recomendó al Estado peruano que realice consultas con los pueblos indígenas en la ejecución de sus programas de desarrollo. Luego, con la sustitución del Convenio 107 por el Convenio 169 en materia de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, el organismo de supervisión reconoció en diversas ocasiones que el Estado peruano había omitido sistemáticamente la consulta previa a los pueblos indígenas desde la entrada en vigor del Convenio 169.

Debe advertirse que la preocupación del CEACR no solo se ha centrado en la consulta previa, libre e informada, sino que también se han abordado otros problemas que perjudican directamente a los pueblos indígenas peruanos, tales como la falta de titulación de las tierras indígenas o la regulación de lo indígena.

En ese orden de ideas, debemos remontarnos a los hechos que surgieron con posterioridad a los enfrentamientos en Bagua, donde el CEACR lamentó los episodios de violencia surgidos por la falta de consulta previa a los pueblos indígenas amazónicos; por ello, el CEACR urgió la implementación de mecanismos de consulta apropiados y efectivos para la consulta y la participación de los pueblos indígenas. Ante la voluntad del nuevo Gobierno por reconocer los derechos de los pueblos indígenas en una ley, el CEACR señaló su satisfacción frente a este nuevo proceso y observó que la reglamentación de la ley debería mantener las garantías consagradas por el Convenio 169. En líneas generales, los pronunciamientos del CEACR ***parecen sugerir que la institucionalización de un mecanismo de consulta servirá para el cierre de la «brecha de implementación» entre el Convenio 169 y la realidad cotidiana de los pueblos indígenas peruanos.***

Debe señalarse que, la ***«brecha de implementación»*** en el Perú no solo se predica respecto del Convenio 169 sino que se extiende a varios tratados de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, entre otros. (SALMON, 2012, p. 100)

En ese orden de ideas, tras la promulgación de la Ley del Derecho a la Consulta, la Comisión Interamericana mostró su satisfacción y señaló que la norma admite un derecho reconocido en el derecho internacional vital para la vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas a la propiedad comunal y a la identidad cultural. De esta manera, puede observarse que la Comisión Interamericana igualmente considera que la Ley de Consulta resulta un cierre de la «brecha de implementación» a favor de la garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

Adicionalmente, en el marco del sistema universal de derechos humanos, diversos organismos internacionales han señalado la incompatibilidad normativa que existía en el Perú en diversas ocasiones. Así, en el caso *Ángela Poma Poma vs. Perú*, el Comité de Derechos Humanos expresó que el Estado peruano transgredió el derecho a tener su propia vida cultural consagrado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en razón a la ausencia de consulta previa, libre e informada para la instalación de pozos petroleros que afectaron a la mujer aymara Ángela Poma Poma. (SALMON, 2012, p.101)

Del mismo modo, el organismo en mención consideró que se atentó lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y solicitó una medida de reparación efectiva y adecuada al perjuicio sufrido. En tanto que, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial indico los problemas por la ausencia de consulta previa a los pueblos indígenas y se ha preocupado por la falta de consulta previa por la ejecución de proyectos que perjudicaron a los pueblos indígenas u originarios que se encuentran en el Perú. Por su parte, luego de los sucesos de Bagua, el relator de derechos de los pueblos indígenas examinó los enfrentamientos concretos y consideró que era necesaria la aprobación de una Ley de Consulta. Por lo expuesto anteriormente, se desprende la urgencia de implementar mecanismos que incorporen a los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones.

En consecuencia a lo señalado en la parte *in fine* del párrafo anterior, la Ley de Consulta previa tiene como tarea cerrar la «brecha de implementación» documentada por los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, especialmente, luego de los enfrentamientos en Bagua. De este modo, la

Ley de Consulta reviste diversos caracteres. Resulta una medida de implementación del artículo 6 del Convenio 169 así como los otros tratados de derechos humanos relevantes para la protección de los pueblos indígenas.

TÍTULO V
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. De acuerdo a lo desarrollado, tanto en el Marco Teórico como en el Análisis y discusión de resultados, podemos indicar que el derecho a la consulta previa; es un derecho fundamental inherente a los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos; cuando se procede a tomar medidas de carácter legislativo y administrativo; el mismo que ha sido reconocido internacionalmente por el Convenio N° 169 de la OIT.

Asimismo, este derecho procede cuando se realiza proyectos, obras o actividades dentro del territorio de dichos pueblos. En consecuencia, mediante este Derecho fundamental se busca proteger la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas; así como cautelar su Derecho a la participación.

2. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, debió ser aplicado desde el año 1995 cuando el Convenio N° 169 de la OIT entró en vigor para el Perú. Desde ese momento todas las medidas administrativas o legislativas que pudieran afectar a los pueblos indígenas debieron ser consultadas. Todo aquello que no fuese consultado, está fuera del marco legal y debe ser corregido.

En consecuencia, el Estado peruano, entre 1995 y el 2011, ha venido adoptando un conjunto de medidas que atentan contra los derechos de los pueblos indígenas, sin consultarles previamente. Todo ello, cambia a partir de la promulgación de la Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785, y su reglamento, Decreto Supremo N° 001-2012-MC. De esta manera, nuestros legisladores elaboraron un procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT.

3. En ese orden de ideas, podemos indicar que los principales fundamentos que justifican tanto la constitucionalidad como la necesidad de la Ley de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, N° 29785 son los siguientes:
- a) La Ley y su reglamento se hallan amparados en el artículo 1° de la Constitución; toda vez que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado Peruano.
 - b) Los referidos cuerpos normativos quedan amparados en el derecho a la igualdad; ello en razón a que toda persona (y eso incluye a los miembros de los pueblos indígenas y originarios) tienen derecho a ser tratados con igualdad ante la ley y, por ende, a no ser discriminados. Sobre el particular, debemos indicar que nuestro país ha suscrito una serie de tratados internacionales relativos al derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas, sobre todo de aquellos que residen dentro de una comunidad nativa o indígena, en las cuales reconocen plenamente que la discriminación y la marginación de las comunidades, pueblos originarios y de los pueblos indígenas no puede continuar.
 - c) Del mismo modo, la constitucionalidad de los precitados cuerpos normativos, quedan amparados en los artículos 2° inciso 19) y 88°, toda vez que el Perú es un país pluricultural y multiétnico. Es decir, el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación; sin embargo, la diversidad, es una de nuestras virtudes como país para impulsar una forma propia de integrarnos al mundo.
 - d) Las normativas internacional y nacional son claras en reconocer el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación; es decir, la capacidad de decidir sobre sus prioridades y la forma en la que van a regir su vida como comunidad. En base a esta autonomía, los pueblos indígenas podrán decidir acerca de las formas de elección de sus representantes, las formas en que solucionan sus conflictos, sus tipos de intercambio y su forma de desarrollo. Es por ello que cada vez que se pretenda ingresar en el ámbito territorial indígena es necesario que se promueva la obtención del consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas. Es esta atribución la que exigiría que los pueblos indígenas sean siempre consultados, no únicamente cuando se ponga en riesgo su sobrevivencia o la de su cultura.
 - e) Por ultimo debemos indicar que la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, constituyen un derecho constitucional complementario para

estas poblaciones, pues se basa en la dignidad del hombre y en la soberanía del pueblo, según lo dispone el artículo 3° de nuestra constitución.

4. Como todo marco normativo innovador, la implementación de la Ley de Consulta Previa y de su reglamento han arrojado aprendizajes importantes, algunos previstos en el propio marco legal y otros desarrollados a lo largo de los distintos procesos. La práctica también ha revelado numerosas limitaciones y desafíos por resolver, los mismos que han sido señalados en la presente investigación y que han sido plasmados en la propuesta normativa que presentamos en el anexo. No obstante ello, consideramos que la implementación de la Ley de Consulta Previa supone un cambio en la cultura de las instituciones del Estado que no se dará de la noche a la mañana, pues es evidente que ello tomara tiempo, esfuerzo y dedicación de las partes involucradas para resolver los inconvenientes puedan suscitarse.
5. Para asegurar la continuidad de la Ley de Consulta Previa, la implementación de la consulta previa debe partir de criterios flexibles que permitan incorporar ajustes en función de las necesidades del momento y de la evolución de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. Es difícil crear un instrumento de consulta que, en todo momento, se adapte a todas las necesidades de todas las instituciones, así como a las particularidades de todos y cada uno de los pueblos indígenas.
6. Para reducir las asimetrías existentes y garantizar que las organizaciones indígenas ejerzan sus derechos de manera plena, los gobiernos y la sociedad civil deben apoyar el fortalecimiento de capacidades y la legitimidad de los representantes indígenas. El fortalecimiento de las capacidades técnicas y organizativas es fundamental para ayudar a las comunidades a elaborar y enunciar una visión común en las consultas. Las ONGs locales suelen contribuir a preparar a las comunidades para afrontar este diálogo y afrontar las negociaciones de manera eficaz y con conocimiento de sus derechos, pero el Estado debería jugar un papel más activo en estos procesos. El respeto y monitoreo de los derechos indígenas son responsabilidad del Estado, por lo que su promoción y vigilancia no puede depender solamente de la buena voluntad o el interés de terceros.

7. El incumplimiento de acuerdos es uno de los detonantes más frecuentes de los conflictos sociales reportados por la Defensoría del Pueblo. Esto no es del todo sorprendente, dado que la mayor parte de las instancias de negociación en el ámbito de las industrias extractivas (las consultas sobre los estudios de impacto ambiental, las mesas de desarrollo y de diálogo, entre otros) no tienen carácter vinculante.

RECOMENDACIONES

1. Se requiere crear condiciones de equidad para el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, para ello se requiere cambiar las relaciones asimétricas y de jerarquización entre las culturas, que han mantenido por siglos a los pueblos indígenas en una situación de exclusión, discriminación y desventaja frente a una sociedad nacional dominante.
2. Asimismo, con la finalidad de avanzar en la institucionalización de un diálogo intercultural, se requiere conocer las diferencias entre las racionalidades que dialogan. En consecuencia, somos de la opinión que por la forma en la que se condujo la consulta del Reglamento, que esto fue incumplido por el Estado.
3. Es importante tener en cuenta la urgencia de contar con una institucionalidad estatal indígena, que en relación a la implementación de los procesos de consulta, permita una revisión periódica de los procedimientos, para identificar si estos responden a lo establecido como espíritu del Convenio N° 169 de la OIT, asegurando, tal como han señalado los órganos de control de la OIT, que ésta no se convierta en un mero intercambio de opiniones y sugerencias.
4. Recomendamos, que se garantice que los cambios normativos para facilitar la inversión en el sector extractivo no reduzcan la capacidad del Estado para proteger los derechos humanos y, en particular, los relativos a la protección del ambiente y de las garantías procesales de protección de la consulta previa.
5. Asegurar que todas las comunidades indígenas sean reconocidas como tal, sin limitaciones a su personería jurídica ni a sus territorios, independientemente de si éstas se denominan o son descritas como comunidades andinas o amazónicas. Del mismo, recomendamos que se proceda a la implementación adecuada de la Ley de Consulta Previa en casos de medidas estatales que promueven desde el inicio proyectos extractivos, garantizando el diálogo intercultural en los procesos de hidrocarburos y afianzando la aplicación de la citada Ley para el sector minero.
6. Recomendamos, establecer mecanismos eficientes de coordinación entre los diversos ministerios y otras instituciones públicas para el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, incluidos los derechos de los pueblos indígenas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

- AA.VV. *Derecho Constitucional Para Fortalecer La Democracia Ecuatoriana*. Quito: Fundación Konrad Adenauer.
- Abanto Velez, W. (2012). *Guía Metodológica en Investigación Científica*. Lima: Universidad Cesar Vallejo.
- Aguila Grado, G. (2016). La protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento. Lima: Editorial San Marcos.
- Ahrens, H. (2009). *Efectos del Pluralismo Jurídico “Desde arriba” y “Desde abajo” sobre el Estado de Derecho*. En: La transformación de la juricidad de los Estados Latinoamericanos. Lima: Fundación Konrad Adenauer.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. En: Instituto de Defensa Legal. *Guía de Interpretación de la Ley de Consulta previa de los pueblos indígenas*. Lima: IDI.
- Arias, F. (2012). *El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica*. Caracas: Editorial EPISTEME.
- As Paz y Esperanz. (2006). *A Informe Alternativo 2006 sobre el Convenio 169 de la OIT. “Nuestras Comunidades son Fortalezas, mientras perduren nuestras identidades”*. Lima: Impreso por Praze Comunicaciones SAC.
- Aylwin, J. (2014). *La consulta previa de los pueblos indígenas en el derecho comparado*. En: *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: Antecedentes en el sistema jurídico chileno, internacional y comparado*. Santiago de Chile: Observatorio ciudadano
- Balance de Cambios Constitucionales. Programa de apoyo al sistema de gobernabilidad democrática. Agosto 1998
- Ballón Aguirre, F. (2004). *Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas, doctrina Principios y Normas*. (1ra Ed.) Lima: Defensoría del Pueblo
- Banco Mundial. (2016). *La consulta previa en el Perú: Aprendizajes y desafíos*. Washington: Banco Mundial.
- Bertrand Galindo, F. et al. (1992) *Manual de Derecho Constitucional tomo II. Centro de Investigaciones y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial*. 1era edición..
- Biarnés, A. & Xuclá, J. (1998). *Liberalismo-Nacionalismo: dos caras de la misma moneda*. En: "Permes Liberales", N° 57, Fundación Friedrich Naumann, México, enero/febrero.
- Blanco, C. (2011). *Encuestas y estadísticas: métodos de investigación cuantitativa en ciencias sociales y comunicación*. Córdoba: Burbujas.
- Bobbio, N. (2005). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Borello, R. (2001). *Sobre el pluralismo jurídico*. En: Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. XV jornadas argentinas de filosofía jurídica y social. Rosario, Santa Fe.
- Cárdenas Krenz, P. (1998). *Derecho y realidad social. La costumbre como fuente del Derecho Civil*. Lima: Edificios Jurídicas UNIFE.
- Cárdenas Krenz, P. (2013). *Comentario al artículo 2 inciso 19) de la Constitución*. En: AA.VV. *La constitución comentada*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

- CEACR. (2010). *Informe General y observaciones referidas a ciertos países*. En: Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010.
- CEPAL. (2014). Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago de Chile: CEPAL/ONU
- Chiriboga Zambrano, Galo y Salgado Pesantes, Hernán. Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. 1ra edición. 1995
- CIDH. (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009, párr. 334.
- Comisión Andina de Juristas. (2009). *Manual Informativo para los Pueblos Indígenas. (1ra Ed.)*. Lima: Editorial Tague.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observacionales sobre Colombia, Doc. E/C12/COL/CO/, mayo de 2010.
- Constitución política del Ecuador. PUDELECO Editores S.A. 1era edición Quito 1999
- Crawford, J. (2012). *Sovereignty as a legal value*. En: Crawford, J.; Koskenniemi, M. y Ranganathan, S. The Cambridge companion to international law. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dávila Puño, J. (2005). *Perú: Gobiernos Locales y Pueblos Indígenas*. Lima: Racimos de Ungurrahui e IWGIA.
- De Soto, H. (2010). *La Amazonia no es Avatar*. Lima: ILD.
- Diccionario De La Real Academia Española. 22da edición. Tomo V. 2001
- Diez Picazo, L. (2000). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas
- Dippel, H. (2005). *Constitucionalismo Moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita*. En: Historia Constitucional. Revista Electrónica. N° 06. 2005
- DPLF y OXFAM. (2011). El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, Lima. Washington: Fundación para el Debido Proceso.
- DPLF y OXFAM. (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*. Washington: Fundación para el Debido Proceso.
- Drucker, P. (1993). *La sociedad psicocapitalista*. Bogotá: Editorial Norma.
- Drucker, Peter. La sociedad postcapitalista. Editorial Norma, Bogotá, 1993.
- Enrique Echeverría Gavilanes. Recurso de habeas corpus y recurso de libertad en el Ecuador. Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana Quito 1961. Pág. 21. Derecho Constitucional para fortalecer la democracia. Pág 146.
- Estrada, A. (2014). *Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia*. En: Bazán, V. y Nash, C. (Ed). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. N° 4. Pluralismo Jurídico.
- Fernández Sessarego, C. (1992). Derecho a la Identidad personal. Buenos Aires: Astrea.
- Figallo Adrianzen, G. (2005). *Comentario al artículo 89° de la Constitución de 1993*. En: AA.VV. *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fundación para el Debido Proceso. (2015). *Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Washington: Fundación para el Debido Proceso.

- García Hierro, P. (2007). *Marcando territorio*, Lima: IWGIA.
- García, A. (2007). *El Síndrome del Perro del Hortelano*. Artículo periodístico publicado en *Diario El Comercio*, octubre del 2007. Lima: Diario El Comercio.
- Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la coordinadora nacional de Derechos Humanos. (2012). *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú*. Lima: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales.
- Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA). (2012). *La consulta previa: desarrollo normativo internacional y comparado y su aplicación en el Perú*. Lima: IDEA
- Jürgen Brandt, H. (2002). *Cambios en la justicia comunitaria y factores de influencia*. En: Serie Justicia Comunitaria en los andes: Perú y Ecuador. Vol. 9. 2002.
- Kaplan, M. (1994). *La soberanía estatal- nacional: retos e interrogantes*. En: AA.VV. *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México: Universidad Autónoma de México.
- Lafer, C. (1982). *Os dilema da soberania. Paradoxos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Nova fronteira.
- Larrea Holguín, J. (1998). *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. UTPL. Volumen I. 1998
- Malgesini, G. & Giménez, C. (2000). *Pluralismo Cultural*. En: Guía de conceptos sobre migraciones racismo e interculturalidad. Madrid: Edit. La Catarata.
- Ministerio de Cultural. (2014). *Derecho a la Consulta Previa*. Lima: Ministerio de Cultura.
- Morán Delgado, G & Alvarado Cervantes, D. (2010). *Métodos de investigación*. México: Pearson.
- Naciones Unidas. (2003). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*. En: Doc. E/CN.4/2003/90/Add.2, 10 de febrero de 2003, párrs.16 a 20.
- Naciones Unidas. (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. En: Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 47.
- Naranjo Mesa, W. (1995). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. (6ta Ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2013). *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989(núm. 169)*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Peña Jumpa, A. (2013). *Comentario al artículo 89 de la Constitución*. En: AA.VV. *La constitución comentada*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Perez Loose, H. (1999). *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia*.
- Prado Vallejo, J. (1985). *Documentos Básicos de Derechos Humanos*. Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- PROJUSTICIA, Ciudadanía y Derechos Fundamentales: Teoría y Práctica. 2001
- RAE. (2001). *Diccionario de la Real Academia Española*. Madrid: RAE
- Ramírez Erazo, R. (2010). Proyecto de Investigación. Como hacer una tesis. Lima: Fondo Editorial AMADP
- Rodríguez Garavito, C. & Morris, M. (2010). *Justicia Global – La consulta Previa a Pueblos Indígenas. Los Estándares del Derecho Internacional*. Universidad de los Andes. Documento N° 02.
- Rodríguez, G. A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ/Universidad del Rosario.

- Rubiños Yzaguirre, H. (2007). *Los derechos fundamentales de la comunidad Ashánika y su incorporación a la nación peruana*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.
- Ruiz Molleda, J. (2011). *La implementación del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas. Una mirada constitucional*. Lima: Justicia Viva.
- Ruiz Molleda, J. (2012). *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Salmo, E. (2010). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tomo N° 03: Los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: IDEHPUCP
- Salmon, P. (2012). *La consulta previa, Libre e Informada en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de PUCP – IDEHPUCP-Konrad Adenauer Stiftung.
- Sanborn, C.; Hurtado, V. & Ramírez, T. (2016). *La consulta previa en el Perú: Avances y retos*. Documento de Investigación N° 6. Lima: Universidad del Pacífico.
- Sánchez Padilla, E. (2001). *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. PNUD. Quito.
- Sánchez-Castañeda, A. (s/f). *Estudios jurídicos en Homenaje a Marta Morenau. Tomo I: (Derecho Romano-Historia del Derecho)*. México: Universidad Autónoma de México.
- Santos Ramme, R. (s/f). *Da justiça ambiental dos Direitos e Deveres Ecológico – Conjecturas político. Filosóficas para uma nova ordem jurídico – ecológico. Brasil: EDUCS*.
- Superior Tribunal de Justiça (STJ). (2013). *Agravo Regimental na SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 1.745 - PARÁ (2013/0107879-0)*. Decisión de 19 de junio de 2013.
- Supremo Tribunal Federal. (2014). *Segunda Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087 DF*, 16 de setembro de 2014.
- Touraine, Alain. *¿Podremos vivir juntos?* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997.
- Vega Rodríguez, A. (2012). *Consulta previa a pueblos indígenas y tribales: Análisis y propuesta de legislación*. Tesis para optar al grado de Maestría en Derecho con especialización en el Área de Profundización en Derecho Constitucional. Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.
- Villacañas de Castro, L. (2008). *Nacimiento y despliegue del Estado a partir del Modelo de Westfalia*. En: Res publica. v. 19.
- Villalba Vega, W. (1999). *Exposición sobre la esencia de las facultades constitucionales. Derecho Constitucional para fortalecer la democracia*.
- Wolkmer, A. (2013). *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura de Derecho*. Sevilla: MAD-Eduforma.

REVISTAS

- Ansuategui Roig, G. (s/f). *¿Crisis del Positivismo Jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli*. En: *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. N° 02.
- Baker, R. (s/f). *Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates*. En: *European Journal of International Law*. v. 21. N° 01.
- Belloso Martín, N. (2014). *El Neoconstitucionalismo a Debate: Entre la Principiología y la Arbitrariedad*. En: *Revista de Facultad de Direito UFPR*. Vol. 59. N° 01

- Bobbio, N. (2004). *La plenitud del orden jurídico y la interpretación*. En: Isonomía. N° 121. Octubre de 2004.
- Carpizo, J. (1982). *La soberanía del Pueblo en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional*. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). N° 28.
- Cossio, J. (2000). Constitucionalismo y Multiculturalismo. En: Isonomía. N° 12. Abril de 2000.
- Dupret, B. (2007). *Pluralismo Jurídico, Pluralidad de Leyes y Prácticas Jurídicas: Técnicas, Crítica y Reespecificación Praxiológica*. En: European Journal of Legal Studies. v. 1. N° 01.
- Gamble, J. (1980). *Multilateral treaties: The significance of the Name of the Instrument*. En: California Western International Law Journal. V. 10.
- García Gestos, N. (2003). *Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: Especial referencia a los seis libros de la república de J. Bodino*. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). N° 120.
- Gutierrez Pérez, V. (2009). *Justicia comunitaria y pluralismo jurídico*. En: Direito Público e Integração – Revista Jurídica. N° 2. 2009.
- Kelsen, H. (1961). *La doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico*. En: Revista Jurídica de Buenos Aires. N° 9.1961
- La Torre, M. (2010). *Constitucionalismo de los antiguos y de los Modernos. Constitución y “estado de excepción”*. En: Res Publica. V. 23
- Peralta, R. (1999). *Soberanía nacional y Estado Constitucional*. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). N° 105.
- Ruiz Chiriboga, O. (2006). *O Direito a Identidade Cultural Dos pios indígenas e das Minorias Nacionais: Um olhar a partir do Sistema Interamericano*. En: Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos. N° 05. Año 3. 2006.
- Ruiz, O. (2007). *El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las Minorías Nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano*. En: Boletín Mexicano de Derechos Comprado. México. Vol. XL. N° 118.

PAGINAS WEB

- Anaya, J. (2013). *Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, al concluir su visita al Perú*. Recuperado de: <http://unsr.jamesanaya.org/statements/declaracion-del-relator-especial-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-al-concluir-su-visita-al-peru>
- Asociación Interamericana de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP). (2007). *Agenda Indígena Amazónica*. Recuperado de: <http://www.aidesep.org.pe/editor/documentos/62.pdf>
- Bautista Beltrán, D. (2004). *Los Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.monografias.com/trabajos15/derechos-humanos/derechos-humanos.shtml#ixzz4YQZ85Vo2>
- Centro de Políticas Públicas. (2013). *El Decreto 66: Arbitrio Reglamento de Consulta Indígena dictado por el Gobierno chileno*. Recuperado de: <http://www.politicaspubblicas.net/panel/consulta/reglamentacion/1681-decreto-66.html>

- CIDH (2010). *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf
- CIDH. (2001). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf
- CIDH. (2014). *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf
- Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Coahuila de Zaragoza (CDHEC). (s/f). *Clasificación en Tres Generaciones*. Recuperado de: <http://cdhec.org.mx/clasificacion-de-los-ddhh>
- Comissão Nacional da Verdade. (2014). *Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas. Expulsão, Remoção e Intrusão de Territórios Indígenas. Relatório. Vol. II. Texto 5*, pp. 208-217. Disponible en http://www.cnv.gov.br/images/relatorio/!nal/Relatorio_Final_CNV_Volume_II.pdf
- Comité de Derechos Humanos de la ONU (2000). *Caso Apirana Mahuika vs. Nueva Zelanda*. Recuperado de: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/547-1993.html>
- CONECTAS y Justiça Global. (2013, 4 de outubro). *Nota pública sobre regulamentação da Consulta Prévia. CONECTAS*. Recuperado de: http://www.conectas.org/pt/acoes/empresas-e-direitos-humanos/noticia/3387-nota-publica-sobre-regulamentacao-da-consulta-previa#_ftn3
- Corte Constitucional. *Sentencia SU-039 de 1997*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm>
- Corte Constitucional. *Sentencia T-376-12*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-376-12.htm>
- Corte de Apelaciones de Arica, *Rol 182-2013*. Recuperado de: http://www.elmorrocotudo.cl/sites/elmorrocotudo.cl/files/los_pumas_corte_arica.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (CIDH). (2005). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (CIDH). (2007). *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (CIDH). (2012). *Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- Corte Suprema. *Rol 17120-2013*. Recuperado de: <http://decs.pjud.cl/Documentos/Fallos/17.120-2013>
- Corte Suprema. *Causa Rol 258/2011, autos Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta, Santiago 13 de julio de 2011*. Recuperado de: http://indigenousnews.org/wp-content/uploads/2011/07/Rol_258-2011_CorteSuprema_13julio2011.pdf

- EFE. (2009). *Se eleva a 24 el número de policías muertos en violento choque con nativos*. Recuperado de: <http://elcomercio.pe/politica/gobierno/se-eleva-24-numero-policias-muertos-violento-choque-nativos-noticia-297390>
- Giménez Romero, G. (2003). *Pluralismo, Multicultural e Interculturalidad. Propuesta de Clarificación y aportes educativos*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2044239.pdf>
- IDESP-PARÁ. *Ata de consulta previa de 6 de agosto de 2013*. Recuperado de: <http://idesp.pa.gov.br/pdf/cachoeiraPorteira/atas/AtaReuniaoInformacao230813.pdf>
- La otra orilla. (2012). *¿Quién tiene la última palabra?. Un comentario sobre el reglamento de la ley de consulta previa*. Recuperado de: <https://otraorilla.wordpress.com/2012/04/18/quien-tiene-la-ultima-palabra-un-comentario-sobre-el-reglamento-de-la-ley-de-consulta-previa/>
- La Rosa, J. *Desafío urgente: institucionalidad estatal sobre pueblos indígenas (A propósito de la reestructuración de INDEPA)*. Recuperado: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=669>
- Ministerio de Desarrollo Social. (2014). *Resoluciones N° 275 y N° 276 de 2014 – Inicia procedimiento administrativo y convoca a proceso de consulta que indica*. Recuperado de: http://www.consultaindigenamds.gob.cl/articulo050814_1.html
- Ministerio del Interior de Colombia. (2014). *690 procesos de Consulta Previa se han acordado en 2014*. Recuperado de: <http://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/690-procesos-de-consulta-previa-sehan-acordado-en-2014>
- Novoa Campos, B. (2012). *Caso Conga: Cabeza fría y propuestas de solución*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoconstitucional/2012/08/03/caso-conga-cabeza-fria-y-propuestas-de-soluci-n/>
- OAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*. Recuperado de: http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Powell, J. (s/f). *Las ventajas y desventajas del pluralismo cultural*. Recuperado de: http://www.ehowenespanol.com/ventajas-desventajas-del-pluralismo-cultural-info_164075/
- Racismo Ambiental. *Carta Pública da APIB sobre a regulamentação dos procedimentos do direito de consulta assegurado pela convenção 169 da OIT*. Combate. Recuperado de: <http://racismoambiental.net.br/2013/07/carta-publica-da-apib-sobre-aregulamentacao-dos-procedimentos-do-direito-de-consulta-assegurado-pela-convencao-169-da-oit/>
- Ruiz Figueroa, W. (2008). *Constitución Política y Tratados de Derechos Humanos: Una Mirada al Convenio 169 de la OIT*. Recuperado de: <http://servindi.org/actualidad/3450>
- Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Articulação Social *Processo de regulamentação dos procedimentos de consulta previa no Brasil Convenção 169 OIT*. (2013). *Processo de regulamentação dos procedimentos de consulta previa no Brasil Convenção 169 OIT*. Recuperado de: <http://2013.cut.org.br/sistema/ck/!les/consultapreviaOIT.pdf>
- Tribunal Constitucional Boliviano. *Sentencia N° 0045/2006 de 2 de junio de 2006*. Recuperado de: <http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/sentencias-inconstitucionalidad-publicadas-en-gaceta-oficial-3072-del-04-marzo-2008/>

Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia N° 0300/2012 de 18 de junio de 2012*. Recuperado de:

<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/90419/104524/F825040633/BOL90419Sentencia.pdf>

Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia N° 2003/2010-R de 25 de octubre de 2010*.

Recuperado de: <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/apgig17.html>

Tribunal Constitucional. *Caso Gonzalo Tuananma Tuanama. Sentencia de junio de 2010. Exp. N°*

0022-2009-PI/TC. Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

Vallenas et. al. *Análisis de la ley de consulta previa a los pueblos indígenas, y criterios para su implementación en el contexto del debate del proyecto de ley forestal y de fauna silvestre*.

Recuperado de: <http://www.spde.org/documentos/publicaciones/consulta-previa-de-ley-forestal/anexos/XVII.-Informes-Tecnicos-SPDE/3.-Analisis-Ley-Consulta-Previa.pdf>

Vidal, J. (2009). *We are fighting por our lives and our dignity*. Recuperado de:

<http://www.theguardian.com/environment/2009/jun/13/forests-environment-oil-companies>

Wikipedia. (2015). *Ley de la Selva en el Perú*. Recuperado de:

https://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_la_Selva_en_el_Per%C3%BA#cite_note-ref_duplicada_1-18

Yrigoyen Fajardo, R. (2009). *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento*. Recuperado de:

http://www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/02_ryf_derechos.pdf

ANEXOS

ANEXO N° 01
PROPUESTA NORMATIVA

SUMILLA		LEY DE CONSULTA PREVIA -REDACCIÓN ACTUAL-	LEY DE CONSULTA PREVIA -REDACCIÓN PROPUESTA-
OBJETO DE LA LEY DERECHO A LA CONSULTA FINALIDAD DE LA CONSULTA		Art. 1° 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.	Art. 1° 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. <i>Asimismo, se interpreta en base al desarrollo jurisprudencia emitido por los órganos jurisdiccionales competentes.</i>
		Art. 2° 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.	Art. 2° 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, 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.
		Art. 3° 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.	Art. 3° La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento <i>libre, previo e informado</i> 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 <i>establecidos en la Constitución y en los tratados, así como los Convenios Internacionales.</i>

Art. 4°

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.

Art. 4°

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, **que atente los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas y originarios, incluidos en los derechos comprendidos en el Convenio N° 169 de la OIT.**
- g) Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda **la información necesaria concerniente a la medida legislativa o administrativa a ser consultada. Dicha información deberá de ser proporcionada a los pueblos indígenas u originarios, precisándose que esta documentación sea accesible y comprensible para dichos pueblos.** El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, **para que pueda ser analizado y estudiado oportunamente.**

SUJETOS DEL DERECHO A LA CONSULTA FORMA DE PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS	Art. 5° 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.	
	Art. 6° 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.	Art. 6° Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales, en el marco de su autonomía y autodeterminación.
	Art. 7° 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.	Art. 7° 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 de las poblaciones originarias del territorio nacional, o de una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales frontera del Perú. b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente ocupan u ocupaban a raíz de su expulsión de sus territorios. c) Instituciones sociales, económicas, culturales, políticas 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.

ETAPAS DE LA CONSULTA PREVIA	Art. 8° 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.		
IDENTIFICACIÓN DE MEDIDAS OBJETO DE CONSULTA	<table border="1"> <tr> <td data-bbox="318 497 1093 1133"> Art. 9° 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. </td><td data-bbox="1093 497 2038 1133"> Art. 9° 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 Viceministerio de Interculturalidad. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes. </td></tr> </table>	Art. 9° 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.	Art. 9° 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 Viceministerio de Interculturalidad. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.
Art. 9° 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.	Art. 9° 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 Viceministerio de Interculturalidad. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.		

IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A SER CONSULTADOS PUBLICIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA INFORMACIÓN SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA EVALUACIÓN INTERNA DE LAS INSTITUCIONES PROCESO DE DIÁLOGO INTERCULTURAL	Art. 10° 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.	
	Art. 11° 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.	Art. 11° Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las 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.
	Art. 12° 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.	Art. 12° Corresponde a las entidades estatales brindar información veraz, significativa y sustancial 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° 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 13° Las 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° 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.	

DECISIÓN IDIOMA ENTIDAD COMPETENTE RECURSOS PARA LA CONSULTA	Artículo 15° 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 15° 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, judicial o a través de un proceso de amparo.
	Artículo 16° 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.	Artículo 16° 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. Asimismo, deberá contarse con todos los documentos escritos traducidos a la lengua nativa de los pueblos en consulta.
	Artículo 17° 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° 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.	Artículo 18° 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. Es de obligación del Estado y sus entidades estatales remover los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo de los derechos humanos.

FUNCIONES DEL ÓRGANO TÉCNICO ESPECIALIZADO EN MATERIA INDÍGENA DEL PODER EJECUTIVO	Artículo 19° 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 19° Respecto a los procesos de consulta, son funciones de la dirección de consulta previa 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° 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.	

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.

SEGUNDA.

Adecúese las normas relativas al derecho a la participación ciudadana **a la Ley N° 29785**. Las medidas legislativas y administrativas dictadas con anterioridad a la Ley de Consulta previa **deberán de ser revisadas por el Viceministerio de Intercultural y organismos vinculados**.

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.

TERCERA.

Adecúese 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, **a las reglas establecidas en el Convenio N° 169 de la OIT**.

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.

