

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**“LA LEY DE CONSULTA PREVIA N°29785 Y EL DERECHO DE LOS  
PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA, VINCULADO CON LA  
PROTECCIÓN DEL DERECHO A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO  
Y ADECUADO PARA EL DESARROLLO DE LA VIDA”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
ABOGADA**

**AUTORA:**

**BACH. LARIELA DANIXA CHUQUIRUNA NOVOA**

**ASESORA:**

**DRA. MARISEL CÁRDENAS VÁSQUEZ**

**TRUJILLO-PERÚ**

**2014**

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**“LA LEY DE CONSULTA PREVIA N°29785 Y EL DERECHO DE LOS  
PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA, VINCULADO CON LA  
PROTECCIÓN DEL DERECHO A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO  
Y ADECUADO PARA EL DESARROLLO DE LA VIDA”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
ABOGADA**

**AUTORA:**

**BACH. LARIELA DANIXA CHUQUIRUNA NOVOA**

**ASESORA:**

**DRA. MARISEL CÁRDENAS VÁSQUEZ**

**TRUJILLO-PERÚ**

**2014**

**DEDICATORIA**

*A MI DIOS, por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad y por brindarme una vida llena de aprendizajes, experiencias y sobre todo felicidad.*

*A mis PADRES, porque creyeron en mí y me sacaron adelante, dándome ejemplos dignos de superación y entrega, porque gracias a ustedes, hoy puedo ver alcanzada mi meta, ya que siempre estuvieron impulsándome en los momentos más difíciles de mi carrera, y porque el orgullo que sienten por mí, fue lo que me hizo ir hasta el final. Los amo*

*Victor y Alicia*

## AGRADECIMIENTO

*A **DIOS** y a mis **PADRES**, porque me apoyaron en todo momento ayudándome a continuar pese a las dificultades, a los docentes que me brindaron sus conocimientos contribuyendo a la realización de este trabajo de investigación.*

## PRESENTACIÓN

### SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

De mi especial consideración

Tengo el alto honor de dirigirme a Ustedes para presentarles el presente trabajo de investigación titulado: **“LA LEY DE CONSULTA PREVIA N°29785 Y EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA, VINCULADO CON LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO PARA EL DESARROLLO DE LA VIDA”**, el mismo que desde ya queda sometido a vuestra consideración y aceptación.

El mencionado trabajo ha sido elaborado para el curso de PRO-TITULACIÓN de la Carrera Profesional de Derecho y con ello se da cumplimiento a uno de los requisitos estipulados en el Reglamento, aprobado por Resolución Rectoral N° 2627-2014-R-UPAO de la Universidad Privada Antenor Orrego, correspondiente para obtener el Título de Abogado.

Agradezco la atención brindada y hago propicia la oportunidad para expresar los sentimientos de mi más alta estima personal.

**ATENTAMENTE.**

**Bach. Lariela Danixa Chuquiruna Novoa**

## **RESUMEN**

La presente investigación denominada “LA LEY DE CONSULTA PREVIA N° 29785 Y EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA, VINCULADO CON LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO PARA EL DESARROLLO DE LA VIDA”, tiene como objetivo determinar si la Ley de Consulta Previa garantiza la protección del derecho humano fundamental de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, vinculado a su derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de su vida, de conformidad con lo establecido en el Convenio N°169 de la Organización Internacional de Trabajo, el cual fue ratificado por el Perú, teniendo en consideración que los crecientes conflictos ambientales entre los pueblos indígenas, las empresas extractivas y el Estado es producido por el desencuentro entre lo recogido por las normas internacionales, especialmente el Convenio N° 169 de la OIT y la Ley de Consulta Previa N° 29785.

Para la presente investigación, se ha analizado la Ley de Consulta Previa N° 29785, revisando para ello la normatividad internacional y nacional, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Asimismo se ha realizado un análisis del derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida, hasta llegar al estado actual del derecho a la consulta previa en el Perú, y demostrar la deficiencias en la implementación de la Ley de Consulta Previa N° 29785 para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida, empleando para ello, los métodos hermenéuticos, analíticos, histórico, entre otros.

## **ABSTRACT**

The present investigation called "THE LAW OF PRIOR CONSULTATION NUMBER 29785 AND THE RIGHT OF INDIGENOUS PEOPLES TO PRIOR CONSULTATION, RELATING TO THE PROTECTION OF THE RIGHT TO HAVE A BALANCED ENVIRONMENT AND PROPER DEVELOPMENT OF LIFE", aims to determine if the Law on Prior Consultation ensures protection of the fundamental human right of Indigenous Peoples to Prior Consultation, linked to the right to enjoy an adequate and balanced development of their life environment, in accordance with the provisions of Convention Number 169 of the International Labor Organization, which was ratified by Peru, considering that increasing environmental conflicts between indigenous peoples, extractive companies and the state is produced by the mismatch between collected by international standards, particularly The Convention Number 169 and the Law on Prior Consultation Number 29785.

For the present study, we analyzed the Prior Consultation Law Number 29785 in reviewing for this international and national regulations, as well as the jurisprudence of the Constitutional Court. Also an analysis was made of the right to enjoy an adequate and balanced development of life environment, up to the current state of the right to prior consultation in Peru, and demonstrate the shortcomings in the implementation of the Law on Consultation Previous Number 29785 to ensure the right of indigenous people to prior consultation linked to the protection of the right to enjoy an adequate and balanced development of life environment, employing, hermeneutical, analytical, historical methods, including other.

## **TABLA DE CONTENIDO**

CARATULA.....	I
CONTRA CARATULA.....	II
DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
PRESENTACIÓN.....	V
RESUMEN.....	VI
ABSTRACT.....	VII
TABLA DE CONTENIDO.....	VIII

### **CAPITULO I** **INTRODUCCION**

1. EL PROBLEMA: .....	1
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA:.....	1
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:.....	3
1.3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:.....	3
1.4. JUSTIFICACIÓN: .....	4
2. LA HIPÓTESIS: .....	5
2.1. ENUNCIADO:.....	5
2.2. VARIABLES :.....	5
3. OBJETIVOS: .....	5
3.1. GENERAL: .....	5
3.2. ESPECÍFICOS: .....	5

### **CAPITULO III** **METODOLOGÍA**

1. MATERIALES :.....	7
1.1. POBLACIÓN: .....	7
1.2. MUESTRA:.....	7
2. UNIDAD DE ANÁLISIS: .....	7
3. MÉTODOS.....	8
3.1. MÉTODO EXEGÉTICO .....	8
3.2. MÉTODO HERMENÉUTICO-JURÍDICO .....	8
3.3. MÉTODO HIPOTÉTICO DEDUCTIVO .....	8
3.4. MÉTODO INDUCTIVO .....	8
3.5. MÉTODO HISTÓRICO.....	8
4. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS .....	9

5. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO .....	10
5.1. EL ANÁLISIS DESCRIPTIVO.....	10
6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....	10
7. TACTICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN .....	10
8. DISEÑO DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.....	11

**CAPITULO III**  
**MARCO TEÒRICO**

**SUB CAPITULO I**  
**EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

1. EL CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: .....	13
1.1. CONCEPTO .....	13
1.2. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS .....	14
1.3. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA .....	16
1.3.1. RESPONSABILIDAD DE REALIZAR LA CONSULTA: .....	18
1.3.2. LOS SUJETOS QUE DEBEN SER CONSULTADOS .....	18
1.3.3. PROCEDIMIENTOS APROPIADOS PARA CONSULTAR .....	20
1.3.4. EL CONSENTIMIENTO .....	21
2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO PUERTA DE ENTRADA PARA EL RECONOCIMIENTO DEL RESTO DE DERECHOS INDÍGENAS:.....	22
3. LA CONSULTA PREVIA TIENE RANGO CONSTITUCIONAL:.....	27
4. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: .....	29
5. EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES EN TERRITORIOS INDIGENAS : .....	31

**SUB CAPITULO II**  
**LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ**

1. CONCEPTO DE PUEBLOS INDÍGENAS: .....	35
2. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS INDÍGENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO:.....	35
2.1. LAS COMUNIDADES CAMPESINAS: .....	36
2.2. LAS RONDAS CAMPESINAS:.....	37
2.4. LOS PUEBLOS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO O CONTACTO INICIAL ...	40
2.5. A QUIENES SE PUEDEN CONSIDERAR PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ. ....	41

3. PUEBLOS INDÍGENAS RECONOCIDOS POR LA LEGISLACIÓN NACIONAL ... 44

**SUB CAPITULO III**  
**LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL**  
**PERUANO**

1. LA CONSTITUCIÓN DE 1920 Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS:.....	46
2. LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y LOS DERECHOS INDÍGENAS:.....	46
3. LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LOS DERECHOS INDÍGENAS:.....	47

**SUB CAPITULO IV**  
**EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A GOZAR DE UN AMBIENTE**  
**EQUILIBRADO Y ADECUADO PARA EL DESARROLLO DE SU VIDA**

1. DEFINICIÓN JURÍDICA DE AMBIENTE:.....	48
2. DERECHO AMBIENTAL:.....	52
3. EL DERECHO HUMANO A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO PARA EL DESARROLLO DE SU VIDA: .....	53
3.1. GENERALIDADES:.....	53
3.2. DEFINICIÓN:.....	54
3.3. CONTENIDO ESENCIAL:.....	55
3.4. PROTECCION JURIDICA:.....	56
3.5. NATURALEZA, CARÁCTER Y ATRIBUTOS:.....	60
3.6. DE ACUERDO AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO:.....	65
4. EL DERECHO A ACCEDER A LA INFORMACION PÚBLICA DE CARÁCTER AMBIENTAL: .....	67
5. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN AMBIENTAL: .....	68

**SUB CAPITULO V**  
**EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL**  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

1. SENTENCIA EXP. N.º 03343-2007-PA/TC.....	73
2. SENTENCIA EXP N° 06316-2008-PA/TC:.....	78
3. SENTENCIA EXP N°00022-2009-PI/TC .....	83

**SUB CAPITULO VI**  
**LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ**

1. ANTECEDENTES A LA APROBACIÓN DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS .....	93
---	----

1.1. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ .....	93
1.2. EL CONFLICTO DE BAGUA .....	93
1.3. LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE COVENIOS Y RECOMENDACIONES (CEARC) DE LA OIT EXIGE SUSPENDER TODOS LOS ACTOS ESTATALES QUE AFECTEN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS QUE NO FUERON CONSULTADOS.....	94
1.4. PROYECTO DE LEY SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE PUEBLOS INDÍGENAS APROBADO POR EL CONGRESO .....	95
1.5. LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO .....	95
1.6. LA OBSERVACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE CONSULTA POR EL GOBIERNO .....	96
1.7. SENTENCIA 00022-2009-PI/TC: EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA CONSULTA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC).96	
1.8. SENTENCIA 06316-2008-PA: EL PRIMER RETROCESO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL C EN MATERIA DE DERECHO A LA CONSULTA.....	97
1.9. EL CASO MAJES SIGUAS II.....	97
1.10. SENTENCIA 05427-2009-PA/TC: LA FUERZA NORMATIVA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT .....	98
1.11. EL PROYECTO DE REGLAMENTO DE LA CONSULTA EN ACTIVIDADES MINERAS Y ENERGÉTICAS.....	99
1.12. EL APRESURAMIENTO INJUSTIFICADO DEL CONGRESO PARA APROBAR LA LEY FORESTAL .....	99
1.13. SENTENCIA 00023-2009-PI.....	100
1.14. SENTENCIA N° 06316-2008-AA .....	100
1.15. SENTENCIA N° 06316-2008-PA.....	100
1.16. RECTIFICACIÓN DEL TC: EL DERECHO A LA CONSULTA ES EXIGIBLE DESDE 1995 .....	101
1.17. LOS GOBIERNOS REGIONALES ANUNCIAN LA REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA.....	101
1.18. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DERECHO A LA CONSULTA POR EL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS.....	101
2. APROBACIÓN DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	102

**CAPITULO IV**  
**ANÁLISIS DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

**SUB CAPÍTULO I**  
**LA LEY DE CONSULTA PREVIA**

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN.....	131
---------------------------	-----

**SU CAPITULO II**

**DEFENSORIA DEL PUEBLO " REPORTE DE CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES  
N° 126" (AGOSTO 2014)**

CASOS.....	143
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN.....	149

**CAPITULO V**

**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

1. CONCLUSIONES.....	153
2. RECOMENDACIONES.....	157
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: .....	159

## **CAPITULO I**

### **INTRODUCCION**

#### **1. EL PROBLEMA:**

##### **1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA:**

En los últimos años con el incremento de la exploración y explotación de nuestros recursos naturales, por parte de las industrias extractivas; los pueblos indígenas se sienten amenazados por el despojo de sus tierras, por la contaminación de los ríos y el deterioro de nuestra biodiversidad; todo esto porque el gobierno sigue vulnerando sus derechos. Es por eso que el derecho a la consulta previa, libre e informada para los pueblos indígenas era una demanda histórica de estos pueblos en el Perú y en la región andina, así como una exigencia constitucional, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional y la propia vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, desde el 02 de febrero de 1995.

En agosto del 2011, tras cerca de un año de elaboración y discusión y un año de dilatorias (incluido cambio de gobierno), el Perú aprobó la Ley de Consulta Previa y en setiembre del 2011 se promulgó dicha Ley. Esta Ley está directamente relacionada con el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, ha sido largamente esperada y considerada un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos de las poblaciones indígenas.

El proceso de elaboración y promulgación de la Ley venía de una larga demanda ciudadana. Producto de las poblaciones afectadas por la creciente presión sobre tierras y territorios por industrias extractivas, tuvo un impulso del movimiento indígena, el que logró generar todo un proceso social para obligar al Estado peruano a reconocer, diseñar e implementar el derecho a consulta, además tuvo un impulso adicional e inesperado a raíz de los sucesos generados por los disturbios de Bagua y la ronda posterior de negociaciones y atención a la problemática indígenas.

Esta medida fue saludada por su posibilidad de generar avances significativos en el lento y largo camino hacia el pleno respeto de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú.

A partir de la promulgación de esta Ley, se inició un debate sobre los mecanismos que debían regularse para asegurar procesos de consulta sobre medidas legislativas o administrativas, en asuntos que pudiesen afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En suma, se trataba de asegurar los cauces que permitiesen un diálogo intercultural sincero entre el Estado y los pueblos indígenas, algo mayoritariamente ausente en nuestra etapa republicana.

La consulta previa a los pueblos indígenas u originarios no sólo es un tema teórico, jurídico y procedimental, sino que tiene consecuencias muy prácticas. En el caso peruano, éstas se explicitan a partir de las políticas estatales que promueven y facilitan la inversión privada en materia de extracción de recursos naturales, generando agudas controversias porque el Estado no protege de la misma forma los derechos de las comunidades y pueblos indígenas. Como consecuencia de ello, se evidencia un incremento notorio de los conflictos socioambientales, relacionados con el desarrollo de proyectos extractivos, donde lo común es que no se establezcan mecanismos de diálogo con las comunidades y pueblos indígenas, y sus voces no sean consideradas al momento de tomarse las decisiones.

Es por ello que la expectativa generada por la Ley de Consulta Previa viene significando, por ahora, una frustración y un reclamo justificado de las principales organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas. La forma en la cual los funcionarios estatales especializados en el tema manejaron los momentos siguientes a la promulgación de esta Ley ha sido decepcionante y ha defraudado rápidamente las esperanzas que se habían generado, provocando un incremento de la desconfianza hacia un Estado que históricamente ha excluido y reprimido las demandas de estos pueblos.

La Ley de Consulta Previa N° 29785 es insuficiente y no complementa conforme al espíritu y la letra del Convenio 169 de la OIT, que señala que los

gobiernos deberán 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 afectarlas directamente, además declara entre otras cosas, el respecto de la integridad de los pueblos indígenas, la probidad colectiva de sus tierras, el cuidado de su ambiente y de su no exclusión.

Sin embargo se sigue otorgando concesiones forestales, petroleras y mineras en territorio indígena sin respetar la consulta previa a los pueblos, afectando el derecho de los pueblos a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de su vida, provocando que el número de conflictos socioambientales vaya en incremento, puesto que la consulta previa en el Perú es no vinculante y la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente.

## **1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:**

¿De qué manera la Ley de Consulta Previa N° 29785 garantiza el derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, reconocido en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo en el Perú, 2014?

## **1.3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:**

- **HENRY OLEFF CARHUATOCTO SANDOVAL(2013)**, en su tesis para optar el título de magister de la Universidad Mayor de San Marcos-Lima “Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú”, en el cual precisa que el objeto de la consulta previa es permitir al Estado saber si los Pueblos Indígenas se ven afectados y en qué medida, de tal forma que se puedan corregir las situaciones que provocan el perjuicio a dichos Pueblos; asimismo señala que por su propia naturaleza la Consulta Previa debe ser continua, es decir empezar antes de aprobarse el programa o proyecto de hidrocarburos, antes de suscribir las autorizaciones y continuar en las etapas siguientes de esta actividad.

- **ALEJANDRO DIEZ (2012)**, ha señalado en el foro de debate Red Participa Perú, que la ausencia de mecanismos para consultar a las poblaciones indígenas sus prioridades, es una importante debilidad de la ley. Se trata de una normativa para preguntar respecto de proyectos o medidas externas que afectan a las poblaciones indígenas, pero no tenemos un instrumento internacional o nacional que permita, más bien, consultar a las poblaciones respecto de sus demandas, prioridades, o simplemente, las opciones de desarrollo de los pueblos.

#### 1.4. JUSTIFICACIÓN:

- **Teórica:** La justificación teórica de esta investigación es que buscaremos aplicar principios, fundamentos, bases teóricas, mecanismos, esperando que los resultados de este trabajo permitan adecuar la Ley de Consulta Previa N° 29785 al cumplimiento del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida, reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT.
- **Metodológica:** La justificación metodológica de esta investigación es que el resultado de la misma podrá ser empleado como un insumo para posteriores investigaciones e incluso para la modificación de la Ley de Consulta Previa N° 29785 o elaboración de nuevos proyectos ley.
- **Práctica:** La justificación práctica de esta investigación es que tiene una aplicación concreta en la implementación de mecanismos a la Ley de Consulta Previa N° 29785 lo que hará que se reduzca el nivel de conflictos socio ambientales con comunidades indígenas y permitirá la protección de los pueblos indígenas a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida”

## 2. LA HIPÓTESIS:

### 2.1. ENUNCIADO:

La Ley de Consulta Previa N° 29785 no garantiza de manera efectiva el derecho de los pueblos indígenas a la Consulta Previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida, debido a que no está conforme con el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

## **2.2. VARIABLES :**

- **V 1:** Ley de Consulta Previa N° 29785.
- **V 2:** Derecho a la Consulta Previa.
- **V 3:** Derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida
- **V 4:** Convenio N° 169 de la OIT.

## **3. OBJETIVOS:**

### **3.1. GENERAL:**

Determinar de qué manera la Ley de Consulta Previa N° 29785 garantiza el derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, reconocido en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo en el Perú, 2014.

### **3.2. ESPECÍFICOS:**

- Analizar la Ley de Consulta Previa N° 29785.
- Explicar sobre el Derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas.
- Explicar sobre la protección del derecho de los pueblos indígenas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida.
- Explicar respecto al Convenio 169 de la OIT en lo referido a la consulta y participación efectiva de los Pueblos Indígenas en las decisiones que les afectan.
- Explicar el derecho a la consulta previa en la Jurisprudencias del Tribunal Constitucional.
- Analizar el reporte de conflictos socioambientales N° 126 (Agosto 2014) de la Defensoría del Pueblo



## **CAPITULO II**

### **METODOLOGÍA**

#### **1. MATERIALES :**

##### **1.1. POBLACIÓN:**

La población se refiere a la totalidad de los elementos que poseen las principales características objeto de análisis. Es por ello que para la presente investigación se tiene una población que corresponde al reporte mensual de la Defensoría del Pueblo del mes de Agosto del 2014, que contiene los conflictos socio ambientales producidos por la Ley de Consulta Previa N° 29785.

##### **1.2. MUESTRA:**

La muestra es una parte de la población que contiene teóricamente las mismas características que se desea estudiar en ella. Para la presente investigación, teniendo en cuenta que la población es manejable, entonces consideramos que nuestra muestra será equivalente a todos los conflictos socio ambientales producidos por la Ley de Consulta Previa N° 29785 que contiene el reporte mensual de la Defensoría del Pueblo.

#### **2. UNIDAD DE ANÁLISIS:**

La unidad de análisis de la presente investigación son las siguientes:

- 2.1.** Ley de Consulta Previa N° 29785.
- 2.2.** El Convenio N° 169 de la OIT, en lo referente al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.
- 2.3.** Legislación nacional en lo referente a la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida de los pueblos indígenas.
- 2.4.** Jurisprudencias del Tribunal Constitucional, sobre el Derecho a la Consulta Previa de los pueblos indígenas.
- 2.5.** Doctrina y legislación nacional e internacional, sobre el derecho a la consulta previa y el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida de los pueblos indígenas.

- 2.6. Reporte N° 126 de conflictos socioambientales (Agosto 2014) de la Defensoría del Pueblo.

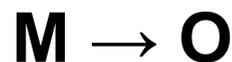
### 3. MÉTODOS

- 3.1. **MÉTODO EXEGÉTICO:** La exégesis como un método consiste en la interpretación exhaustiva de la norma jurídica, por lo tanto mediante este método, se ha desentrañado el sentido de las normas pertinentes al Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas prescrito en el Convenio N°169 de la OIT y en la Ley de Consulta Previa N°29785; así como normas pertinentes al Derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, prescrito en nuestra Constitución de 1993, buscándose de esta forma la intención del legislador sobre los temas signados anteriormente.
- 3.2. **MÉTODO HERMENÉUTICO-JURÍDICO:** Este método ha sido empleado para realizar un análisis conjunto e interrelacionado de nuestro ordenamiento jurídico y el Convenio N° 169 de la OIT.
- 3.3. **MÉTODO HIPOTÉTICO DEDUCTIVO:** Este método ha sido empleado al momento de elaborar la hipótesis del trabajo, y en el transcurso de la investigación para realizar un correcto estudio del tema abordado desde comprender su naturaleza hasta llegar a sus manifestaciones específicas para casos concretos.
- 3.4. **MÉTODO INDUCTIVO:** Se aplicó este método al analizar el material de estudio, el mismo que sirvió de base para demostrar la hipótesis del trabajo así pues se ha tenido en cuenta el contexto, las causas, los efectos.
- 3.5. **MÉTODO HISTÓRICO:** La aplicación del presente método ha permitido estudiar la evolución del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. Asimismo, se ha empleado también con la finalidad de trazar el derrotero histórico de cómo fueron evolucionando los derechos de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, en nuestra Constitución.

### 4. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS:

En la presente investigación se usó el diseño descriptivo simple, donde **M** representa una muestra en quienes 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 conceptuales 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:



**Donde:**

**M:** Muestra

**O:** Información.

En la presente investigación, la muestra se halla dada en primer lugar por el Convenio N° 169 de la OIT y La Ley de Consulta Previa N° 29785. En el primero de ellos, se destaca la información referida al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y, en la segunda, se analiza e interpreta los artículos de la Ley de Consulta Previa N° 29785 y esto nos permite demostrar que la Ley de Consulta Previa N° 29785 no está conforme con el Convenio N° 169 de la OIT.

Asimismo, tenemos jurisprudencias del Tribunal Constitucional Peruano relativa al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, que nos permite extraer los fundamentos y razonamientos jurídicos aplicables en sede judicial.

Además, hemos precisado una selecta muestra de la gran variedad en calidad y cantidad de doctrinas jurídicas y legislación nacional e internacional, orientadas a sustentar que la Ley de Consulta Previa no garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, que

consideramos más pertinentes y adecuadas a las características de nuestra investigación.

Finalmente, tenemos el Reporte N° 126 (Agosto 2014) de la Defensoría del Pueblo, sobre conflictos socioambientales, cuyo análisis han permitido en gran medida comprobar nuestros puntos de vista sustentados en esta tesis.

## **5. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO:**

### **5.1. EL ANÁLISIS DESCRIPTIVO:**

Este procedimiento metodológico ha sido utilizado a fin de realizar el análisis de los datos obtenidos en la presente tesis, en función a la doctrina, Reporte Mensual N° 126 de la Defensoría del Pueblo, jurisprudencia y legislación nacional e internacional, con el propósito de efectuar la respectiva contrastación de hipótesis.

## **6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:**

Se ha utilizado la observación documental (libros, revistas, legislación nacional e internacional, y Jurisprudencias) tanto en la doctrina nacional como en la doctrina internacional con relación al derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y además se utilizó el Reporte Mensual N° 126 de la Defensoría del Pueblo sobre conflictos ambientales.

## **7. TÁCTICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN:**

- **PRIMER PASO :**

Consistió en la búsqueda de información relevante relacionado al tema, para esto se realizó la visita a diversas bibliotecas. Del mismo modo fue de gran utilidad visitar diversas páginas webs de bibliotecas virtuales, tanto nacionales como extranjeros.

- **SEGUNDO PASO :**

Se determinó el objeto y la finalidad de la tesis, se establecieron las hipótesis y se desarrolló el marco teórico.

- **TECER PASO:**

Consistió en visitar diversas páginas web de las instituciones públicas, a fin de evaluar informaciones doctrinales.

- **CUARTO PASO:**

Visitar al asesor experto en el tema, con el objetivo de recibir lineamientos y las instrucciones necesarias para delimitar y seleccionar la información obtenida.

- **QUINTO PASO**

Contrastar la hipótesis planteada con los resultados obtenidos del análisis de los títulos y de la bibliografía recaudada. Se determinaron los instrumentos, se valoraron los resultados y finalmente se elaboraron las conclusiones y recomendaciones.

## **8. DISEÑO DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS:**

El procesamiento de los datos se presenta al estar la tesis dividida en 5 Capítulos y son los siguientes:

- **CAPÍTULO I:**

Está referido al Problema, a la Realidad Problemática, Formulación del Problema, Objetivos, Hipótesis y la respectiva Justificación de la investigación.

- **CAPÍTULO II:**

Se explica la metodología aplicable para nuestra investigación, las técnicas e instrumentos, la táctica de recolección de datos y el diseño de procesamiento de la misma.

- **CAPÍTULO III:**

Contiene el Marco Teórico, el cual está referido a temas como el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, el derecho a gozar de un

ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, entre otros temas que han sido desarrollados en el presente trabajo de investigación.

- **CAPÍTULO IV:**

Se presentan los resultados y discusión del presente trabajo.

- **CAPÍTULO V:**

Se establecen las conclusiones y recomendaciones.

### **CAPITULO III**

#### **MARCO TEÒRICO**

##### **SUB CAPITULO I**

#### **EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS**

### **1. EL CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO:**

#### **1.1. CONCEPTO:**

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (N° 169) es un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989. El Convenio 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 en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger estos derechos.

El Convenio se fundamenta 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.

Para la Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra, el objetivo del Convenio es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas. Por lo tanto, los principios fundamentales de consulta y participación constituyen la piedra angular del Convenio. Además, el Convenio cubre una amplia gama de cuestiones relativas a los pueblos indígenas, que incluyen el empleo y la formación profesional, la educación, la seguridad social y la salud, el derecho consuetudinario, las instituciones tradicionales, las lenguas, las creencias religiosas y la cooperación a través de las fronteras. (Organización Internacional del Trabajo, 2013, pág. 1).

## 1.2. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:

El derecho a la consulta es un derecho específico de los pueblos indígenas. El artículo 1º del Convenio N° 169 (donde se institucionaliza el derecho a la consulta) brinda una descripción operativa en los términos siguientes:

*[...] los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. [...] La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*

En este sentido, la consulta es un derecho orientado a garantizar que los pueblos indígenas tengan una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos, y en los procesos que puedan afectarles directamente.

Para Diego Ocampo, la definición de pueblo indígena es muy compleja debido a la diversidad de personas que integran estos colectivos, su variedad de costumbres, su dispersión geográfica en todo el mundo y sus diversas instituciones. La Comisión Interamericana ha señalado que una “definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva”. El hecho de que resulte tan complejo dar una definición puede ser la causa por la que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas no tiene un artículo específico para ello. (Salmón, Bregalio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 37)

En ese sentido señala Diego Ocampo que, la propia OIT refiere que se está “gestando un consenso en el sentido de que no es necesario ni deseable contar con una definición formal del término pueblos indígenas”, y que el “Convenio no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales sino que describe los pueblos que pretende proteger”. Sin embargo, el campo de aplicación material del Convenio 169, es decir, a quiénes pretende proteger, definido en su artículo 1, ha sido considerado el parámetro según el

cual se identifica a quiénes puede considerárseles, generalmente, “pueblos indígenas”. En este sentido, una referencia inevitable es la referencia a la autodefinición establecida en el Convenio 169. Dicha norma, en su artículo 1.2, dispone que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”. (Salmón, Bregalio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 38)

Para la Organización Internacional del Trabajo señala que, se identificará como pueblo indígena a una población de acuerdo con dos criterios: el objetivo y el subjetivo. El criterio objetivo responde a determinadas características propias de los pueblos indígenas, como descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica desde la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. En cambio, el criterio subjetivo alude a la identificación del pueblo referido como parte de un pueblo indígena y que el individuo de dicha población se sienta parte de ese pueblo. (Organización Internacional del Trabajo, 2003, pág. 3)

Para la Organización Internacional del Trabajo, los criterios objetivos son variables y diversos según la población de que se trate. Ningún pueblo indígena, como toda conglomeración humana, se encuentra atrapado en el tiempo, ni es cultural o biológicamente puro. Si bien la conexión histórica, cultural y de territorio es muy importante, la definición de pueblos indígenas debe respetar la situación actual y la evolución de estos, por lo que interpretaciones demasiado restrictivas de los criterios objetivos deben descartarse, aunque ello tampoco debe significar interpretaciones demasiado extensivas. Por ello, los criterios objetivos deben ser guías que sirvan para poder identificar de manera más sencilla a los pueblos indígenas. (Organización Internacional del Trabajo, 2003)

Renata Bregalio señala que, la Comisión Interamericana ha resaltado que el criterio subjetivo, es decir la autodefinición, “es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”. (Salmón, Bregalio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 38)

Por lo antes mencionado dada la complejidad para determinar los criterios objetivos, es precisamente el criterio subjetivo el que toma mayor relevancia. En ese sentido, se debe tener presente que se considerará pueblo indígena a aquellos que tengan la convicción de definirse como tales. Sin embargo, ello no significa que la sola autodefinición sea suficiente para determinar al pueblo indígena como tal. Por ello, lo importante es resaltar que “la auto identificación se complementa con los criterios objetivos, y viceversa”.

### **1.3. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA:**

El requisito general de consultar a los pueblos indígenas se encuentra en el Artículo 6° inciso 1 del Convenio N°169 que estipula:

*Los gobiernos deberán: “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”.*

En el Artículo 6° inciso 2 del Convenio N° 169 dispone 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”.*

*Además el Convenio N° 169 dispone la necesidad de consultar en las circunstancias siguientes:*

- Antes de la prospección o explotación de los minerales y los recursos del subsuelo (Artículo 15° inciso 2)*
- Antes del traslado y la reubicación, los cuales sólo deberán efectuarse con consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (Artículo 16).*
- Siempre que se considere la enajenación o la transmisión de las tierras de los pueblos indígenas fuera de su comunidad (Artículo 17).*
- En relación con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional (Artículo 22).*

- *En relación con la alfabetización y programas y servicios de educación (Artículos 27 y 28).*

Por lo tanto la consulta de los pueblos indígenas se rige en obligación general en virtud del Convenio N° 169 de la OIT, cada vez que haya medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a dichos pueblos. Dichas medidas pueden referirse, por ejemplo, a la elaboración de legislación nacional relativa a consultas o a la construcción de infraestructura vial en las tierras de una comunidad indígena específica. Además, el Convenio subraya particularmente la necesidad de consultar en ciertas circunstancias que incluyen la consulta previa a la prospección o la explotación de los recursos del subsuelo y a la reubicación y la enajenación de tierras.

Para la Oficina Internacional del Trabajo-Ginebra, el contenido central de la aplicación de los conceptos de consulta y participación resulta clave en el contexto de las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados. El requisito de emprender consultas con los pueblos indígenas es a la vez amplio y específico. En términos operacionales, esto implica a menudo el establecimiento de mecanismos institucionalizados para consultas regulares y amplias a la par que mecanismos específicos que se aplican cada vez que una comunidad determinada se vea afectada. Lo anterior resulta conforme con la experiencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) quien destacó en su observación general de 2009 dos principales desafíos: (i) Garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales (ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y prospección de recursos naturales. (Organización Internacional del Trabajo, 2013, pág. 11).

Entonces la consulta en virtud del Convenio significa que:

- Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo.

- Tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;
- Tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas;
- Deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.
- Las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio. Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento.

#### **1.3.1. RESPONSABILIDAD DE REALIZAR LA CONSULTA:**

El Convenio N° 169 de la OIT señala que, la obligación de garantizar consultas adecuadas recae clara y explícitamente en los gobiernos y no en personas o empresas privadas. En algunos casos, los gobiernos pueden delegar la aplicación práctica del proceso de consulta a otras entidades. Sin embargo, la responsabilidad de garantizar que las consultas se realicen de acuerdo con lo estipulado por el Convenio recae en los gobiernos.

#### **1.3.2. LOS SUJETOS QUE DEBEN SER CONSULTADOS:**

El Convenio estipula que los pueblos indígenas deben ser consultados a través de sus instituciones representativas. Tomando en cuenta las características del país, las especificidades de los pueblos indígenas, el tema y el alcance de la consulta.

Para César Rodríguez, Meghan Morris, Natalia Ordus y Paula Buriticá señalan que, dependiendo de las circunstancias, la institución apropiada puede ser representativa a nivel nacional, regional o comunitario; puede ser parte de una red nacional o puede representar a una única comunidad. El criterio importante es que la representatividad debe determinarse a través de un proceso del que hagan parte los mismos pueblos indígenas. Esto también implica que una institución indígena no puede reclamar representatividad sin poder identificar claramente a sus

miembros y su responsabilidad hacia esos miembros. En algunos casos, la supuesta falta de representatividad de una determinada institución se impugnó ante los tribunales, o fue señalada ante los órganos de control de la OIT. (Rodríguez G, Morris, Ordus S, & Buritica, 2010, pág. 59).

Para la Organización Internacional del Trabajo, cuando se impugna la representatividad o en circunstancias en las que diversas instituciones se impugnan mutuamente, la identificación de una única institución representativa puede resultar imposible. Cuando se realizan consultas nacionales amplias, existe la necesidad de adoptar un enfoque incluyente, que permita la participación de diversas expresiones organizacionales. Cuando se realizan consultas más específicas, su alcance depende de la naturaleza de los estudios de evaluación de impacto previstos en el Artículo 7° inciso 3 del Convenio. (Organización Internacional del Trabajo, 2013, pág. 13)

Considero que si las instituciones consultadas no son consideradas como representativas por los pueblos que dicen representar, la consulta puede carecer de legitimidad.

Además, el Convenio establece en el Artículo 6° inciso 1.C que los gobiernos deberán “establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

### **1.3.3. PROCEDIMIENTOS APROPIADOS PARA CONSULTAR:**

El requisito de que las consultas se lleven a cabo mediante procedimientos apropiados implica que las consultas deben tener lugar en un clima de confianza mutua.

Para Raquel Yrigoyen Fajardo en la entrevista realizada por la Revista Comunicaciones Aliadas señala que, en general, es necesario que los gobiernos reconozcan a las organizaciones representativas y ambas

partes deben procurar llegar a un acuerdo, efectuar negociaciones genuinas y constructivas, evitar demoras injustificadas, cumplir con los acuerdos pactados y ponerlos en práctica de buena fe. Además, los gobiernos deben garantizar que los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad. Debe darse tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones adoptadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales. (Comunicaciones Aliadas, 2011, pág. 3 y 4).

Por lo tanto, la consulta conlleva a menudo al establecimiento de un diálogo intercultural. Esto significa que se ponga un real esfuerzo para entender cómo funcionan las culturas y los procesos tradicionales de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, y adaptar la forma y fijar el momento oportuno de la consulta a dichas culturas y procesos.

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.

La Organización Internacional del Trabajo señala que, con frecuencia, los procesos generales de audiencia pública no resultan suficientes. La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. (Organización Internacional del Trabajo, 2009, pág. 66)

Considero que se debe realizar una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los pueblos interesados, a fin de continuar mejorando la eficacia de la consulta.

#### **1.3.4. EL CONSENTIMIENTO:**

En el artículo 6° inciso 2 del Convenio N° 169 de la OIT señala que, las consultas deberán efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Es decir, el Convenio N° 169 no proporciona un derecho de veto a los pueblos indígenas, ya que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente. Por otra parte, los órganos de control de la OIT han manifestado claramente que una simple reunión informativa en la que se escucha a los pueblos indígenas sin posibilidades de que influyan en la adopción de decisiones, no puede considerarse que cumpla con las disposiciones del Convenio.

Para Kantuta Villenas y Lucia Pautrat, la aplicación adecuada del derecho a la consulta implica un proceso cualitativo de negociaciones de buena fe y diálogo, mediante el cual el acuerdo y consentimiento, de ser posibles, pueden lograrse. En este sentido, importa subrayar la interconexión entre consultas amplias y consultas específicas. Si los derechos, preocupaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas se reflejan en los textos legislativos y en políticas de largo alcance, es probable que el acuerdo y consentimiento sobre medidas o proyectos específicos que afectan sus tierras y territorios se logren más fácilmente. Debe también subrayarse que incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio, tales como los derechos los pueblos indígenas a las tierras, a la propiedad, recursos naturales y al medio ambiente. (Vallenas & Pautrat, 2010, pág. 20)

## **2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO PUERTA DE ENTRADA PARA EL RECONOCIMIENTO DEL RESTO DE DERECHOS INDÍGENAS:**

Durante los últimos veinte años la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de prestar una atención especial a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Como resultado de ello, varios instrumentos internacionales tratan los derechos de los pueblos indígenas o incluyen

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

El inciso 1 del Artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT establece la obligación de consultar a los pueblos indígenas, 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. El inciso 2 del Artículo 15° del Convenio N° 169 de la OIT señala 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.

Para Ruiz Molleda, informar no implica consultar sino meramente dar cuenta de una conducta que de cualquier manera se va a realizar al margen del interés o perjuicios que puedan afectar a las poblaciones locales y pueblos indígenas. Llamar a un taller informativo como consulta previa es como equiparar la publicidad de un proceso electoral con la conducta propia de votar y decidir sobre un asunto público. Evidentemente el carácter informativo dista del carácter consultivo de un taller en el grado de participación y decisión de la población indígena. (Ruiz M, 2012, pág. 21)

La Consulta Previa descrita por el Convenio N° 169 OIT, se efectúa antes de emprender o autorizar cualquier actividad extractiva en territorios indígena. En ese sentido, los talleres informativos se producen cuando ya se estableció los lotes de hidrocarburos, o autorizo que en tierras indígenas se explote hidrocarburos, minerales o recursos forestales. Recordemos que el objeto de esta consulta previa es permitir al Estado saber si los Pueblos Indígenas se ven afectados y en qué

medida, de tal forma que se puedan corregir las situaciones que provocan el perjuicio a dichos Pueblos; por su propia naturaleza la Consulta Previa debe ser continua, es decir empezar antes de aprobarse el programa o proyecto, antes de suscribir las autorizaciones y continuar en las etapas siguientes.

Para Iván Lanegra en la entrevista realizada por la SPDA señala que, la forma de consultar a los pueblos indígenas dependerá de las circunstancias. En ese sentido, para que sea una consulta previa “apropiada” deberá ajustarse a las exigencias propias de cada situación y ser útiles, sinceras y transparentes. Por ejemplo, en caso de ver alternativas al proyecto de hidrocarburos, no basta hablar con unos pocos habitantes de algunas comunidades ni una reunión cerrada de una selección de personas que no representan la opinión de la mayoría de comunidades pues esto en verdad será un “fraude” al derecho a la consulta previa a la que tiene derecho los pueblos indígenas. Asimismo, las instituciones representativas de los pueblos indígenas que participen en estos procesos deben estar legitimadas por sus bases y comunidades. La consulta previa está regida por el principio de buena fe y garantizándose una libre manifestación de voluntad. (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2011, pág. 6)

Ruiz Molleda señala que, el Convenio 169 de la OIT al consagrar los derechos indígenas fundamentales, para el Perú constituye la piedra de toca para la construcción de un Estado Plurinacional que reconoce las diferentes naciones que habitan en su territorio reconociendo sus tradiciones ancestrales, cultura e incluso su jurisdicción. Ciertamente es que el principal problema de los pueblos indígenas en el inicio de la república fue la propiedad de la tierra como ya lo atestiguaba Mariategui, empero luego de las reformas agrarias de los años 50 y 60 del siglo XX, el problema del indio se centró en la participación económica, social y política de estos pueblos en la vida del país. En ese contexto, tres instrumentos internacionales han marcado el ritmo de materia indígena en las últimas décadas en la región. Estos instrumentos internacionales son: (Ruiz M, 2012, pág. 21)

- La Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano (III) de 1940
- El Convenio núm. 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1957
- El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989.

- Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

El Convenio 169 de la OIT, como apreciamos, desde su aprobación, se ha convertido en el mejor instrumento para hacer respetar los derechos indígenas, especialmente en lo que respecta a su derecho fundamental al respeto de su cultura, la consulta previa, y el consentimiento libre, previo e informado contemplados en sus artículos 3º, 6º, 15º y 16º. Ciertamente es que otros países han optado además de ratificar el Convenio por incorporar de manera expresa en sus constituciones los mencionados derechos indígenas tal es el caso de Ecuador, Colombia y Bolivia. En el caso peruano, considerando el Convenio 169 de la OIT y las normas nacionales, establece un conjunto de derechos colectivos que garantizan la identidad, autonomía y desarrollo de los pueblos indígenas. Entre éstos derechos encontramos los siguientes:

1. Autoidentificación como pueblo indígena (art. 1, inc. 2)
2. Goce de derechos humanos de acuerdo a su identidad, sin discriminación ni coerción (arts. 2-4)
3. Integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos (art. 5)
4. Consulta previa a medidas legislativas y administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas (art. 6)
5. Participación política a todo nivel, derecho a definir prioridades de su desarrollo y participación en los planes regionales y nacionales (art. 7)
6. Derecho al control de sus propias instituciones, a su propio derecho consuetudinario, instituciones, sistema de justicia y métodos de persecución de delitos, respetando derechos humanos (art. 8 y 9)
7. Derechos ante la justicia ordinaria y procedimientos legales: consideración de la cultura, aplicación de sanciones alternativas al encarcelamiento, defensa legal y protección contra violaciones de derechos, y uso de idiomas indígenas mediante intérpretes u otros medios (justicia bilingüe) (art. 10 y 12)
8. Propiedad y posesión de tierras, territorio, protección de los recursos naturales y hábitat (arts. 13-19)

9. Empleo justo y digno, goce de derechos Laborales y protección especial (art. 19); formación profesional (20-23); seguridad social y salud (24-25)
10. Educación para el desarrollo de su identidad cultural propia, educación bilingüe, uso y desarrollo de idiomas propios, y acceso a medios de comunicación (arts. 26-31)
11. Contactos y cooperación a través de las fronteras (art. 32)

Las entidades estatales, organismos públicos, y ministerios están obligado a elaborar políticas públicas, establecer instituciones y dar medidas que implementen los derechos contenidos en el Convenio 169, previa consulta y con participación de los pueblos indígenas. Especialmente están obligado a efectuar “consultas previas” antes de cualquier medida administrativa que vaya a tomar que pueda afectar los pueblos indígenas. En caso de conflicto con otras normas deben dar prioridad al Convenio N° 169 de la OIT y a las normas que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas (art. 35 del Convenio N° 169 de la OIT).

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

Entonces la consulta previa se efectúa cuando una decisión normativa o administrativa pueda afectar derechos humanos de los pueblos indígenas, la autoridad estatal competente está obligada a informar adecuadamente a las comunidades nativas y campesinas, sus consecuencias probables y los

mecanismos de participación indígena relevantes al respecto. En todo caso, cuando la decisión a tomar requiera el conocimiento de información o de documentos de cierta complejidad técnica, estos deberán ser redactados de manera que se facilite su comprensión, y en la lengua del pueblo indígena afectado y según su forma tradicional de comunicación a fin de que pueda ser comprendida plenamente por ellos. La autoridad competente está obligada a establecer plazos idóneos y deberá facilitar a cuenta del titular del proyecto, versiones simplificadas del estudio, sin perjuicio de recurrir a una asesoría calificada. La omisión de difusión de información adecuada previa a la decisión, es causal de nulidad.

Para la Oficina Internacional del Trabajo-Ginebra, el derecho a la Consulta Previa, se puede definir como el derecho que tienen los pueblos indígenas para que el Estado, dentro de un proceso de diálogo intercultural, les consulte sobre los proyectos de inversión que pueden afectar su vida, costumbres y territorio, y tiene por objeto efectuar un análisis consensuado sobre los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su comunidad. Agreguemos que este derecho no otorga a los Pueblos Indígenas el derecho a vetar las decisiones estatales. (Organización Internacional del Trabajo, 2013, pág. 12)

Ruiz Molleda indica que, según la Comisión Multipartidaria señala que “la Consulta Previa debe hacerse efectiva en el Perú, fundamentalmente por dos razones: a) Por la diversidad étnica y cultural del Perú y, b) Por la exclusión histórica que los Pueblos Indígenas han sido sujetos en el Perú. Sin embargo, existen otros factores que hacen de la Consulta Previa una necesidad, esto es, la oportunidad de desarrollar una cultura de dialogo, la Consulta constituye un instrumento de prevención y solución de conflictos sociales y además un instrumento de gestión estatal moderno, eficaz, estratégico, transparente, participativo que coadyuvará al fortalecimiento de la democracia.” La importancia de estas conclusiones es que sustentaran, un hecho sin precedentes en el Perú, esto es la incorporación de la Consulta en el Procedimiento Legislativo, que era una necesidad de larga data y que evitaría conflictos sociales como los que lamentablemente estamos viviendo, y cuyo hecho más lamentable se produjo el 05 de junio del 2009 con la muerte absurdas de policías, indígenas y civiles. Se postula un posible procedimiento de consulta, estableciendo: cómo, cuándo y quién deberá efectuar la Consulta Previa en el Congreso, qué efectos tiene el

resultado de la Consulta y a quiénes deberán efectuarse, para poder cumplir con la obligación contenida en el Artículo 6º del Convenio 169 OIT. (Ruiz M, 2012, pág. 84).

### **3. LA CONSULTA PREVIA TIENE RANGO CONSTITUCIONAL:**

Para Ruiz Molleda, los tratados internacionales de derechos humanos (en adelante TIDH) tienen rango constitucional y son parte del derecho interno. Ello es pertinente señalarlo porque el Convenio 169 de la OIT es TIDH. Si bien la Constitución Política no ha reconocido en forma expresa y literal que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, ello se desprende de una interpretación sistemática de la Constitución, de conformidad con los principios de unidad de la Constitución, y concordancia práctica en consonancia con la jurisprudencia vinculante del TC. (Ruiz M, 2012, pág. 22)

Ruiz Molleda indica que el TC ha precisado que “habiéndose aprobado el Convenio N° 169, su contenido pasa a ser parte del Derecho Nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”. (STC N° 03343-2007-PA/TC, f. j. 31) (Ruiz M, 2012, pág. 23)

Para Alejandro Diez, ello es posible gracias a las cláusulas de apertura del derecho constitucional al derecho internacional de los derechos humanos. Tenemos así, el artículo 55 de la Constitución, el cual reconoce de manera general que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del derecho nacional. Es decir, los TIDH son “derecho interno”, lo que significa que es derecho directamente aplicable. Luego tenemos el artículo 3º de la Constitución, el mismo que reconoce que serán también derechos fundamentales aquellos que se funden en la dignidad humana, tales como los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Convenio 169 de la OIT. Todos los derechos humanos se desprenden de la dignidad humana. Finalmente, tenemos la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la misma que reconoce que las normas relativas a los derechos y a las libertades

reconocidas en la Constitución se interpretan “de conformidad” con los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, con lo cual queda claro, que no tendrá cobertura constitucional una interpretación que no sea conforme con estos instrumentos internacionales de derechos humanos. (Diez, 2014)

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

Ruiz Molleda señala que, asimismo, el TC le reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos dos funciones. La primera es la función hermenéutica, en virtud de la cual debe recurrirse a los TIDH al momento de interpretarse los derechos fundamentales para precisarse el contenido constitucional de los mismos. Esta función interpretativa, no solo está recogida en la Cuarta DFT de la Constitución sino en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (Ruiz M, 2012, pág. 45)

Para Ruiz Molleda, una segunda función que cumplen los TIDH es la denominada función positiva de ensanchar el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Ello solo es posible gracias a las cláusulas de apertura del derecho constitucional y del derecho interno al DIDH y a los TIDH. La consecuencia práctica es que los derechos fundamentales ya no serán los expresamente reconocidos en la Constitución sino el conjunto de derechos reconocidos en los diferentes TIDH y los desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH. Muy ligada a esta función tenemos la función negativa, en virtud la cual los TIDH constituyen límites materiales y criterios de validez sustancial del conjunto del ordenamiento jurídico, y especialmente de la facultad legislativa del Congreso de la República. (Ruiz M, 2012, pág. 46 y 47)

#### **4. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:**

Luego de más de 20 años de intensos debates y con una votación de 143 Estados a favor, 4 en contra y 11 abstenciones se aprobó, en Asamblea General, este 13 de septiembre del 2007, “La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos

de los Pueblos Indígenas.” La ONU ha manifestado en el Décimo Considerando de la declaración que esta “Convencida de que el control por los pueblos indígenas, de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades.” La declaración señala que las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad, derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos y que tienen derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos. La mencionada declaración consagra así los principios más importantes del Derecho Indígena y ratifica el espíritu protector del Convenio N° 169 de la OIT. Un tema de plena actualidad como es el caso del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas se observa absolutamente consolidado como se puede apreciar en los siguientes artículos de la declaración:

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

*Artículo 32.2.- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.*

Para Ruiz Molleda, resulta irónico que aunque el Perú ha sido uno de los principales Estados promotores de esta declaración, nuestro Ministerio de Energía y Minas sea uno de los principales transgresores del derecho a la consulta previa tal como se demuestra en el caso de superposición de concesiones hidrocarburíferas y mineras en territorios indígenas y reservas territoriales. Ello contraviene los artículos 7º y 8º de la Declaración de la ONU que señalan que los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención para proteger la integridad de los pueblos y las personas indígenas así como que sus tierras, territorios o recursos no sean enajenados. Reiteramos que el Derecho a Veto no

está contemplado por el Convenio No 169 de la OIT ni la reciente declaración aprobada pero tampoco se niega dicha posibilidad pues dependerá de la regulación de cada Estado que se consagre dicha facultad. Ya la OIT ha manifestado que la decisión de los pueblos indígenas sobre una actividad económica que perjudica sus intereses debe ser considerada como criterio fundamental para el desarrollo de actividades extractivas. (Ruiz M, 2012, pág. 25)

De los mencionado anteriormente agreguemos que los artículos 2º y 33º del mencionado Convenio establecen que es obligación de los Gobiernos desarrollar una acción coordinada y sistemática con los pueblos indígenas con miras a proteger sus derechos e integridad cultural. Nada de lo contenido en la Declaración aprobada es posible de interpretarse en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro. Interpretándose la misma a la luz de los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.

## **5. EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES EN TERRITORIOS INDIGENAS :**

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales es íntimamente relacionado con los derechos sobre las tierras y los territorios. En consecuencia, el Convenio N° 169 en su Artículo 15° inciso 1 establece como principio básico que los pueblos indígenas tienen derecho a los recursos naturales pertenecientes a sus tierras y derecho a participar en la utilización, administración y conservación de tales recursos:

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

El Convenio especifica que los pueblos indígenas tienen derechos a los recursos naturales de sus territorios, e incluso derecho a participar en la utilización, administración, protección y conservación de dichos recursos. Como principio básico, estos recursos comprenden tanto los recursos renovables como los no renovables, como la madera, la pesca, el agua, la arena y los minerales.

Sin embargo, existen muchos casos en los que las Constituciones de los Estados establecen que la propiedad de los minerales y otros recursos sólo pertenece a los Estados. El artículo 15° inciso 2 del Convenio N° 169 reconoce esta situación a la vez que estipula que los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados, a participar en los beneficios resultantes de la explotación de los recursos y a percibir una indemnización por los daños que puedan surgir como consecuencia de dicha explotación.

*Artículo 15° inc. 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. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.*

Existen numerosos ejemplos en los que la prospección o la explotación de los recursos minerales o del subsuelo en las tierras de los pueblos indígenas han generado conflictos. Ante estas situaciones, el artículo 15° inciso 2 del Convenio N°. 169 pretende conciliar intereses mediante el reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas que figuran a continuación. Asimismo, debe observarse que la responsabilidad de garantizar el respeto por estos derechos recae en los gobiernos en cuestión y no en las empresas o instituciones privadas que han recibido la licencia para llevar adelante la prospección o la explotación.

Respecto a lo antes mencionado la Organización Internacional del Trabajo menciona lo siguiente:

- **El derecho a ser consultados antes de emprender la prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras:**

Durante la consulta, los pueblos indígenas tendrán derecho a expresar sus preocupaciones. Por ejemplo, pueden exponer las razones por las que no deben extraerse los recursos o por las que deben excluirse ciertas áreas en virtud de cuestiones ambientales, de impacto sobre lugares sagrados, contaminación, problemas de salud, pérdida de la base para la

subsistencia económica, etc. Teniendo en cuenta que las actividades de prospección y explotación por lo general son procesos a largo plazo en los que las empresas reciben concesiones por períodos de 30 a 50 años, es importante subrayar que la obligación de consultar no sólo se aplica al momento de tomar la decisión de explorar o explotar los recursos sino que también corresponde en un nivel más general, a lo largo de todo el proceso debido a que afecta a los pueblos indígenas. En este sentido, el Artículo 15° debe leerse junto con los artículos 6° y 7° del Convenio N°169, que exigen la consulta de los pueblos indígenas y su participación en la formulación, implementación y evaluación de los planes de desarrollo que los afecten. (Organización Internacional del Trabajo, 2009)

- **El derecho de conocer los impactos que tendrán las tareas de prospección y explotación:**

El artículo 15° inciso 2 del Convenio N° 169, estipula que los pueblos indígenas deberán ser consultados a fin de determinar si sus intereses se verán perjudicados, y en qué medida, por la prospección y explotación de recursos. Este artículo debe leerse junto con los artículos 6° y 7° inciso 3 del Convenio, que especifican que deberán evaluarse, en colaboración con los pueblos indígenas, los impactos sociales, espirituales, culturales y ambientales de las actividades de desarrollo, y que los resultados de dichas evaluaciones se considerarán como criterio fundamental para la implementación de dichas actividades. Por otra parte, el artículo 7° inciso 4 estipula que los gobiernos, también en colaboración con los pueblos indígenas, deberán tomar las medidas necesarias para proteger y preservar el ambiente de sus territorios. Varias instituciones y organismos han propuesto lineamientos para llevar a cabo dichas evaluaciones de impacto estableciendo, entre otras cosas, la necesidad de acrecentar e integrar los conocimientos de los pueblos indígenas, asegurar su participación a lo largo de todo el proceso, integrar cuestiones relacionadas con el género y abordar el fomento de la capacidad como un elemento integrante. (Organización Internacional del Trabajo, 2009)

- **El derecho a beneficiarse de las ganancias que reporten la explotación y el uso de los recursos naturales:**

Los pueblos indígenas tienen derecho a tener parte en los beneficios que reporten la prospección o explotación de los recursos naturales de sus

tierras. La distribución de los beneficios puede adoptar diferentes formas, como la celebración de acuerdos específicos con cada comunidad, la negociación de acuerdos entre los estados y los territorios autogobernados o la redistribución de impuestos e ingresos para su aplicación a los fines de desarrollo específicos de los pueblos indígenas. (Organización Internacional del Trabajo, 2009)

- **El derecho a recibir una indemnización por los daños causados por la prospección y explotación de los recursos naturales:**

Lamentablemente, las actividades de prospección y explotación pueden tener un efecto negativo sobre el ambiente, la salud, las instituciones sociales y el sustento de los pueblos indígenas. En estos casos, el artículo 15° inciso 2 establece específicamente que los pueblos indígenas deben recibir una indemnización justa. (Organización Internacional del Trabajo, 2009)

Las disposiciones del Convenio núm.169 se ven reafirmadas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece que:

*Artículo 32:*

*1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.*

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

*3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.*

## SUB CAPITULO II

### LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ

#### 1. CONCEPTO DE PUEBLOS INDÍGENAS:

Para Carlos Andaluz, son comunidades que tienen una continuidad histórica con las sociedades que se desarrollaron en sus territorios con anterioridad a la ocupación colonial y se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que en la actualidad prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. En el presente constituyen sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. (Andaluz W, 2009, pág. 612 y 613)

#### 2. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS INDÍGENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO:

Los pueblos indígenas fueron la población mayoritaria durante gran parte de la historia del Perú. A pesar de ello, históricamente esta población mayoritaria fue víctima de discriminación, lo cual no permitió que esta población disfrute de todos sus derechos o incluso del reconocimiento pleno de su ciudadanía.

El general don José de San Martín proclamó el decreto supremo del 27 de agosto de 1821, en el que abolía el tributo indígena y declaraba a los indios ciudadanos del Perú. La legislación peruana reguló la cuestión indígena desde el momento de la independencia, aunque no lo hizo desde un diálogo intercultural, sino desde una perspectiva asimilacionista y en desmedro de la identidad, respeto de la cultura y, en general, de los derechos de los pueblos indígenas.

Para Elizabeth Salmón, hasta la promulgación de la Ley de Consulta Previa en septiembre de 2011, no existió una regulación que fuera aplicable a todos los pueblos indígenas en el Perú. Por el contrario, hasta ese momento, las referencias en la legislación peruana estuvieron dispersas en diferentes normas, dando diversas calificaciones. Cuatro son por lo menos los nombres que han recibido los pueblos indígenas en la legislación peruana: comunidades campesinas, rondas

campesinas, comunidades nativas y pueblos en situación de aislamiento voluntario. Estas diferenciaciones existen por la propia evolución histórica del país y por la relación del ordenamiento jurídico nacional con cada uno de estos grupos. (Salmón, Bregalio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 83)

## **2.1. LAS COMUNIDADES CAMPESINAS:**

Las comunidades campesinas tienen reconocimiento constitucional en el capítulo VI el título III y, específicamente, en el artículo 89 de la Constitución de 1993, el cual reconoce el respeto de su identidad cultural. Además, legalmente tienen reconocimiento en la Ley General de Comunidades Campesinas, promulgada en 1987 y reglamentada en 1991.

La Ley General de Comunidades Campesinas las define en su artículo 2 como “organizaciones con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua”.

Para Carlos Andaluz, si bien en la ley no se hace referencia al término “pueblos indígenas”, se menciona que se debe respetar y proteger los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades. Además, dispone que se debe propiciar el desarrollo de su identidad cultural, con lo que se entiende que se reconoce la diversidad cultural. Aunque la ley no hace referencia a ello, usualmente se entiende que las comunidades campesinas comprenden los pueblos indígenas que habitan en la sierra peruana. (Andaluz W, 2009, pág. 614)

Para Elisabeth Salmón, Renata Bregalio, Diego Ocampo y Jean Olivera. Históricamente, las comunidades campesinas y, sobre todo desde la reforma agraria, han sido las agrupaciones indígenas de mayor contacto con el mundo urbano. Además, su población fue parte importante de las grandes migraciones del siglo XX. Sin embargo, no todas las comunidades campesinas son pueblos indígenas, dado que algunas de ellas pueden no cumplir con los criterios que el Convenio 169 de la OIT señala. No obstante, en la mayoría de los casos sí cumplirán con dichos requisitos. (Salmón, Bregalio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 84)

Para Bárbara Lehnebach, los pueblos indígenas que integran las comunidades campesinas son principalmente poblaciones quechuas o aymaras. Dado que existen pocos datos estadísticos al respecto, a estos pueblos se les identifica principalmente por la lengua que hablan. Según el censo del 2007 realizado en el Perú, existen 3.360.331 quechua hablantes (13% de la población nacional), y 443.248 de personas que hablan aymara como lengua materna. Sin embargo, mucha de esta población se encuentra en zonas urbanas. Así, alrededor del 45,7% en el caso quechua y 43% en el aymara habitan en zonas urbanas, lo que conlleva a que, por lo menos, cerca de la mitad de las personas que tienen como lengua materna el quechua o aymara no residan en las comunidades campesinas. (Lehnebach, 2014)

Para Elisabeth Salmón, Renata Bregalio, Diego Ocampo y Jean Olivera. La regulación de las comunidades campesinas respondió a un intento de integrar a las poblaciones indígenas en la economía de mercado. De esta manera, se buscó asimilar al indígena en la cultura occidental transformándolo en campesino. Sin embargo, aún en la actualidad muchas de las comunidades campesinas cumplen con todos los requisitos, tanto objetivos como subjetivos, para que se les considere pueblos indígenas. (Salmón, Bregalio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 85)

## **2.2. LAS RONDAS CAMPESINAS:**

Las rondas campesinas tienen reconocimiento constitucional en el artículo 149 de la Constitución de 1993, el cual señala que apoyarán a las comunidades campesinas y nativas para ejercer competencias jurisdiccionales. Además, se encuentran reguladas por la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, publicada el 7 de enero de 2003, cuyo reglamento fue dado por el Decreto Supremo 025-2003-JUS.

Si bien la ley es la que reconoce la personería jurídica de las rondas campesinas, es el reglamento el que las define, haciendo una diferenciación de acuerdo con la ubicación geográfica en la que se encuentren. De esta manera, el artículo 2 del reglamento establece que son rondas campesinas “las organizaciones sociales integradas por pobladores rurales, así como las integradas por miembros de las comunidades campesinas, dentro del ámbito rural”. Asimismo, son rondas comunales “las organizaciones sociales integradas por miembros de las comunidades nativas”.

Para Francisco Ballón, las rondas campesinas son una forma de organización peculiar dentro del ordenamiento nacional. Su origen se dio en la sierra norte del país como respuesta a los problemas que conllevaron las reformas de la segunda mitad del siglo XX. Entre ellos se encontraban principalmente el abigeato y la falta de presencia del Estado en las zonas rurales de la sierra peruana. Sin embargo, si bien las rondas campesinas aparecieron en las últimas décadas, su sustento se encuentra en la cosmovisión de los pueblos indígenas y en su derecho consuetudinario. De esta manera, muchos de los miembros de las rondas campesinas son pobladores indígenas, y su ámbito de acción es sus propias tierras ancestrales. (Ballón A, 2004, pág. 31)

El artículo 7 de Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, reconoce la diversidad cultural de las rondas campesinas cuando señala que podrán intervenir en la resolución de conflictos de acuerdo con sus costumbres.

De igual manera, el artículo 4 del Decreto Supremo 025-2003-JUS, Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas, también reconoce el respeto de su cultura y costumbres para el ejercicio de su derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Convenio 169 de la OIT, en la Constitución Política y las leyes.

Para Elisabeth Salmón, Renata Bregalio, Diego Ocampo y Jean Olivera, las rondas campesinas son una forma extendida de institución comunal andina que ejerce funciones de gobierno local, justicia, desarrollo local, interlocución con el Estado y articulación supra-local. En ese sentido, las rondas campesinas responden a sus funciones como entes de resolución de conflictos. El grado de expansión e importancia que las rondas han alcanzado en el territorio nacional las ha transformado en actores de suma importancia, tanto así, que en Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116. 13 de noviembre de 2009, les otorgó la potestad jurisdiccional sobre la base de una interpretación del artículo 149 de la Constitución. Dicha decisión se dio a pesar de que de una lectura literal de dicho artículo no se llega a esa interpretación. (Salmón, Bregalio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 86)

Hay que tener en cuenta que las rondas campesinas no siempre se encuentran circunscritas a una comunidad campesina específica, muchas veces trabajan con un conjunto de estas o sin mantener una relación directa

con la organización comunal. A pesar de ello, en la mayoría de los casos sí son los pobladores indígenas quienes las componen y su actuación se basa en los usos y costumbres tradicionales.

### **2.3. LAS COMUNIDADES NATIVAS:**

Las comunidades nativas también tienen un reconocimiento constitucional en los artículos 89 y 149, los cuales les otorgan personería jurídica y potestad jurisdiccional, respectivamente. La ley que regula a las comunidades nativas es el Decreto Ley 22175 que fue publicado el 10 de mayo de 1978, mientras que su reglamento es el Decreto Supremo 003-79-AA que fue publicado el 12 de abril de 1979. La Ley de Comunidades Nativas es el marco legislativo de pueblos indígenas más antiguo dentro de los aún vigentes, y responde a un contexto muy diferente del actual. Sus artículos no tienen como objetivo regular las comunidades nativas, sino promover la colonización de los territorios de la selva y desarrollarlos en el aspecto agrícola y ganadero.

De esta manera, la normativa peruana en materia de comunidades nativas responde a un enfoque asimilacionista, que buscó incorporar a la región de la selva dentro de la idea occidental de mercado. No obstante, la ley en su artículo 8° tiene presente la identidad cultural de las comunidades nativas, al mencionar que tienen su origen en “los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso”. Además, a pesar del desfase temporal, la ley sí reconoce algunos derechos a las comunidades nativas, como la propiedad comunal, educación, jurisdicción en algunos temas, etc.

La ley desconoce los vínculos de los pueblos indígenas con su identidad, al señalar que serán miembros de las comunidades solo aquellos que viven allí y que quien decida irse, por más de doce meses, puede perder su calidad de comunero. En una regulación donde no se tiene presente el concepto de pueblo indígena y solo se legislaba basándose en la pertenencia a la comunidad, perder el título de comunero significaba perder muchos de los derechos que como pobladores indígenas deberían detentar.

Para Elisabeth Salmón, Renata Bregalio, Diego Ocampo y Jean Olivera, es necesario tener presente que al referirse a los pueblos indígenas de la selva

peruana se está hablando de una población cuantitativamente importante dado que, según el censo del 2007, son 332.975 los pertenecientes a 51 etnias de 13 familias lingüísticas distintas, siendo el pueblo asháninka el mayor. A diferencia de los pueblos indígenas de la sierra, la mayoría de los pueblos indígenas de la selva se encuentran en el ámbito rural (88,5% de la población asháninka y 80,9% del resto de personas con otra lengua de la selva), lo que significa que mucha de esta población habita en las comunidades nativas. (Salmón, Bregalio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 87)

#### **2.4. LOS PUEBLOS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO O CONTACTO INICIAL:**

Los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial son otra forma de agrupación indígena y son, por razones obvias, los que tiene menos relación con el aparato del Estado. Si bien no tienen reconocimiento constitucional específico, gozan de los derechos de los pueblos indígenas establecidos tanto en el ordenamiento nacional como internacional.

Para la Defensoría del Pueblo, se debe resaltar que los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial no mantienen una situación de no contacto con relación al resto de la sociedad, sino una actitud mediante la cual estos pueblos se rehúsan a establecer relaciones permanentes con otros actores sociales con el objetivo de garantizar su supervivencia física y cultural. Usualmente, estos pueblos se encuentran localizados en las cuencas altas de los ríos de la selva alta (Defensoría del Pueblo, 2006, pág. 2)

Para la Defensoría del Pueblo, legalmente los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial se encuentran protegidos por la Ley 28736 de mayo de 2006, cuyo reglamento, el Decreto Supremo 008-2007-MIMDES, es

de octubre de 2007. Esta ley es importante porque fue la primera que ensayó una definición del término “pueblo indígena” en el ámbito nacional, y señaló que se trata de “aquellos que se autorreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra y forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución”. (Defensoría del Pueblo, 2006, pág. 3)

Con relación a los pueblos en aislamiento, la ley 28736 en su artículo 2° los define como aquellos que “no han desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho,

han optado por discontinuarla”. Mientras que los pueblos en contacto inicial son aquellos que han «comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional». Mediante esta ley y su reglamento también se regulan las reservas indígenas, las cuales son creadas para que se respete el derecho a la propiedad de los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial. Asegurar el derecho de propiedad es importante porque mediante la protección del territorio de los pueblos indígenas se pueden proteger derechos como su vida, integridad, salud, vida cultural, entre otros. Además, el Estado debe tener presente en todo momento la situación de vulnerabilidad en la que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial se encuentran.

Para la Defensoría del Pueblos, la ley y su reglamento superaron la situación de indefensión y el vacío legal que existía con respecto a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial. Sin embargo, para velar por una adecuada protección de sus derechos, se deben implementar medidas que velen por el respeto de lo establecido en la ley, especialmente en un contexto como el peruano, donde gran parte del territorio de la selva está en concesión para actividades de exploración o explotación minera o hidrocarburífera. (Defensoria del Pueblo, 2006, pág. 3).

## **2.5. A QUIENES SE PUEDEN CONSIDERAR PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ:**

La diversidad étnica y factores como los procesos de asimilación, las migraciones u otros han complejizado la identificación de los pueblos indígenas en el Perú. A ello se suma que en muchos casos se identifican características, tales como descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica desde la época de la conquista o la colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que conservan sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas; pero son las propias personas las que no se identifican como indígenas.

Otro factor que dificulta la identificación de los pueblos indígenas son las diversas denominaciones que estos han recibido, y los efectos que estas han causado en el propio grupo. A los pueblos indígenas, como ya se ha mencionado, se los ha llamado campesinos, nativos, indios, mestizos, pueblos originarios, lo que genera que, en muchas ocasiones, ellos mismos

se encuentren fuertemente identificados con estas categorías. Esta diversidad de nombres ha hecho que los pueblos indígenas sean invisibles como categoría, lo que los perjudica al momento de ejercer ciertos derechos que se les ha reconocido internacionalmente, como la consulta previa. Esta situación ha sido reconocida por la Comisión de Expertos de la OIT que señaló que en el Perú “la definición de pueblo indígena se encuentra dispersa en diversas categorías para referirse y reconocer a los pueblos indígenas y como resultado no queda claro a quién se aplica el Convenio”.

Para Elisabeth Salmón, Renata Bregalio, Diego Ocampo y Jean Olivera, la campaña de asimilación basada en la figura del Estado-nación sostuvo la inexistencia de pueblos indígenas, entendiendo que en el Perú todos son, de alguna manera, mestizos. En este sentido, el mestizaje, tanto racial como cultural, también ha hecho invisible a la categoría de pueblos indígenas. Y es que socialmente se entiende que quien se encuentra en contacto directo con el aparato estatal o la sociedad occidental pierde la posibilidad identificarse como indígena. Esto representa un problema para un país en el que se han producido grandes migraciones del campo a la ciudad, como es el caso del Perú. Hasta la actualidad, los derechos de los pueblos indígenas urbanos no se han abordado legal o políticamente. (Salmón, Bregalio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 91)

La auto identificación también presenta algunos problemas. Mucha de la población indígena no se reconoce como tal, o lo que es peor, oculta su identidad. Dicha situación es producto de una larga historia de discriminación hacia las poblaciones indígenas en el Perú, quienes en varias circunstancias han decidido que se les considere bajo denominaciones que han tenido históricamente una reputación menos despectiva en el ámbito nacional, como sucede con el término “campesino”.

Para las Organizaciones Indígenas que conforman el Pacto de Unidad señalan que , no obstante, y a pesar del marco histórico - social del Perú, desde un punto de vista jurídico no importa la denominación legal o social que tenga el pueblo en cuestión, siempre y cuando las personas que lo componen cumplan con los elementos objetivo y subjetivo. Por ello, en el Perú, al referirnos a los pueblos indígenas se debe reconocer que nos encontramos

con una pluralidad de poblaciones situadas en la costa, sierra y selva. (Organizaciones Indígenas que conforman el Pacto de Unidad, 2013, pág. 26)

Para Elisabeth Salmón, Renata Bregalio, Diego Ocampo y Jean Olivera, los datos demográficos sobre la población indígena son inexactos y, generalmente, es por medio de la lengua que se ha llegado a una aproximación de población indígena en el Perú. Según ello, y conforme con las cifras ya señaladas, los pueblos indígenas mayoritarios serán el quechua y aymara, seguidos por las poblaciones de la selva, donde resaltan los asháninkas y awajún, entre muchos otros. Sin embargo, el lenguaje es solo uno de los signos distintivos de los pueblos indígenas, por lo que basarse únicamente en él podría traer consigo algunas imprecisiones. Adicionalmente, en el Perú no todos los pueblos indígenas hablan un lenguaje originario, por lo que se deben tener presentes los otros criterios desarrollados por el Convenio 169 como, por ejemplo, sus instituciones ancestrales, la raza o el territorio que habitan. (Rodríguez G, Morris, Ordus S, & Buriticá, 2010, pág. 91)

Para Carlos Andaluz, debe considerarse que el concepto de pueblo indígena responde a la valoración dinámica del propio concepto, puesto que no se les puede entender como poblaciones “atrapadas en el tiempo”. La población indígena responde a las circunstancias de su entorno. Tal como lo ha resaltado la Corte IDH, ni siquiera su territorio debe entenderse de manera estática, dado que puede tratarse de poblaciones nómadas o que por diversos motivos se desplazaron en algún momento de su historia. En ese sentido y dada la compleja realidad peruana, los elementos analizados para determinar a una población indígena deben verse caso por caso, desde una perspectiva de interculturalidad y tomando distancia de posturas asimilacionistas. (Andaluz W, 2009, pág. 613)

### **3. PUEBLOS INDÍGENAS RECONOCIDOS POR LA LEGISLACIÓN NACIONAL:**

Para el Perú son pueblos indígenas los pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluyen a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas.

Según la Ley 27811(10.agosto.2002), Ley del Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos, señala en su artículo 2 inciso 2, la denominación “indígenas” comprende y puede emplearse como sinónimo de “originarios”, “tradicionales”, “étnicos”, “ancestrales”, “nativos” u otros vocablos.

Para Francisco Ballón, la categoría jurídica “pueblo indígena” es notablemente superior a la de “comunidad”. A diferencia de la comunidad creada por las normas oficiales, los derechos indígenas son derechos humanos que alcanzan también a la comunidad en su condición de ser o poder reivindicarse como parte de un pueblo. Pero superan ampliamente las normas oficiales de las comunidades pues aquellas se sustentan en los principios de la democracia representativa. (Ballón A, 2004, pág. 32)

Para Bárbara Lehnebach, por “indígena se entiende a los pueblos que conservan sus tradiciones, instituciones y estilos de vida, habitando en un determinado Estado desde antes de la llegada de las poblaciones foráneas, que a la fecha constituyen la denominada “sociedad dominante”. Sin embargo, por el término “tribal” se buscó dar protección a los pueblos que habitan determinada área territorial conjuntamente con otras poblaciones, no pudiéndose determinar el orden de prioridad, vale decir, quien llegó primero y quien precedió a la otra. (Lehnebach, 2014, pág. 2)

Para Elisabeth Salmón, Renata Bregalio, Diego Ocampo y Jean Olivera, se estima que actualmente existen en la Amazonía peruana catorce grupos étnicos en situación de aislamiento y/o contacto inicial, pertenecientes a dos familias lingüísticas. Cinco de estos grupos no cuentan con descripciones etnográficas adecuadas y solo se tienen estimaciones, algunas poco confiables, sobre su posible composición demográfica o sobre el número de sus pequeños asentamientos. (Salmón, Bregalio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 92)



### SUB CAPITULO III

## LOS DERECHOS INDÍGENAS Y LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO

### 1. LA CONSTITUCIÓN DE 1920 Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS:

Para Karin Anchelía en la entrevista realizada por la revista Comunicaciones Aliadas señala que , la Constitución Política de 1920, marca un hito en la historia constitucional de los pueblos indígenas, ya que ésta les otorgó a los pueblos indígenas un tratamiento especial, especialmente sobre la protección a sus tierras, aunque con un reconocimiento legal limitado en calidad de “comunidades indígenas”, hasta que con el proceso de la reforma agraria cambió la denominación de comunidades indígenas por las actuales Comunidades Campesinas y Nativas, otorgándoles un régimen legal separado a las poblaciones indígenas andinas y amazónicas. (Comunicaciones Aliadas, 2011)

### 2. LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y LOS DERECHOS INDÍGENAS:

La Constitución de 1979, recoge los principales principios de la Ley de Reforma Agraria, la normatividad sobre Comunidades Campesina, y la Ley de Comunidades Nativas, estableciendo que dichas comunidades tenían existencia legal y personería jurídica, que son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo. También que las tierras de las comunidades eran inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Para Ruiz Molleda, sucesivos gobiernos han venido aplicando un complejo y confuso tratamiento político y jurídico a los pueblos indígenas, haciendo que sigan los procesos de marginación y exclusión a los Pueblos Indígenas, percibiéndose la negación a sus derechos ancestrales sobre sus tierras y territorios. Lamentablemente, posteriormente, la Constitución de 1993, recorta la protección de las tierras de las comunidades, eliminando la inembargabilidad e inalienabilidad de éstas, pero como compensación se quiere introducir como derecho fundamental la Identidad étnica y cultural, además de reiterar el reconocimiento al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. (Ruiz Molleda, 2011, pág. 19)

### 3. LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LOS DERECHOS INDÍGENAS:

Es importante señalar que la Constitución de 1993 mantuvo la mayoría de los derechos indígenas que antes fueron reconocidos en la Carta Magna anterior, recortando el más importante sobre las garantías de propiedad territorial, e incluyendo otros derechos que benefician a los pueblos indígenas. Así se establece:

- Que toda persona tiene derecho su identidad étnica y cultural, que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.
- Que el Estado fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüística del país.
- Que son idiomas oficiales el castellano y, en la zona donde predominen, también lo son el quechua, el Aimara y demás lenguas aborígenes, según la ley.
- Que las Comunidades tienen existencia legal y son personas jurídicas, autónomas en su organización, en el trabajo comunal, y en el uso, y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece, que la propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo el caso de abandono según previsión legal, y que el estado respeta a la identidad cultural de las comunidades nativas.
- Que las autoridades de las Comunidades Nativas, con el apoyo de las rondas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

#### **SUB CAPITULO I V**

## EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO PARA EL DESARROLLO DE SU VIDA

### 1. DEFINICIÓN JURÍDICA DE AMBIENTE:

Para Elías Carreño, el ambiente: “Deber ser entendido como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí y provocan la aparición de nuevas propiedades globales, constituyéndose de esta manera el sistema, ello implica que el ambiente deber ser considerado como un todo”. (Carreño P, 2013, pág. 129)

Entonces se puede decir que el ambiente es el conjunto formado por elementos abióticos (energía, solar, suelo, aire) y bióticos (organismos vivos) que integran la delgada capa de tierra llamada biosfera, sustento y hogar de seres vivos, de este modo podemos indicar que entre los principales “constituyentes del medio ambiente se encuentra”, la atmósfera, el agua, el suelo, del que los seres vivos dependemos.

Para Ada Alegre, en la doctrina se identifican distintas posiciones que van desde una aproximación jurídica en sentido estricto, hasta definiciones tan amplias y difusas que conducen a algunos a afirmar que el “ambiente” es todo lo que nos rodea. Estas posiciones suelen presentarse con distintos matices, pero pueden ser agrupadas en dos corrientes principales: (Alegre Ch, 2011, pág. 3)

a) El “ambiente” entendido en sentido estricto o natural: Concepto asociado a un ámbito fundamentalmente físico que engloba al aire, el agua y los medios de transmisión de los mismos, como “elementos naturales de titularidad común” que constituirían la base esencial del derecho ambiental. Señala que ni siquiera el suelo estaría comprendido dentro de esta concepción del ambiente, en tanto que es objeto de otras áreas del derecho y de otras disciplinas que incluso trascienden lo ambiental.

b) El “ambiente” entendido en sentido material amplio: Comprende lo natural o lo físico y el conjunto de elementos aportados por el hombre y que se relacionan con su calidad de vida, como lo cultural, lo social y el propio ordenamiento del territorio. En sentido funcional, esta concepción amplia de lo ambiental incluye adicionalmente, el conjunto de interrelaciones de estos elementos, en tanto que se relacionan con la vida y la calidad de vida

Para Ada Alegre , el alcance del “ambiente” debe ser lo suficientemente amplio para asegurar, como señala el artículo 2º, numeral 22, el desarrollo de la vida, pero también debe ser determinable, a fin de poder diseñar, implementar y aplicar el sistema jurídico sobre bases ciertas, con predictibilidad y seguridad jurídica como hemos visto anteriormente. (Alegre Ch, 2011, pág. 3)

Estoy de acuerdo con Ada Alegre Chang, que el alcance de ambiente deber ser lo suficientemente amplio, ya que si no es precisa la protección jurídica que se brinda al ambiente, la aplicación del derecho será imprecisa e ineficaz.

Para Raúl Canosa, escoger una u otra acepción de medio ambiente tiene indudables repercusiones metodológicas y prácticas como se comprobará seguidamente. La vis atractiva de lo ambiental favorece la adopción de un concepto amplísimo, inabarcable del medio ambiente; porque si nos atenemos a la realidad, ambiente es todo lo que nos rodea y afecta nuestra vida. De considerar unitariamente todo lo que nos circunda en un concepto tan amplio, debilitaríamos su valor jurídico. Tal concepto sería omnicompreensivo y tan complejo que sólo con gran dificultad, se protegería el interés así configurado. El camino a recorrer no es, en mi opinión, el descrito. Se trata, por el contrario, de acotar qué bienes pueden calificarse de ambientales. Sólo entonces, configurado el bien jurídico medio ambiente, cabrá articular para él un sistema de protección y elaborar la doctrina pertinente. (Canosa U, 2004, pág. 152)

Considero que la variable “ambiente”, señala en el artículo 2º inciso 22 de la Constitución Política del Perú, se debe ajustar a la constitución y a las normas que sean compatibles con ella. Además ninguna norma debe ser interpretada de manera aislada del sistema jurídico peruano del que forma parte, ni siquiera la Constitución.

Para Ana Leyva, la aún imprecisión jurídica del texto constitucional en materia ambiental y la carencia de normas de desarrollo que orienten su interpretación, obligan a entender el mandato constitucional a la luz de las normas legales y de los criterios jurisprudenciales existentes. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, en relación a las normas legales de protección ambiental, debe tenerse en cuenta que su simple existencia y vigencia hacen presumir su constitucionalidad y, por ende, su concordancia con el artículo 2º, numeral 22, por lo que a menos que se acredite su inconstitucionalidad, pueden ser legítimamente consideradas para interpretar la Constitución, bajo el entendido que son concordantes con el contenido esencial de

los derechos que ésta reconoce, y por ende, un referente para determinar la vulneración o no del derecho fundamental del artículo 2°, numeral 22. (Leyva, 2011, pág. 98)

La Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso del Perú, ha definido el “ambiente” como: “Cualquier espacio de interacción y sus consecuencias entre la sociedad y la naturaleza, en lugares y momentos determinados. En esta concepción el hombre es, a la vez, un elemento natural, en tanto ser biológico y un elemento social, en tanto creador de cultura y desarrollo en su más amplia acepción”.

La Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, adopta una concepción amplia del concepto “ambiente”, al señalar en su artículo 2°, numeral 2.3, lo siguiente:

*“Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros”*

Ada Alegue señala que, esta concepción amplia de lo ambiental, también ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, en reiteradas sentencias, tales como las que se cita a continuación: (Alegre Ch, 2011, pág. 5 y 6)

*Fundamento 6 / Exp N° 0018-2001-AI/TC : “El ambiente se entiende como un sistema; es decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí. Por ende, implica el compendio de elementos naturales, vivientes o inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen en la vida material y psicológica de los seres humanos. Por dicha razón, es objeto de protección jurídica y forma parte del bagaje de la tutela de los derechos humanos. El ambiente es concebido como el medio en el cual se encuentran contenidos todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos. Por consiguiente, alude a todas las condiciones e influencias del mundo exterior que rodean a los seres vivientes y que permiten de una manera directa o indirecta su sana existencia y coexistencia”*

*Fundamento 17 / Exp N° 0048-2004-PI/TC : “Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye “(...) tanto el entorno globalmente considerado espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna- como el entorno urbano”; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros”*

Para Elías Carreño, desde el punto de vista constitucional, el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo integrante de este mundo natural, en tanto forma parte del entorno vital del ser humano, se constituye en un objetivo social cuya realización encuentra pleno sustento en la mejora de la calidad de vida de la población y, por tanto constituye un verdadero derecho fundamental para el hombre. (Carreño P, 2013, pág. 129)

De lo mencionado anteriormente, podemos decir que desde la perspectiva jurídica, el “ambiente” debe ser entendido como el conjunto de elementos, factores y recursos, naturales y generados por el hombre, que de manera independiente o conjunta, interrelacionada o bajo cualquier condición, conforman el entorno en el que se desarrolla su vida en el más amplio sentido del término y que son susceptibles de afectarla. Por lo tanto, el ambiente así concebido, es de interés público porque trasciende el ámbito individual de cada persona y es transgeneracional, porque está asociado a la vida de las actuales y futuras generaciones. La protección jurídica del “ambiente” así concebida, se entendería como una proyección de la protección de la vida individual. La protección del “ambiente”, es una protección de segunda capa, a la protección del derecho a la vida. El derecho tutela la vida, pero también una vida de calidad, adecuada a la dignidad del ser humano.

Por lo tanto una norma jurídica, será “ambiental” cuando tenga como propósito central, regular las conductas humanas asociadas a los elementos, factores y recursos susceptibles de afectar el desarrollo de la vida, desde una perspectiva de tutela del interés público y transgeneracional. Entonces la variable “ambiente” considerada en la formulación del artículo 2°, numeral 22 de la Constitución de

1993, debe ser entendida como el ámbito de tutela constitucional, de interés público y transgeneracional, que recae sobre los elementos, factores y recursos asociados al desarrollo de la vida entendida en su más amplio sentido.

## **2. DERECHO AMBIENTAL:**

Para Elías Carreño, el Derecho Ambiental: Es el conjunto de reglas que se ocupa de la protección jurídica de aquellas condiciones que hacen posible la vida, en todas sus formas, por lo que el derecho ambiental se ocupa de la protección de la vida, pero lo hace formando en consideración los numerosos y las complejas relaciones que, momento a momento, permiten que la vida sea posible. (Carreño P, 2013, pág. 130)

Consecuentemente podemos decir que el Derecho Ambiental, es el conjunto de principios y reglas destinadas a la protección del medio ambiente, comprendiendo medidas administrativas y judiciales, como la reparación económica y financiera de los daños causados al ambiente y los ecosistemas.

Hay que remarcar que la contaminación al igual que todos los demás problemas y daños ambientales, es resultado de conductas humanas que son previsibles, modificables y sancionables. Este es el punto de vinculación entre el ambiente y el Derecho porque son las conductas humanas las que vienen lesionando los ecosistemas y el derecho debe contribuir, desde su especialidad, principalmente desde la prevención, para evitar y sancionar los problemas ambientales.

Por lo tanto se puede decir, que el objeto del Derecho Ambiental será la supervivencia del planeta y de la humanidad a partir de la prevención y la regulación jurídica de los valores, principios y normas que apuestan por asegurar el equilibrio ecológico, la conservación y la promoción del desarrollo sostenible en el mundo.

## **3. EL DERECHO HUMANO A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO PARA EL DESARROLLO DE SU VIDA:**

### **3.1. GENERALIDADES:**

Para Carlos Andaluz, un sector de la doctrina internacional especialmente francesa, ha postulado la existencia de un derecho humano al medio

ambiente. Para afirmarlo en un sentido más estricto se debe señalar que lo que existe es un derecho humano a un medio ambiente sano y equilibrado. (Andaluz W, 2009, pág. 558)

Considero que dicho planteamiento ingresa en la categoría de Derecho Humano y es un derecho que posee la humanidad, le perteneces a todos los pueblos e individuos.

Para Pierre Foy, Germán Vera, Favián Novak y Sandra Namias señalan que, la mayoría de autores que sostienen la existencia de este derecho encuentran su formulación en el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente, de 1972, cuando esta afirma que: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presente y futuras” (Foy, Novak, Veral, & Namias, 2003, pág. 93)

Como podemos apreciar el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida tiene un reconocimiento importante en el ámbito jurídico internacional y es reconocido por primera vez en el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo. Pero la Declaración de Estocolmo no conlleva cumplimiento obligatorio dado que una declaración, según el Derecho Internacional, posee un carácter no vinculante; entonces los principios de la Declaración de Estocolmo no generan obligaciones internacionales susceptibles de ser seguidas por todos los Estados.

Un segundo instrumento legal que incorpora al derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, es la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, que señala en su artículo 24° que: “Todos los pueblos tienen el derecho a un satisfactorio medio ambiente favorable a su desarrollo”.

Como se puede apreciar, la Carta Africana también reconoce el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Sin embargo esta Carta es un tratado internacional que solo ha sido reconocido por un grupo de países en el mundo y no tiene un carácter vinculante con los demás países que no lo han reconocido.

Un tercer instrumento que sugiere la idea del derecho al medio ambiente como derecho fundamental se puede encontrar en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

### **3.2. DEFINICIÓN:**

El derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida, está reconocido como derecho fundamental en el artículo 2º inciso 22 de la Constitución Política del Perú.

Para Henry Carhuatocto, es el derecho fundamental a la protección de la calidad de nuestro entorno o ambiente para beneficio de nosotros mismo y de manera indirecto para beneficio de otras personas. Este es un derecho de tercera generación pues tiende a preservar la integridad de la sociedad humana, resulta oponible al Estado y exigible a él, pero que por sobre toda las cosas requiere el concurso de todos los actores sociales para su cumplimiento efectivo. De esta manera, es posible que su cumplimiento sea exigido por uno o todos los miembros de la comunidad, pues su afectación le incumbe a ella y a todos. (Carhuatocto S, 2010, pág. 4)

Los derechos fundamentales tanto en nuestro país como en la sociedad mundial, son inherentes a la dignidad humana, entonces la dignidad humana es fuente directa de la que emana el derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida.

Para Isabel de los Ríos, es necesario destacar el carácter relacional de este derecho, ya que se encuentra ligado a los derechos fundamentales como a la vida y a la salud de las personas, pues por de este derecho las personas humanas desarrollan su vida en condiciones dignas. También está relacionado con el derecho a la calidad de vida, a la alimentación y sin duda al desarrollo, el mismo que acorde con el medio ambiente. (De Los Ríos, 2009)

### **3.3. CONTENIDO ESENCIAL:**

El Tribunal Constitucional en varias sentencias, señala como parte del contenido esencial del derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida, los siguientes elementos:

- **El Derecho a gozar a un medio ambiente equilibrado y adecuado:**

Dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido (Prado H, Gallegos, & Castillo C, 2008, pág. 52)

Esto se refiere al disfrute de un ambiente cuyos elementos se relacionan de manera natural y armónica y que le permite un adecuado desarrollo de su vida. Ello supone también que los particulares y el Estado se abstengan de realizar actos que puedan afectar negativamente el medio ambiente. Además, el Estado debe garantizar que las intervenciones humanas no alteren significativamente las relaciones entre estos elementos.

- **El Derecho a la preservación de un medio ambiente con dichas características:**

El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas a su disfrute. Esta obligación alcanza a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente. (Prado H, Gallegos, & Castillo C, 2008, pág. 52)

Esto se refiere a la obligación del Estado de mantener o lograr que los bienes ambientales se encuentren en las condiciones adecuadas para su disfrute. Implica el desarrollo y la ejecución de políticas por parte del Estado y compromete también a los particulares, principalmente a aquellos cuyas actividades inciden significativamente en el ambiente. Ellos conllevan la realización de acciones de prevención, conservación y recuperación del medio ambiente o de sus componentes.

Para Ana Leyva, el contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquél núcleo mínimo e irreducible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indispensable para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada. (Leyva, 2011, pág. 98)

### **3.4. PROTECCION JURIDICA:**

Para Francisco Carruitero, el uso del verbo “gozar” en el artículo 2º, numeral 22 de la Constitución de 1993, alude al disfrute, a tener acceso, a poder contar con algo, en este caso, a un ambiente jurídicamente protegido, según el alcance que hemos analizado. De esta manera, el verbo “gozar” también nos permite inferir que la tutela constitucional no se refiere específicamente a los elementos, factores y recursos que sustentan directa o indirectamente, la vida humana o que pueden afectar su continuidad, sino que además, permiten el disfrute de la misma. Así, la Constitución estaría extendiendo su ámbito de tutela sobre bienes intangibles como los de carácter social y cultural, el paisaje y otros que puedan estar asociados a la calidad de vida, los cuales podrían incluir, a decir del Tribunal Constitucional, hasta aspectos de carácter psicológico. (Carruitero L, 2006, pág. 21)

Para Francisco Carruitero, las referencias a los adjetivos “equilibrado” y “adecuado” también tienen una carga significativa importante. Si bien el contenido de ambos puede ser entendido como subjetivo, esta aparente subjetividad debe ser traducida a condiciones concretas y objetivamente verificables, en función del objetivo final al cual están afectos. El ambiente no debe ser equilibrado o adecuado por sí mismo, sino en términos relativos o funcionales al desarrollo de la vida, finalidad última que determina el alcance de la tutela constitucional. (Carruitero L, 2006, pág. 22)

Entonces se puede decir que en el ambiente objeto de tutela constitucional será equilibrado o adecuado, si esta con formado por un conjunto de recursos, elementos y factores que de manera individual o conjunta, interrelacionada o bajo cualquier condición.

Para Raúl Canosa, respecto de la materialidad de lo ambiental, es pertinente resaltar que si bien el enunciado del artículo 2º, numeral 22 tiene un enfoque formal marcadamente antropocentrista, al referirse al derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al “desarrollo de su vida”, el uso del artículo posesivo “su”, no denota una concepción restrictiva enfocada exclusivamente en la vida del ser humano, porque el término “desarrollo de su vida”, refiere también a una dimensión amplia de la vida. El “desarrollo” implica en este caso, no sólo protección jurídica de la vida del ser humano, de la calidad de vida, sino además, de todas las condiciones y aspectos que conllevan a que su vida tenga una evolución o proceso de mejora o progreso, es decir, a los factores intrínsecos y extrínsecos a la vida del ser humano que condicionarían lo que hoy conocemos como el desarrollo humano y no desde una perspectiva estrictamente individual, sino fundamentalmente colectiva y pública, y no sólo a nivel social, sino de especie dentro del sistema de vida, del cual forma parte. (Canosa U, 2004, pág. 154).

Ada Alegre señala los siguientes fundamentos de las sentencias del Tribunal Constitucional: (Alegre Ch, 2011, pág. 9 y 10)

**Fundamento 7 / Exp N° 0018-2001-AI/TC:**

*“El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en sentido similar respecto del carácter “equilibrado” y “adecuado” del ambiente, al que se refiere el artículo 2º, numeral 22, en diversas sentencias como las que se cita a continuación:*

*“A partir de la referencia a un medio ambiente “equilibrado”, el Tribunal Constitucional considera que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, sus componentes bióticos, como la flora y la fauna; los componentes abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo; los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. A todo ello, habría que sumar los elementos sociales y culturales aportantes del grupo humano que lo habite.*

*Tales elementos no deben entenderse desde una perspectiva fragmentaria o atomizada, vale decir, en referencia a cada uno de ellos considerados individualmente, sino en armonía sistemática y preservada de grandes cambios”.*

**Fundamento 8 / Exp N° 0964-2002-AA/TC:**

*“No obstante esto, la Constitución vigente proporciona algunas características a partir de las cuales es posible determinar su contenido. En efecto, no solo se limita a señalar que es un atributo subjetivo del ser humano el vivir en un medio ambiente (lo que desde luego no significaría gran cosa, pues todos vivimos en uno), sino que también subraya que ese “ambiente” debe ser “equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida”. Lo que significa que, desde una perspectiva constitucional, se tenga que considerar al medio ambiente, equilibrado y adecuado, como un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.*

*A partir de la referencia a un medio ambiente “equilibrado”, este Tribunal considera que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, los componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo, los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico.*

*Tales elementos no deben entenderse desde una perspectiva fragmentaria o atomizada, es decir, con referencia a cada uno de ellos considerados individualmente. Como destaca el inciso 22 del artículo 2° de la Constitución, se tiene el derecho a un medio ambiente “equilibrado”, lo que significa que la protección comprende al sistema complejo y dinámico en el que se desarrolla la vida”.*

**Fundamento 14, Exp. N° 3343-2007-PA/TC:**

*“La perspectiva del desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente*

*equilibrado y adecuado. Es una maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica. En tal sentido, con el principio sostenibilidad (artículo V de la Ley General del Ambiente) se pretende modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, el mismo que tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras. Así, los derechos de las actuales generaciones no deben ser la ruina de las aspiraciones de las generaciones futuras.”*

Estos fallos del Tribunal Constitucional son comprensivos respecto del alcance de la tutela jurídica al ambiente “equilibrado y adecuado”, estos atributos se pueden entender, como la plataforma a través de la cual un conjunto de aspectos naturales, sociales, culturales, económicos y psicológicos, se relacionan con el desarrollo de la vida.

Para Ada Alegre, un aspecto final a resaltar en relación a este punto es la referencia que hace el Tribunal Constitucional, a la interdependencia existente entre los derechos fundamentales, en el sentido que el nivel de protección que se le confiera a un derecho fundamental, en este caso, al derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, está intrínsecamente vinculado con el pleno disfrute de los otros derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. De hecho, el contar con un ambiente adecuado al desarrollo de la vida, condiciona el ejercicio de otros derechos fundamentales, como son el derecho a la vida, a la libertad, la igualdad, a elegir el lugar de residencia, a trabajar, a la propiedad, entre otros. (Alegre Ch, 2011, pág. 10)

Asimismo, debe entenderse que este derecho fundamental debe enmarcar las normas de protección ambiental, actuando como un parámetro de referencia, en tanto que éstas cumplen una función ordenadora a partir de la interpretación del mandato constitucional.

Entonces la legislación ambiental debe señalar y establecer los derechos, obligaciones y responsabilidades específicas que se consideran importantes y relevantes para poder de esta manera asegurar la protección del ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y también, el goce del derecho establecido en el artículo 2º, numeral 22 de la Constitución, sin que se desnaturalice el contenido esencial de este derecho.

### 3.5. NATURALEZA, CARÁCTER Y ATRIBUTOS:

Se ha discutido mucho acerca de la naturaleza, carácter y atributos que tiene el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. A este derecho se le reconoce como un derecho social, de tercera generación. No obstante, las posiciones respecto de su naturaleza jurídica van desde considerarlo como un principio o como un derecho, aún cuando dentro de esta última corriente también hay variantes importantes. En el Perú, la Constitución lo ha reconocido como derecho fundamental, asociado a la vida y a la propia dignidad del ser humano.

Para Elías Carreño, respecto de la naturaleza jurídica de los derechos constitucionales, no podemos hablar de una única categoría de derechos. Algunos se configuran a partir del reconocimiento de ciertas libertades o de la obligación de proveer algunas prestaciones que se consideran esenciales para la vida de las personas; unos tienen un valor primario, mientras que otros son instrumentales para facilitar el ejercicio de otros derechos; algunos tienen una configuración que se determina en la propia constitución, mientras que otros requieren ser complementados por otros cuerpos normativos, es decir, tienen una configuración legal; algunos se enfocan en la protección a nivel de la persona o sujeto, otros en la perspectiva pública o del derecho objetivo base del propio régimen constitucional; el ámbito de protección en función del objeto y fin de la norma también pueden determinar distintos tipos de derechos constitucionales. (Carreño P, 2013, pág. 131)

Para Ada Alegre, el Derecho fundamental reconocido en el artículo 2º inciso 22 de la Constitución de 1993, está vinculado con el derecho a la libertad, en tanto que la calidad del ambiente puede posibilitar o limitar el desarrollo de las actividades humanas. Asimismo, podemos determinar su carácter prestacional, en tanto que adicionalmente demanda un deber de actuación del Estado para asegurar la calidad del ambiente. También podemos señalar que su estructura es abierta y que por ende requiere una necesaria configuración legal derivada de la amplitud del concepto de lo “ambiental”, e incluso, su carácter subjetivo, aun cuando respecto de ésta última característica no hay consenso en la doctrina, dado el carácter para algunos incierto, de las normas constitucionales que lo reconocen y la dificultad de precisar el alcance de la protección que brinda, así como de las obligaciones que genera. (Alegre Ch, 2011, pág. 11)

Para Ada Alegre, se cuestiona la falta de precisión respecto de las atribuciones que genera este derecho, de una esfera individual o individualizable de tutela, de obligaciones específicas o un sujeto obligado, señalándose que es un derecho común o compartido por todas las personas que se encuentran en el país, pero que no es delimitable en la esfera individual de una persona. Incluso, respecto del derecho español, se señala que: *“pese a la calificación que hace el artículo 45 del medio ambiente como derecho, en su estructura interna no lo configura como tal, pues no delimita ni un espacio de libertad individual que deba permanecer incólume, ni concreta una prestación debida por algún sujeto obligado a la misma. Cuando se menciona el deber de velar por la utilización racional de los recursos naturales, en primer lugar se refiere a la generalidad de los poderes públicos por lo que, desde la Constitución, no queda determinado el sujeto obligado. Además la expresión “velarán” no concreta una actividad específica respecto de la cual se pueda reclamar el pretendido derecho”* (Alegre Ch, 2011, pág. 11 y 12)

Para Raúl Canosa, el nivel de desarrollo de este aún nuevo derecho fundamental no es óbice para reconocer su naturaleza subjetiva, e incluso pública, más aún cuando su reconocimiento obedece a una marcada tendencia internacional a considerarlo incluso, como derecho humano. Al respecto, es importante entender con claridad lo que determinaría la naturaleza subjetiva del derecho a disfrutar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. El derecho subjetivo es aquel que confiere a la persona, la atribución de requerir una prestación de alguien en beneficio particular. En este caso, el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, en la Constitución Peruana, no sólo genera una esfera individual de protección que puede ser tutelada a través de la Acción de Amparo y otras garantías constitucionales, sino que además, confiere a la persona la atribución de requerir que alguien haga algo o deje de hacer algo para no afectar su derecho. Esta atribución puede ser oponible frente a alguien que afecta el ambiente contaminándolo o alguien que no adopta las medidas para prevenir un daño ambiental inminente, previsible o razonablemente previsible. (Canosa U, 2004, pág. 153)

El contenido detallado de esta atribución y el alcance de la misma, deberán ser analizados caso por caso, según la afectación real o potencial, y según las normas y competencias establecidas en el marco legal que complementa la Constitución.

Este derecho subjetivo debe ir acompañado de una esfera pública para aproximarnos más al rol trascendente del “ambiente” en la vida de las personas. Ello, debido a que la atribución que confiere este derecho a la persona, no se limita sólo a su oponibilidad frente al prójimo, sino que conlleva sobre todo, a requerir una actuación del Estado, el cual no cumplirá el mandato legal absteniéndose de actuar, sino por el contrario, actuando positivamente para generar, recuperar y garantizar la calidad del ambiente, como condición para el desarrollo de la vida.

Para Raúl Canosa, el derecho subjetivo reconocido en el artículo 2, numeral 22, sólo podrá ser ejercido plena y efectivamente, si el Estado, a través de cada una de las autoridades con competencias ambientales, cumple su rol prestacional y optimizador de las condiciones de vida. No estamos sólo en la esfera de los denominados derechos sociales frente a los cuales el Estado debe tener una actuación activa para democratizar las condiciones de vida, sino, como hemos visto, de un derecho que tiene dimensiones públicas y transgeneracionales, que le confieren atributos particulares. (Canosa U, 2004, pág. 153 y 154)

La Constitución Peruana de 1993 también reconoce implícitamente este carácter público de la protección jurídica del ambiente, cuando en su artículo 67°, establece que el Estado determina la Política Nacional del Ambiente, es decir, el instrumento orientador de la actuación pública en lo ambiental que enmarca los planes, estrategias, programas, proyectos y demás actuaciones de las agencias del Estado que deben ser ejecutadas para la protección del ambiente, como condición esencial para el desarrollo de la vida. Sin embargo, la Constitución no establece la eficacia inmediata, ni la configuración legal del derecho fundamental reconocido en el artículo 2°, numeral 22.

El derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida implica que el interés particular e individualizable que encierra, debe ser delimitado en cada caso, a efectos de poner en marcha el ordenamiento jurídico. De otro modo, no podría efectivizarse su tutela. Así, el

derecho será individualizable en función a los propios contenidos del mandato legal vigente, y de acuerdo al desarrollo que vaya alcanzando este marco legal o el sistema jurídico ambiental. Conforme a ello, la tutela constitucional a este derecho, será dinámica y estará asociada a los propios condicionamientos culturales que se establezcan en cada época e irá acompañada de la tutela a otros derechos complementarios hasta que se configure, madure y delimite el propio alcance del derecho al ambiente adecuado. Pero en la mayoría de casos, la tutela constitucional llevará de la mano la protección del ambiente adecuado conjuntamente con la protección de la salud, el trabajo, al agua, a la calidad del aire, a la conservación de la diversidad biológica, el desarrollo a partir de una actividad económica considerada como menos impactante, entre otros aspectos regulados, pero difícilmente, la protección jurídica del ambiente podría configurar un derecho fundamental a contar con una capa de ozono adecuada o de evitar el cambio climático, pues si bien, estos son objeto de múltiples normas, ninguna de ellas ha definido una esfera de tutela individualizable.

Para Ada Alegre, la jurisprudencia nacional respalda consistentemente la naturaleza y atributos señalados, del derecho fundamental reconocido en el artículo 2º, numeral 22, tal como se muestra a continuación: (Alegre Ch, 2011, pág. 13 y 14)

**Fundamentos 8 y 10 / Exp N° 0964-2002-AA/TC:**

*“8. Se trata, en principio, y como se desprende de la ubicación de su reconocimiento, de un derecho subjetivo de carácter constitucional, cuyo titular es el ser humano considerado en sí mismo, con independencia de su nacionalidad o, acaso, de ciudadanía. Sin embargo, no sólo es un derecho subjetivo, sino que se trata también de un derecho o interés de carácter difuso, puesto que es un derecho que lo titularizan todas y cada una de las personas”.*

*“10. Tal derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las de los derechos reaccionales como de los derechos prestacionales. En su faz reaccional, éste se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana.*

*En su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, entre las cuales cabe mencionar la de expedir disposiciones legislativas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente”.*

#### **Fundamento 4 / Exp. N° 03448-2005-PA/TC**

*“El derecho a un medio ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la persona supone la exigencia de condiciones mínimas que el Estado debe asegurar a los individuos a fin de permitir su desarrollo, siendo que el Estado no sólo está obligado jurídicamente a establecer estas condiciones mínimas de modo técnico, sino, adicionalmente, a respetarlas y a asegurar el respeto de los demás agentes sociales. Para ello, el Estado determina una serie de actividades reguladoras imponiendo estándares mínimos, pero además, se compromete a desplegar una serie de actos tendentes a asegurar esos estándares mínimos y, como resultado evidente, a no vulnerar los mismos ni permitir su vulneración como resultado de la actividad de terceros”.*

#### **Fundamentos 5, 6 y 7 / Exp. N° 03343-2007-PA**

*“Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son efectivamente derechos subjetivos pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos. Ello no significa que tales derechos sólo puedan oponerse a los organismos públicos. El Tribunal Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares. En el caso de autos, la responsabilidad del Estado la comparte, entre otros, con los particulares que promueven actividades que dañan o pueden dañar el medio ambiente.”*

La jurisprudencia del Perú es precisa en el reconocimiento del derecho subjetivo al ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, e

incluso es configurado como un derecho reaccional, prestacional y sujeto a complementación legal.

### **3.6. DE ACUERDO AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO:**

El derecho gozar de un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado ha sido expresamente reconocido en el caso peruano por las siguientes normas:

- **Constitución Política del Perú de 1979:**

El ambiente como un derecho fundamental fue reconocido por primera vez, en todo América Latina, en la Constitución del Perú de 1979, en el Título dedicado al Régimen Económico, Capítulo XXXIII, cuyo Art.123 establecía que:

*“Todos tienen derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental.”*

- **Código del Ambiente y los Recursos Naturales de 1990:**

Fue el primer instrumento normativo que incorporó la dimensión ecosistémica en el ordenamiento jurídico del Perú, en el Art. I de su Título Preliminar reconocía que:

*“Toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente.*

*Es obligación del Estado mantener la calidad de vida de las personas a un nivel compatible con la dignidad humana. Le corresponde prevenir y controlar la contaminación ambiental y cualquier proceso de deterioro o depredación de los recursos naturales que pueda interferir en el normal desarrollo de toda forma de vida y de la sociedad. Las personas están obligadas a contribuir y colaborar inexcusablemente con estos propósitos”.*

- **Constitución Política del Perú de 1993:**

La Constitución Política del Perú de 1993 en el Título I, Capítulo I dedicado a los derechos fundamentales de la persona, en su Art.2 inciso 22 de modo expreso dispone que:

*“Toda persona tiene derecho fundamental a la paz, al descanso y al disfrute del tiempo libre, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida”.*

- **Ley General del Ambiente , Ley N° 28611:**

Por su parte, la vigente Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 como ley de desarrollo constitucional, en el Art. I de su Título Preliminar determina que:

*“Toda persona tiene derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de su vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país”.*

#### **4. EL DERECHO A ACCEDER A LA INFORMACION PÚBLICA DE CARÁCTER AMBIENTAL:**

El Artículo II del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, señala que:

*“Toda persona tiene el derecho a acceder adecuada y oportunamente a la información pública sobre las políticas, normas, medidas, obras y actividades que pudieran afectar, directa o indirectamente, el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento.*

*Toda persona está obligada a proporcionar adecuada y oportunamente a las autoridades la información que éstas requieran para una efectiva gestión ambiental, conforme a Ley”.*

El Principio 10 de la Declaración de Río (1992) señala que:

*“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda*

*persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre materiales y las actividades que encierren peligro en sus comunidades (...)*”

Para Henry Carhuatocto señala que; la ciudadanía, las ONGs vinculadas a la defensa del medio ambiente, la Fiscalía de Prevención del Delito, la Defensoría del Pueblo, el poder judicial, los gobiernos locales y regionales deben convertir en un habito responsable el ejercicio de su derecho a solicitar información a empresas productivas, entidades sectoriales y potenciales infractores. (Carhuatocto S, 2010, pág. 6)

La solicitud puede ser inmotivada, lo que permite al administrado no dar mayor explicación del motivo por el que solicita dicha información ni que destino le dará. La información que solicitada o que se entregue debe tener dos características debe ser adecuada o acorde con la solicitud de información y ser brindada oportunamente.

Para Henry Carhuatocto, la información ambiental que se esté manejando al interior de una acción de control promovida por la Contraloría de la República (Principio de Reserva) o aquella que se vincule a seguridad del Estado (Confidencialidad) no podrá ser entregada salvo mandato judicial debidamente motivado. (Carhuatocto S, 2010, pág. 6)

De esta forma, toda persona tiene derecho a conocer el estado de las denuncias que presente ante cualquier entidad pública respecto de riesgos o daños al ambiente y sus demás componentes, en especial aquellos vinculados a daños o riesgos a la salud de las personas. Y en caso de que la denuncia haya sido trasladada a otra autoridad, en razón de las funciones y atribuciones legalmente establecidas, se debe dar cuenta inmediata de tal hecho al denunciante.

## **5. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN AMBIENTAL:**

El Artículo 3º del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, señala que:

*“Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de*

*los niveles de gobierno. El Estado concerta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental”.*

Para Carlos Andaluz, la participación ciudadana en gestión del ambiente es un derecho y un deber que no es incumbente a todos, tanto sociedad civil como Estado y que acertadamente es recogida por la Ley General de Sociedades. Un ejemplo de este derecho lo podemos observar en los mecanismos de participación ciudadana existentes en la legislación de áreas naturales protegidas. (Andaluz W, 2009, pág. 622)

Las Áreas Naturales Protegidas (ANP) posibilitan la participación de la ciudadanía en la gestión de las áreas naturales protegidas, no sólo a través de los comités de gestión, las concesiones, las autorizaciones, la validación de documentos de gestión y planificación sino también mediante los contratos de administración, que en la práctica se acercan a una modalidad de desconcentración administrativa de una parte de la gestión del ANP.

Para Carlos Andaluz, los contratos de administración son uno de los instrumentos más importantes previstos por la legislación peruana para promover la participación de organizaciones de conservación no gubernamentales para que ejerzan, bajo encargo del Estado, la administración o gerenciamiento de determinadas áreas naturales protegidas y el subsistema regional de áreas naturales protegidas, aún en plena formación conceptual y física. La idea es tercerizar las cuestiones operativas de la gestión del ANP, tales como monitoreo, vigilancia, administración, cobro por ingreso al área, capacitaciones, estrategia de comunicación, etc. (Andaluz W, 2009, pág. 622)

Para Henry Carhuatocto, los orígenes del derecho a la participación ciudadana los podemos encontrar en múltiples tratados e instrumentos internacionales tales como: (Carhuatocto S, 2010, pág. 7 y 8)

- El Principio 1 de la Declaración de Río, que indica que “los seres humanos constituyen el centro de preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible (...), siendo así, es natural que los seres humanos tengan un rol activo en las decisiones que se adopten para alcanzar el desarrollo sostenible.”
- El Principio 10 de la Declaración de Río, que señala que “el mejor modo de tratar cuestiones ambientales es con la participación de todos los

ciudadanos interesados (...) así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.”

- El principio 2 de La Declaración sobre Bosques (1992), recomienda a los gobiernos promover la participación de todos los interesados, incluidas las comunidades locales y las poblaciones indígenas, las ONGs, trabajadores, habitantes de las zonas forestales (...) en el desarrollo, la ejecución y la planificación de la política forestal del país.
- Artículo 23, numeral 1, inciso a), de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a participar directamente de los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes.

Artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, declara que el derecho ciudadano a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes libremente escogidos.

- Artículo 3, inciso c), de la Convención de Lucha contra la Desertificación, señala que las partes deben garantizar que las decisiones relativas a la elaboración y ejecución de programas de lucha contra la Desertificación y mitigación de los efectos de la sequía se adopten con la participación de la población y de las comunidades locales y que, a niveles superiores, se cree un entorno que facilite la adopción de medidas a los niveles nacional u local.
- Artículo 8, inciso j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, señala que las prácticas de vida de comunidades locales e indígenas vinculadas a la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica se dará con la aprobación y la participación de quienes poseen esos conocimientos, innovaciones y prácticas.

Para Henry Carhuatocto La legislación nacional ha recogido en diversos dispositivos legales el derecho a la participación ciudadana así tenemos: (Carhuatocto S, 2010, pág. 8)

- El Numeral 17 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú señala que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.
- El numeral del artículo 2º y el Artículo 31º de la Constitución señalan que existe un derecho a participar en los asuntos públicos a través del referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas.

- La Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, Ley N° 26300.
- Ley N° 27806. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. TUO aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.
- Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM.
- Ley N° 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, señala que la información de que dispongan las autoridades en materia de agua, suelo, aire, flora, fauna y recursos naturales en general, así como sobre las actividades o medidas que les afecten o puedan afectarlos. Asimismo existe la obligación de las autoridades del Estado de proveer esta información (Artículo 29°).

El artículo 46° de la Ley General del Ambiente precisa que este derecho a participar en la gestión ambiental incluye el derecho de toda persona natural o jurídica, en forma individual o colectiva, a emitir opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones u aportes en los procesos de toma de decisiones de la gestión ambiental y en las políticas y acciones que incidan sobre ella, así como en su posterior ejecución, seguimiento y control. El derecho a la participación ciudadana, recalca, se ejerce en forma responsable.

La Ley General del Ambiente coloca los linderos dentro de los cuales se ejercerá este derecho de participación ciudadana:

- Participación de manera responsable, ello implica por ejemplo que para asumir una posición u opinión esta debería estar sustentada en información veraz o documentadamente avalada o haber estado participando activamente en el tema ambiental objeto de la intervención.
- Debe actuarse con buena fe, transparencia y veracidad, evidentemente la participación ciudadana se hace de honesta, leal y privilegiando el bienestar general y no intereses políticos, proselitistas o individualistas.

Para Carlos Andaluz, el deber de participación responsable es vulnerada cuando se transgreden disposiciones legales sobre participación ciudadana toda acción o medida que tomen las autoridades o los ciudadanos que impida u obstaculice el inicio, desarrollo o término de un proceso de participación ciudadana conforme lo señala el inciso 2 del artículo 47° de la Ley General del Ambiente. (Andaluz W, 2009, pág. 624)

La participación ciudadana en materia ambiental se puede definir como un proceso mediante el cual se integra al ciudadano, en forma individual o colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones que incumben a la gestión ambiental. Ello permitirá al ciudadano ejercer otros derechos, puesto que solo informado puede tener conciencia de su realidad, sus oportunidades y su problemática ambiental.

## SUB CAPITULO V

### EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### 1. SENTENCIA EXP. N.° 03343-2007-PA/TC

Se trata de un recurso de amparo interpuesto el 13 de octubre del 2006 contra las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú (en adelante REPSOL) y Petrobras Energía Perú S.A. (en adelante PETROBRAS), por considerar que se amenazan sus derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; a la vida, el libre desarrollo y el bienestar; a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa; a exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas; alimentación; y al agua. Solicitan que se repongan las cosas al momento en que se inició la amenaza de violación de dichos derechos y se suspenda la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida "Cordillera Escalera".

#### **Fundamentos:**

#### ***§ Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado***

5. El derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales -libertad negativa (de no dañar el medio ambiente)- como de los derechos prestacionales -libertad positiva (evitar, proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan)-. En su faz reaccional, se traduce en la obligación de los particulares y del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. En su dimensión prestacional, impone a los particulares y al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Esto no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención y evidentemente de reparación o compensación de los daños producidos. Debe enfatizarse que la prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin tienen especial relevancia, ya que siempre es preferible evitar el daño (principio de prevención y

principio de precaución) a tener que indemnizar perjuicios que pueden ser sumamente costosos para la sociedad. ¡Y es que, de lo contrario, abusar del principio contaminador-pagador, podría terminar por patrimonializar relaciones y valores tan caros para el Derecho Constitucional! En este sentido, si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible.

### ***§ Medio ambiente y Constitución ecológica***

8. Tomando en cuenta doctrina y jurisprudencia constitucional comparada se ha denominada al conjunto de disposiciones de la Carta fundamental, referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, Constitución Ecológica (STC 3610-2008-PA/TC, fundamento 33). Así, el artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 67 de la Constitución dispone que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de los recursos naturales. De otro lado, el artículo 68° de la Constitución prescribe: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”; en esa línea, el artículo 69 señala: “El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía”.

9. De ahí que se derive un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia.

10. Desarrollando los alcances de los artículos constitucionales referidos, el artículo 9° de la Ley General del Ambiente, Ley N.º 28611, establece: “La Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona”

### **§ Comunidades nativas y medio ambiente**

26. Como ya se expresó, el problema a dilucidar en el presente caso es determinar si la exploración y posible explotación hidrocarburífera implica una afectación o amenaza al ecosistema del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera y, por consiguiente, una afectación al derecho del actor a un ambiente adecuado y equilibrado. No obstante, del informe técnico remitido por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social a este Tribunal Constitucional por medio del Oficio N.º 253-2008/MIMDES-DGPOA, el 14 de junio de 2008, se aprecia que en el lote 103 existen 64 comunidades nativas de grupos étnicos perteneciente a las familias Cocama Cocamilla y Chayahuita. Por tal motivo -si bien solo algunos de estos grupos podrían ser directamente afectados- este Tribunal estima pertinente pronunciarse, de manera tangencial, sobre la temática relativa a los pueblos indígenas.

#### **a) Derecho a la identidad étnica y cultural**

27. Del el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Esto es, reconocer a la unidad dentro de la diversidad y a la igualdad como un derecho a la diferencia. Si bien este tipo de cláusulas proponen una tutela adecuada al individuo, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para la defensa de las minorías étnicas.

28. En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece, además del derecho a la identidad étnica y cultural, una clara dimensión objetiva en cuanto se obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural existente en la Nación. Igualmente, debe tenerse presente que el artículo 89 de la Norma Fundamental reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. Manifestación de la autonomía referida será la posibilidad de que estas

comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 149). Se establece además en el texto constitucional (artículo 48) que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (Weltanschauung).

#### **b) El Convenio 169 de la OIT y los recursos naturales**

31. Previamente, debe destacarse que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N.º 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

34. De otro lado, el artículo 7 expone que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, “aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. Es interesante enfatizar, además, lo expuesto en el artículo 15, que señala que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales

se pueda consultar a los pueblos interesados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras.” De igual forma, el artículo indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos.

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

**El Tribunal Constitucional ha resuelto:** Declarar Fundada la demanda

### **ANÁLISIS:**

Este es el primer caso en que el Tribunal Constitucional (TC), se pronuncia sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en un proceso de amparo. Esta sentencia desarrolla muchos conceptos importantes como Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, Medio ambiente y Constitución ecológica, Comunidades nativas y medio ambiente, el derecho a la identidad étnica y cultural y sobre el Convenio 169 de la OIT y los recursos naturales.

El tribunal Constitucional en esta sentencia en sus fundamentos ha señalado lo siguiente:

- La dimensión objetiva del derecho a la identidad cultural obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural (f.j. 28).

- El rango constitucional del Convenio 169 de la OIT y la obligación de su aplicación por todas las entidades del Estado (f.j.31).
- La necesidad de armonizar dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos (f.j.34).
- El contenido del derecho a la consulta previa (f.j.35).

Lo importante de esta sentencia es que si bien no se denuncia la violación del derecho a la consulta, el Tribunal Constitucional (TC) introduce el tema y lo desarrolla por primera vez en su jurisprudencia. Estamos ante el primer antecedente del derecho a la consulta en nuestro país en sede de la justicia constitucional.

## **2. SENTENCIA EXP N° 06316-2008-PA/TC:**

Se trata de un recurso de amparo por violación de la consulta previa por una medida administrativa. Con fecha 10 de julio del 2007 la Asociación interétnica de desarrollo de la selva peruana (AIDSESP) presentó una demanda contra el Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO S.A., BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF. Sostuvo que a través de un conjunto de contratos de licencia celebrados con las mencionadas empresas y aprobados mediante decretos supremos de fecha 1999 y 1995, se estaban vulnerando un conjunto de derechos como la vida, la salud, el bienestar, la integridad cultural, la identidad étnica, el ambiente equilibrado, la propiedad y la posesión ancestral, así como el derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras, todos ellos incluidos en el ámbito geográfico de la "Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre".

Los accionantes solicitan que el Ministerio de Energía y Minas prohíba u ordene la suspensión de las operaciones de exploración y/o extracción de hidrocarburos en dichos territorios, y que se ordene a PERUPETRO S.A. que efectúe la modificación de los contratos de licencia respectivos, y que se ordene a las empresas BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF abstenerse de operar en las zonas aludidas, así como de hacer contacto con estos pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Finalmente, agrega que se ha violado el derecho a la consulta y que AIDSESP debió de haber sido consultado en representación de las comunidades en aislamiento voluntario.

#### **§ 4. El derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida**

12. Conforme al artículo 2º del Código Procesal Constitucional, en el proceso constitucional de amparo, “cuando se invoque la amenaza de violación, esta debe ser cierta y de inminente realización”. Al respecto se ha venido reiterando en jurisprudencia atinente que: “para que pueda tutelarse a través de los procesos constitucionales, la amenaza de violación de un derecho constitucional ésta debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo aquellos perjuicios que escapan a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales y de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real (es decir, que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados); tangible (que se perciba de manera precisa), e ineludible (que implique irremediamente una violación concreta)”. (STC N.º05910-2008-AA, fundamentos 2 y 3).

13. En el presente caso si bien las actividades de exploración y explotación de recursos pueden hacer presumir la posible afectación del medio ambiente, la recurrente no ha presentado documentación que demuestre que ello ha ocurrido en el presente caso. En la medida que su pretensión principal se ha orientado en este caso a probar la existencia de comunidades de no contactados en las zonas materia de las concesiones (Lotes 39 y 67), la acreditación respecto de posibles amenazas a los demás derechos que se invocan en la demanda no ha sido razonablemente puesta de manifiesto. Por el contrario, tal como se observa de la documentación de autos, las empresas emplazadas han mostrado documentación sobre el cumplimiento de las etapas del procedimiento, así como los protocolos correspondientes, lo que hace suponer que se vienen tomando las medidas legalmente previstas a efectos de no incurrir en actos ilegítimos. En consecuencia, la pretensión referida a la supuesta amenaza al derecho al medio ambiente resulta también improcedente, al no haberse acreditado suficientemente la supuesta amenaza de conformidad con el artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

#### **§ 5. El derecho a la consulta y su relación con los demás derechos de las comunidades**

17. En el marco de sus competencias y con efectos para nuestro derecho interno, este Tribunal estima pertinente puntualizar que cuando el Convenio se refiere a los “pueblos interesados”, tal categoría comprende no sólo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que también involucra a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas.

18. Este Colegiado considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica.

#### **§ 6. Análisis del caso concreto**

25. Aun cuando no corresponde a este Tribunal evaluar la calidad de dichos talleres informativos, es claro que la exigencia que impone el Convenio 169 de la OIT es la de una consulta previa, pública, neutral y transparente, cuya convocatoria debe hacerse en el propio idioma de las comunidades correspondientes y con la supervisión de las entidades estatales que garanticen la calidad de la información brindada, y con niveles razonables de participación de los integrantes de la comunidad y sus representantes, consulta que no puede reducirse a que se relegue a los integrantes de la comunidad a simples receptores de información, sino que debe fomentar su participación apelando a sus puntos de vista sobre las cuestiones materia de la consulta.

26. Tal como ha sido desarrollado hasta este punto, el Estado habría, afectado el derecho de participación previsto en el artículo 2º.17 de la Constitución. Esto habría ocurrido, al haber entregado en concesión los Lotes 39 y 67 sin la debida consulta y sin que a la fecha se haya podido acreditar con elementos razonables y confiables que lo sustenten, que las empresas y el propio Estado vienen implementando mecanismos de participación activa de las comunidades involucradas, con relación a dichos lotes de explotación de hidrocarburos.

29. La ponderación de los efectos de la sentencia constitucional forma parte de las competencias de este Colegiado. El fundamento de tal competencia se encuentra tanto en el carácter de garante último de los derechos que ostenta, esto es, de todos los derechos que la Constitución reconoce, lo que debe hacerse conforme al principio de concordancia práctica; como también en su autonomía como órgano jurisdiccional del Estado. Al respecto se ha establecido que “de conformidad con el principio de autonomía, reconocido en el artículo 201º de la Constitución, [este Tribunal] tiene la potestad de modular, procesalmente, el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales, en general, y en el proceso de amparo, en particular” (STC N.º 05033-2006-AA/TC, fundamento 62).

30. Es por ello que este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua.

Resulta entonces impostergable que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente y de la STC 0022-2009- PI/TC, mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida.

**El Tribunal Constitucional ha resuelto:** Declarar improcedente la demanda

**ANALISIS:**

Considero que lo primero que hay que destacar en esta sentencia es que el Tribunal Constitucional, reconoce que son incompatibles con la Constitución las decisiones administrativas expedidas por el gobierno, posteriores a la entrada en vigencia del Convenio N°169 de la OIT (1995) que no fueron consultadas adecuadamente con los pueblos indígenas, tal como lo señalaba el artículo 6º y 15º del referido Convenio, N°169 de la OIT a pesar de afectarles directamente.

Así, el Tribunal Constitucional en su fundamento 27 considera: "en principio, que los actos de adjudicación de dichos lotes, mediante resoluciones supremas del Ministerio de Energía y Minas de los años 1995 y 1999, así como la serie de actos de ejecución hasta el estado en que se encuentran actualmente, toda vez que se vienen desarrollando sin la participación ni consulta a las comunidades y sus organizaciones, resultarían incompatibles con la Constitución"

Esto significa que los actos administrativos, a través de los cuales se han aprobado concesiones mineras, petroleras, forestales, etc., en territorios de comunidades campesinas y nativas, y que fueron emitidos luego del año 1995, tienen un vicio de nulidad, es decir, tienen un problema de validez sustancial. Esto significa que si bien se han seguido los procedimientos para ser aprobados, al no haber sido consultados, el contenido de los mismos, deviene en nulo, porque viola y vulnera la Constitución.

El segundo elemento positivo en esta sentencia es que, el Tribunal Constitucional en su fundamento 23 señala que: "para el Perú el Convenio 169 de la OIT ya se encontraba vigente al momento de suscribirse los documentos respectivos, pues éste fue ratificado por nuestro país el 2 de febrero de 1994".

Además otros elementos positivos que señala el Tribunal Constitucional es que: Los talleres informativos no son consulta previa (f.j.25) y es la obligación del Ministerio de Energía y Minas informar a las comunidades sobre los procesos de explotación (f.j.30)

Respecto al fallo la demanda fue declarada improcedente, considero que lo sorprendente es el argumento en que sustenta esta posición. Precisa el Tribunal Constitucional: "porque no se ha acreditado la existencia de la comunidad en aislamiento voluntario o no contactada, sin perjuicio de reconocer el derecho inalienable de los Pueblos Indígenas y Tribales a ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT". El Tribunal Constitucional olvido por completa que la tarea de identificar a estos pueblos correspondía según ley al propio Estado.

### **3. SENTENCIA EXP N°00022-2009-PI/TC**

Se trata de un proceso de inconstitucionalidad contra una medida legislativa no consultada. La demanda fue planteada por el Apu Gonzalo Tuanama Tuanama de la etnia Awajun del departamento de San Martín, acompañado por más de 5 000 awajuns, contra el Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal

Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. La demanda fue planteada el 1 de julio de julio de 2009.

#### **§VI. El Derecho de consulta como diálogo intercultural**

14. Con el Convenio N.º 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad. En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida.

15. Otro ejemplo será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas. En dicha disposición se indica lo siguiente:

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

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

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberá 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.

16. De otro lado, el artículo 15 también hace referencia al derecho de consulta, sin embargo, este artículo establece la consulta para el específico caso de exploración y explotación de recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas. De esta manera, en el punto 2 de dicho artículo se establece que:

“En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”

17. El mandato establecido en el artículo 6 es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas. Dentro de ciertos ámbitos este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos.

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

persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales.

#### **§ VII. Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas**

19. El artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al aplicar las disposiciones del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. Y si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja -debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos-, frente a medidas legislativas la tarea resulta sumamente complicada. Puede resultar bastante sencillo determinar que una norma como la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N.º 26505), es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de éstos. Sin embargo, existen otro tipo de normas cuyo análisis no resulta tan sencillo.

#### **§ VIII. El derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas**

24. De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural.

25. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.

#### **§ IX. Elementos y características del derecho de consulta**

##### a) Buena fe

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

29. Acerca de la última etapa, de nada servirá arribar a los consensos si es que luego, en la ejecución de lo consultado, se pretende hacer caso omiso a los compromisos asumidos. El respeto del principio de buena fe, exige que no se desconozca el espíritu del compromiso. El reto es mejorar la calidad de representación de los pueblos indígenas incorporándolos como grupos pluralistas en la dinámica participativa de la democracia.

30. Asimismo, es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de

diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación.

b) Flexibilidad

31. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias”.

32. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.

c) Objetivo de alcanzar un acuerdo

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

coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados.

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

d) Transparencia

35. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuales van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuales van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto.

e) Implementación previa del proceso de consulta

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

de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan.

#### **§ X. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta**

37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.

38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado.

39. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas.

40. El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de la medidas consultadas, los

consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta.

#### **§ XI. Etapas del proceso de consulta**

41. Si bien el Convenio N.º 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta:

- i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
- ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
- iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
- iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
- v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena.

**El Tribunal Constitucional ha resuelto:** Infundada la Demanda

#### **ANÁLISIS:**

Considero que esta sentencia es la más importante, porque no sólo reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas sino que desarrolla de los alcances del derecho a la consulta previa, principios, etapas y características, contribuyendo así de forma sustantiva con la implementación de este derecho.

El Tribunal Constitucional en sus fundamentos desarrolla lo siguiente respecto al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas:

- Reconocimiento del inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT (f.j.41).
- El derecho a la consulta tiene como objetivo concretar el dialogo intercultural (f.j.14).
- Establecimiento de reglas para definir la afectación directa a los pueblos indígenas (f.j.19).
- Reconoce que serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados. (f.j.23).
- Reconocimiento de los principios de la consulta previa (f.j.26)
- Señala que la utilidad del principio a la buena fe se verificará, por ejemplo, cuando se intente cumplir con la simple formalidad de la consulta y no exista real intención de llegar a un acuerdo o cuando se intente burlar la buena fe de los pueblos indígenas, y se hagan, por decir, talleres informativos haciéndoseles pasar como procesos de consulta (f.j.28).
- Señala que el proceso a la consulta debe llevarse a cabo en forma previa a adoptarse la medida a consultar (f.j.36)
- Señala la determinación del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta" (f.j. 37)
- Señala la determinación de reglas sobre las etapas del proceso de consulta (f.j.41)

Respecto al fallo el Tribunal Constitucional optó por una sentencia interpretativa concluyendo que en la medida en que el decreto legislativo cuestionado excluye de su aplicación explícitamente a los pueblos indígenas en el reglamento de aplicación del decreto legislativo cuestionado, no era exigible la consulta. Por lo tanto, la

demanda debe ser desestimada por no haberse vulnerado el derecho de consulta con el Decreto Legislativo N.º 1089.

Considero que el Decreto Legislativo N° 1089 que fue cuestionado, a pesar de ser una norma general (Régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales) si afectaba directamente a las comunidades campesinas y nativas en nuestro país. Los predios rurales están habitados por los pueblos indígenas. Esto era evidente, sin embargo, el Tribunal Constitucional optó por un criterio restrictivo.

A pesar que, aparentemente, la sentencia pueda parecer contraria a los derechos de los pueblos indígenas, ya que fue declarada infundada. Esta sentencia es importante pues plantea un conjunto de reglas y principios que orientan y regulan la implementación del derecho a la consulta. Como podemos apreciar el Tribunal Constitucional a través de esta sentencia proporciona herramientas legales e indispensables para la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

## **SUB CAPITULO VI**

### **LA IMPLEMENTACION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN EL PERÚ**

#### **1. ANTECEDENTES A LA APROBACIÓN DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:**

##### **1.1. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ:**

Son cada vez más frecuentes en el Perú los conflictos sociales relacionados con la explotación de recursos naturales en territorios indígenas; con las actividades extractivas se alteran el modo de vida de los pueblos indígenas y se está poniendo en riesgo la existencia de los mismos, puesto esta situación hace que los pueblos indígenas se sientan obligados a tomar medidas de fuerza para ser escuchados y respetados. Lamentablemente esas medidas devienen a veces en enfrentamientos con las fuerzas del orden, los mismos que llegan a dejar saldo de muerte y heridos. Por ejemplo, en el año 2009, sólo

en Puno se han otorgado 356 concesiones mineras, ninguna fue consultada por INGEMMET, a pesar de que el Convenio N° 169 es claro al señalar que en forma previa a la adopción de cualquier decisión administrativa debe hacerse la consulta. Ninguno fue consultado a pesar de que el Convenio 169 de la OIT está vigente desde el año 1995.

## **1.2. EL CONFLICTO DE BAGUA:**

El Estado Peruano ha concedido a las industrias extractivas lotes que abarcan cerca del 75% de la selva amazónica, sin cumplir con lo que estipula el Convenio 169 de la OIT, que es consultar a las comunidades indígenas. Además promulgo una serie de decretos legislativos que favorecían las concesiones de actividades extractivas en territorios indígenas, lo cual provocó una movilización indígena por casi dos meses.

Las organizaciones amazónicas realizaron una huelga indefinida para reclamar sus derechos y se derogue los decretos que favorecía a grandes empresas transnacionales y mineras a usar territorio de la selva con el fin de las exportaciones en grandes yacimientos de petróleo y otros minerales. Bloqueando la carretera Fernando Belaúnde Terry por 55 días y que había dejado desabastecidas de combustible, gas y alimentos a las regiones del Departamento de Amazonas, Departamento de Cajamarca, Departamento de San Martín y Departamento de Loreto. El gobierno pretendió desalojar a los huelguistas con la ayuda de la fuerza policial.

El 05 de junio del 2009 se llevó a cabo un enfrentamiento entre policías e indígenas amazónicos en la zona de Bagua (departamento de Amazonas, al norte peruano), denominada "La curva del diablo". Estos hechos se llevaron a cabo como parte del desalojo de aproximadamente 5.000 nativos aguarunas, huambishas y otros grupos étnicos amazónicos, junto con muchos pobladores de las ciudades cercanas de Jaén Departamento de Cajamarca, Bagua y Bagua Grande Departamento de Amazonas. El enfrentamiento entre los indígenas, pobladores y la policía, habría comenzado por la arremetida de las fuerzas policiales del Perú para desbloquear las carretas. Este suceso dejó un saldo de 34 personas fallecidas entre indígenas, pobladores y policías.

## **1.3. LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE COVENIOS Y RECOMENDACIONES (CEARC) DE LA OIT EXIGE SUSPENDER TODOS**

## **LOS ACTOS ESTATALES QUE AFECTEN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS QUE NO FUERON CONSULTADOS**

En su informe del 25 de febrero de 2010, La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), manifestó su profunda preocupación respecto de los incidentes que se produjeron en Bagua en junio del 2009. La Comisión instó al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio N° 169 de la OIT, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos indígenas por el mencionado Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional. Asimismo, le solicitó que:

- Suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio
- Proporcione mayores informaciones sobre las medidas tomadas, en cooperación con los pueblos indígenas, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan, conforme al artículo 7, párrafo 4) del Convenio

Además, la Comisión de Expertos solicitó al Gobierno Peruano que proporcione información sobre las medidas específicas adoptadas con miras a asegurarse de que los pueblos interesados participen en los beneficios reportados por las actividades de explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras y perciban una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades.

### **1.4. PROYECTO DE LEY SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE PUEBLOS INDÍGENAS APROBADO POR EL CONGRESO:**

Luego del suceso de Bagua, para poner fin a la conflictividad social, el 19 de mayo del año 2010, el Congreso aprobó un proyecto de Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N°169 de la OIT. Dos comisiones habían trabajado en el proyecto, las Comisiones de Constitución y Reglamento; y la Comisión de Pueblos Indígenas, Amazónicos y Afro peruanos. Esta aprobación conto con el

consenso, apoyo y respaldo de todas las organizaciones indígenas e instituciones de la sociedad civil.

#### **1.5. LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO:**

En mayo del año 2010, el Perú es convocado por la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, para que exponga los avances en la implementación del Estado Peruano del Convenio N°169 de la OIT. Fue el único país de todos los invitados que ratifica el Convenio N° 169 de la OIT, todo lo cual revela no sólo el interés sino la preocupación de la comunidad internacional por la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas, luego de los sucesos de Bagua.

En aquella oportunidad, el Perú anunció que se había aprobado la ley de consulta, sin embargo, no dijo que faltaba la promulgación de la referida ley para entrar en vigencia, confundiendo así a la comunidad internacional.

#### **1.6. LA OBSERVACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE CONSULTA POR EL GOBIERNO:**

Un mes después de la aprobación de la ley por el congreso (19 de mayo del 2010) el Ejecutivo hizo ocho observaciones a la ley e impidió su promulgación. Entre las observaciones del Ejecutivo esta precisar que el Estado tiene la decisión final respecto a la medida legislativa o administrativa a adoptar, que la consulta sólo debería proceder en la áreas asignadas en propiedad en propiedad a las comunidades nativas de la Amazonía , que las comunidades campesinas no eran pueblos indígenas, que sólo protegerían a las comunidades con territorios titulados, que el derecho a la consulta sólo buscaba frenar la inversión y poner en peligro la gobernabilidad del país.

Para Karín Anchelía en la entrevista realizada por la revista Comunicaciones Aliada señala que, las observaciones están fundadas en argumentos políticos y no jurídicos. El Estado Peruano ya no puede poner en duda o cuestionar, como antes lo hacía, si cumple o no con el Derecho a la consulta. Sabe que tiene que cumplir y lo que está buscando es minimizar las condiciones del derecho para que este no sea efectivo. (Comunicaciones Aliadas, 2011, pág. 20)

A mi parecer las observaciones que hizo el ejecutivo a la Ley de Consulta no soy las correctas, pues dichas observaciones desnaturalizan el derecho a la Consulta, reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT.

**1.7. SENTENCIA 00022-2009-PI/TC: EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA CONSULTA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC):**

Después de que el Gobierno no quería la aprobación de la ley de consulta previa, el Tribunal Constitucional expidió una sentencia en un proceso de inconstitucionalidad contra el D.L. N° 1089. El argumento de los demandantes es que el mismo es inconstitucional al no haber sido consultado. A pesar de que el TC declara infundada la demanda, esta sentencia resulta interesante, ya que desarrolla un conjunto de reglas, principios y derechos indispensables para la implementación y realización de la consulta en el Perú.

**1.8. SENTENCIA 06316-2008-PA: EL PRIMER RETROCESO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL C EN MATERIA DE DERECHO A LA CONSULTA:**

Esta sentencia contradice lo sostenido en la anterior resolución de la sentencia 00022-2009-PI/TC. Se trata de una demanda de amparo presentada contra el Ministerio de Energía y Minas en donde se solicita la suspensión de la explotación de concesiones petroleras por no haber sido consultadas y se hallan en zonas donde habitan pueblos en aislamiento voluntario.

Es un retroceso, pues luego de reconocer el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y que un acto administrativo o legislativo era incompatible con la Constitución sino era consultado, el TC indicó que también había que proteger la seguridad jurídica y la buena fe de las empresas, razón por la cual, la consulta previa no era exigible al Gobierno en el pasado. Lo cuestionable de este fallo es que para los pueblos indígenas no existe seguridad jurídica ni buena fe. Pero resulta sorprendente cuando el TC señala que los demandantes no acreditaron la existencia de pueblos en aislamiento voluntario, a pesar de que la ley señala que el reconocimiento de éstos estará a cargo del Estado.

**1.9. EL CASO MAJES SIGUAS II:**

A fines de setiembre del año 2010, diferentes líderes del partido de gobierno acusaron a la población de Espinar de violentista y de impedir el desarrollo y el progreso, después de que ésta convocara a un paro contra la continuación del proyecto Majes Siguas II, el cual buscaba llevar agua de Espinar a Arequipa. Sin embargo, lo que se ocultó fue que PROINVERSION estaba descatando la decisión cautelar del 1er Juzgado Mixto de Wanchaq de Cusco, de suspender el proceso de concesión del proyecto mencionado, hasta que no se concluyan

los estudios técnicos de impacto ambiental y de balance hídrico, que demuestren que la población de Espinar no se quedará privada de agua potable ni las comunidades campesinas serán afectadas en sus actividades agropecuarias. El problema de fondo de este conflicto es el temor de la población de Espinar de quedarse sin agua ante la realización del proyecto Majes Siguanas II. Este inconveniente sólo se solucionará: primero, cuando se tenga un informe técnico completo y acabado que indique el real déficit de agua que generará este proyecto; y segundo, cuando se garantice a los Cusqueños que se adoptarán las medidas necesarias para cubrir ese déficit de agua en forma efectiva.

Pero, el temor de la población de Espinar no es infundado. La propia Resolución Jefatural de la Autoridad Nacional del Agua N° 507-2010-ANA, de fecha 5 de agosto del año 2010, reconoce en forma expresa que existe un déficit de agua de 12.88 MM<sup>3</sup> (millones de metros cúbicos). La referida resolución recomienda la realización de dos medidas para satisfacer las demandas de agua de la población de Espinar. Pero PROINVERSION continuó con la ejecución el proyecto.

Estos problemas de Espinar no hubieran ocurrido si se hubiese realizado el proceso de consulta previa a las comunidades campesinas de Espinar, proceso que es de cumplimiento obligatorio de conformidad con el artículo 6° y 15° de Convenio N° 169 de la OIT. Puesto que hubiera permitido un diálogo amplio y democrático, para que el gobierno acceda a conocer con detalle las preocupaciones y los temores de la población, dándole la oportunidad a éste de explicar al gobierno las medidas a adoptarse para cubrir el déficit de agua.

#### **1.10. SENTENCIA 05427-2009-PA/TC: LA FUERZA NORMATIVA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT:**

Esta sentencia se trata de un proceso de cumplimiento que presentó AIDSESEP contra el Ministerio de Energía Minas, por no haber adecuado y desarrollado reglamentariamente el Convenio 169 de la OIT, en el tema del derecho a la consulta. Esta sentencia es importante por tres motivos:

- Establece el proceso de cumplimiento, el cual estaba hecho para demandar el cumplimiento de leyes y actos administrativos. Sin embargo, el TC establece que a partir de ahora, este proceso de

cumplimiento, también servirá para demandar el cumplimiento de normas de rango constitucional como el Convenio 169 de la OIT.

- Desarrolla la fuerza normativa de las normas con rango de ley, a pesar de que éstas no tengan desarrollo normativo legislativo.
- El TC, además de ordenar al Ministerio de Energía y Minas que reglamente el derecho a la consulta y exhortar al Congreso a que apruebe una ley de consulta, analiza cada una de las normas reglamentarias expedidas por el referido Ministerio, analizando en qué medida eran compatibles con dicho derecho, contenido en el Convenio 169 de la OIT.

#### **1.11. EL PROYECTO DE REGLAMENTO DE LA CONSULTA EN ACTIVIDADES MINERAS Y ENERGÉTICAS:**

El 25 de octubre del año 2009 el Ministerio de Energía y Minas publicó en su página web el proyecto de Reglamento de consulta previa en actividades mineras y energéticas. Según su exposición de motivos, lo hace en cumplimiento de la sentencia 05427-2009-PC donde el TC le ordena reglamentar el derecho a la consulta previa. Dicho reglamento se publica un día antes de la Audiencia convocada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington, por diferentes organizaciones indígenas del Perú, con el objetivo de denunciar al Gobierno peruano por su negativa de aprobar la ley de consulta.

#### **1.12. EL APRESURAMIENTO INJUSTIFICADO DEL CONGRESO PARA APROBAR LA LEY FORESTAL:**

La segunda semana de noviembre del año 2009 la Comisión Agraria anunció que realizaría el proceso de consulta previa del Proyecto de Ley Forestal con las organizaciones indígenas. Aparentemente, se trataba de una buena medida; sin embargo, pronto se mostraron las irregularidades. Primero desearon hacerlo en un mes, sin antes aprobar la ley de consulta. Asociación Interétnica del Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) y otras organizaciones como el Instituto de Defensa Legal (IDL) han presentado cartas de protesta llamando la atención en la necesidad de aprobar la ley. La respuesta del Gobierno ha sido insistir en su intento de aprobar la ley de consulta, sin la participación de las bases de AIDSESP. En ese intento de impulsar la consulta se viene excluyendo a la Comisión de Pueblos Indígenas,

Amazónicos y Afroperuanos, comisión que trabajaba el tema y especialista del tema.

#### **1.13. SENTENCIA 00023-2009-PI**

En esta sentencia los demandantes piden que se declare inconstitucional del Decreto Legislativo N° 1079 sobre protección de áreas de reserva natural, por no haber sido consultado. El TC la desestima argumentando que no afecta en forma directa a los pueblos indígenas. Lo interesante de este fallo es que, el TC reitera que las normas aprobadas por el congreso, referidas a pueblos indígenas, deben ser consultadas.

#### **1.14. SENTENCIA N° 06316-2008-AA :**

En esta sentencia el TC acaba de expedir una resolución que constituye un retroceso en materia de protección y defensa de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú.

Se trata de un recurso de aclaración presentado por AIDSESEP. En el punto 2 de la parte resolutive señala: "Establecer la obligatoriedad de la consulta desde la publicación de la STC 0022-2009-PI/TC, sujetándose a las consideraciones vertidas en tal pronunciamiento". En otras palabras, que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas sólo es exigible desde el 9 de junio del año 2010 (fecha en que se expide la sentencia 00022-2009-PI/TC), y ya no desde el año 1995 como lo dijo inicialmente en otras sentencias. Entonces estamos ante una resolución incompatible con principios constitucionales, con la propia jurisprudencia del TC, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), etc.

Por lo tanto los actos administrativos y normativos expedidos luego de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, y que no fueron consultados, no puedan ser revisados ni ser objeto del control constitucional. El fundamento de este pronunciamiento está, según el propio TC, en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de las empresas que realizan industrias extractivas.

#### **1.15. SENTENCIA N° 06316-2008-PA:**

En esta sentencia el TC señala que el derecho a la consulta sólo será vigente desde la fecha de la expedición de la sentencia 00022-2009-PI, es decir, desde

junio del año 2010. Esto significó un gran retroceso, ya que los actos administrativos y normativos expedidos posteriormente al año 1995 en que entró en vigencia el Convenio 169 de la OIT no pueden ser revisados ni ser objeto del control constitucional.

#### **1.16. RECTIFICACIÓN DEL TC: EL DERECHO A LA CONSULTA ES EXIGIBLE DESDE 1995**

Ante la presión de la opinión pública y las críticas del informe de la CEACR de la OIT del año 2011, el TC rectifica su posición anterior y, a través de la resolución 00025-2009-PI/TC, precisa que el derecho a la consulta es vigente desde el año 1995.

#### **1.17. LOS GOBIERNOS REGIONALES ANUNCIAN LA REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA**

Los presidentes de los gobiernos regionales de Junín y de Cusco, anunciaron respetar el derecho a la consulta previa; y de reglamentar el referido derecho. Con esto, los gobiernos regionales asumen la implementación de este derecho ante la resistencia del gobierno central y del Congreso de aprobar la ley de consulta.

#### **1.18. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DERECHO A LA CONSULTA POR EL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS:**

El 12 de mayo del año 2011, el Ministerio de Energía y Minas aprobó el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas, cumpliendo con una sentencia del Tribunal Constitucional N° 05427-2009-AC. Pero este reglamento no ha sido consultado con los pueblos indígenas, con lo cual desde su promulgación tenemos nuevamente el incumplimiento del Convenio N° 169.

Este reglamento ha sido observado y rechazado por varias instituciones y organizaciones indígenas por varias razones. Este reglamento desconoce el principio de flexibilidad de la consulta ya que establece un plazo de 20 días para realizar el proceso y 10 días más para evaluar la medida. Pues no todos los pueblos toman sus decisiones de la misma manera y en el mismo tiempo. Además esta norma equipara el derecho de consulta con la de participación ciudadana y otorga talleres informativos de carácter de consulta confundiendo a la población. Este reglamento señala que harán consultas sobre las concesiones hidroeléctricas temporales, pero ya no sobre las concesiones

definitivas negando la posibilidad de que los pueblos indígenas evalúen los EIA (Estudio de Impacto Ambiental).

## **2. APROBACIÓN DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:**

El 6 de setiembre del 2011, el Presidente Ollanta Humala promulgó en la ciudad de Bagua la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la organización internacional del Trabajo (OIT).

### **2.1. ANALISIS DE 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:**

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

Este artículo nos plantea el objeto de la Ley y las fuentes normativas que nos permitirán interpretar el contenido de las diferentes disposiciones. Una de ellas es que las normas de rango legal y reglamentario deben ser interpretadas de conformidad con las normas de rango constitucional. Es decir para la validez de cada artículo de esta ley estará en función que se ajuste y estar adecuadas al Convenio N°169 de la OIT de lo contrario, la disposición o norma de esta ley que la contradiga tendrá un problema de validez material. Por lo tanto tendrá un vicio de nulidad.

Para Ruiz Molleda, las normas de rango legal y reglamentario deben ser interpretadas de conformidad con las normas de rango constitucional. No se trata de separar las normas jurídicas que tienen rango constitucional y las que tengan rango legal o reglamentarias (infra legal). Todas las normas, que tengan estos rangos o jerarquías constitucional o legal forman parte de un solo ordenamiento jurídico, en consecuencia,

deben ser interpretadas de forma armónica. En caso de contradicción entre las normas del Convenio y las de rango legal o reglamentario, prevalecerán las del Convenio 169 de la OIT en atención a su jerarquía jurídica, resultando nulas las de inferior jerarquía. (Ruiz Molleda, 2011, pág. 321)

**2.2.2. Artículo 2º Derecho a la consulta: Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.**

Este artículo precisa el contenido del derecho a la consulta previa, señala que la consulta previa se realizara cuando se afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Pues el artículo 6º del Convenio N°169 de la OIT no restringe a los derechos colectivos, lo único que exige es que afecten a los pueblos indígenas. Sin embargo, este artículo 2 de la ley solo restringe la consulta a los derechos colectivos. Esta restricción se reitera en los artículos 3, 5, 7, 9, 13, 14 y 15 de esta ley.

Además este artículo señala que la consulta la hace el Estado, esta regla es importante, puesto que las consultas que se han realizado en el Perú han estado a cargo o han sido realizadas por las empresas privadas y no por el Estado, y en realidad no han sido consultas sino talleres informativos.

Para Ruiz Molleda, la invalidez del acto administrativo no consultado es muy importante en caso se quiera burlar de este derecho a los pueblos indígenas, tal como nos señala:

“Los actos administrativos que afectando de manera directa a un pueblo indígena se implementen sin el procedimiento adecuado de consulta deben ser suspendidos en sus efectos hasta que ese proceso se

realice. Esto debería de quedar así establecido en el reglamento. Al carecer de validez legal tales actos, no generan derechos adquiridos siendo la entidad responsable de ejecutar la consulta responsable de los daños y perjuicios ocasionados al pueblo indígena y a los terceros afectados por el incumplimiento de esta obligación.” (Ruiz M, 2012, pág. 75)

Todos los derechos de los pueblos indígenas son únicos e indivisibles. Como dice el TC en la Sentencia N° 2945-2003-AA, "todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí". Por lo tanto el Estado está en la obligación de proteger y desarrollar normativamente todos y cada uno de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio N°169 de la OIT.

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

Este artículo recoge lo establecido en el artículo 6º inciso 2 del Convenio N° 169 de la OIT, pero señala que el proceso de diálogo busca proteger los derechos colectivos. Pues el artículo 6º del Convenio N° 169 de la OIT y el artículo 19º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUDPI) no restringen la consulta a la afectación de derechos colectivos. Ambas disposiciones hablan solo de afectar a los pueblos indígenas. Además este artículo plantea dos escenarios, uno es que los pueblos indígenas dan su consentimiento a la propuesta del Estado y el otro escenario es en el que el Estado y los pueblos indígenas, luego de un intenso y prolongado diálogo se ponen de acuerdo.

Para Ruiz Molleda, en esta norma no se reconoce la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado. Sin

embargo, algunos podrán decir con razón que si está reconocido, cuando la disposición hace referencia al consentimiento. Discrepamos con esa posición, no debemos confundir el consentimiento como objetivo orientador de todo proceso de consulta, con la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, en casos muy concretos en que se pone en peligro su subsistencia. En este último caso, el Estado, además de consultar, deberá de lograr el consentimiento, sin lo cual no podrá continuar. (Ruiz M, 2012, pág. 96)

#### **2.2.4. Artículo 4º Principios:**

Para Henry Carhuatocto, los principios son guías que inspiran el ordenamiento jurídico, y tienen básicamente tres objetivos bien definidos, informar es el fundamento y fuente de donde el operador deberá partir al momento de aplicar la ley. Así mismo actúa como fuente supletoria, en los casos en que no hay una previsión legal expresa (método de integración del derecho), y en última instancia permite que a través de ellos se interprete la ley y oriente a los operadores en la implementación de un procedimiento administrativo. En última instancia, los principios son postulados que buscan asegurar la efectividad de una institución jurídica y respetar el contenido e implicancias de un derecho constitucional. (Carhuatocto S, 2010, pág. 2)

En ese sentido, considero que la implementación de los principios en la ley de consulta previa, es un acierto, pues establece como guías para aplicar la consulta.

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

Con este principio se pone a prueba si existe una real intención de realizar el proceso de consulta previa, o si en realidad se quiere cumplir una formalidad. La Consulta debe realizarse antes de la decisión, porque se considera importante la opinión de los pueblos indígenas, 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.

Por ejemplo, los estudios de impacto ambiental en materia minera se hacen después de la concesión y no antes. Ello implica que los pueblos indígenas tomaran una decisión sin poder antes revisar cuáles serán los reales y verdaderos impactos de la minera en sus territorios. Pues esto se debe adecuar al convenio N°169 de la OIT.

**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.**

Respecto a este principio se puede decir que es una manifestación del derecho a la identidad cultural. El derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2º inciso 19 de la Constitución, es muy importante pues ayuda a entender no solo este principio sino el propio derecho a la identidad cultural. Por eso resulta importante entender el contenido constitucional derecho a la identidad cultural, tal como lo ha reconocido el propio Estado.

Según la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, el derecho a la identidad étnica es:

"El conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa y que tal derecho comprende: a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. e. El derecho a no ser discriminados por razones de índole étnico-cultural. f. El derecho a expresarse en su propia lengua. g. El respeto a su pertenencia a un determinado grupo étnico. h. El respeto a sus estilos de vida. i. El respeto a sus costumbres y tradiciones, y cosmovisión. El derecho al reconocimiento, revaloración y respeto de sus conocimientos tradicionales y prácticas ancestrales. j.

El respeto a sus bienes, trabajo y ambiente en que viven. k. El derecho a que se reconozcan y valoren las actividades económicas que son relevantes para el mantenimiento de su cultura. l. El respeto a las tierras que comparten en comunidad. m. El respeto a sus formas tradicionales de resolución de conflictos, siempre que no vulneren los derechos humanos enunciados por los instrumentos jurídicos internacionales. n. El derecho a que se respete su condición de aislamiento voluntario, en los casos en que así proceda"

Para Carlos Giménez citado por Ruiz Molleda, no es posible entender lo intercultural si antes no definimos lo multicultural o el multiculturalismo. 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. (Ruiz Molleda, 2011, pág. 331)

Entonces el gobierno ya no puede decidir sin tener en cuenta a los pueblos indígenas sobre asuntos relacionados con ellos, esta regla está reconocida en el Convenio N° 169 de la OIT en el artículo 2° inciso 1 que 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". Es decir toda decisión política que los afecte no solo debe ser consultada sino que debe hacerse con la participación de ellos.

Además el artículo 7° inciso 1 del Convenio N° 169 de la OIT 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".

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

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0022-2009-PI/TC (f.j. 27), ha señalado que: “El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con ello se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida.”

Este principio exige al Estado una verdadera actitud y voluntad de dialogar con los pueblos indígenas. Que el Estado analice y valore la posición de los pueblos indígenas, es decir tomarse en serio la opinión de los pueblos indígenas, interesarse y escuchar lo ellos proponen. Además el proceso de consulta debe realizarse en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.

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.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° STC 0022-2009-PI/TC, señala que este principio exige que la consulta sea llevada a cabo de manera “apropiada a las circunstancias”, razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres.

Como sabemos 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 eso que no podemos hablar de fórmulas rígidas y de moldes aplicables a todos los casos. Ello podría desnaturalizar y violentar a los pueblos indígenas.

Esta flexibilidad no solo viene por el lado de la diferencia cultural de los pueblos indígenas sino también por el lado de las medidas a consultarse. Las medidas administrativas pueden variar unas de otras, igual las medidas legislativas, y pueden afectar de diferentes maneras. Por lo tanto se debe analizar con cuidado cada caso.

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

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° STC 0022-2009-PI/TC (f.j.41), ha establecido que se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar.

Este principio tiene relación con el principio de flexibilidad. Puesto que se trata de respetar los procesos de diálogo y no forzar la consulta. Lo razonable deberá ser precisado, dependiendo de la naturaleza de cada pueblo indígena y de la medida consultada. Entonces deberá interpretarse de forma conjunta el principio de flexibilidad y el principio del plazo razonable. Las autoridades correspondientes deberán de evaluar cada proceso y su dinámica. Por lo tanto podemos decir que lo

razonable deberá de interpretarse en función de la finalidad del proceso 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.**

El artículo 3º inciso 2 del Convenio N° 169 de la OIT ,señala 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". Entonces 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.

Por lo tanto el dolo, el fraude, el engaño, el ardid, mala fe, la coacción, la extorsión, la corrupción, el chantaje, y otros vicios, dejan sin efecto la consulta previa. Po lo que cuando se detecten será causal de nulidad del proceso de consulta.

**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.**

Con este principio que ha incorporado La Ley, se puede realizar un excelente proceso de consulta. Si bien es importante darles la posibilidad a los pueblos indígenas de dar su opinión, si estos carecen de información objetiva e idónea tomaran decisiones equivocadas. Por eso resulta importante que los pueblos indígenas accedan a información completa veraz y adecuada.

Por ejemplo los pueblos indígenas deben conocer a ciencia cierta los reales y verdaderos impactos ambientales de la actividad a consultarse,

ya que podrán tomar no solo una buena decisión sino podrán prevenir fundamentalmente los daños e impactos socioambientales, de lo contrario se tomaran decisiones en forma ciega, y se desnaturalizara el sentido de la consulta. Ya que los principales problemas en la gestión ambiental, especialmente de los megaproyectos, es la ausencia de transparencia y acceso a la información ambiental. Esto es muy importante pues según la actual legislación, los estudios de impacto ambiental se hacen luego de la concesión y no antes.

Considero acertado, que se consagre la exigencia no sólo de brindar información completa y suficiente para realizar el proceso de consulta previa, sino que esta sea puesta en conocimiento oportunamente, para no desnaturalizar el procedimiento, y permitir a los pueblos indígenas tomar conocimiento adecuado e idóneo de los impactos de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta.

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

Para Ruiz Molleda, los pueblos indígenas entendidos como una estructura social con su propia organización política, administrativa y cultural, con un legado histórico, constituyen un nuevo sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico peruano, distinto a las personas jurídicas llamadas comunidades nativas o comunidades campesinas, o asociaciones o federaciones de organizaciones indígenas, que a diferencia de las anteriores no requieren inscripción en un Registro Público para que tengan existencia, y sí lo están es con fines meramente informativos y declarativos no constitutivos. (Ruiz Molleda, 2011, pág. 338)

Entonces este artículo se refiere a este sujeto de derecho. Es interesante, observar que la afectación a la que se refiere la Ley, puede ser positiva o negativa, esto es no se puede pretender solamente realizar consulta previa cuando existe una afectación negativa sino también cuando la misma producirá impactos positivos, pues los

pueblos indígenas tienen derecho a ser parte activa de las decisiones estatales que repercutirán en su vida, y efectuar sus aportes, así como brindar su consentimiento, pues finalmente, ellos son los que serán los beneficiarios o perjudicados, por la medida legislativa o administrativa que se va adoptar.

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

No todo debe ser consultado a todas las personas de los pueblos indígenas, ya que dependerá del tipo de medida a ser consultada, del ámbito territorial comprometido, y del mandato que los pueblos indígenas les den a sus representantes. Lo importante es que los dirigentes sean representativos y tengan un mandato y criterios claros al momento de dialogar y negociar con el Estado. Este artículo señala lo establecido en el artículo 6º inciso 1 del Convenio N° 169 de la OIT.

Para César Delgado citado por Alejandro Diez señala que , siguiendo lo establecido por el Convenio 169 de la OIT, ello permitirá que se reconozcan las organizaciones sociales de nuestros pueblos indígenas, de acuerdo a sus usos y costumbres tradicionales, rompiendo las cadenas de la formalidad que siempre los han atado a la estructura rígida creada por el Código Civil o la propia Ley General de Comunidades Campesinas o Nativas Todo ello debería llevarnos a celebrar el reconocimiento oficial de los “pueblos indígenas” como nueva categoría de sujeto de derecho, hace mucho aceptada en el plano internacional. (Diez, 2014, pág. 41)

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

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

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

Este artículo ampliado los criterios establecidos en el artículo 1° del Convenio N°169 de la OIT para identificar a los pueblos indígenas. Esta ley exige más requisitos que lo que exige el Convenio N° 169 de la OIT. Resulta preocupante ya que en dicho artículo han incorporado el requisito “descender directamente”, ese requisito no está en el artículo 1.b del Convenio N° 169 de la OIT. Además en dicho artículo en los inciso b, c y d se exige como requisito que los pueblos indígenas hayan permanecido intactos y congelados en el tiempo , y no consideran que estos pueblos indígenas evolucionan, dialogan e interactúan con otros pueblos , y por lo tanto no pueden estar intactos y congelados en el tiempo.

Para Ruiz Molleda, se establece que son pueblos indígenas aquellos que desciendan directamente de pueblos originarios, sin embargo, el Convenio en el artículo 1.b hace referencia a los pueblos indígenas que tengan su origen en la Colonia o al momento de independizarse en los siguientes términos: "considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales". No puede una

norma de rango legal modificar un convenio de rango constitucional. Ellos está proscrito en el artículo 51º de la Constitución. (Ruiz M, 2012, pág. 151)

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

- a) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.**
- b) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.**
- c) Publicidad de la medida legislativa o administrativa.**
- d) Información sobre la medida legislativa o administrativa.**
- e) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente.**
- f) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.**
- g) Decisión.**

Este artículo permite entender que la consulta es un proceso y tiene varias etapas, y que no culmina con solo pedir la opinión a los pueblos indígenas. Entonces los talleres informativos o audiencias públicas no pueden ser considerados como procesos de consulta. Además como ya se mencionó anteriormente la empresa no es la que hace la consulta sino el Estado, razón por la cual los innumerables talleres informativos realizados por las empresas no tienen valor de consulta, por lo tanto no exoneran al Estado de su obligación de hacer la consulta.



Para Ruiz Molleda, ¿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. (Ruiz M, 2012, pág. 164)

**2.2.9. Artículo 9° Identificación de medidas objeto de consulta: Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las**

**propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.**

**Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.**

**En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.**

La norma tiene por objeto crear responsabilidad funcional de las entidades estatales involucradas en el proceso de consulta previa, sin embargo, pudo ser mejor diseñada, si se establecía de manera clara quien es la entidad estatal encargada de determinar si la medida afectara a los pueblos indígenas.

Acierta, la Ley de Consulta Previa, cuando señala que “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.” Efectivamente, es legítimo que los pueblos indígenas puedan solicitar la consulta previa a la autoridad proponente, cuando una medida, que los

afecta, se está realizando sin llevar adelante previamente el mencionado mecanismo. Ciertamente, si la entidad estatal ejecutoria considera procedente la solicitud, no habrá problema, sin embargo cuando ello no sea así, la Ley señala que el recurso impugnatorio será resuelto por el Organismo Público Técnico Especializado o sea el Viceministerio de Interculturalidad.

**2.2.10. Artículo 10° Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados: La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.**

Considero que el derecho al reconocimiento de la personalidad de los pueblos indígenas es un derecho importante. Puesto que la falta de personería jurídica a veces es un pretexto del cual se vale el Estado y las empresas para desconocer y violar los derechos de los pueblos indígenas. Este derecho está establecido en la Convención Americana en el artículo 3°.

Pero no estoy de acuerdo que la propia entidad estatal interesada en aprobar la medida objeto de consulta sea quien identifique los pueblos indígenas afectado, especialmente teniendo en cuenta que es directamente interesada en el resultado del proceso y que no cuenta con unidades especializadas en pueblos indígenas a la fecha, pero si se quiere llevar adelante, con todo, lo dispuesto por la Ley, implicará la creación de una unidad de asuntos indígenas por cada entidad.

Muchos consideraran que este artículo debe de interpretarse de conformidad con el artículo 7° de esta Ley, que establece los criterios para identificar a los pueblos indígenas. Además considero que para dicha interpretación se deberá acceder a una base de datos de pueblos indígenas que se debe crear por el Ministerio de Cultura. En mi opinión considero que debe interpretarse de acuerdo al artículo 1° inciso 2 del

Convenio N°169 de la OIT, el cual hace referencia al reconocimiento de los pueblos indígenas.

**2.2.11. Artículo 11° Publicidad de la medida legislativa o administrativa:**

**Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan.**

En este artículo se establecen dos reglas, 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 como una formalidad más, sino que la ley exige que esta comunicación deba hacerse, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan los pueblos indígenas.

**2.2.12. Artículo 12° Información sobre la medida legislativa o administrativa: Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa.**

Las entidades estatales tienen la obligación de entregar información a los pueblos indígenas de la medida propuesta, con la anticipación correspondiente, esta debería ser entregada de manera completa y suficiente, y de manera gratuita, no pudiendo cobrarse ninguna tasa, pues la obligación de informar es de las entidades, y en cumplimiento de ello deben presupuestar los recursos del caso para que se efectivice la obligación de informar a los pueblos indígenas afectados. Además en este artículo no se indica poner a disposición, sino brindar, esto es entregar, y no dice bajo costo del interesado, por lo que se presume que

el costo es asumido por la entidad estatal interesada o promotora de la medida.

Para los miembros del grupo de trabajo de la Coordinadora Nacional de Derechos humanos , la gratuidad de la información sobre la medida, además de promover su fácil acceso, garantizara que los pueblos indígenas puedan conocer de manera auténtica y real los motivos de la medida, sus implicancias, impactos así como consecuencias de la misma, sin embargo, este proceso debe ir acompañado de un proceso de difusión y sustentación, en el que se aproveche la ocasión para entregar en físico la información. (Miembros del grupo de trabajo sobre pueblos indígenas de la Coordinadora Nacional de DH, 2012, pág. 27)

Para Bárbara Lenebach , estos talleres informativos, no tendrán otro objetivo que difundir la información tanto en su versión escrita como oral a través de grabaciones y exposiciones. Una visión formalista, restringida, y limitada, podría llevar al absurdo de que la autoridades proponentes ponga a disposición la información sobre la medida pero en sus oficinas sin acercarla a los pueblos indígenas, ni explicarla, y peor aún, intentando cobrar una tasa por tener copia de la misma, lo que desnaturalizaría la intención de la Ley de Consulta Previa, al inobservarse los principios de buena fe y de información. (Lehnebach, 2014)

Considero que para que la consulta sea eficaz, la información que se brinde a los pueblos deberá ser la necesaria, para que estos puedan tomar una buena decisión, y además esta información debe contener necesariamente lo que es de naturaleza ambiental, ya que esta se ve afectado por las industrias extractivas. Además considero que es muy importante, ya que mucha información está en poder de las empresas y no del Estado. Entonces le corresponderá al Estado exigirla y alcanzarlas a los pueblos indígenas

**2.2.13. Artículo 13° Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios: Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un**

**análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.**

El plazo razonable podría estar compuesto por un plazo mínimo estándar, que debe ser flexible y adecuarse, con los usos y costumbres del pueblo indígena, permitiendo su ampliación en consideración de los tiempos de deliberación de sus órganos de gobierno interno, y las distancias que separan a las poblaciones indígenas involucradas en la consulta.

Considero que esta evaluación interna a que hace referencia el artículo, permite la participación en la decisión de todo el pueblo indígena o de la mayoría; mientras la decisión se ha tomado por la mayoría hará más transparente el proceso de consulta. Además considero que en el proceso de consulta lo que importa no es el sí o el no que pueden decidir los pueblos indígenas en relación a la consulta, sino las razones del sí o del no.

**2.2.14. Artículo 14° Proceso de diálogo intercultural: El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta. Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo.**

Para Ruiz Molleda, el artículo establece la agenda del diálogo 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.” (Ruiz Molleda, 2011, pág. 347)

En mi opinión el diálogo entre los pueblos indígenas y las entidades estatales involucradas, tendrá por objeto en primera instancia conocer y debatir los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, y sus impactos sobre los derechos de los pueblos indígenas, y en ese contexto, se debe recoger las observaciones, sugerencias, críticas, y recomendaciones que efectúen los pueblos indígenas y también los observadores, y las mismas deberán quedar consignadas en el acta correspondiente. Aunque la norma, debió fijar que como segundo objetivo, es la posibilidad de llegar a un acuerdo o consentimiento con el pueblo indígena.

Este artículo no menciona que es diálogo intercultural, y considero que es necesario mencionar, porque algunos funcionarios desconocen lo que es un diálogo intercultural, y eso no va permitir un buen proceso de consulta. Y además menciona la afectación de derechos colectivos, restringiendo así los derechos individuales de los pueblos indígenas.

**2.2.15. Artículo 15° Decisión: La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.**

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

**Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.**

Este artículo contiene varios mandatos. La primera es que la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa debe tomarla el Estado. Un segundo mandato es que la decisión debe estar motivada, es decir debe argumentar las razones y causas de la decisión. Un tercer mandato, debe tener 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 que debe 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”.

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 2º inciso 22 de la Constitución y es la obligación del Estado de respetar los otros derechos de los pueblos indígenas, así como las normas sobre protección del medio ambiente.

Para Alejandro Diez, 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. (Diez, 2014, pág. 49)

**2.2.16. Artículo 16° Idioma: Para la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena.**

**Para ello, los procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.**

El derecho al propio idioma está reconocido el artículo 2° inciso 19 de la Constitución Política del Perú que señala “Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete” y en el artículo 12° del Convenio N° 169 de la OIT que señala “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 es importante para tener un buen diálogo.

Este artículo contiene dos mandatos, el primero es que se tome en cuenta la diversidad lingüística, y el segundo la necesidad de contar con intérpretes. Considero que se debe de agregar que se traduzcan los documentos escritos importantes a la lengua nativa como por ejemplo el estudio de impacto ambiental.

**2.2.17. Artículo 17° Entidad competente: Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley.**

Este artículo nos reitera una vez más que el Estado es quien va realizar la consulta antes de adoptar cualquier medida administrativa o

legislativa que afecte a los pueblos indígenas y no las empresas. Además debemos entender por Estado que no es solo el gobierno central, sino también lo conforman los gobiernos regionales y locales, ellos también deben realizar la consulta si cuentan con presencia de pueblos indígenas en su territorio.

Para Ruiz Molleda, el problema con esta disposición es que se encarga a la entidad estatal interesada en aprobar la medida la responsabilidad de ejecutar el proceso de consulta previa, y la última palabra, en decidir si se realiza o no la medida. Lo ideal es que la autoridad rectora en pueblos indígenas sea la responsable del proceso de consulta previa para garantizar mejor los derechos de los pueblos indígenas. Empero, la consecuencia natural de la disposición comentada, es la creación de una dirección de asuntos indígenas en las entidades estatales que potencialmente pueden dictar medidas que afecten a pueblos indígenas. (Ruiz M, 2012, pág. 212)

**2.2.18. Artículo 18º Recursos para la consulta: Las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios.**

Este artículo tiene relación con el artículo 33º inciso 1 del Convenio N° 169 de la OIT que señala: “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 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos CADH que señala: “La obligación del Estado de remover los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo de los derechos humanos”

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.

**2.2.19. Artículo 19º Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo: Respecto a los procesos de consulta, son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes:**

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

García Hierro en su proyecto de pre consulta citado por Ruiz Molleda , propone, como facultad del órgano técnico especializado organizar los

contactos previos entre la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta y los Pueblos Indígenas a ser consultados, para establecer los acuerdos pre-consultivos que sean necesarios para la realización de la consulta. De igual modo debería de recibir la propuesta de Plan de Consulta de parte de la Entidad Responsable de Ejecutar la Consulta y presentarla a los Pueblos Indígenas a ser consultados. De igual manera, este ente debería registrar oficialmente los resultados de las consultas realizadas y expedir copias al respecto. (Ruiz M, 2012, pág. 216)

En mi opinión estoy de acuerdo con García Hierro, que debería agregarse dicha facultad de organizar los acuerdos previos entre la entidad responsable de ejecutar la consulta y los pueblos indígenas. Pero además considero que también debe tener la función de supervisión del cumplimiento de los acuerdos adoptados en la consulta, ya que si los acuerdos no son cumplidos de nada serviría la consulta.

- 2.2.20. Artículo 20º Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios: Créase la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La base de datos contiene la siguiente información:**
- a) Denominación oficial y auto denominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.**
  - b) Referencias geográficas y de acceso.**
  - c) Información cultural y étnica relevante.**
  - d) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.**
  - e) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.**
  - f) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.**

Los pueblos indígenas, pueden elegir a sus instituciones u organizaciones representativas, conforme a sus usos y costumbres

tradicionales, sin interferencia del Estado. La identificación de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas para el proceso de consulta, es realizada en forma previa a dicho proceso. Asimismo, los criterios de representatividad deben responder a una pluralidad de identidades culturales, organizativas, territoriales, etarias y de género.

Para Ruiz Molleda, la base de datos de los pueblos indígenas debería incluir además de la denominación, el ámbito de representación, las comunidades o federaciones afiliadas y su respectiva jurisdicción, el año de constitución si tuviera personería jurídica, el padrón de asociados o afiliados, el estatuto si lo tuviera, identificación de sus líderes o representantes, el periodo de representación. Continúa el mencionado proyecto, que ante discrepancias respecto a afiliados o asociados, el viceministerio de interculturalidad en su condición de Unidad Técnica Especializada realizará un proceso de verificación interna con presencia de las organizaciones representativas nacionales. De igual manera, las diferentes organizaciones representativas de un determinado pueblo indígena pueden consensuar reglamentos conjuntos de aplicación de consultas determinando los criterios de representatividad. (Ruiz Molleda, 2011, pág. 360).

En mi opinión considero que 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 1º del Convenio 169 de la OIT.

#### **2.2.21. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES:**

**PRIMERA: Para efectos de la presente Ley, se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.**

En esta primera disposición final, el ordenamiento jurídico constitucional está reconociendo un derecho al Viceministerio de Interculturalidad del

Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

Para Ruiz Molleda, cuando el ordenamiento jurídico constitucional reconoce un derecho, asume automáticamente tres obligaciones, 1) la de desarrollar procedimientos, 2) una institución y 3) la de atribuir un presupuesto para la implementación del mencionado derecho. (Ruiz Molleda, 2011, pág. 363)

Entonces considero que de esa manera debemos de entender la Primera disposición complementaria final de la ley de consulta aprobada.

**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.**

Esta segunda disposición pone en vigencia normas que son incompatibles con el derecho a la consulta previa cuando señala que “La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana”. Se refieren al Decreto Supremo N° 028-2008-EM, Resolución Ministerial N° 304-2006 MEM/DM y al Decreto Supremo N° 012-2008-MEM, estas normas reglamentan la participación ciudadana en el sector minero e hidrocarburos.

Además esta segunda disposición también señala que “Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia”. Se refiere a las medidas legislativas y administrativas que no fueron consultadas luego de la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT.

Para Alejandro Diez, la norma posterior deroga a la anterior, el artículo 103° de la Constitución señala que “La ley se deroga sólo por otra ley”. La 2da disposición complementaria final de esta ley desconoce algo que es indiscutido en el mundo del derecho, que una norma con rango de

ley deroga y/o modifica todas las normas anteriores que se le opongan.  
(Diez, 2014, pág. 60)

Por lo tanto en mi opinión esta segunda disposición es incompatible con el Convenio N° 169 de la OIT pues desnaturaliza el derecho a la consulta.

**TERCERA: Deróguese 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.**

Para Ruiz Molleda, si bien este decreto contenía disposiciones que desnaturalizaban el derecho a la consulta, pudo haberse optado por el camino de adecuación a la ley de consulta y al Convenio 169 de la OIT. En todo caso, debería ser retomado y ciertamente corregido las disposiciones que contradicen el Convenio, y llenado los vacíos de los cuales adolecía. (Ruiz M, 2012, pág. 230)

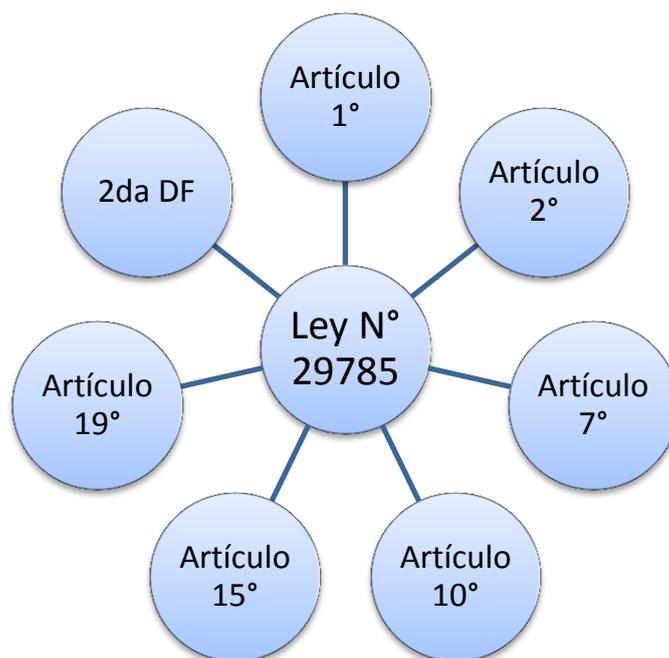
Estoy de acuerdo con la opinión de Ruiz Molleda, ya que no era necesaria la derogación del Decreto Supremo 023-2011-EM, sino la adecuación a la ley de Consulta y al Convenio N° 169 de la OIT.

**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.**

La Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, Ley 29785, fue publicada el 7 de setiembre del año 2011 en el diario oficial el Peruano. Según esta disposición complementaria final esta ley entró en vigencia el 7 de diciembre del año 2011 (90 días después de su publicación).

**CAPITULO IV**  
**ANÁLISIS DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

**SUBCAPÍTULO I**  
**LEY DE CONSULTA PREVIA N° 29785**



**ANÁLISIS Y DISCUSIÓN:**

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

Con respecto a lo señalado, debe tenerse en consideración lo siguiente:

La declaración de las Naciones Unidas señala que las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad, derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos y que tienen derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa Internacional de los derechos humanos. Además ratifica el espíritu protector del Convenio N° 169 de la OIT y además señala el derecho a la consulta previa en sus siguientes artículos:

- Artículo 19°: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado”.
- Artículo 32°inciso 2: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Es por ello que, con respecto a este artículo, considero que la Ley debe ser interpretada no sólo de acuerdo con el Convenio N° 169 de la OIT, sino también de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

- 2. Artículo 2° Derecho a la consulta: Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.**

Este artículo precisa que el derecho a la consulta previa se refiere a las medidas legislativas o administrativas que pueden afectarles directamente, pero también señala que se realizará cuando se afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo; distinguiendo y limitando la consulta a estos criterios. Pero el Convenio N° 169 de la OIT, es mucho más amplio y protector, pues en su artículo 6° no se restringe a los derechos colectivos, lo único que exige es que afecten a los pueblos indígenas. Sin embargo, el artículo 2° de la ley restringe la consulta a los derechos colectivos. Esta restricción se reitera en los artículos 3, 5, 7, 9, 13, 14 y 15 de esta Ley.

La Ley de Consulta Previa resalta como criterios a tener en cuenta para efectuar la consulta previa, la existencia física de una población indígena, su identidad cultural, su calidad de vida o su desarrollo colectivos, pero evita mencionar de manera expresa la afectación directa al ambiente, vida o salud.

Considero que la Ley de Consulta Previa, acierta, cuando señala que “también corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional o regional que afecten directamente a estos derechos”; sin embargo, los criterios antes mencionados serán una limitación en su aplicación desde el punto de vista formal, tan requerido por los funcionarios públicos, regidos por el principio de legalidad. Además la Ley señala de manera expresa que es obligación del Estado realizar la consulta previa, siendo esta regla muy importante, puesto que las consultas que se han realizado en el Perú han estado a cargo o han sido realizadas por las empresas privadas y no por el Estado, y en realidad no han sido consultas sino talleres informativos.

La invalidez del acto administrativo no consultado es muy importante en caso se quiera burlar este derecho de los pueblos indígenas, tal como nos señala (Ruiz M, 2012) :

“Los actos administrativos que afectando de manera directa a un pueblo indígena se implementen sin el procedimiento adecuado de consulta deben ser suspendidos en sus efectos hasta que ese proceso se realice. Esto debería de quedar así establecido en el reglamento. Al carecer de validez legal tales actos, no generan derechos adquiridos siendo la entidad responsable de ejecutar la

consulta responsable de los daños y perjuicios ocasionados al pueblo indígena y a los terceros afectados por el incumplimiento de esta obligación.”

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

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

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

La Ley de Consulta Previa, establece que para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Sin embargo, se presentan algunos problemas con respecto a los siguientes criterios:

**a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional:** La Ley extrema el tema de descendencia al exigir que sea directa, y mientras el Convenio 169 de la OIT, sólo exige descender de poblaciones originarias. Ello nos trae el inconveniente de la probanza de descendencia directa, y podría estar excluyendo a las poblaciones indígenas, que se han visto forzadas al mestizaje producto de la conquista. En todo caso, una interpretación coherente con nuestros compromisos internacionales nos llevará a reconocer a las poblaciones indígenas, tanto de descendencia directa como indirecta producto del mestizaje.

**b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.** Estilos de vida es algo bastante cuestionable como criterio objetivo, debido a que el sincretismo cultural, y el mejoramiento de condiciones de vida, pueden haber traído consigo que muchos pueblos indígenas adopten estilos de vida occidentales, sin haber perdido su identidad cultural. Aquí se nos viene a la mente, la utilización de polos deportivos de parte de algunos miembros de comunidades indígenas, sin que esto importe, que reniegan de su cultura, la cual practican, por tanto, a pesar de utilizar indumentaria occidental, eso no les hace perder su condición de pueblo indígena, sino recordemos a los pueblos indígenas que viven en zonas de las principales ciudades del país, como los Aymaras en Puno, o los Ashanincas en Lima. Por otra parte, el vínculo espiritual e histórico con el territorio, si es un acierto, pues la mayoría de pueblos indígenas en el Perú, tienen una conexión espiritual con su territorio, siendo un caso especial, el de los pueblos indígenas afrodescendientes, que el Convenio 169 de la OIT reconoce bajo el nombre de pueblos tribales, y donde se prescinde del tema de territorio, y se releva a su máxima expresión su identificación cultural.

**c) Instituciones sociales y costumbres propias:** Aunque este criterio se desprende del propio Convenio 169 de la OIT, llama la atención de costumbres propias, en un país donde el sincretismo cultural y religioso, producto de los procesos de conquista y colonización han sido constantes, y recordando que el Convenio dice se conserve total o parcialmente la cultura del pueblo indígena, sin embargo la Ley de Consulta Previa, omite esta aclaración que es importante.

**d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional:** Entendemos que este criterio permite a los pueblos indígenas afroperuanos puedan hacer valer sus derechos colectivos, pues poseen una cultura bastante característica y se distinguen claramente del resto de la población general.

Sin duda, constituye un error lamentable que la Ley de Consulta Previa, quiera desconocer al criterio fundamental para determinar la existencia de un pueblo indígena cuando, olvida remarcar la importancia y rol dirimente del criterio subjetivo, limitándose sólo a decir que “el criterio subjetivo se

encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.” La conciencia de indígena también la puede albergar un individuo, por ejemplo los pueblos indígenas en extinción, o aquellos indígenas que migran a las ciudades en busca de mayores oportunidades, o representación política de sus comunidades, casos en los cuales la condición de indígena también se respetaría.

Para Francisco Ballón, las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos” con un ánimo de otorgar la mayor protección posible a los pueblos indígenas, muchos de los cuales están fragmentados en varias comunidades campesinas o nativas producto de la fallida reforma agraria del siglo pasado. (Ballón A, 2004, pág. 32)

Considero que los pueblos indígenas deben ser identificados teniendo en cuenta el Artículo 1° inciso 1 y 2 del Convenio N°169 de la OIT.

**4. Artículo 10° Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados: La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.**

No estoy de acuerdo que la propia entidad estatal interesada en aprobar la medida objeto de consulta sea quien identifique los pueblos indígenas afectado, especialmente teniendo en cuenta que es directamente interesada en el resultado del proceso y que no cuenta con unidades especializadas en pueblos indígenas a la fecha, pero si se quiere llevar adelante, con todo, lo dispuesto por la Ley, implicará la creación de una unidad de asuntos indígenas por cada entidad.

Para Alejandro Diez, la realización de los procesos de consulta dependerá de la seriedad con que se elabore oportunamente y se mantenga actualizada la Base de Datos oficial de los Pueblos Indígenas del Perú, la cual estará a cargo del Vice ministerio de Interculturalidad. No podemos olvidar que esta base de

datos es declarativa y no constitutiva de la condición jurídica de pueblos indígenas. (Diez, 2014, pág. 43)

Considero que 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.

Por lo tanto se debe interpretar de acuerdo al artículo 1°inciso 1 y 2 del Convenio N°169 de la OIT, el cual hace referencia al reconocimiento de los pueblos indígenas.

- 5. Artículo 15° Decisión: La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.**

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

**Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.**

Este artículo contiene varios mandatos. La primera es que la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa debe tomarla el Estado. Un segundo mandato es que la decisión debe estar motivada, es decir

debe argumentar las razones de la decisión. Un tercer mandato, es que se debe tener 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 que se debe 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”.

Un mandato de particular importancia es el 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”

El derecho a la consulta sirve para proteger otros derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado contenido en el artículo 2º inciso 22 de la Constitución y es obligación del Estado respetar los otros derechos de los pueblos indígenas, así como las normas sobre protección del ambiente.

Para Alejandro Diez, este “tomarse en cuenta” debe significar la obligación del Estado de respetar los otros derechos de los pueblos indígenas, así como las normas sobre protección del 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. (Diez, 2014, pág. 49)

Para Ruiz Molleda, no es suficiente la motivación de la decisión y que esta esté orientada al interés público, lo cual es bastante. En efecto, el ordenamiento constitucional no solo exige la obligación de consultar sino que la decisión que se adopte debe respetar los derechos de los pueblos indígenas y en caso de colisión con otros derechos o bienes jurídicos, la decisión que adopte el Estado debe ser adoptada luego de una ponderación entre los derechos y bienes jurídicos que invoca el Estado y los que invoca los pueblos indígenas. Dicha ponderación tendrá como objetivo la armonización de ambos bienes y derechos, y en caso de imposibilidad, deberá de optarse por protegerse los

bienes jurídicos de mayor entidad constitucional en el caso concreto. Por eso resulta de vital importancia tener claro los derechos de los pueblos indígenas que al momento de la decisión del Estado este deberá de respetar, incluso al momento de la ponderación” (Ruiz M, 2012, pág. 190)

Existen derechos y principios que son “intangibles”, es decir, que bajo ningún supuesto pueden ser afectados, incluso cuando entran en conflictos con otros derechos y principios y deben ser respetados en todo momento. Por el ejemplo el derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida de los pueblos indígenas, lo cual ocasiona el deber estatal de prevenir la contaminación ambiental. Esto también acarrea el deber estatal de acción inmediata de suspensión, reparación y prevención de daños ulteriores.

Por lo antes señalado considero que se debe precisar que la “decisión final” estatal debe estar obligada a lograr el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, sin afectar su derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida. Y si no llegan a un consentimiento de los pueblos indígenas y estos fundamentan que dicha actividad va afectar su medioambiente, y sin embargo si existe una posible afectación al medio ambiente, entonces el Estado debe respetar la decisión de los pueblos indígenas y no afectar su derecho de gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida.

- 6. Artículo 19º.- Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo: Respecto a los procesos de consulta, son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes:**
- a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.**
  - b) Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.**
  - c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las**

que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa.

**d) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.**

**e) Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.**

**f) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas.**

**g) Registrar los resultados de las consultas realizadas.**

**h) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.**

**i) Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento.**

Este artículo presenta un dilema en el diseño institucional: ¿Fiscaliza o es segunda instancia administrativa el órgano técnico especializado? Hay un tema fundamental que debe ser analizado con detenimiento en relación con el diseño institucional de órgano técnico especializado. Si uno revisa el artículo 9º, tercer párrafo de esta ley, se establece la función de resolver por vía administrativa los recursos de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, en los casos en que una entidad estatal se desligue arbitrariamente de su obligación legal de llevar a cabo una consulta, o no considere procedentes los petitorios al respecto. Sin embargo, si uno revisa el artículo 19º inciso d), se le concede la función de emitir opinión sobre los recursos de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas en los casos en que una entidad estatal se desligue arbitrariamente de su obligación legal de llevar a cabo una consulta o no considere procedentes los petitorios al respecto a fin de que las Entidades Responsables de la Ejecución de la Consulta tomen en cuenta dicha opinión al pronunciarse sobre dichos recursos. En tal sentido, la pregunta es si estos dos roles son compatibles, pues si emite opinión, difícilmente podrá luego cumplir con el rol de órgano que regule en

segunda instancia, pues pierde objetividad e independencia; por lo que en el presente caso, debió de optarse por alguna de las dos funciones.

Conforme a lo señalado, considero que el Viceministro de Interculturalidad no debe ser juez y parte en los reclamos sobre cuándo debe consultarse y al mismo tiempo garantizar se cumplan los acuerdos. Considero que se requiere una institución indígena autónoma dentro de la estructura del Estado.

**7. Segunda Disposición Final: 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.**

La Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Consulta Previa, tiene por objeto proteger las medidas legislativas y administrativas aprobadas o adoptadas desde el 02 de febrero de 1995 al 2011, que omitieron el derecho a la Consulta Previa, a pesar de estar vigente el Convenio 169 de la OIT, y convertirlos en irrevisable, todo ello en perjuicio de los pueblos indígenas afectados.

Para Bárbara Lehnebach, el derecho a la consulta previa, se hace efectivo a partir de la vigencia de la Ley de Consulta Previa, lo que resulta abiertamente inconstitucional, pues es contrario a los más elementales principios del derecho internacional como son el referido a la vigencia y observancia de los tratados luego de ratificados, y a la imposibilidad de alegar Derecho Interno para incumplir obligaciones internacionales del Estado, contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), específicamente en la parte 2, sección tercera numeral 24, y parte 3, sección primera, numeral 27, respectivamente". (Lehnebach, 2014).

El Tribunal Constitucional ha sido claro en el sentido de establecer que la obligatoriedad de la Consulta Previa, rige a partir del 02 de febrero de 1995, en que entró en vigencia el Convenio 169 de la OIT, y ello en la práctica, traería la nulidad de determinadas medidas, y por otra parte la adecuación de determinados actos administrativos.

Considero que lo acertado frente a la situación descrita, hubiera sido que la propia norma estableciera un proceso progresivo de revisión de las medidas

adoptadas omitiendo el derecho a la consulta previa, con el fin de anularlas y dejarlas sin efecto, caso de las concesiones donde un proceso de adecuación, traería consigo una pacificación de los principales conflictos socio ambientales donde se reclama se efectúe el derecho a la consulta previa.

## SUB CAPÍTULO II

### DEFENSORIA DEL PUEBLO “REPORTE DE CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES N° 126” (AGOSTO 2014)

TIPO	N° CASOS
Socioambiental	13

#### CASOS

DEPARTAMENTO	DESCRIPCION
AMAZONAS	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> La Coordinadora de los Pueblos Amazónicos y algunas comunidades del distrito de Santa María de Nieva se oponen al contrato de concesión del lote 116 de la empresa Maurel Et Prom Perú S.A.C. por temor a una posible contaminación y por no haberse realizado consulta previa. Otras organizaciones indígenas, por el contrario, aceptan la presencia de la empresa. El 12 de agosto del 2014, la Comisión Especial Permanente de los Pueblos Awajún y Wampis (CEPPAW) presentó una acción de amparo ante el Juzgado Especializado en lo Constitucional de Turno de la Corte Superior de Justicia de Lima en contra del Ministerio de Eberngía y Minas (MINEM) y Perupetro por haber omitido el derecho de Consulta Previa en la concesión del Lote 116, operado por la empresa Maurel Et Prom.</p>

	<p><b>Ubicación:</b> Distrito de Santa María de Nieva, provincia de Condorcanqui.</p>
<p><b>APURIMAC</b></p>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> Temor de la población por la contaminación ambiental y además exigen que se realice la consulta previa, puesto que son pueblos indígenas y solicitan información a la empresa Minera Southern Perú Copper Corporation, sobre las actividades de exploración minera que vienen realizando en sus territorios.</p> <p><b>Ubicación:</b> Comunidad campesina de Tiaparo, distrito de Pochuanca, provincia de Aymaraes</p>
<p><b>APURIMAC</b></p>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> Pobladores de la Comunidad Campesina de Tapayrihua rechazan la actividad minera realizada por la empresa Southern Perú Copper Corporation (SPCC), porque no contaría con el acuerdo de uso de terrenos comunales y en oposición al aparente uso irracional del agua para el proyecto minero Los Chankas.</p> <p>Los pobladores de la Comunidad Campesina de Tapayrihua solicitan se realice la debida consulta previa y se les informe respecto de los impactos ambientales que producirá dicha actividad minera .</p> <p><b>Ubicación:</b> Comunidad Campesina de Tapayrihua, distrito de Tapayrihua, provincia de</p>

	Aymaraes.
<b>AYACUCHO</b>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> Pobladores del distrito de Chuschi se oponen al desarrollo de actividades de exploración por parte de la Empresa Minera Rio Plata S.A.C, por temor a la afectación de una zona considerada cabecera de cuenca del río Cachi, la afectación al abastecimiento de agua que ello podría ocasionar y la afectación al medio ambiente. Además exigen que se realice la debida consulta previa, puesto que ellos se autodeterminan pueblos indígenas</p> <p><b>Ubicación:</b> Anexo Rumichaca, comunidad campesina Chuschi, distrito de Chuschi, provincia de Cangallo.</p>
<b>CAJAMARCA</b>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> Autoridades, representantes de organizaciones de la sociedad civil y comuneros de las provincias de Cajamarca, Celendín y Hualgayoc demandan que se declare la inviabilidad del proyecto de exploración minero Conga de la empresa minera Yanacocha S.R.L., por los impactos ambientales negativos susceptibles de generarse en el ambiente, ante la presunta afectación a cuatro lagunas consideradas como cabecera de cinco cuencas hidrográficas.</p> <p>Además la comunidad campesina de</p>

	<p>Rejopampa, exigen se realice la debida consulta previa , ya que ellos serán los más afectados al realizarse la actividad minera</p> <p><b>Ubicación:</b> Distritos de Huasmín y Sorochuco, provincia de Celendín, distrito de La Encañada, provincia de Cajamarca.</p>
<b>CAJAMARCA</b>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> Sectores de la comunidad campesina de Pulan se oponen al desarrollo del proyecto minero La Zanja (compañía minera La Zanja S.R.L.) por temor a la contaminación ambiental que puede generar al encontrarse en una zona considerada cabecera de cuenca y además exigen el proceso de consulta previa.</p> <p><b>Ubicación:</b> Distrito de Pulán, provincia de Santa Cruz.</p>
<b>CUSCO</b>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> Pobladores de la Comunidad Campesina de Canchis se oponen a la construcción de la central hidroeléctrica de Sallca Pucará pues señalan que dejaría sin agua a sus localidades. Se oponen también a las concesiones mineras en la provincia y exigen se realice la debida consulta previa y así el Estado tome en cuenta su posición respecto de dichos proyectos.</p> <p><b>Ubicación:</b> Distritos de San Pablo y Sicuani, provincia de Canchis.</p>
<b>JUNÍN</b>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> La comunidad campesina de Pachachaca se opone a la construcción de una planta de producción de cal por temor a la</p>

	<p>contaminación en la zona y exigen se realice la debida consulta previa para que puedan informarles respecto de los impactos ambientales que puede producir dicha construcción.</p> <p><b>Ubicación:</b> Distrito de Yauli, provincia de Yauli.</p>
<p><b>LAMBAYEQUE</b></p>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> Un sector de autoridades, dirigentes y población del distrito de Cañaris y de la comunidad campesina San Juan de Cañaris se oponen a las actividades que desarrolla la empresa Cañariaco Copper Perú S.A. por temor a una posible contaminación al ambiente. Adicionalmente la Comunidad campesina San Juan de Cañaris exige que se respete los resultados de la asamblea comunal de fecha 30 de septiembre de 2012, el reconocimiento como pueblo indígena y el respeto a sus derechos como tales.</p> <p><b>Ubicación:</b> Comunidad campesina de San Juan de Cañaris, distrito de Cañaris, provincia de Ferreñafe.</p>
<p><b>LORETO</b></p>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> Un sector de comunidades nativas del Morona y sus organizaciones representativas se oponen al desarrollo de actividades de hidrocarburíferas en el lote 64 por parte de la empresa Talismán por la posible contaminación ambiental y por la ausencia del proceso de consulta previa, lo cual ha originado discrepancias entre organizaciones representativas.</p> <p><b>Ubicación:</b> Distrito Morona, provincia de</p>

	Datem del Maraón
<b>LORETO</b>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> La Federación de Comunidades Nativas del Corrientes (FECONACO), la Federación de Pueblos Indígenas del Pastaza (FEDIQUEP), la Federación de Comunidades Nativas del Tigre (FECONAT) y la Asociación Cocama de Conservación y Desarrollo de San Pablo de Tipishca (ACODECOSPAT), demandan a la empresa Pluspetrol Norte S.A. el pago de una compensación por las tierras comunales que ocupa por las actividades de exploración y explotación de petróleo así como la remediación de pasivos ambientales ocasionados así como demandan al Estado la atención de los problemas ambientales y sociales generados, y el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas antes del inicio del proceso de consulta respecto al lote 192 (Lote 1 AB).</p> <p><b>Ubicación:</b> Distrito de Trompeteros, provincia de Loreto.</p>
<b>PASCO</b>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> Pobladores de la Comunidad Campesina Chaupimarca se oponen a la ampliación del tajo abierto de explotación minera a favor de la empresa minera Cerro S.A.C. debido a los impactos ambientales y en la salud de las personas que la actividad minera ha generado y además por la ausencia del proceso de consulta.</p> <p><b>Ubicación:</b> Distrito de Chaupimarca, provincia de Pasco.</p>

<b>PIURA</b>	<p><b>Tipo:</b> Socioambiental.</p> <p><b>Caso:</b> Rechazo de la población de las Comunidades campesinas de Yanta, Segunda y Cajas a las actividades mineras que pretende desarrollar la Empresa Minera Río Blanco Copper S.A. en la zona, debido a la contaminación ambiental que podría generar en un ecosistema como el de los páramos y bosques de montaña, considerados frágiles y vulnerables, que requiere niveles de protección adecuados y además exigen la debida consulta previa.</p> <p><b>Ubicación:</b> Distrito de El Carmen de la Frontera, provincia de Huancabamba.</p>
--------------	--

### **ANÁLISIS Y DISCUSIÓN:**

A pesar de haber transcurrido 3 años de la promulgación de la Ley de Consulta Previa, lamentablemente el Estado continúa aún sin cumplir con el debido proceso de consulta previa a los pueblos indígenas, no se aprecia un esfuerzo gubernamental por mejorar las capacidades de los funcionarios públicos para asumir el reto de conducir procesos de consulta.

En la actualidad según Perúpetro S.A. hay 3 procesos de consulta previa en su etapa inicial en el sector Hidrocarburos y 2 procesos de consulta previa culminados hasta la fecha en Hidrocarburos. Estos procesos culminados no han sido exitosos ya que los pueblos indígenas no están conformes, puesto que no les ha quedado claro qué ha sido lo que les han consultado.

Sin embargo no se ha implementado ningún proceso de consulta previa en la zona andina.

Según el Reporte N° 126 de la Defensoría del Pueblo en la actualidad existen 13 conflictos socioambientales por el tema de la consulta previa. El Estado sigue otorgando concesiones sin que medie la debida consulta previa, sin tomar en cuenta las opiniones y sin respetar el derecho de los pueblos indígenas a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida.

Los pueblos indígenas exigen al Estado se realice el proceso de consulta previa, puesto que el Derecho a la consulta previa está consignado en los artículos 6°, 7° y demás partes del Convenio N° 169 de la OIT, y además en la propia Ley de Consulta Previa N°29785. Estos pueblos indígenas mencionados anteriormente no se oponen a la inversión privada, sólo exigen que las inversiones se hagan sin afectar sus derechos. Se busca lograr un equilibrio entre el desarrollo de proyectos de inversión y la protección del ambiente, mediante el respeto de los derechos de los integrantes de los pueblos indígenas.

Además, las comunidades campesinas exigen se les reconozca como pueblos indígenas, debido a que el presidente Ollanta Humala Tasso no reconoció como pueblos indígenas a quienes habitan en la zona andina del país. Esto se debería a temores relacionados con el hecho de considerar la consulta previa como una traba para las inversiones. Así, de reconocer a las comunidades campesinas grupos humanos que habitan en la sierra andina peruana como pueblos indígenas, se estaría frente al posible escenario de realizar la consulta previa, por ejemplo, frente a proyectos de inversión minera. Por ello, el mandatario se ha venido refiriendo, entre otros puntos de interés nacional, a dos temas relevantes para los pueblos indígenas en el Perú: el reconocimiento de los pueblos indígenas y la aplicación de la consulta previa.

Cabe reiterar que la definición de pueblos indígenas contenida en la Ley de Consulta Previa es errónea, puesto que no está de acuerdo al Convenio N° 169 de la OIT.

Para Raquel Yrogoyen Fajardo en la entrevista realizada por la revista Comunicaciones Aliadas menciona lo siguiente: "...que estén reconocidos o no, que la ley les llame comunidades nativas campesinas, rondas, grupo agrario, no importa, ni tampoco que no les dé ningún nombre. Lo importante es que ellos tengan conciencia de que descenden de un pueblo que estaba antes del Estado (actual se estableciera) y que tienen una institución propia. Con estos criterios es suficiente para que el Estado esté obligado a aplicar los derechos del Convenio N° 169 de la OIT y los que el derecho internacional otorga a los pueblos indígenas" (Comunicaciones Aliadas, 2011, pág. 3 y 4)

Debemos tener en cuenta que hay una obligación del Estado que está consignado en el artículo 7, inciso 2 del Convenio N° 169 de la OIT, que menciona que el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo, salud, educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan, es decir, en cualquier caso donde haya un plan de desarrollo el primer mejoramiento que tiene que ver el Estado es del pueblo indígena que vive ahí.

Estos pueblos indígenas exigen además que se respete su derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, puesto que día a día en el Perú se deterioran los hábitats propicios para la vida de estos pueblos indígenas. Usualmente este deterioro de los hábitats y contaminación al ambiente tienen que ver con actividades humanas que explotan recursos naturales de manera depredadora y formas de producir agresivas con el entorno. En esta situación el Estado tiene responsabilidad, ya que dicha responsabilidad reside en las autorizaciones estatales para el desarrollo de las actividades mineras, etc.; que se otorgan sin una adecuada ponderación de los posibles daños desde una perspectiva de derechos y de cuidado del ambiente.

Para Henry Carhuatocto, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, es el derecho fundamental a la protección de la calidad de nuestro entorno o ambiente para beneficio de nosotros mismos y de manera indirecta para beneficio de otras personas. (Carhuatocto S, 2010, pág. 4)

Es así que mediante la consulta, los pueblos indígenas tendrán derecho a expresar sus preocupaciones. Por ejemplo, pueden exponer las razones por las que no deben extraerse los recursos o por las que deben excluirse ciertas áreas en virtud de cuestiones ambientales, de impacto sobre lugares sagrados, contaminación, problemas de salud, pérdida de la base para la subsistencia económica, entre otros, siendo obligación del Estado, tomar una decisión debidamente motivada, considerando las sugerencias y recomendaciones formuladas por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, debiéndose adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio de sus derechos de manera irrestricta. Por lo tanto, el Estado debe proteger el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, para poder garantizar a su vez la protección del derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de su vida.



## CAPITULO V

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### CONCLUSIONES

- **PRIMERA:** El Convenio N°169 de la OIT fue aprobado por el Estado Peruano el 5 de diciembre de 1993 a través de la Resolución Legislativa N° 26253, y ratificado el 17 de enero de 1994. Conforme a lo establecido en el propio Convenio, éste es de cumplimiento obligatorio para nuestro país a partir del 02 de febrero de 1995. Además, el Tribunal Constitucional señala que los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento jurídico sino que, además, ostentan rango constitucional. De tal manera que, habiéndose aprobado el Convenio N° 169 de la OIT, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55° de la Constitución Política del Perú, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales.
- **SEGUNDA:** El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas se encuentra establecido en el artículo 6° inciso 1 y 2 del Convenio N°169 de la OIT, por lo tanto la consulta previa de los pueblos indígenas se erige en obligación general en virtud del Convenio N° 169 de la OIT, y además este derecho se encuentra consolidado en el artículo 19° y 32° inciso 2° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derecho de los pueblos indígenas.
- **TERCERA:** El derecho a la consulta se puede definir como el derecho que tienen los pueblos indígenas para que el Estado, dentro de un proceso de diálogo intercultural, les consulte sobre los proyectos de inversión que puedan afectar su vida, costumbres, ambiente y territorio, y tiene por objeto efectuar un análisis consensuado sobre los posibles daños que puedan afectar directamente sus derechos colectivos, para que así los pueblos indígenas puedan evaluar, estudiar y analizar los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre comunidad. Por lo tanto el ejercicio de la consulta previa permitirá la protección del derecho a gozar de un

ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida de los pueblos indígenas.

- **CUARTA:** El Convenio N° 169 de la OIT no define qué se entiende por pueblo indígena, pero establece dos criterios para la identificación: el criterio objetivo, la pertenencia a un grupo poblacional anterior a la colonización que conservan todas sus instituciones propias; y el criterio subjetivo, la conciencia de identidad indígena, es decir el autorreconocimiento.
- **QUINTA:** El derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida, está reconocido como derecho humano fundamental en el artículo 2º inciso 22 de la Constitución Política del Perú. Es el derecho fundamental a la protección de la calidad de nuestro entorno o ambiente para beneficio de nosotros mismos y de manera indirecta para beneficio de otras personas.
- **SEXTA:** El Tribunal Constitucional señala como parte del contenido esencial del derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida, los siguientes elementos: a) El Derecho a gozar a un medio ambiente equilibrado y adecuado, comportando la facultad de las personas de poder disfrutar de un ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica, y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del ambiente; y b) El Derecho a la preservación de un ambiente con dichas características, lo que significa que dicho derecho entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas a su disfrute. Esta obligación alcanza a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el ambiente.
- **SÉTIMA:** La Ley de Consulta Previa N° 29785, tras cerca de un año de elaboración y discusión y un año de dilatorias (incluido cambio de gobierno) se aprobó en el Perú en agosto y en setiembre del 2011 se promulgó dicha Ley. Esta Ley está directamente relacionada con el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, ha sido largamente esperada y considerada un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos de las poblaciones indígenas.

- **OCTAVA:** La Ley de Consulta Previa N° 29785, señala que se realizará la consulta previa cuando se afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo; distinguiendo y limitando la consulta a estos criterios. Pero el Convenio N°169 de la OIT, es mucho más amplio y protector, pues en su artículo 6° no restringe a los derechos colectivos, lo único que exige es que afecten a los pueblos indígenas. Sin embargo, el artículo 2° de la ley restringe la consulta a los derechos colectivos. Esta restricción se reitera en varios artículos de esta Ley. Asimismo, la Ley de Consulta Previa N° 29785 exige nuevos requisitos para identificar a un pueblo indígena, desconociendo a las comunidades campesinas como pueblos indígenas.
- **NOVENA:** La Ley de Consulta Previa N° 29785 viola el artículo 16.2 del Convenio N° 169 de la OIT, al omitir la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, en determinados supuestos que ponen en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. Esta Ley también viola el artículo 7.4 del Convenio N° 169 de la OIT al omitir la necesidad que la decisión del Estado respete el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida de los pueblos indígenas. Además, la Ley de Consulta Previa N° 29785 establece que el Viceministro de Interculturalidad será juez y parte en los reclamos cuando debe consultarse y al mismo tiempo garantizar se cumplan los acuerdos.
- **DÉCIMA:** La Ley de Consulta Previa N° 29785 desconoce abiertamente el propio contenido del Convenio 169 de la OIT cuando impide la adecuación de las medidas administrativas y legislativas que no fueron consultadas desde que se encontraba vigente dicho tratado, esto es desde el 02 de febrero de 1995. Asimismo, la Ley de Consulta Previa N° 29785, recorta gravemente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, por lo tanto esta Ley no garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida los pueblos indígenas, situación que generará en nuestro país conflictos ambientales entre los pueblos indígenas, las empresas extractivas y el Estado,

producido por el desencuentro entre lo recogido por las normas internacionales, especialmente el Convenio N° 169 de la OIT y la Ley de Consulta Previa N° 29785.

## **RECOMENDACIONES**

- **PRIMERA:** Modificar la Ley de Consulta Previa N° 29785, con la participación necesaria de los pueblos indígenas, adecuándola a los estándares del Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.
- **SEGUNDA:** No promover acciones administrativas y/o legislativas que afecten el derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida de los pueblos indígenas, sin antes efectuar acciones de consulta previa, libre e informada. En el caso de aquellas concesiones otorgadas, donde actualmente operan empresas extractivas, es necesario que se implementen procesos de consulta antes de iniciar etapas de exploración y explotación.
- **TERCERA:** Es necesario implementar una institucionalidad sólida, con una estructura estatal adecuada en materia de pueblos indígenas. Esta institucionalidad debe responder a las obligaciones que establecen los artículo 2° y 33° del Convenio N° 169 de la OIT, respecto a la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida.
- **CUARTA:** El Estado debe brindar a los pueblos indígenas información completa, veraz y adecuada, debido a que solo en la medida que los pueblos indígenas conozcan los reales y verdaderos impactos ambientales de la actividad a consultarse podrán tomar no sólo una buena decisión, sino que podrán prevenir fundamentalmente los daños e impactos socioambientales, de lo contrario se tomarán decisiones equivocadas, en forma ciega, produciéndose la desnaturalización del proceso de consulta.
- **QUINTA:** Los plazos para llevar a cabo el proceso de consulta previa deben regirse principalmente por las dinámicas culturales de cada pueblo para reflexionar y adoptar una decisión o postura.

- **SEXTA:** El Vice Ministerio de Interculturalidad debe asesorar a los diferentes sectores del gobierno nacional, regional y locales, ya que tienen un profundo desconocimiento sobre los alcances de los procesos de consulta. Es necesario una permanente capacitación y asesoría. De lo contrario tendrán mucha dificultad a la hora de pronunciarse.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Alegre Ch, A. (2011). *Ada Alegre Consultores*. Recuperado el 22 de Junio de 2014, de <http://www.cuscosocial.com/www.adaalegreconsultores.com.pe/images/upload/articulo/818578fcf260b496f3358d02a46bb9ab.pdf>
- Andaluz W, C. (2009). *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Grijley EIRL.
- Ballón A, F. (2004). *Manual de derecho de los pueblos indígenas y tribales*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Canosa U, R. (2004). *Constitución y Medio ambiente*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Carhuatocto S, H. (Enero de 2010). *Los Principios del Derecho Ambiental en la Ley General del Ambiente*. Obtenido de <http://elecochasqui.files.wordpress.com/2010/01/los-principios-del-derecho-ambiental.pdf>
- Carreño P, E. (2013). *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (1era ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Carruitero L, F. (2006). *Derecho del Medio Ambiente*. Lima: Studio.
- Comunicaciones Aliadas. (2011). Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas. *Noticias Aliadas-Informe Especial*, 02-23.
- De Los Ríos, I. (2009). *Instituto Nacional de Ecología*. Recuperado el 22 de Junio de 2014, de <http://www2.inecc.gob.mx/publicaciones/libros/446/isabel.html>
- Defensoría del Pueblo. (2006). *Los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Diez, A. (2014). La Consulta Previa y su Aplicación en el Perú. *Red Participa Perú*, 37-65.
- Foy V, P. (2001). *Derecho y Ambiente-Nuevas aproximaciones y estimativas* (1era ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Foy, P., Novak, F., Veral, G., & Namihás, S. (2003). *Derecho Internacional Ambiental*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lehnebach, B. (2014). *Ministerio de Cultura del Perú*. Obtenido de <http://bdpi.cultura.gob.pe/>
- Leyva, A. (2011). Derecho al medio ambiente en el Perú y la agenda pendiente. *Fundación EcuMénica para el desarrollo y la paz*.
- Miembros del grupo de trabajo sobre pueblos indígenas de la Coordinadora Nacional de DH. (2012). *Análisis Crítico de la Consulta Previa en el Perú*. Lima: Biblioteca Nacional del Perú.

- Ministerio de Cultura del Perú. (02 de Julio de 2014). Obtenido de <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/>
- Organización Internacional del Trabajo. (2003). *Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual* (1era ed.). Francia: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio N°169* (1era ed., Vol. 1). Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). *Comprender el convenio sobre pueblos indígenas y tribales* (1era ed.). Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organizaciones Indígenas que conforman el Pacto de Unidad. (2013). *Informe ALternativo* . Lima: DAR.
- Panorama Cajamarquino. (31 de Diciembre de 2011). *Panorama Cajamarquino*. Obtenido de <http://www.panoramacajamarquino.com/noticia/el-derecho-fundamental-a-gozar-de-un-ambiente-equilibrado-y-adeecuado/>
- Prado H, J., Gallegos, P., & Castillo C, J. (2008). La Constitución Ecológica y su compatibilidad con las libertades económicas. *Rae Jurisprudencia*.
- Rodriguez G, C., Morris, M., Ordus S, N., & Buriticá, P. (2010). *La consulta previa a los pueblos indígenas-Los estándares del derecho internacional*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- Ruiz M. (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos indígenas en el Perú* (1era ed.). Lima: Instituto de defensa legal.
- Ruiz M, Juan; Vargas T,Karim. (s.f.). *El derecho fundamental a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado a la vida y su afectación por no aprobarse la ley de ordenamiento territorial*.
- Ruiz Molleda, J. (2011). *La implementación del derecho de la consulta previa a los pueblos indígenas* (1era ed.). Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Salmón, E., Bregalio, R., Olivera, J., & Ocampo, D. (2012). *La Consulta Previa, libre e informada en el Perú* (1era ed.). Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. (2011). Regiones Sostenibles. *Sociedad Peruana de Derecho Ambiental*, 1-20.
- Vallenas, K., & Pautrat, L. (Noviembre de 2010). Aspectos sugeridos a considerar para un proceso de consulta previa, libre e informada para pueblos indígenas. *Sociedad Peruana de Ecodesarrollo*.

