



UNIVERSIDAD  
PRIVADA  
DEL NORTE

# FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

---

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

EFICACIA DE LA CONSULTA PREVIA  
CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 6 DEL  
CONVENIO 169 DE LA OIT EN LA  
CASUÍSTICA Y LA LEGISLACIÓN PERUANA.

Tesis para optar el título profesional de:

**Abogada**

**Autor:**

Br. Giuliana Lileth Collantes Catalán

**Asesor:**

Dr. Homero Absalón Salazar Chávez

Cajamarca – Perú  
2017

## **APROBACIÓN DE LA TESIS**

El (La) asesor(a) y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el (la) Bachiller **GIULIANA LILETH COLLANTES CATALÁN**, denominada:

**EFICACIA DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA CONTENIDA EN EL  
ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN LA CASUÍSTICA Y LA  
LEGISLACIÓN PERUANA.**

---

HOMERO ABSALÓN SALAZAR CHÁVEZ  
**ASESOR**

---

Dr. Agustín Fernando Moreno Díaz  
**JURADO  
PRESIDENTE**

---

Dr. Roger Abel Hurtado Sánchez  
**JURADO**

---

Dr. César Alberto Soto Sánchez  
**JURADO**

## DEDICATORIA

“A mis tíos que cumplieron el rol de madre y padre, por su apoyo incondicional e inculcable, a mi madre que desde el cielo, me permite realizar este paso tan importante en mi vida”

## AGRADECIMIENTO

“A cada uno de mis maestros, que durante los seis años de vida universitaria me brindaron los conocimientos necesarios para realizar una vida laboral exitosa, poniendo en práctica cada uno de los principios y valores aprendidos en mi centro de estudios universitarios”.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>APROBACIÓN DE LA TESIS</b> .....	<b>ii</b>
<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>iii</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	<b>iv</b>
<b>ÍNDICE DE CONTENIDOS</b> .....	<b>v</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>vi</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>viii</b>
<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>10</b>
1.1. Realidad problemática.....	10
1.2. Formulación del problema.....	16
1.3. Justificación.....	16
1.4. Limitaciones .....	18
1.5. Objetivos .....	18
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</b> .....	<b>19</b>
2.1. Antecedentes .....	19
2.2. Bases teóricas.....	24
2.2.1. Pueblos indígenas o tribales.....	24
2.2.2. LA CONSULTA PREVIA: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	44
2.2.3. CONSULTA PREVIA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	72
2.2.4. CONSULTA PREVIA EN EL ÁMBITO NACIONAL .....	76
2.2.5. LA LEY DE LA CONSULTA PREVIA .....	78
2.3. Definición de términos .....	81
<b>CAPÍTULO III: METODOLOGÍA</b> .....	<b>84</b>
3.1. OPERACIONALIZACIÓN DE CATEGORÍAS .....	84
<b>RESULTADOS</b> .....	<b>89</b>
<b>DISCUSIÓN</b> .....	<b>108</b>
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>137</b>
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	<b>139</b>
<b>REFERENCIAS</b> .....	<b>140</b>

## RESUMEN

El Derecho como sistema de normas que regula la organización social surgió, en principio, desde una perspectiva interna, estatal, generándose entonces los ordenamientos jurídicos de cada país desde la época del Estado Liberal hasta la actualidad; sin embargo, siendo que las regulaciones internas y la nula revisión de las mismas generaron lesión a los derechos fundamentales y, dada la generación de organismos internacionales y el desarrollo de la doctrina de los Derechos Humanos, se ha conseguido paulatinamente la cimentación del Derecho Internacional Público que tiene como principio principal el *pacta sum servanda* entre los países que deciden adherirse a dicha dinámica.

En este contexto se han reconocido, a nivel internacional, diversos derechos humanos que luego han sido acogidos por suscripción de tratados o convenios en el ámbito nacional, tal es el caso del Derecho de Consulta Previa a los pueblos indígenas o tribales que ha sido planteado internacionalmente en el Convenio 169 de la OIT y que ha sido ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 02 de diciembre de 1993; momento a partir del cual forma parte de nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

La presente investigación radica en la observación de la deficiente regulación legal de este derecho constitucional dentro del país, puesto que la Ley de Consulta Previa, Ley 29785, en el segundo párrafo de su artículo 15, así como, el artículo 23, numeral 23.3 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, suponen una disociación entre el contenido que internacionalmente otorga el artículo 6 del

Convenio 169 de la OIT y el contenido que se le otorga en el ámbito nacional, lo que supone la ineficacia de la regulación internacional acogida en el país.

Así, el presente documento pretende llevar a cabo un estudio cualitativo de dichas circunstancias y proponer la modificación de la regulación del referido articulado de manera que se posibilite la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de las medidas administrativas y legislativas que se lleven a cabo respecto de su territorio.

## ABSTRACT

Law as a system of rules that regulates social organization arose, in principle, from an internal, state perspective, generating then the legal systems of each country from the time of the Liberal State to the present day; Nevertheless, since internal regulations and the null revision of them have caused fundamental rights damage and, given the generation of international organisms and the development of the doctrine of Human Rights, the foundations of Public International Law Which has as its main principle *pacta sum servanda* among the countries that decide to adhere to this dynamic.

In this context, a number of human rights have been recognized at the international level, which have subsequently been accepted through the signing of treaties or agreements at the national level, such as the right of prior consultation of indigenous or tribal peoples that has been raised internationally in Convention 169 of the WIO and which has been ratified by the Peruvian State through Legislative Resolution No. 26253 of December 2, 1993; Moment from which it forms part of our constitutional legal order.

The present investigation lies in the observation of the deficient regulation within the country of this constitutional right at legal level, since the Law of Previous Consultation, Law 29785, in the second paragraph of its article 15, as well as, article 23, numeral 23.3 of the Regulation of the Prior Consultation Act, entails a dissociation between the content that is internationally granted by Article 6,



Convention 169 of the WIO and the content that is granted at the national level, which implies the ineffectiveness of international regulation adopted in the country.

Thus, this document intends to carry out a qualitative study of these circumstances and propose the modification of the regulation of said article so as to enable the effective participation of the indigenous peoples in the taking of the administrative and legislative measures that are taken to Territory.

## CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

### 1.1. Realidad problemática

Revisado el Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones arribadas con motivo de la 103ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014; en lo que concierne al gobierno peruano y en el particular de la legislación sobre consulta, participación y cooperación; dicho órgano ha señalado:

La Comisión había observado que las normas de carácter tributario o presupuestario no son materia de consulta (artículo 5, k), del reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa). Tampoco requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas (artículo 5, l), del reglamento), así como tampoco aquellas medidas administrativas consideradas como complementarias (decimosegunda disposición complementaria, transitoria y final del reglamento). Además, la legislación vigente ha dejado pendiente el desarrollo legislativo de los mecanismos de participación y de participación en los beneficios (quinta y décima disposición complementaria, transitoria y final del reglamento) que requiere el Convenio. El Gobierno reitera que siendo que el Convenio ostenta rango constitucional, las normas nacionales deberán ser siempre interpretadas conforme a lo establecido en el Convenio. **Teniendo en cuenta que sigue sin darse pleno efecto a las disposiciones relativas a la participación**

**y cooperación de los pueblos indígenas que se encuentran en el artículo 6, párrafo 1, apartados b) y c), el artículo 7 y la parte II sobre tierras, del Convenio, la Comisión invita nuevamente al Gobierno a que, en consulta con los pueblos indígenas y las otras partes interesadas, se adopten las medidas legislativas correspondientes y se revisen en consecuencia las disposiciones de la legislación vigente.**

En una solicitud directa, la Comisión pidió al Gobierno que continúe comunicando informaciones sobre la identificación de los pueblos indígenas, la protección de los pueblos en situación de aislamiento y los avances en salud y educación de los pueblos indígenas. La Comisión se refiere también a los temas pendientes relacionados con la consulta previa y la participación en las actividades relacionadas con los recursos naturales y con la titulación y el registro de tierras. (OIT, 2014, p. 616-617).

El párrafo 1, apartado b) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, suscrito por el país, regula la posibilidad de “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.” (Convenio 169 OIT, 1989); es decir que, dicho artículo genera la obligación de los países suscriptores del convenio para dotar de posibilidades a los pueblos en general y, particularmente a los pueblos indígenas o tribales a fin de que puedan participar libremente y sin discriminación, en

comparación con otros sectores de la población que no ostenten la calidad de tal, respecto de cualquier decisión tomada por los sectores del gobierno, sean éstos legislativos o administrativos o responsables de programas o políticas de influencia directa en su ámbito de desarrollo, en el caso de la consulta previa, dichas decisiones deben estar contempladas en medidas legislativas o medidas administrativas y la etapa de consulta debe ser previa, como su propia denominación lo indica, de conformidad con el principio de oportunidad (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 16) (Organización de la Naciones Unidas, 2016, p. 21).

Claro está que el derecho a la participación se distingue de la consulta previa por su carácter general, pues "...el ámbito de protección del derecho a la consulta es la finalidad de lograr un acuerdo o consentimiento previo a la adopción de medidas administrativas o legislativas por el Estado. A diferencia, el ámbito de protección del derecho a la participación es la libre intervención en el ámbito político, económico, social y cultural, lo cual caracteriza su amplitud de intervención en los diversos niveles de organización, público y privado..." (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 28).

Precisamente en el mencionado Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones arribadas con motivo de la 103ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, se realizó la observación de que el Gobierno peruano no se encuentra aplicando dicha obligación o, en todo caso, que su aplicación es parcial.

Por otro lado, dicho informe también refiere que sigue sin darse pleno efecto al artículo 7 del referido Convenio 169 de la OIT, que, en resumen, señala que los pueblos interesados tienen el derecho de decidir sus prioridades en lo que atañe al proceso de su desarrollo en el sentido económico, social y cultural, participando en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (OIT, 2014, p. 616).

Resultando de ello que al aplicarse parcialmente la posibilidad de consulta previa en los asuntos que les atañen, por parte del Gobierno peruano, se está contraviniendo el referido artículo de un Convenio que cuenta con un rango constitucional dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Ambas omisiones de nuestro gobierno que motivan la recomendación de parte de la comisión de expertos de la OIT, de que, en consulta con los pueblos indígenas y las otras partes interesadas, se adopten las medidas legislativas correspondientes y se revisen en consecuencia las disposiciones de la legislación vigentes (OIT, 2014, p. 616).

Según lo desarrollado, ocurre que, precisamente en el caso de la Ley de Consulta Previa, particularmente, el segundo párrafo del artículo 15 de la Ley 29785, así como, el artículo 23, numeral 23.3 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, se abre la posibilidad de que a pesar de no tomarse el acuerdo entre el Estado, que en realidad es el Gobierno, y el o las poblaciones indígenas, la entidad promotora pueda dictar la medida objeto de consulta; vale decir, no se otorga pleno efecto al artículo 6, primer párrafo,

apartado b) y al artículo 7 del Convenio 169 de la OIT; razón por la que se recomienda la revisión de las disposiciones legales vigentes.

Para tales efectos, es pertinente tener en claro cuál es el concepto de la Consulta Previa desarrollado tanto en el referido Convenio 169 de la OIT, así como su aplicación en el país que resulta dissociativa con este primer concepto; por otro lado, la obligación de aplicación de los tratados en la práctica jurídica peruana, así como su ubicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, finalmente, la naturaleza de la consulta previa, tomando en cuenta el concepto de pueblos indígenas y tribales, así como la doctrina de la pluriculturalidad, involucra el respeto de las disposiciones constitucionales que contienen derechos del mismo tipo que han de ser interpretadas sistemáticamente y desarrollados para asegurar su eficacia; ello, teniendo presente que los representantes han sido elegidos para cumplir con la voluntad de la población, que si bien es difusa, debe estar referida al bienestar del ciudadano en la mayoría de los casos y, en unos pocos, ha de ser tomada en sentido literal.

En el caso de los conflictos sociales que hayan de suscitarse en el marco de la ejecución de una medida administrativa o legislativa, dada la situación de conflicto, la expresión directa de la voluntad popular y la obligación de los órganos de gobierno de actuar conforme a la Constitución, inmediatamente deben activar los mecanismos previstos en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

La presente investigación, teniendo como premisa la existencia de esta norma internacional acogida en nuestro país; se aboca al conocimiento de las implicancias jurídicas que viene generando la aplicación de la Ley N° 29785, ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que tiene vigencia en nuestro país desde el año 2011, la misma que regula la posibilidad de consulta a los pueblos indígenas de manera previa a la toma de medidas legislativas o administrativas respecto de los temas que afectan su jurisdicción, en relación al artículo 6 ya mencionado, en relación al derecho de participación de los pueblos indígenas; en el entendido que una norma con rango legal que debería ser viable y no trasgredir normas constitucionales; en la actualidad se observa que no lo es así, es decir que con el ánimo de dotar de eficiencia al derecho de consulta previa se promuega una Ley que establece mecanismos, cuya sola regulación no sirve de nada si no existe la comprensión por parte de los funcionarios gubernamentales y de los pobladores mismos de que este derecho está vigente y que mantiene rango constitucional, lo que implica que su desarrollo normativo importe eficacia antes que implantación de burocracia y que ante una situación de incertidumbre o conflicto, siempre debe prevalecer la protección de estos derechos constitucionales ante cualquier otra alternativa, por efectos de la jerarquía y la ponderación.

Se observa claramente, entonces, que al prevalecer las normas administrativas propias de los órganos de gobierno, sobre los principios constitucionales, se está lesionando abiertamente a la Constitución; por lo que, el presente trabajo busca proponer una estructura conceptual que dé

cuenta de la prevalencia de los principios constitucionales establecidos en los mencionados artículos al momento de llevar a cabo cualquier medida legislativa o administrativa por parte de los órganos de gobierno; lo cual tendrá como fundamento político la concepción de democracia participativa.

## **1.2. Formulación del problema**

¿Cuáles son las implicancias jurídicas de la Consulta Previa a pueblos indígenas contenida en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en la casuística y la legislación peruana?

## **1.3. Justificación**

La razón por la que se pretende desarrollar la presente investigación es la advertencia de que la aplicación de la Ley de consulta previa podría estar afectando un sector de la eficacia del artículo 6 del Convenio 169 OIT suscrito por el país, en el caso específico de la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas; pues, al no tratarse estrictamente de una norma que desarrolla los imperativos constitucionales, se termina afectando de manera inmediata a las poblaciones indígenas a las que se debería beneficiar y de manera mediata al ordenamiento jurídico mismo.

En ese sentido, el presente trabajo busca asegurar el correcto desarrollo de los principios establecidos en el referido Convenio 169 de la OIT en el fondo y forma de la Ley de Consulta Previa a la que hemos hechos referencia, lo que terminará beneficiando tanto a los pueblos indígenas en los que vaya a ser



aplicada la consulta previa a la toma de medidas administrativas y al ordenamiento jurídico peruano que, a fin de cuentas, involucra un sistema que debe estar perfectamente engranado.

Dicho beneficio radicará en una nueva propuesta de Ley de Consulta previa que halle su estructura en la perfecta correspondencia con los principios constitucionales a los cuales desarrolla, lo cual posibilitará que las medidas administrativas a ser tomadas por los funcionarios del gobierno no terminen afectando la voluntad de la población en las que se aplican.

Por lo que dichos beneficios, serán perceptibles al corto plazo, evitándose de esa manera la generación de conflictos sociales.

Con lo dicho, podemos aseverar que la investigación realizada a nivel básico presenta utilidad teórica en cuanto pretende aclarar la relación existente entre una norma perteneciente al ordenamiento constitucional y entre la ley que la desarrolla y, utilidad práctica dado que pretende llevar a cabo una nueva formulación de la Ley de Consulta Previa que evite la generación de conflictos sociales tras la aplicación de medidas administrativas.

Conflictos que, de hecho, a pesar de no ser materia de investigación en el trabajo que presentamos, se ha suscitado en nuestro país, como ha ocurrido en la provincia de Bagua o, como erróneamente pretendía ser aplicado respecto de las comunidades campesinas en Cajamarca.

## **1.4. Limitaciones**

Las limitaciones identificadas redundan en cuanto al problema específico de investigación dado que no existen tratados completos ni tesis anteriores que lo desarrollen; sin embargo, en lo tocante a los temas independientes tales como el estudio del Convenio 169 de la OIT y la Ley de Consulta Previa, no presenta limitaciones; de la misma forma, no existen limitaciones logísticas para su desarrollo.

## **1.5. Objetivos**

### **1.5.1. Objetivo general**

Determinar las implicancias jurídicas de la Consulta Previa a pueblos indígenas contenida en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en la casuística y la legislación peruana.

### **1.5.2. Objetivos específicos**

- a. Establecer la relación entre los fundamentos teóricos y doctrinarios del Convenio 169 de la OIT y los fundamentos teórico-doctrinarios de la Consulta Previa como institución jurídica.
- b. Describir la estructura, sistematización y finalidad de la Ley de Consulta Previa N° 29785 y su eficacia para la correcta aplicación de las medidas administrativas gubernamentales.

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes

No se han identificado antecedentes directos de estudios, tratados o investigaciones acerca del tema específico a desarrollar; sin embargo, dada la finalidad de esta investigación en la que se busca dotar de eficacia real en nuestro país al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT de manera permanente en el quehacer político de nuestro país, utilizaremos los antecedentes del tema únicamente como parámetros para el posterior desarrollo de nuestra posición, no como fundamentos teóricos debido a que la mayoría son contradictorios o restringidos.

El primer antecedente ubicado en el ámbito nacional es el trabajo de Investigación presentado por Cristina Blanco Vizarreta ante la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulado “El Proyecto Conga desde de los estándares del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos” (Blanco Vizarreta, 2013); que, a pesar de su especialidad, consigna dentro de su marco referencia temas tales como la consulta previa y su contenido, así, en su Capítulo Segundo, realiza una disertación acerca de si las Comunidades Campesinas o Nativas reconocidas en el texto constitucional tienen derecho a la consulta previa, aclarando que el determinante para la titularidad del derecho no es la denominación del grupo sino el cumplimiento de los parámetros objetivo y subjetivo determinados por el Convenio 169 de la OIT (p. 36); por otro lado, en el mismo capítulo desarrolla las características de los pueblos a los que se les reconoce el derecho, realizando una crítica a la

supeditación de tal actuación a la mera formalidad (p. 44); asimismo, en el Capítulo Tercero, define a la consulta previa como es derecho por el cual los pueblos indígenas tienen la facultad de ser consultados con anterioridad a la aplicación de una medida administrativa o legislativa, asimismo, sus características de ser libre e informada, y su aplicación en el ámbito nacional (p. 55).

En segundo lugar, contamos con el Documento de Investigación presentado por Cynthia A. Sanborn, Verónica Hurtado y Tania Ramírez ante la Universidad del Pacífico, titulado “La Consulta Previa en el Perú: Avances y Retos” (2016); en el mencionado trabajo de investigación, las autoras realizan un resumen de los casos en los que se ha aplicado la consulta previa, principalmente respecto de temas en el sector de hidrocarburos (p. 11); asimismo, describe los grupos de interés, poder y percepciones acerca de su intervención en el procedimiento (p. 17); por otro lado, describe casos seleccionados de consulta previa en el Perú, tales como: “El Área de Conservación Regional Maijuna-Kichwa” (p. 37), “El sector hidrocarburos: el caso del lote 192” (p. 39) y, “El sector minero y el caso Cañaris” (p. 44).

En tercer lugar, tenemos el estudio de Ana Milena Rivas, respecto a la propuesta de reglamentación de la Consulta Previa en Ecuador, titulado “Análisis Jurídico de la Propuesta de Reforma al Decreto 622/77 para la reglamentación de la Consulta Previa” (2008), trata el tema de la Consulta Previa a los pueblos indígenas como una facultad del Gobierno por la que se realiza un acto concesorio respecto de los pueblos indígenas, aspecto que resulta contrario a nuestra posición; sin embargo, la iniciativa de reglamentar

un asunto que se encuentra regulado sustantivamente es sumamente relevante, por lo que su propuesta significa el punto de partida para ampliar la gama de propuestas que aseguren la eficacia de la mencionada institución jurídica.

En cuanto a los trabajos de Raquel Yrigoyen Fajardo, titulados “Derecho de Consulta y Participación: Una larga historia” (2010), asimismo, su tratado titulado “De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”(2009); resultan sustanciales para nuestra investigación, debido a que en el primero lleva a cabo un estudio histórico acerca de la institución jurídica y denota los continuos aportes conceptuales de los que ha sido objeto, demostrando la posibilidad de complementar cada vez mejor la idea, lo cual puede ser correlacionado con los fines del Estado y su concepto mismo para alcanzar una nueva formulación de la institución en comento que posibilite la participación de la población en la toma de medidas administrativas; para llegar a este punto de la argumentación resulta importante el estudio de su segundo trabajo en el cual establece los conceptos básicos de los derechos de libre determinación del pueblo, participación, consulta y consentimiento.

Por otro lado, contamos con tratados que desarrollan el tema de manera parcial, desde la óptica que les ha otorgado la regulación legislativa, cuya utilidad para la investigación ha radicado en los aportes de las figuras básicas de las que está compuesta la institución de la Consulta Previa, su concepción legislativa, la estructura restringida con la que todavía cuenta, la misma que al ser relacionada con las normas constitucionales mencionadas constituyen una importante contribución; estos son: “El Derecho a la Consulta Previa de

los Pueblos Indígenas en el Perú” de Amelia Alva Arévalo (2010); y el Informe titulado “Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el fortalecimiento de la democracia” (2009).

En cuanto al ámbito normativo, tenemos: El Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (1957), por tratarse del primer instrumento internacional que establece los derechos de los pueblos minoritarios como son los indígenas y tribales, cuyas características pueden ser ampliadas a las Comunidades Campesinas y Nativas de nuestro país; El Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989) que desarrolla con mayor amplitud los derechos de los pueblos mencionados; El Convenio constitutivo del fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y El Caribe (1992), que significa el primer paso para asegurar la eficacia de las anteriores declaraciones de derechos; El Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966) que es una de las bases fundamentales para los temas de las poblaciones indígenas; Ley N° 29785 y su reglamento, que es la Ley marco dentro de nuestro país que regula el tema de la consulta previa a las comunidades campesinas y nativas acerca de las medidas legislativas y administrativas que van a ser tomadas y afecten su territorio y su patrimonio en general; sin embargo, mantiene una óptica favorable a la imposición de parte del gobierno de la decisión final, aún en contra de las conversaciones mantenidas con los representantes de los mencionados grupos minoritarios, lo cual en lugar de constituir un avance en la regulación de dichos temas significa una burla a dichos grupos y a la normatividad constitucional.

En lo referente al *state of the question*, podemos afirmar que la Consulta previa, en la actualidad es considerado un derecho fundamental; para ellos es necesario repasar algunos documentos que sustentan su carácter de tal:

El primer lugar hemos de mencionar al Convenio 169 de la OIT, debido a que en éste se realizó el diagnóstico acerca del tratamiento que tienen los Pueblos indígenas en el ámbito nacional, concluyéndose que: Existe escaso conocimiento de sus derechos, lo cual se extiende incluso a su reconocimiento; débil comprensión de la diversidad cultural y; escasa preparación para el diálogo intercultural.

De allí que se comprenda la necesidad de efectivizar el ejercicio del derecho a la consulta, con lo que se sentaron las bases para reconocer la existencia de la diversidad étnica y cultural, la inclusión de los pueblos indígenas y la institucionalización del gobierno para la participación de la población indígena en la toma de decisiones.

Al respecto, en nuestro país se dio el siguiente tracto para la asimilación de los mencionados principios:

El Convenio N° 169 de la OIT (27-06-1989), sobre pueblos indígenas, aprobado por Perú Resolución Legislativa N° 26253, 26-11-1993. Publicada el 5-12-1993, depósito Internacional 02-02-1994, vigente en el Perú desde el 2 de febrero de 1995.

En conclusión, el Perú es suscriptor de este Convenio y tiene la obligación de tomarlo en cuenta para la emisión de las leyes especiales al respecto. Las razones son las siguientes:

Es un Tratado internacional de Derechos Humanos jurídicamente vinculante una vez ratificado, su aplicación está fiscalizada por los órganos de control de la OIT, su violación compromete la responsabilidad internacional del Estado ratificante, mediante la ratificación, el Convenio 169 OIT se incorpora al derecho interno, el Tribunal Constitucional ha señalado su rango constitucional, su contenido es de obligatorio cumplimiento, sus disposiciones son exigibles ante los tribunales nacionales.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que todo ello tiene como función primordial la garantía de la protección de los derechos colectivos de las poblaciones indígenas, específicamente, su participación en la aplicación de las medidas legislativas o administrativas que atañen a su territorio.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. Pueblos indígenas o tribales**

#### **A. Definición normativa**

La definición normativa acerca de los pueblos indígenas o tribales puede ser encontrada tanto a nivel internacional como nacional, asimismo, en el ámbito nacional, en cualquier nivel normativo de



nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, respecto del ordenamiento jurídico peruano, únicamente nos centramos en la regulación contenida en la Ley de Consulta Previa y su reglamento.

Dicha definición no se encuentra unificada ni es explícita en todos los casos, por tal razón, la tarea a desarrollar en el presente apartado estriba en alcanzar una definición común a la categoría jurídico-social denominada pueblos indígenas, también denominados originarios en la Ley de Consulta Previa y su reglamento.

Existe diferencia entre los denominados pueblos tribales y los pueblos indígenas, ésta ha sido desarrollada en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.

Acerca de los pueblos tribales, el mencionado primer artículo señala que se trata de aquellos cuyas "...condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial..." (Convenio 169 OIT, 1989, art. 1, inc. 1).

Notemos que en la redacción se ha incluido un catálogo inclusivo de cualidades que deben cumplir los pueblos para ser considerados tribales, es decir que todas son concurrentes, motivo por el cual la sociedad mayoritaria deberá considerar como tal a los grupos que

se diferencien tanto en el ámbito social, es decir, la forma en la que se organiza la sociedad, las figuras e interrelaciones sociales que mantengan, cómo se agrupan, qué ceremonias realizan, los tipos de familias que admiten, entre otros; como en el ámbito económico, modos de intercambio de bienes, pagos, compras, trueques, tráfico de bienes, y otros; finalmente, la organización cultural, las costumbres, creencias, entre otras manifestaciones culturales; todas ellas, ejercidas de manera diferenciada del resto de las sociedad y regidas por un tipo especial de normatividad.

Debe tenerse en cuenta que para este tipo de pueblos no se ha establecido la cualidad ancestral transmitida de generación en generación, sino únicamente un rasgo diferenciador de los demás pueblos con costumbres comunes o equivalentes.

Sobre el particular cabe señalar que dicha diferenciación de ninguna manera puede ser entendida como discriminación, antes bien, debe ser entendida como un sentido de equidad, el mismo Convenio 169 de la OIT lo establece como tal en el numeral 2 del artículo 2 y en el numeral 1 del artículo 3.

En cuanto a los pueblos indígenas, el convenio ha señalado que deben ser considerados tal "...por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras

estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas...” (Convenio 169 OIT, 1989, art. 1, inc. 1, lit. b).

Como se observa, en esta definición se presta mayor relevancia a la ascendencia de los llamados pueblos indígenas, puesto que en ellos puede confirmarse una suerte de cadena de herencias culturales, sociales, económicas y políticas que han sido transmitidas de generación en generación sin alteración desde la época de la conquista, la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras; este último rasgo también define el contenido de los pueblos indígenas, debido a que es irrelevante si es que éstos pertenecen a un país u otro, sino que, cualquiera sea su ubicación y situación jurídica conservan en común las mencionadas características ancestrales.

El siguiente cuadro diferenciador ilustra de una manera resumida las cualidades de cada uno de estos pueblos:

PUEBLOS TRIBALES	PUEBLOS INDÍGENAS
Condiciones económicas, culturales, organización social y forma de vida que los distinguen de los otros segmentos de la población nacional, por ejemplo en la forma de ganarse el sustento, el idioma,	Continuidad histórica, es decir que son sociedades anteriores a la conquista o la colonización; Conexión territorial (sus ancestros habitaban el país o la región); Instituciones políticas, culturales,

etc.;	económicas y sociales distintivas
Tener tradiciones y costumbres y/o un reconocimiento legal especial.	(retienen algunas o todas sus instituciones propias).

Fuente: Elaboración propia.

Según la Defensoría del Pueblo, la identificación de estos grupos se lleva a cabo observando los criterios objetivo y subjetivo determinados en el Convenio 169 de la OIT:

El criterio objetivo se resume en el siguiente cuadro:

Convenio N° 169	Artículo 7° de la Ley N° 29785
Continuidad histórica, es decir, permanencia en el territorio nacional desde tiempos anteriores al proceso colonial.	Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
Conexión territorial, entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones indígenas.	Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas conservadas total o parcialmente por los grupos humanos en cuestión: lengua, organización social (forma de organización de las familias), organización política (instituciones que poseen para elegir sus autoridades y representantes), actividades económicas (actividades de sustento que sean distintivas y ancestrales), cosmovisión (forma de organización de su conocimiento sobre el universo), creencias y prácticas ancestrales (prácticas asociadas a la vida en comunidad).	Instituciones sociales y costumbres propias. Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

FUENTE: (Defensoría del Pueblo, 2015, P. 15)

Otros instrumentos internacionales como la Declaración y programa de acción de Viena (ONU, 1993), aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, llevada a cabo en Viena, del 14 al 25 de junio de 1993, incluye en su lista de derechos a proteger por la comunidad internacional y por los gobiernos "...entre otras- los derechos de las poblaciones indígenas, la importancia de educar en derechos humanos, la importancia de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, creándolas y reforzándolas. De igual forma, en el campo de los derechos de los pueblos indígenas, solicita al Sistema de Naciones Unidas una atención especial, incluyendo la asistencia a los Estados en esta materia..." (Fernández, 2015, P. 84).

A pesar de no establecer taxativamente la diferenciación entre este tipo de poblaciones y las poblaciones mayoritarias de nuestras regiones, la Declaración de Viena identifica como una de las diferencias la práctica, reconocimiento o conocimiento de los derechos humanos, en el sentido occidental de la expresión, habida cuenta que este tipo de derechos son desconocidos o no practicados por este tipo de poblaciones a pesar de encontrarse dentro del territorio de países que departen dicha doctrina.

Asimismo, la mencionada conferencia mundial, le reconoció a los pueblos indígenas cualidades diferentes a las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, basados en los propios derechos humanos que ostentan y que los diferencian por razones ancestrales de los

demás pueblos existentes en la actual organización de Estados; empero, debe resaltarse que dicha diferenciación obedece a un reconocimiento fáctico de los comportamientos, costumbres, concepciones sociales, económicas y políticas que mantienen estos grupos y que han sido transferidos de sus antepasados y se han mantenido incólumes hasta la actualidad; no así, con el ánimo de desconocerles derechos humanos o fundamentales que comparten las poblaciones mayoritarias o minoritarias que no pueden ser catalogadas como indígenas.

La importancia de la comentada Declaración es que, tal y como lo prescribe, recoge con beneplácito acerca de las poblaciones indígenas, la “...reafirmación del compromiso de la comunidad internacional de velar por el disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de esas poblaciones y de respetar el valor y la diversidad de sus culturas e identidades...” (ONU, 1993, p. 17). Es decir, que el ánimo diferenciador en este tipo de instrumentos internacionales no implica exclusión o discriminación, sino interés por la inclusión de dichos grupos en la práctica de la doctrina de los Derechos Humanos, con total respeto de su voluntad hacia ellos; recordemos que además de la mencionada doctrina también contamos con otras que defienden el culturalismo o reconocen el pluriculturalismo.

En ese tenor, “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de

las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan...” (ONU, 1993, p. 24). Con ello, dicha conferencia mundial deja sentada la necesidad de caminar de la mano de dichas poblaciones indígenas, apoyándolas en las materias que así lo requieran, debe entenderse sin intromisiones innecesarias habida cuenta que se habla del pluriculturalismo y, finalmente, asegurando los mecanismos de participación de las mismas en todos los aspectos de la sociedad, sociedad entendida en una dimensión multicultural; nótese además, que en este numeral, el 20 de la Declaración, se inserta el germen del derecho de participación de las poblaciones indígenas en las cuestiones que le conciernen, que luego, en el Convenio 169 de la OIT se disgregaría en consulta previa y otros modos de participación.

Para conseguir tales finalidades, el referido instrumento, en la segunda parte del numeral 20 refiere que “Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas

concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.” (ONU, 1993, p. 24). Generando la responsabilidad de los Estados a través de sus gobiernos de aplicar sus políticas respetando los derechos y libertades de las poblaciones indígenas y, dentro de todos estos derechos, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, pues reconoce la diferencia social, cultural, económica y política como un valor que alimenta la diversidad existente en nuestras regiones, pluriculturales, el respeto de las minorías, la caída de la falsa concepción de imposición de costumbres a los pueblos invadidos por la cultura de Europa Occidental y, en ese mismo sentido, las diversas invasiones suscitadas en el globo.

El hecho de la existencia de 300 mil de personas que pertenecen a los más de 5000 pueblos indígenas en todo el mundo y la situación de discriminación y pobreza en que viven mereció la atención de la comunidad internacional cuando en el mismo año, en su Resolución N° 48/163 del 21 de Diciembre de 1993, fue declarado el Decenio Internacional de la Poblaciones Indígenas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.



Del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001 tuvo lugar en Durban, Sudáfrica, la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia y como resultado fueron publicadas la Declaración y el Programa de Acción de Durban, que establecen estándares internacionales en el tema y proporcionan un programa contra la discriminación innovador. En la Declaración de Durban los países reunidos reconocen que el colonialismo ha llevado al racismo y las formas conexas de intolerancia y que, entre otros, los pueblos indígenas fueron víctimas del colonialismo y continúan siéndolo de sus consecuencias.

Los efectos y la persistencia de esas estructuras y prácticas son factores que contribuyen a desigualdades sociales y económicas duraderas en muchas partes del mundo de hoy (Numeral 14, 39). Pobreza, subdesarrollo, exclusión social van vinculadas al racismo y a la discriminación (Numeral 18).

La Declaración reconoce los derechos de los pueblos indígenas y recalca la necesidad de adoptar las apropiadas medidas constitucionales, administrativas, legislativas y judiciales para que se hagan realidad (Numeral 23).

La Declaración repudia el racismo, la discriminación racial en el funcionamiento de los sistemas penales y en la aplicación de la ley (Numeral 25), pone de relieve la necesidad de poner fin a la

impunidad de las violaciones de los derechos humanos de las personas víctimas del racismo. (Numerales 26, 41), reconoce el valor de la diversidad de las culturas y el patrimonio de los pueblos indígenas, así como su derecho a expresar libremente su identidad, su participación en todos los aspectos de la sociedad son fundamentales para la estabilidad política y social y para el desarrollo del estado en que viven. (Numeral 40, 42).

A nivel nacional, la categoría utilizada por la Ley de Consulta previa es la de pueblo indígenas, aunque otras normas regulan la categoría comunidades nativas; sin embargo, para lo fines de la presente investigación es pertinente conocer la normatividad que contiene a la primera de las categorías mencionadas por estar expresamente contemplada en la ley analizada.

Así, en el país únicamente existe una norma que trata acerca de los pueblos indígenas, esta es la Ley N° 28736 denominada Ley para la protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial; sin embargo, como es de notarse, está dirigida a los pueblos que se encuentran aislados del resto de la sociedad o que apenas están tomando contacto con el resto de la sociedad peruana.

La finalidad de dicha norma, de conformidad con el artículo 1, es "...establecer el régimen especial transectorial de protección de los derechos de los Pueblos Indígenas de la Amazonía peruana que se

encuentren en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud, salvaguardando su existencia e integridad...”; Ley que ha sido emitida en el contexto del avance internacional respecto de la comprensión de la pluriculturalidad, el respeto de sus derechos y costumbres, la prohibición de la discriminación y todo el cúmulo de responsabilidades delegadas a los Estados para la consecución de dichas máximas.

La mencionada norma, en su artículo 2, alcanza una definición de pueblo indígena en los siguientes términos: “Aquellos que se autoreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución.

En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial”; es decir, se respeta la libre determinación de los pueblos a reconocerse como indígenas, basados en la cultura que mantienen en situación de diferencia respecto del resto de la sociedad peruana, pero además, incluyen el aspecto territorial; asimismo, se le reconoce su cualidad de ciudadanos peruanos, a pesar de que esta circunstancia sea meramente factual y no comulgue con las circunstancias formales como la adquisición del documento nacional de identidad, este fenómeno se produce en virtud de la propia prohibición de

discriminación respecto de dichos pueblos y, consecuentemente, sus pobladores.

Cabe recalcar que la sistematización de las diferencias en las posibilidades de participación en asuntos públicos de los mencionados pueblos y de sus pobladores no se lleva a cabo con intención de exclusión, sino con una finalidad didáctica, para asegurar la identificación de los derechos que les pueden ser reconocidos, y las diferencias que han de ser respetadas.

Es claro que la finalidad de la ley en comento no es la exclusión, sino la inclusión progresiva y respetuosa de los mencionados pueblos a los beneficios que podrían otorgales nuestra sociedad, si ellos así lo consideran conveniente; motivo por el cual se les reconoce derechos adicionales a los que ya se encuentran contemplados en nuestra Constitución Política del Perú, los mismos que están regulados en el artículo 4 y son:

- “a) Proteger su vida y su salud desarrollando prioritariamente acciones y políticas preventivas, dada su posible vulnerabilidad frente a las enfermedades transmisibles;
- b) Respetar su decisión en torno a la forma y el proceso de su relación con el resto de la sociedad nacional y con el Estado;
- c) Proteger su cultura y sus modos tradicionales de vida, reconociendo la particular relación espiritual de estos pueblos con su hábitat, como elemento constitutivo de su identidad;

- d) Reconocer su derecho a poseer las tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos a las mismas; la propiedad de las poblaciones sobre las tierras que poseen se garantiza cuando adopten el sedentarismo como modo de vida;
- e) Garantizar el libre acceso y uso extensivo de sus tierras y los recursos naturales para sus actividades tradicionales de subsistencia; y,
- f) Establecer reservas indígenas, las que se determinarán sobre la base de las áreas que ocupan y a las que hayan tenido acceso tradicional, hasta que decidan su titulación en forma voluntaria.”

Reiteramos que dichas facultades son complementarias y no suplementarias de las facultades ya establecidas a manera de derechos humanos en los instrumentos nacionales y como derechos fundamentales en la Constitución Política del Perú; asimismo, que el reconocimiento de los nuevos derechos no se lleva a cabo en un contexto de discriminación, sino de inclusión, como cualidad específica y exclusiva de estos grupos indígenas pero derivada de nuestro concepto de Estado y los derechos que en torno a este se han gestado.

Es menester en este punto indicar que la diferenciación entre derecho internacional y derecho nacional también es meramente didáctica, debido a que el derecho debe ser visto a partir de su

finalidad y no de su modo de producción, el ordenamiento jurídico es tal en tanto y en cuanto sirva para ordenar a la sociedad peruana, independientemente de su fuente de creación.

## **B. Relación con la Consulta Previa**

Con lo dicho, resulta claro que la Consulta Previa como derecho también es un derecho autónomo que guarda características particulares en el contexto del reconocimiento de la pluriculturalidad y la inclusión progresiva y respetuosa de los pueblos indígenas en la forma de Estado desarrollada por el resto de la sociedad peruana, asimismo, en consonancia con los derechos contenidos en las diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, por tal motivo, puede sostenerse que el nacimiento de dicho derecho no ha sido aislado, sino tomando como parámetros los derechos previamente existentes en las sociedades de tradición europea occidental, ya que es en este contexto en el que ha sido reconocido y no como fenómeno surgido del interior de cada pueblo indígena.

Así, es correcto afirmar que la consulta previa es un derecho fundamental no enumerado taxativamente en la Constitución Política del Estado Peruano, sin embargo su prescripción se encuentra en el artículo 6° (entre otros) del convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

Tal convenio, al haber sido ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 02 de diciembre de 1993, forma parte del ordenamiento jurídico peruano y posee rango constitucional, al ser una norma que regula materia de derechos humanos (ver STC 047-2004-AI y STC 025-2005-PI).

En atención a ello, el Derecho a la consulta previa se constituye como un derecho fundamental específico de los pueblos indígenas, con autonomía propia y **no forma parte de los derechos de participación ciudadana pero sí se deriva de ellos**, puesto que se trata de figuras logradas en virtud de las conquistas del actual Estado Liberal y que han sido recogidas en distintas cláusulas constitucionales además del ordenamiento jurídico constitucional integrado por normas internacionales como el Convenio 169 de la OIT.

El fundamento para considerar a la consulta previa como un derecho derivado de la participación ciudadana no es inventado ni ha surgido de una afirmación antojadiza, sino que ha sido extraído de la doctrina:

Es cierto que la Consulta Previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas (Scurrah & Chaparro, 2015, p. 139) además de un mecanismo para ejercer la participación ciudadana (Valdiviezo del Carpio, 2013, p. A10), para tales efectos es imprescindible que se entienda al derecho constitucional que lo contiene como un derecho dúctil

(Zagrevelsky, 2014), moldeable, de adecuación a toda circunstancia social, puesto que la Constitución no es más que el resultado normativo de las vivencias de la sociedad; es decir, mientras se siga entendiendo al Derecho Constitucional como un catálogo de normas contenido en un código llamado constitución, en su sentido formal, desconociendo la constitución material, resultará imposible entender a la Consulta Previa en su dimensión participativa. (Documento de tesis, p. 41).

La Participación ciudadana, es un derecho contenido en el artículo 2, numeral 17 de la Constitución Política del Perú, cuyo desarrollo se encuentra en el artículo 31 del código constitucional, ambos artículos deben ser interpretados sistemáticamente, pues tanto la constitución formal como material constituyen una unidad<sup>1</sup> y así es como debe ser entendida por sus aplicadores.

Es decir, es cierto que el artículo 31 de la Constitución Política del Perú, Constitución formal, contiene los mecanismos formales y reconocidos de participación ciudadana, asimismo, es cierto que dichos mecanismos son desarrollados en una norma con rango legal, Ley N° 26300, sin embargo, ello no significa que los medios de participación ciudadana se agoten en la lista proporcionada por

---

<sup>1</sup> Así lo señala el principio de unidad de la constitución consignado en el fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 05058-2005-PA/TC, según el cual "...la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto..." (Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, 2005, f.12)



dichas normas, pues entender ello sería tanto como interpretar la constitución hermenéuticamente, tarea que resulta imposible.

Precisamente al hablar de derechos innominados (no enumerados taxativamente en el texto de la constitución formal) reconocemos la existencia de una Constitución Material y la eficacia del artículo 3 de la Constitución formal, es decir que el catálogo de derechos enumerados en ella no agotan la totalidad de ellos; sin embargo, la existencia de un derecho innominado no lo hace totalmente independiente de los otros, aislado, puesto que no existen derechos fundamentales ermitaños sino que deben entenderse como un conjunto de facultades que definen la naturaleza humana en sus diferentes dimensiones.

La Consulta Previa como tal es un derecho innominado porque no está taxativamente contemplado en la Constitución Formal a pesar de existir en la Constitución material, más no por ser distinto del derecho de Participación Ciudadana.

Tal situación ocurre, por ejemplo, con el derecho a la libre determinación de la personalidad, que también es un derecho innominado pero es derivado del derecho a la libertad y, algunos señalan, del derecho al libre desarrollo contenido en el artículo 2, numeral 1 de la Constitución Formal (00032-2010-AI/TC).

Lo mismo ocurre con el derecho a la igualdad o equidad de género que es innominado y deriva del derecho a la igualdad (05652-2007-AA/TC), el derecho a la vida del concebido que deriva del derecho a la vida (02005-2009-AA/TC), entre muchos otros derechos innominados que han sido desarrollados jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional.

Afirmar entonces que el Derecho a la Consulta Previa no deriva del Derecho a la Participación Ciudadana porque es innominado es una falacia.

También es cierto que el artículo 6 del Convenio 169 OIT define a la Consulta Previa señalando:

“Artículo 6

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

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

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones

electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

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

Al respecto debo señalar que en ningún extremo del artículo sexto se hace diferencia entre el derecho a la Consulta Previa y el Derecho a la participación ciudadana; en el numeral 2, se hace alusión al contenido de la participación ciudadana en términos de equidad; el Convenio 169 no solo cuenta con el artículo 6 y este artículo también debe ser interpretado sistemáticamente con los demás del documento, así, el numeral 1 del artículo 2 también hace alusión a la participación de los pueblos, el artículo 3, numeral 1, prohíbe la discriminación.

Con lo dicho, aseverar que el derecho a la Consulta Previa no es un derecho que se deriva de la participación ciudadana, atenta contra el principio de equidad imperante en nuestro derecho constitucional

actual, así como a la “concepción pluriculturalista” que éste importa (Vásquez, 2013).

Todos los ciudadanos peruanos ostentamos tal condición por el solo hecho de haber nacido en suelo patrio y por haber alcanzado la capacidad de ejercicio, no puede quitarse tal condición a los grupos minoritarios que gozan de características particulares, sino reconocerse dichas diferencias para proveerles de una protección diferenciada de conformidad con sus características particulares y necesidades, tal es el caso de las comunidades campesinas y nativas, cuyos integrantes también son ciudadanos peruanos y cuya participación en la toma de medidas administrativas o legislativas mediante consulta previa también significa participación ciudadana en el contexto de una democracia participativa (Scurrah & Chaparro, 2015, p. 139).

## **2.2.2. La Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas**

### **A. Consideraciones Generales**

Como ha sido señalado anteriormente, la Consulta Previa es un derecho fundamental que pertenece al bloque de constitucionalidad de nuestro país por efecto de su reconocimiento como tal, se trata de un derecho autónomo con características y principios particulares que han sido definidos en nuestro país por la normatividad, Ley N° 29785 y su reglamento, el Decreto Supremo

Nº 001-2012-MC, y por las opiniones de la Defensoría del Pueblo, Informe Nº 011-2009-DP/AMASPPI.PPI.

La definición otorgada por la defensoría del pueblo es la siguiente: “Es el derecho colectivo 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 consultar respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta es implementada de manera obligatoria por el Estado” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 7).

Al respecto, dentro de los lineamientos desarrollados por la propia Defensoría del Pueblo, se han propuesto varias definiciones relativas a la Consulta Previa que son las siguientes:

#### **a. Proceso de consulta**

El denominado proceso de consulta es en realidad un propiciado por el sector del gobierno que busca ejecutar la medida legislativa o administrativa en la jurisdicción del pueblo indígena que podría resultar procedimiento que, según la definición de la contraloría consta de una serie de procedimientos afectado, dichos procedimientos deben ser llevados a cabo “... en el marco de un

diálogo intercultural de buena fe, basado en relaciones que propicien la equidad y el respeto...” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 7).

Es importante señalar que el procedimiento definido por la ley reviste suma importancia para posibilitar la participación efectiva de todos los miembros de la población indígena a través de sus representantes, pero que el procedimiento mismo no define el contenido del derecho fundamental sino que se trata únicamente de un mecanismo para hacerlo eficaz.

#### **b. Deber de consultar**

El deber u obligación de consultar se le impone a los órganos de gobierno que buscan implementar una medida administrativa o legislativa, según la definición de la Defensoría del Pueblo, se trata del “...deber estatal, imperativo y autoejecutable, por el cual toda autoridad o funcionario estatal somete a consulta toda medida administrativa o legislativa que pueda afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas. Este incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 7).

Es imperativo porque constituye una obligación previa que se conforma como un requisito de procedibilidad previo a la aplicación de cualquier medida administrativa o legislativa susceptible de afectar los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas.

### **c. Pueblos indígenas**

Los pueblos indígenas son los pueblos que descienden “...de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, tiene conciencia de su identidad indígena. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblo indígena, o parte de ellos. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 8).

Dicha definición ha sido extraída del propio Convenio 169 de la OIT y contiene tanto el aspecto objetivo y subjetivo de su contenido; en el primero se observan las circunstancias externas de los referidos pueblos, es decir, si es que pertenecen a grupos que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o cuentan con elementos que permitan identificar su existencia con anterioridad a la colonización, mientras que en el segundo aspecto se hace referencia al conocimiento o sentimiento de sus miembros de pertenencia a culturas ancestrales.

### **d. Medidas administrativas**

La primera categoría de medidas que podrían ser adoptadas por los órganos de cualquier sector del gobierno corresponde a las

medidas administrativas y, según la definición otorgada por la Defensoría del Pueblo, están referidas a las “Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”.

Es decir que dichas medidas se desarrollan en el contexto de la administración pública, respecto de la ejecución de políticas u actos de gobierno, para los cuales se necesita de la reglamentación correspondiente o de la dación de directivas de actuación, las mismas que desembocan en actos administrativos con efecto hacia la población.

#### **e. Medidas Legislativas**

La segunda de las categorías respecto de las medidas tomadas por los entes de gobierno son las medidas legislativas, es decir, las “Normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 8).

Dichas normas pueden ser dictadas por el Poder Legislativo o el Ejecutivo en delegación, y son de consulta obligatoria en los casos que involucren a los pueblos indígenas.



#### **f. Afectación directa**

Es conocido que los pueblo indígenas, son reconocidos como tales debido a que han mantenido su *statu quo* desde tiempos inmemorables, en nuestro caso, de manera previa a la colonización, dicha cualidad de inmutabilidad en la totalidad o la mayoría de sus costumbres les otorga un carácter de intangibilidad y la obligación de protección de parte del gobierno en reconocimiento de la pluriculturalidad imperante en el país; por tanto, cualquier medida que varíe las costumbres o la cultura inmersa en estos pueblos propician la afectación de sus derechos humanos.

Con ello, “Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos. La afectación puede ser positiva o negativa” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 8).

#### **g. Entidad Promotora**

En las propuestas legislativas presentadas por el congreso, la responsabilidad de la promoción de la consulta previa estaba a cargo del INDEPA, sin embargo, por propuesta de la Defensoría del Pueblo en el Informe N° 011-2009-DP/AMASPP/PP, la entidad promotora debería estar constituida por cada uno de los órganos u

organismos del Gobierno que busquen implementar las medidas administrativas o legislativas (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 25).

En efecto, es la entidad pública de nivel nacional, regional o local que prevé realizar alguna medida administrativa o legislativa que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas, la llamada a realizar el proceso de consulta, en cumplimiento de las disposiciones establecidas en una futura la ley marco que regule la consulta.

En cuanto al Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA), es actualmente el responsable de promover la inclusión y la participación de los Pueblos Indígenas y Afroperuanos, siendo el ente rector de las políticas públicas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, a partir de su regulación con la Ley N° 28495.

Las entidades promotoras son:

- La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de decretos legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el ministerio afín a la materia a consultar.
- Los ministerios, a través de sus órganos competentes.
- Los organismos públicos, a través de sus órganos competentes.
- El Congreso de la República.

- Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán como entidades promotoras. (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 8).

#### **h. Diálogo de buena fe**

La buena fe es una figura jurídica que implica la actuación respetuosa del ordenamiento jurídico, la justicia y de los derechos de los demás, considerando que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas debe darse en el marco de un diálogo intercultural de buena fe entre el Estado y los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, queda claro que dichas negociaciones debe primar la legitimidad en el sentido de aceptación popular, utilizando los mecanismos pertinentes y sin lesionar derechos de ninguna de las partes (Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 29).

Así, la defensoría del Pueblo ha indicado que "...las entidades estatales deben analizar y valorar la posición de los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado, los/las representantes y las organizaciones de los pueblos indígenas tienen el deber de actuar de buena fe, siendo inadmisibles las prácticas que buscan impedir o limitar el ejercicio de este derecho, así como la utilización de medidas violentas o coercitivas como instrumentos de presión

en el proceso de consulta. El principio de buena fe, aplicable a ambas partes, comprende adicionalmente:

- Brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo.
- Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado.
- Cooperar con el desarrollo de la consulta.
- Diligencia en el cumplimiento de lo acordado.
- Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta.
- No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta.” (Defensoría del Pueblo, 2015I, pp. 8-9).

#### **i. Acta de Consulta**

De conformidad con los lineamientos de la Defensoría del Pueblo, el Acta de Consulta es el:

Instrumento público, con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcancen como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrolladas durante el proceso de diálogo intercultural (entre ellos los puntos en desacuerdo y las razones que los fundamentan, en caso de existir). Es suscrita por las/los funcionarias/os competentes de la entidad promotora y por las/los representantes del o de los pueblos indígenas. En caso de que

los o las representantes no fueran capaces de firmar el acta, estamparán sus huellas digitales en señal de conformidad. Los documentos que sustentan el acuerdo, forman parte del acta de consulta. (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 9)

Es decir que mediante el Acta de Consulta se dota de objetividad y valor probatorio el procedimiento de consulta previa, se enciende que en esta deben ser consignados todos los trámites llevados a cabo con tal finalidad, las audiencias públicas, el procedimiento específico con el que se materializa la consulta, en mismo que debería variar de conformidad con los usos y costumbres del pueblo consultado. Y, en el caso de la regulación peruana, podría ser de utilización de los pueblos en desacuerdo a fin de iniciar los mecanismos legales correspondientes para la protección de sus derechos que deberán ser incoados ante otros órganos de gobierno estatal, tales como el Poder Judicial e incluso ante instancias administrativas superiores.

#### **j. Acuerdo total o parcial**

La finalidad de la Consulta Previa es alcanzar un acuerdo total o parcial respecto de la aplicación de la medida administrativa o legislativa en la jurisdicción de los pueblos indígenas; ello ocurre cuando:

“Los pueblos indígenas y el ente promotor logran arribar a un acuerdo total o parcial sobre la medida consultada, plasmados

en el acta de consulta. La entidad promotora de la medida consultada debe enriquecer su propuesta con los aportes de los representantes indígenas y contenidos en el acta de consulta, a fin de prevenir los efectos negativos y potenciar los efectos positivos de la medida propuesta” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 9)

Esta situación óptima es el resultado de la cesión de parte del pueblo indígena y la responsabilidad del Gobierno para llevar a cabo las negociaciones y, no significa una carta blanca para afectar la cultura de los referido pueblos, sino el permiso para la ejecución de la medida administrativa o legislativa asegurando la protección de los derechos culturales y derechos humanos de la referida población.

Ocurre que de no alcanzarse los acuerdos total o parcialmente la Ley habilita a los órganos de gobierno a aplicar las medidas protegiendo los derechos fundamentales y culturales de las poblaciones indígenas, es decir, que se alcanza el mismo resultado que cuando existe acuerdo, al menos formalmente.

#### **k. Consentimiento**

El consentimiento es el resultado de la anuencia del pueblo indígena, “...en los siguientes casos:

- Cuando el traslado y la reubicación de los pueblos indígenas se consideren necesario; conforme a lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169.
- Cuando exista almacenamiento de materiales tóxicos; debiendo asegurar que se reciba la información adecuada, cumpliendo con la legislación nacional sobre tratamiento de residuos sólidos, transporte de materiales y residuos peligrosos.
- Cuando se trata de la protección de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 9)

Es decir, que de ninguna manera se pueden ejecutar estas actuaciones sin el consentimiento expreso y documentado de las poblaciones indígenas, ello en protección de sus derechos fundamentales, motivo por el que no es posible asegurar que este catálogo pertenezca a una cláusula cerrada, sino que debe coincidir con la cláusula abierta contenida en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú.

## **I. Falta de acuerdo o consentimiento**

Se habla de falta de acuerdo o consentimiento cuando el resultado de las reuniones de coordinación y negociación no han alcanzado la convicción en el pueblo indígena para la aplicación de la medida administrativa o legislativa, no así como señala la defensoría

cuando refiere que “...no se llegó a ningún acuerdo respecto a las medidas que deben ser adoptadas para prevenir posibles afectaciones...”, puesto que las medidas de gobierno no necesariamente están orientadas a prevenir posibles afectaciones, este es el escenario ideal y que ha sido consignado formalmente, sin embargo, no debemos olvidar que los organismos de gobierno están conformados por personas que son corruptibles que podrían privilegiar otros intereses diferentes de la protección de los derechos fundamentales y culturales de las poblaciones indígenas.

Lo correcto es señalar que no se alcanzó el acuerdo sobre la aplicación de las medidas legislativas o administrativas que pretenden dichos órganos de gobierno.

#### **m. Organismo técnico especializado en materia indígena**

El Viceministerio de Interculturalidad es el encargado de elaborar, proponer, supervisar o ejecutar las políticas públicas de carácter multisectorial o intergubernamental, en relación a los derechos de los pueblos indígenas. (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 9).

#### **n. Enfoque intercultural**

Reconocimiento de la diversidad cultural y la existencia de diferentes perspectivas culturales, expresadas en distintas formas de organización, sistemas de relación y visiones del mundo. .



Implica el reconocimiento y valoración del otro, así como la toma de decisiones y la actuación sobre dicha comprensión. (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 9)

Sobre esta perspectiva o modo de ver de los derechos de las comunidades indígenas, “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan...” (ONU, 1993, p. 24).

Nueva perspectiva de entender los derechos de las comunidades en general, propiciando el respeto por sus costumbres, su cultura, la misma que debe primar, incluso, por encima de nuestras propias concepciones cuando nos encontramos o nos referimos a la incursión en su ámbito cultural.

#### **o. Instituciones representativas**

Institución u organización que, conforme los usos, costumbres, normas propias y decisiones de los pueblos indígenas, constituye el

mecanismo de expresión de su voluntad colectiva. Su reconocimiento se rige por la normativa especial de las autoridades competentes, dependiendo del tipo de organización y sus alcances. Se constituyen a nivel nacional, regional y local. Pueden ser tradicionales (Apus-jefes, autoridades, asambleas comunales, consejos de ancianos entre otros), como estructuras actuales (organizaciones indígenas de carácter nacional como AIDSESP, CONAP, CUNARC, CCP, CNA, de ámbito regional y otras de índole local). (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 10).

#### **p. Derecho de petición**

“Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a solicitar a la entidad promotora su inclusión al proceso de consulta previa o la realización del mencionado proceso, respecto a una medida administrativa o medida legislativa que pueda afectar directamente sus derechos colectivos.

Si se deniega el pedido, se puede solicitar una reconsideración ante la entidad promotora o apelar la decisión. Si la entidad forma parte del Poder Ejecutivo, la apelación es resuelta por el Viceministerio de Interculturalidad, que actúa en segunda y definitiva instancia en vía administrativa.” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 10)

#### q. **Derechos colectivos**

“Derechos que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio N° 169 de la OIT, así como los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. A manera de ejemplo, mencionamos los siguientes:

- Derecho a la identidad cultural.
- Derecho a la participación.
- Derecho a la consulta.
- Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo y ejercer el control, en la medida de lo posible de su propio desarrollo económico.
- Derecho a conservar sus costumbres.
- Derecho a la jurisdicción especial.
- Derecho a la tierra y al territorio, comprendiendo el uso de los recursos naturales que se encuentran en ellos.
- Derecho a la salud con enfoque intercultural. - Derecho a la educación intercultural.” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 10)

#### **B. Concepto**

La consulta previa es el derecho de los pueblos indígenas por el que se encuentran facultados a participar mediante dialogo con las entidades del gobierno de la decisión acerca de la aplicación de medidas administrativas o legislativas de manera previa a la

referida aplicación, sus características especiales hacen de ella un derecho diferente y único. Este derecho se puede calificar como de reciente conocimiento internacional, lo que no implica que no haya existido con anterioridad, se vislumbran desde esta perspectiva, características que lo perfilan como un derecho fundamental de los pueblos indígenas. (Alva, 2010).

Asimismo, "...es un principio reconocido internacionalmente a los pueblos indígenas en virtud de su derecho de autodeterminación..." (Jahncke Benavente & Meza, 2012, p. 51), dicho derecho le permite elegir o definir el destino de su territorio participando de las medidas legislativas o administrativas que se tomen sobre el mismo.

Dicho derecho, es un derecho derivado del derecho a la participación ciudadana que puede ser entendido como parte de nuestra Constitución Material y que ha sido reconocido por el Perú, además, en virtud de la suscripción de tratados internacionales, dicho derecho debería permitir a los ciudadanos indígenas tomar la decisión sobre la conveniencia de aplicar las medidas administrativas o legislativas que les atañen en el contexto de una democracia participativa.

Por tanto, "...el derecho a la consulta previa y a la participación es esencial en toda sociedad democrática para asegurar la implementación de políticas ambientales eficientes y sostenibles. Desde ese punto de vista, el derecho a participar produce un

vínculo entre los derechos humanos, el medioambiente y la democracia.” (Jahncke Benavente & Meza, 2012, p. 33).

Es decir, además de tratarse de un derecho humano de primera generación, derivado de la participación ciudadana, se entrelaza con los derechos de tercera generación y de interés difuso, debido a que indirectamente permite proteger al medio ambiente o fomentar la paz si es bien aplicado; asimismo, es la expresión del novísimo modo de democracia participativa.

Como se indicó anteriormente, la consulta previa debe ser interpretada mediante el principio de unidad de la constitución, pues forma parte del conglomerado y sistematizado conjunto de normas constitucionales, sin necesidad de que estén escritas taxativamente en la constitución formal.

Por otro lado, el Derecho Internacional derivado del Convenio 169 de la OIT parece diferenciarlo del derecho a la participación, dando la apariencia de que se trata de un derecho complementario del mismo; sin embargo, de la revisión de su artículo 6 podemos ver que se ha limitado a señalar una definición básica del derecho a consulta previa, prescribiendo 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 afectarlos directamente.

976157216

Dicho derecho a la consulta no involucra que dichos pueblos deban ser diferenciados de los demás pueblos de un país, por el contrario, el propio inciso 3 del artículo 8 del Convenio establece que "...La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes..." (OIT, Convenio 169, 1989, art. 8).

Vale decir que, la condición de indígena no excluye a la condición de ciudadano de determinado país y la protección que genera la consulta previa no solo radica en la circunstancia de tratarse de una población indígena, sino, principalmente en su condición de ciudadanos que guardan el derecho de participar de los asuntos públicos del país, de decidir acerca de las medidas tomadas por los aparatos de gobierno, por los entes administrativos, legislativos o ejecutivos, mismos que deben berse abocados a la consecución de la gobernabilidad y del bienestar egeral por encima de intereses particulares.

Todo ello en virtud de que el poder soberano le pertenece al pueblo política y jurídicamente organizado, el Estado, que de ninguna manera puede ser identificable o equiparado al concepto de Gobierno, puesto que el primero supone la reunión de la población que ostenta el poder soberano y, el segundo, implica el mecanismo

por el que dicho poder es canalizado, pero siempre con una finalidad de servicio a la propia comunidad que les delegó el poder.

Para ello la disertación anterior acerca del nacimiento del Estado Liberal, el mismo que ha servido de molde para todos los demás Estados surgidos con posterioridad al siglo XVIII, cuyos principios han generado las figuras contenidas en nuestra carta constitucional, tales como la participación ciudadana y el poder soberano del pueblo y, dichas instituciones jurídicas pueden ser desarrolladas por diversas normas de carácter legal o infralegal, como ocurre con la Ley 26300, pero también con la Ley de Consulta Previa, Ley 29785.

La Consulta Previa debe ser entendida entonces como un derecho derivado del derecho a la participación ciudadana, pero también como un mecanismo para ejercer el primer derecho y conseguir mayor gobernabilidad y la eficacia y eficiencia de la administración pública a través de la participación ciudadana, pero además, como un derecho que necesita de otros derechos como el pluriculturalismo o los derechos difusos para forjar su naturaleza.

### **C. Definición de conformidad con la Defensoría del Pueblo**

La Defensoría del Pueblo, a través de la Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas ha emitido el Informe N° 011-2009-DP/AMASPPI.PPI, titulado “El Derecho a la

Consulta de los Pueblos Indígenas: Opinión de la Defensoría del Pueblo sobre Dictamen recaído en los proyectos de Ley N° 413/2006-CR, 427/2006-CR Y 2016/2007-CR; que, en un texto sustitutorio propone una Ley que regula el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas, pendiente de evaluación por el Pleno del Congreso de la República” (Defensoría del Pueblo, 2009).

En el referido informe se realiza un análisis de las propuestas presentadas ante el Congreso de la República del Perú con la finalidad de regular los alcances de la Consulta Previa consignada en el Convenio 169 de la OIT, así como, del Dictamen recaído en los proyectos de Ley N° 413/2006-CR, 427/2006-CR Y 2016/2007-CR, luego del cuál se han identificado diversas falencias respecto de su contenido, características, los principios que la asusten y los procedimientos a seguirse para materializarla<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> “De la revisión general del dictamen señalado podemos indicar que el mismo no desarrolla de manera integral el contenido esencial de este derecho, por cuanto:

El Dictamen sólo se refiere al derecho a la consulta con relación a la realización de actividades económicas vinculadas los recursos naturales. Sin embargo, la consulta también se aplica a otros temas como la educación, salud, entre otros. Al respecto, es necesario una ley marco que contemple de manera integral el alcance del derecho a la consulta sobre aquellas medidas administrativas o legislativas, susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

El Dictamen de consulta previa que analizamos establece que es responsabilidad del Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) contar con un padrón electoral que identifique a las personas que serán consultadas. Al respecto, el derecho a la consulta no es un proceso electoral, por ello dicha propuesta no se enmarca en lo establecido por el Convenio 169. œ No ha señalado las etapas procedimentales mediante las cuales debe desarrollarse el proceso de consulta. œ No detalla que la responsabilidad de realizar procesos de consulta le corresponde a las diversas instituciones de la administración pública, en todos los niveles y sectores del Estado. Se omite considerar que la consulta siempre debe ser previa. Así, en el artículo 8° se propone una consulta con posterioridad a la toma de decisión del Estado. Sólo enumera algunos principios del derecho de consulta pero no se desarrolla su contenido. No señala expresamente las características o elementos esenciales del derecho a la consulta, que hagan posible establecer claramente su connotación jurídica especial y distinta de otros derechos como la participación política. No precisa cómo se determinarán las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participarán en los procesos de consulta. No ha considerado la posibilidad



Hecho el análisis mencionado, la Defensoría del Pueblo define a la Consulta Previa, a partir de una lectura integral del Convenio 169, como "...el derecho de los pueblos indígenas a que la adopción de medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, sea antecedida de un proceso de diálogo entre sus instituciones representativas y el Estado..." (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 9).

Al respecto, debe indentificarse los componentes principales del contenido esencial del derecho fundamental en estudio, el primero de los cuales está referido a la exclusividad en su titularidad que le corresponde a los pueblos indígenas, denominación que no ha sido reconocida en nuestro texto constitucional pero que, sin embargo, pueden ser identificados mediante los criterios establecidos por el Convenio para tal fin; estos son:

"...Un elemento objetivo por el cual, un grupo humano se considera como un colectivo distinto al resto de la sociedad al descender de las poblaciones que originalmente habitaban el país al momento de la conquista, colonización o establecimiento de las fronteras actuales. Este colectivo tiene estilos de vida tradicionales, cultura y manera de vivir

---

que, finalizado un proceso de consulta, no se llegue a un acuerdo con los representantes de los pueblos indígenas. Estos supuestos requieren definir -de forma clara- las garantías que ofrece el Estado en tales casos, así como los mecanismos legales que tienen los pueblos indígenas para el respeto y protección de sus derechos. El Dictamen plantea que el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) sea el director de todos los procesos de consulta. En este aspecto, hay que considerar que lo óptimo es que el responsable del proceso de consulta sea la entidad que prevé adoptar una medida. En todo caso, el INDEPA podría tener una función de promoción, supervisión y fiscalización de cumplimiento del derecho a la consulta y el respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Se omite considerar la función de supervisión de la Defensoría del Pueblo, establecido por el artículo 162° de la Constitución y su autonomía constitucional, al establecerle una calidad de veedor." (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 4-5).

distintos de los otros sectores de la población nacional, organización social propia, y costumbres y leyes tradicionales. Estos elementos pueden ser cumplidos de forma total o parcial<sup>23</sup>.

Un elemento subjetivo es la conciencia de pertenecer a un colectivo distinto del resto de los sectores de la población nacional.” (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 11)

El segundo, es que el objeto de consulta no es general ni indeterminado, sino que se circunscribe a las medidas legislativas o administrativas que potencialmente podrían afectar la jurisdicción del pueblo indígena, dichas medidas, tal y como se indica en el informe en comento, pueden tener cualquier naturaleza, sea para actividades extractivas, emisión de políticas públicas, o medidas de inclusión; es decir, “...todas las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, independientemente del sector o nivel de gobierno...” (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 6); siendo en único requisito para identificarlas, el hecho de que se encuentren “...vinculadas con el ejercicio y pleno respeto de sus derechos fundamentales, individuales y colectivos, como por ejemplo el derecho a la salud, educación, identidad cultural y otros...” (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 9).

El tercer elemento, está referido al carácter previo de las negociaciones, mismas que deben llevarse a cabo antes de tomar

cualquier medida legislativa o administrativa, con la intención de conseguir la aprobación del pueblo indígena; sin embargo, de no contarse con dicha aprobación, la Ley de Consulta Previa, artículo 15, autoriza al sector correspondiente para tomar la medida asegurándose de proteger los derechos humanos del pueblo indígena.

Esta regulación cuenta con el respaldo de la Defensoría del Pueblo en el Informe en comento, en el cual se señala que "...corresponde al Estado -y es su responsabilidad- adoptar la decisión final sobre las medidas administrativas o legislativas, esta no debe realizarse sin agotar los procedimientos adecuados que busquen lograr el consentimiento o el acuerdo con los representantes de los pueblos indígenas..." (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 10); sin embargo, tal y como lo señala el artículo mencionado, la no existencia de acuerdo no limita al organismo del gobierno en la toma de la decisión.

Tal situación jurídica generada por nuestra normatividad es una particularidad de la legislación peruana que difiere de otros países, por ejemplo el caso de Colombia, la Sentencia de Unificación 039 de 1997 destacó que el derecho de consulta previa se encuentra estrechamente acoplado con varios postulados fundadores de su sistema jurídico, bajo los siguientes términos:

"La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el

Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

(...)

“A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por

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

“El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.” (Sentencia de Unificación, 1997).

Acerca de lo señalado en los párrafos citados, podemos observar que se relaciona el Derecho a la Consulta Previa, específicamente con el artículo 40 de la Constitución Política Colombiana, que

reconoce que “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político...”, claro está que, al igual que la Constitución peruana, no señala taxativamente el derecho a la consulta previa, sin embargo, lo ubica dentro del bloque de constitucionalidad por estar incluida en un tratado internacional suscrito por el Gobierno Colombiano y que coincide con los principios de participación ciudadana sin perder su autonomía.

Sobre el particular, es menester indicar que tampoco la doctrina colombiana ha reconocido como característica de la Consulta Previa el ser “...un proceso que se agota con la toma de decisión por parte de la institución de la administración pública responsable (...) es decir, que la medida legislativa o administrativa pueda ser tomada de todas formas y que (...) en caso que los pueblos indígenas no se encuentren de acuerdo con la medida adoptada por el Estado, deben contar con mecanismos legales para cuestionar tal decisión, en caso consideren que se vulneran sus derechos fundamentales...” (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 20). Esta afirmación resulta de la revisión de tratados de la propia Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU en Colombia, que en la guía titulada “El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada” considera características de la Consulta Previa las siguientes: Informada, libre, con procedimientos apropiado y previa (Organización de la Naciones Unidas, 2016, pp. 21-22); no así, con

decisión final a cargo de los órganos de gobierno, sino que debe atender "...la sentencia SU-039 de 1997 de la Corte Constitucional, donde se establece que: "La decisión final debe ser, en la medida de lo posible, concertada"..." (Organización de la Naciones Unidas, 2016, p. 57)

#### **D. Requisitos**

El Convenio 169 de la OIT dibuja los márgenes dentro de los cuales resultado adecuado recurrir al llamado derecho a la consulta previa, así, en su artículo 1, dentro de la Política General, señala que dicho convenio es aplicable a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial, así como a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Dicha diferenciación debe ser entendida en términos de equidad, es decir que es el reconocimiento de un derecho en virtud de las

diferencias consuetudinarias existentes entre los pueblos indígenas y los pueblos que podemos denominar mestizos, no así a manera de discriminación de los primeros respecto de los segundos.

Así, bajo el término “pueblos indígenas” no puede encerrarse indiscriminadamente a cualquier grupo de personas, sino que es necesario pertenecer a alguna de las categorías anteriores. Recordemos que los pobladores de Cajamarca (Celendín) pretendieron hacer valer este derecho para dejar sin efecto la concesión que abría paso a la explotación de las minas Conga, empero, se le negó esta posibilidad debido a que no cumplían con las características de un pueblo indígena.

### **2.2.3. Consulta Previa en el Ámbito Internacional**

#### **A. Doctrina**

Como ya se había mencionado con anterioridad, el derecho a la consulta previa podría ser llamado un derecho de reciente data, esto es, de reciente configuración normativa, teniendo en cuenta que su fuente más directa es el Convenio 169 de la OIT, el cual fue adoptado en 1989.

Empero, los primeros anuncios del reconocimiento de este derecho estaban ya en documentos como el Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, donde se señala que los pueblos tienen derecho a la libre determinación, en virtud de la cual, pueden establecer libremente su condición política y proveer



asimismo a su desarrollo económico social y cultural (Art. 1); yendo más allá en su artículo 2 menciona que para el logro de sus fines todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, señalando que de ningún modo puede privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

No obstante, la esencia vital de los documentos mencionados se deriva de la doctrina de los Derechos Humanos, la cual define a los mismos como derechos que pertenecen al hombre por el solo hecho de tener dignidad, de tal manera que sin su reconocimiento se hace imposible la realización de su personalidad.

En este contexto, conceder a las poblaciones indígenas la posibilidad de opinar y decidir respecto al destino de las tierras donde habitan y de los recursos naturales que brotan de las mismas, se perfila claramente como un derecho esencial para el desarrollo de su cultura como grupo organizado y de sus valores como seres individuales. El derecho a la consulta previa tiene como trasfondo a los dos derechos fundamentales que han sido reconocidos como las raíces de todos los demás: el derecho a la dignidad y el derecho a la libertad.

La consulta previa, y en general todos los derechos colectivos de las minorías étnicas, tienen como rasgo esencial la búsqueda de la protección de la dignidad de los integrantes de dichos grupos, no

por el solo hecho de pertenecer a un grupo indígena o aborígen, sino por su calidad de ser humano.

## **B. Normatividad**

El derecho a la consulta previa tiene bases en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, documento en el cual se menciona en su artículo 1 que todos los seres humanos nacen libres e iguales, en dignidad y derechos; así mismo, en su artículo 21 se prescribe que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país.

Por otro lado, el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos de 1966 en su artículo 1 señala que los pueblos tienen derecho a la libre determinación, pudiendo decidir aspectos relativos a su desarrollo económico, social y cultural.

Asimismo, en su artículo 2 señala de manera específica que los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales.

Por último, en su artículo 27 prescribe que en los estados donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Asimismo, también se tiene a la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas como fuente internacional, la cual fue promulgada en el 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; en este documento de naturaleza no vinculante, se hace alusión al derecho a la libre determinación y a la autonomía en el enfoque de su desarrollo económico, además se menciona el derecho a la cultura y a la diferenciación.

De manera específica, se señala que los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus territorios, y que no procederá ningún traslado sin su consentimiento libre, previo e informado; de igual modo, se prescribe que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras que posee, así como a utilizar, desarrollar y controlar los recursos naturales que poseen en razón de la propiedad tradicional.

Por último, cabe señalar que la consulta previa en el ámbito internacional tiene como principal fuente al Convenio 169 de la OIT de 1989, el mismo que lleva por título “sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”, en este documento se prescriben las características que deberán reunir los grupos humanos para que le sea aplicable este derecho, además menciona las obligaciones que tienen los gobiernos de los países parte respecto de las actividades que pueden afectar de una u otra manera a dichos grupos, dentro de las cuales encontramos la

explotación de los recursos naturales en relación a la consulta previa (empero, no es la única).

## 2.2.4. Consulta Previa en el Ámbito Nacional

### A. Doctrina

La Carta Política con la que el Perú cuenta actualmente recoge principios propios de un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que las actividades y decisiones del Estado deben tomar en cuenta los intereses tanto de las mayorías como de las minorías, ubicando dentro de estas últimas a los pueblos indígenas y aborígenes. Asimismo, la política de un Estado Democrático implica el derecho de los ciudadanos a participar en aquellos asuntos que le son concernientes dado su carácter general o colectivo, este derecho se manifiesta en aspectos como el referéndum o las iniciativas legislativas, empero, también se refleja en el tema del derecho a la consulta previa, ya que este instrumento hace posible que la opinión de los pueblos indígenas adquiera relevancia en los asuntos relativos a la modificación o disposición de sus recursos naturales. (Alva, 2010).

De igual modo, se afirma que las raíces del derecho a la consulta previa se encuentran en la Constitución Política de 1992, debido a que es en este texto que se define a la dignidad del hombre como el fin supremo del Estado y la sociedad, norma fundamental que se hará posible mediante la creación de instrumentos que tengan

como fin la abolición de la discriminación de los pueblos indígenas y el respeto de sus derechos en igualdad de condiciones.

## **B. Normatividad**

En el Perú no se encuentra de manera expresa un reconocimiento constitucional del derecho a la consulta previa, empero, sí encontramos una fuente de naturaleza legal: Ley N° 29785, ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la OIT.

Este instrumento legislativo parte definiendo a la consulta previa como 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.

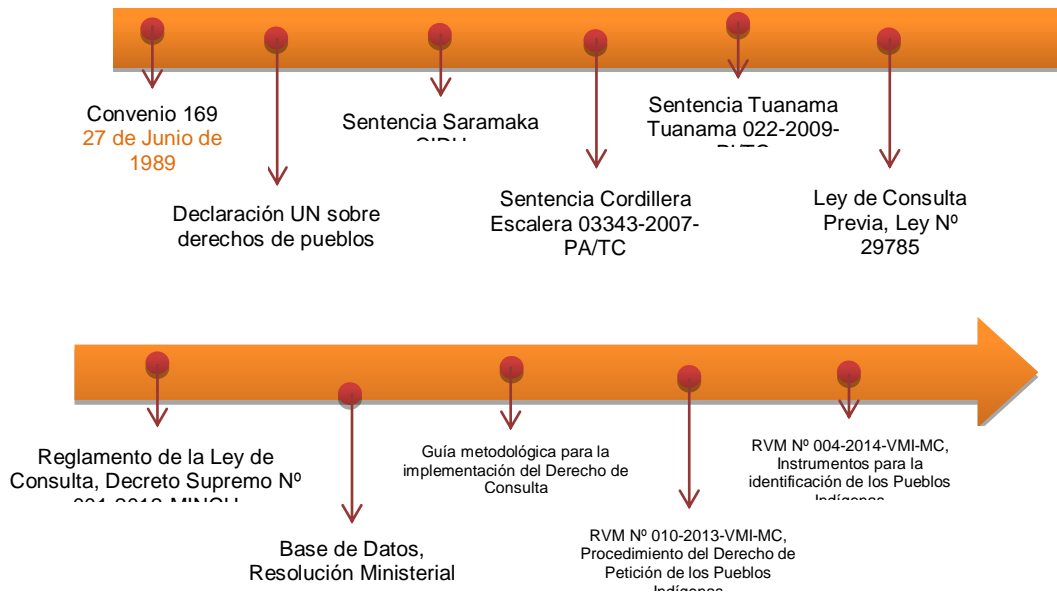
Afirma además que corresponde realizar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

No obstante, es necesario tener en cuenta que en la Constitución encontramos las bases esenciales de este instrumento legislativo, esto es, la dignidad del hombre como fin supremo del Estado, el derecho a la participación, derecho a la igualdad y no discriminación, y el deber de interpretar los derechos humanos en

concordancia con los instrumentos internacionales en los que el Perú es parte.

### C. Línea de tiempo planteada por la Defensoría del Pueblo

El Derecho de Consulta Previa ha gozado de protección de diversos instrumentos normativos en el país, estos son los siguientes:



FUENTE: (Defensoría del Pueblo, 2015, pp. 56 y 57).

## 2.2.5. La Ley de la Consulta Previa

### A. Estructura

La Ley de la consulta previa se compone de 20 artículos y cuatro disposiciones complementarias, repartidos en cinco títulos:

### **a) Título I**

Donde se recogen los aspectos generales del instrumento legislativo, así, se presenta una definición del derecho a la consulta previa, su finalidad y los principios a tener en cuenta para su aplicación, que son los mismos que recoge el Convenio 169 de la OIT, y por medio de los cuales se busca asegurar la protección íntegra y razonable de dicho derecho.

### **b) Título II**

Donde se determina cuáles son los sujetos del derecho a la consulta, así se plasman los criterios a tener en cuenta para la definición de los pueblos indígenas u originarios, cerrando así el círculo de los grupos humanos a los cuales es aplicable esta normativa, este rasgo es también un reflejo del artículo 2 del Convenio 169 de la OIT.

### **c) Título III**

Donde se determinan las etapas del proceso de consulta: la identificación y publicidad de la medida legislativa o administrativa objeto de consulta; la evaluación de la misma al interior del grupo indígena posiblemente afectado; diálogo entre las entidades estatales y el pueblo indígena; y la decisión final.

#### **d) Título IV**

En el que se prescriben las obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta, dentro de las cuales destaca la existencia de un órgano técnico especializado en materia indígena, el mismo que estará encargado del asesoramiento y conducción del proceso de consulta.

#### **e) Disposiciones complementarias y finales**

En las que se define al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo; y contradictoriamente, señala también que la ley no deroga ni modifica las normas sobre el derecho a participación ciudadana, tampoco deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia. Esta última disposición es un punto débil en la búsqueda de la protección de las poblaciones indígenas y la democratización de la sociedad.

### **B. Finalidad**

La Ley 29785 apunta a dos objetivos primordiales:

- a) La protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tanto en su aspecto colectivo como individual, esto es, la protección de la dignidad de cada uno de los integrantes



de dichos grupos, y a la vez, la protección del derecho a la cultura que poseen como conjunto diferenciado.

- b) La legitimación de las decisiones estatales en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que deben tenerse en cuenta no solo las necesidades de las mayorías y no de las minorías, apuntando en definitiva al sostenimiento de la paz social.

A pesar de los fines que al parecer inspiran esta norma, existen en su estructura disposiciones que hacen de ella una deficiente regulación de los preceptos constitucionales que la informan. Este tema será analizado en la Parte del trabajo dirigido a la discusión de las hipótesis.

## **2.3. Definición de términos**

### **2.3.1. Eficiencia**

Para Reinaldo O. Da Silva, la eficiencia significa "operar de modo que los recursos sean utilizados de forma más adecuada"(Oliveira Da Silva 2002, 20). Este término es utilizado generalmente en las ciencias administrativas y económicas, pero también puede ser utilizado en las ciencias jurídicas debido a que una rama de su estudio se encarga de la Administración de Justicia, que es llevada a cabo precisamente por los Jueces o Magistrados en general así como por los miembros del congreso y de la propia administración

pública, quienes tienen la obligación de llevar a cabo su actividad utilizando los recursos (normas, doctrina y jurisprudencia) de la forma que resulte más adecuada para alcanzar el bien común y la protección de los derechos.

### 2.3.2. Eficacia

El término eficacia en el caso particular se encuentra referido únicamente al sentido normativo, es decir, la aplicación real de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, en el caso particular del Convenio 169 OIT, respecto de la aplicación misma del artículo 15 de la Ley de Consulta Previa. A decir de Pablo Navarro y José Juan Moreso, “La idea central de la eficacia de las normas reside en que las normas son eficaces solo si existe una determinada relación de correspondencia **R** entre las normas y las acciones humanas. Una vez que identificamos adecuadamente una norma **N** y una acción **A**, la eficacia de **N** puede determinarse durante la verificación de la relación de correspondencia **R** entre **N** y **A**. La explicación de la naturaleza de la relación **R** tal vez sea el tema más ampliamente analizado en la literatura de la eficacia del derecho.” (Navarro & Moreso, 2013, 121)

## 2.7. Hipótesis

Las implicancias para la ineficacia del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT en la formulación y aplicación de ley de consulta previa, son:

F1: La formulación errada del artículo 15 de la Ley de Consulta Previa.

F2: La ausencia en la exposición de motivos de la ley de Consulta Previa de los principios aportados por el derecho internacional público.

F3: La divergencia entre las finalidades constitucionales en cuanto a la participación de los pueblos indígenas y el poder de pueblo y, las finalidades legales que únicamente son conciliatorias.

F4: La ineficacia de las negociaciones entre las autoridades administrativas y los pueblos consultados.

F5: La ejecución de las medidas administrativas o legislativas a pesar de la oposición de la población afectada.

## CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

### 3.1. Operacionalización de Categorías

La presente investigación es de carácter básica, por lo que no cuenta con variables, pero sí con categorías a definir y contrastar que son las siguientes:

C1: Ineficacia del artículo 6 del Convenio 169 OIT.

C2: Formulación y aplicación de ley de consulta previa.

CATEGORÍAS	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES
Ineficacia del artículo 6 del Convenio 169 OIT.	Elementos etiológicos que producen la disociación entre el artículo 6 del Convenio 169 OIT y la Ley de Consulta Previa y, por tanto, la deficiencia en su aplicación que involucra su ineficacia.	1: El desconocimiento de la finalidad pública del artículo 6 del Convenio 169 OIT.	Tratamiento de la doctrina del contenido del artículo 6 del Convenio 169 OIT.
		EN BASE A LA EJECUCIÓN A PESAR DE QUE NO SE ALCANZÓ ACUERDO.	Ausencia de fundamentos relacionados con la inclusión de las normas internacionales en el ordenamiento constitucional peruano.
		2: La ausencia en la exposición de motivos de la ley de Consulta Previa de los principios	Omisión de señalar los principios señalados en la exposición de motivos.

		aportados por el derecho internacional en el Convenio 169 OIT.	Utilización errónea de los principios señalados en la exposición de motivos.
Formulación y aplicación de ley de consulta previa.	Constatación si en la formulación legislativa y la ejecución administrativa de la Ley de Consulta Previa se toman en cuenta los principios contenidos el Convenio 169 OIT.	3: La divergencia entre las finalidades constitucionales en cuanto a la participación de los pueblos indígenas contenidas en el Convenio 169 OIT y las finalidades legales que únicamente son conciliatorias.	Finalidades de las medidas administrativas tomadas para dar cumplimiento a la consulta previa.
			Finalidades teóricas señaladas para la participación de las poblaciones indígenas y la consulta previa regulada en el Convenio 169 OIT.
		4: La ineficacia de las negociaciones entre las autoridades administrativas y los pueblos consultados.	Métodos utilizados por las autoridades para realizar la consulta popular.
			Conflictos solucionados gracias a la aplicación de la Ley de Consulta Previa.
		5: La ejecución de las medidas administrativas o legislativas a pesar de la oposición de la población afectada.	Medidas administrativas aplicadas a pesar de la oposición de los pueblos.
			Medidas legislativas tomadas sin respetar la opinión de la población.

### 3.1.1. Diseño de investigación

La presente investigación es no experimental debido a que no se cuenta con variables, sino con categorías de estudio, éstas no serán manipuladas de ninguna manera; es por ello que se ha diseñado el desarrollo de una investigación básica orientada a realizar meramente un estudio dogmático de tanto de los principios contenidos en el Convenio 169 OIT y la regulación de la Ley de Consulta Previa. La investigación tampoco será aplicada, es decir que no realizaremos ningún estudio de campo.

El tipo de investigación es No Experimental, Explicativo y *Ex Post Facto*. El tipo o alcance que se ha definido para el estudio es el explicativo, puesto que estos tipos de estudios "...están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales..." (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2006, p. 85) es decir, que el presente estudio busca responder el porqué de los fenómenos o situaciones jurídicas generadas con motivo de la dación de la Ley de Consulta Previa; lo que constituye un importante aporte para justificar una propuesta de modificación legislativa respecto de los aspectos que resultan lesivos de los principios contenidos en el Convenio 169 OIT.

Asimismo el diseño será longitudinal debido a que analizará el periodo de vigencia de la Ley de Consulta Previa, pero además el desarrollo de la figura a los largo de nuestra historia normativa y analizada comparativamente.

### **3.1.2. Unidad de estudio, universo y muestra**

Dos unidades de análisis de la presente investigación teórico-doctrinaria, que por el tipo de investigación coinciden con el universo y muestra; estos son:

-El Convenio 169 OIT.

-La Ley de Consulta Previa.

## **3.2. Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos**

### **3.2.1. Revisión documental**

Debido a que el estudio ha sido cualitativo, no empírico y no experimental, la única técnica de recolección de datos utilizada ha sido la revisión de documentos que contienen la doctrina respecto al tema, así como la normatividad nacional e internacional; que han sido mencionadas en el marco referencial y el marco metodológico, amén de otras propuestas que se vayan encontrando en el desarrollo de la tesis.

### **3.2.2. Fichaje bibliográfico**

Mediante el empleo de fichas de registro y de investigación (textuales, resumen, comentario), a ser utilizado para la recopilación de la información de interés para el presente estudio referida a libros,

revistas, periódicos, publicaciones virtuales, así como a resoluciones emitidas por órganos jurisdiccionales.

### **3.2.3. Análisis de contenido**

Aplicable para cada método mencionado en el acápite anterior, según sus características específicas.

## **3.3. Métodos, instrumentos y procedimientos de análisis de datos**

### **3.3.1. Dogmático**

Es el principal método a utilizar en la investigación, debido a que busca atenerse en los principios teóricos y doctrinales que existen respecto al fundamento de la participación ciudadana y de la consulta previa a la toma de medidas legislativas o administrativas por parte del gobierno. En ese sentido, es menester primero llevar a cabo un estudio de los acuerdos internacionales que se han tomado y han sido ratificados por el país, el contexto en que éstos han sido convenidos y su relación con las instituciones existentes a nivel de teoría del Estado, de manera que entendamos los fundamentos teóricos que posibilitan la participación del pueblo, o los ciudadanos, en asuntos públicos cuando la toma de decisiones tales como medidas legislativas o administrativas amenacen con lesionar sus derechos fundamentales, e incluso, cuando exista el interés por direccionar dichas medidas en su favor; específicamente, la



posibilidad de consulta previa a los pueblos indígenas en los asuntos que les atañen.

### **3.3.2. Teleológico**

Fundamental para la investigación, en cuanto buscamos determinar el fin último de la legislación que regula la participación de la población en la vida política y administrativa del Estado, al conformar parte de él.

### **3.3.3. Histórico**

Para el estudio de los paradigmas del derecho que se han presentado a la largo de la historia respecto al tema específico.

## **Estudios Exploratorios Previos: Casos Tipo De Consulta Previa en el Perú.**

El Documento de Investigación presentado por Cynthia A. Sanborn, Verónica Hurtado y Tania Ramírez ante la Universidad del Pacífico, titulado “La Consulta Previa en el Perú: Avances y Retos”, consignado como antecedente del presente trabajo de tesis, realiza un resumen, a manera de estudio exploratorio de los casos tipo en materia de Consulta previa en el país (Cynthia A. Sanborn - Verónica Hurtado - Tania Ramírez, 2016, pp. 37-50); estos son los siguientes:

## **A. El Área de Conservación Regional Maijuna-Kichwa**

El primer proceso de consulta en ser concluido, y en el que se llegó a un acuerdo pleno, fue la decisión de crear el Área de Conservación Regional (ACR) Maijuna-Kichwa. Este proceso se inició en realidad en 2008 con los esfuerzos de los Maijuna, un pueblo indígena compuesto por menos de 590 personas, por desarrollar un área para proteger su territorio ancestral en la región amazónica de Loreto y preservar su diversidad biológica para las generaciones futuras.

El Gobierno Regional de Loreto apoyó su solicitud, pero el Servicio Nacional de Parques insistió en que se realizara un proceso formal de consulta. El 22 de octubre de 2013, el proceso de consulta concluyó su etapa final –habiendo incluido al pueblo indígena Kichwa, que es más numeroso y vivía en las cercanías– y todas las partes estuvieron de acuerdo con un plan viable para el mantenimiento y regulación del uso de esta área. Por el lado indígena, la iniciativa estuvo encabezada por la Federación de Comunidades Nativas Maijuna (Feconamai) y la Federación de Comunidades Nativas del Medio Napo, Curaray y Arabela (Feconamncua).

Aunque el área de conservación se convirtió en una aspiración compartida de los maijuna, de sus vecinos kichwa, de sus autoridades políticas regionales electas y de un gran número de aliados nacionales e internacionales, tendrían que pasar dos años más antes de que se convirtiera en una realidad. Durante

este tiempo, el proyecto estuvo detenido en el Ejecutivo –en el Consejo de Ministros o gabinete–, que tenía que emitir un Decreto Supremo para crear oficialmente el ACR e incluirla en el presupuesto nacional. Los líderes de ambos grupos nativos viajaron a Lima para tratar de desbloquear el proyecto, y pidieron reunirse con el presidente del Consejo de Ministros y con el propio presidente Humala, quien había elogiado este caso en su discurso a la nación de 2013; pero ninguno de ellos los recibió. En marzo de 2015, el Defensor del Pueblo emitió una declaración pública pidiendo a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) que aprobara esta decisión, pero en un principio tampoco obtuvo respuesta (Defensoría del Pueblo 2015c). Los maijuna y los kichwa sospechaban que la larga demora se debía al interés declarado del Gobierno en la construcción de una carretera que atravesaría la zona, dividiendo la reserva y abriendo el camino a posibles invasiones de tierras, tala ilegal y otras actividades extractivas; y a la posible superposición de la zona con el Lote 164 de hidrocarburos (Sanborn y Paredes 2015).

Finalmente, el 17 de junio de 2015, luego de diecinueve meses de la firma del acuerdo, el Gobierno finalmente otorgó el reconocimiento nacional al Área de Conservación Regional Maijuna-Kichwa mediante el Decreto Supremo 008-2015-Minam. El área protegida cubre aproximadamente 391.039 hectáreas (unos 966.278 acres) de selva tropical –un área más grande que el Parque Nacional de Yosemite en California (747.956 acres)– en los distritos de Putumayo, Napo, Mazán y Las Amazonas (provincia de Maynas), y Pebas (provincia Mariscal Ramón Castilla), todos en la región Loreto, en la frontera con Colombia. Los objetivos establecidos de la zona incluyen la conservación de los ecosistemas existentes (en especial las cuencas hidrográficas, los

bosques nativos y las especies de peces), y garantiza el uso de los recursos naturales a la población local, además de contribuir a la conservación y a la identidad cultural de los pueblos Maijuna y Kichwa.

Aunque los principales objetivos son de conservación, **el decreto establece explícitamente que ello no limita la realización de obras públicas, entre ellas carreteras (infraestructura vial), u otras actividades económicas en la zona, incluyendo la explotación de recursos naturales renovables o no renovables (con la excepción de los bosques madereros), siempre y cuando estas actividades no pongan en peligro los objetivos básicos de conservación, den prioridad a la población local y respeten la Ley de Consulta Previa.**

Este último apartado considerado en el Decreto Supremo, da cuenta de que la decisión tomada por el ejecutivo puede distar del acuerdo tomado por los pueblos sometidos a consulta previa; en el caso específico se presenta un caso *sui generis* debido a que la consulta previa se inició a causa del impulso de los propio pueblos indígenas, Maijuna y Kichwa, no así de parte de algún organismo del Gobierno, pues el interés de los referidos pueblos era establecer un área de conservación, tanto de las reservas naturales de las que son titulares, como de su propia cultura; sin embargo, el interés del Gobierno por ejecutar obras públicas en la zona terminó por aletargar la emisión del mencionado Decreto Supremo y, una vez emitido, se consideró en este que no existía límite para la ejecución de obras públicas, consecuentemente, se apartan del acuerdo arribado en la Consulta Previa.

## B. El sector hidrocarburos: el caso del Lote 192

Algunos de los casos más complejos en el Perú involucran la explotación de reservas de petróleo y gas en la Amazonía, en los que la seguridad energética para el país y las ansias de los inversionistas por exportaciones lucrativas, deben sopesarse frente a los derechos y necesidades de las diversas minorías étnicas que reclaman la Amazonía como su hogar. En hidrocarburos, según el MINEM, la consulta procede antes de emitir el decreto supremo que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos (Ministerio de Energía y Minas 2015a).

El caso más destacado hasta la fecha ha sido el del Lote 192, anteriormente conocido como 1-AB, que involucra cerca de 300.000 hectáreas en la región Loreto, cerca de la frontera del Perú con Ecuador. Este lote ha sido objeto de explotación durante casi 40 años, primero por la *Occidental Petroleum Corporation* y desde el año 2000 por la empresa argentina Pluspetrol y sus socios. Provee alrededor del 17 por ciento de la producción total de crudo del país. Pero también se superpone al territorio de los pueblos indígenas de cuatro importantes cuencas hidrográficas (Pastaza, Corrientes, Tigre y Marañón), que pertenecen a cuatro grupos étnicos (Kichwa, Quechua, Achuar y Urarina) (Oxfam 2015). Existen unas veinticinco comunidades en el área de influencia de este lote

(Ministerio de Cultura 2015a, 2015b).

La concesión a Pluspetrol terminó el 29 de agosto de 2015, y en virtud de la Ley de Consulta Previa el Gobierno tuvo que realizar un nuevo proceso de consulta antes de volver a otorgar la licencia del lote a un nuevo postor. Este proceso se inició en marzo de 2015, y cuatro federaciones han representado a los pueblos indígenas involucrados. Sin embargo, antes de acceder a una consulta sobre la nueva concesión, las organizaciones exigieron prestar atención a otras cuestiones fundamentales, entre ellas su falta de títulos de propiedad y las largamente prometidas remediaciones al grave daño ambiental causado por todos los años de explotación petrolera en la zona.

En enero de 2015, cientos de miembros de la comunidad indígena ocuparon las oficinas y los pozos petroleros de este lote, bloqueando el tráfico de embarcaciones y exigiendo ser escuchados. Luego de casi un mes de protestas, la PCM anunció que enviaría una comisión a la zona para hablar con los manifestantes, y el 10 de marzo de 2015 se llegó a un acuerdo inicial. Uno de los puntos acordados fue la creación de un fondo especial para la implementación de la remediación ambiental de las áreas afectadas por las operaciones petroleras, con un capital inicial de S/ 50 millones (alrededor de US\$ 17 millones) (Presidencia del Consejo de Ministros [PCM] 2015). Aunque la creación de este fondo era una respuesta de contingencia de las autoridades nacionales para poder seguir adelante con el proceso de licitación, no eximía a Pluspetrol de tener que asumir sus obligaciones ambientales. También se prometió la construcción de plantas de tratamiento de agua.

En lo que respecta al proceso de licitación del lote en sí, este estaba programado para llevarse a cabo de manera paralela al proceso de consulta y

concluir antes de la fecha límite de agosto. Sin embargo, la subasta inicial del lote fue declarada desierta, porque ninguna de las empresas que calificaron para competir presentó sus propuestas técnicas. A las preocupaciones por los retrasos y por el resultado del proceso de consulta, se sumaron las preocupaciones de los inversionistas por los costos y las tendencias negativas del mercado. En agosto de 2015, Perupetro anunció la decisión de firmar un contrato temporal con una empresa canadiense, Pacific Stratus Energy. Esto incluía la posibilidad de que Petroperú participara con hasta el 25 por ciento del contrato. Sin embargo, el directorio de Petroperú desistió de la idea, argumentando que la empresa estatal no contaba con las condiciones técnicas y financieras necesarias para lograr este objetivo. Esta decisión generó una fuerte oposición del gobernador regional de Loreto, así como de miembros de diferentes bancadas del Congreso, y como resultado el Congreso aprobó una medida para permitir que Petroperú opere el lote. Aunque esta medida fue observada por el Ejecutivo, el Congreso la aprobó en octubre de 2015.

Mientras tanto, el proceso de consulta relativo a este lote se complicó por el hecho de que no se había garantizado la participación de todos los representantes indígenas ni la de las autoridades subnacionales pertinentes. Además, el Gobierno no presentó una propuesta integral para resolver las demandas indígenas. Como respuesta, el Defensor del Pueblo publicó un comunicado en el que exhortaba al presidente Humala y a su gobierno a respetar el proceso de consulta en lo referido a esta licitación, así como a otros casos pendientes. Luego de varios meses, la etapa de diálogo se inició en julio de 2015 y se programó la reunión final para el 13 de agosto, con la participación de los ministros de Energía y Minas y de Vivienda. La propuesta

del Gobierno se centró en la creación de un nuevo fondo social para uso de las comunidades, equivalente a 0,75 por ciento del valor monetario de la producción del lote, que se incluiría en el contrato del nuevo operador. Estos recursos serían depositados en un fideicomiso, cuyo comité directivo incluiría a representantes indígenas y estaría presidido por un representante del Ministerio de Cultura. Sin embargo, entre las federaciones indígenas involucradas hubo disenso sobre esta oferta. De las cuatro federaciones que participaron, al parecer se llegó a acuerdos con dos de ellas, pero las otras dos (Feconaco y Fediquep) se negaron a firmar, argumentando que la nueva propuesta se centraba solo en los beneficios económicos (el fondo social) y no incluía otros temas pendientes, tales como los títulos de propiedad, la remediación ambiental y su participación en el monitoreo independiente de las actividades del nuevo operador para prevenir futuros derrames. Aunque los negociadores del Gobierno presentaron una contrapropuesta a los puntos planteados por estas dos federaciones, el proceso de consulta per se fue declarado concluido por el MINEM el mismo día en que se celebró la reunión final (MINCUL 2015c).

Luego de que se declarara concluido el proceso de consulta, representantes de la Feconaco y la Fediquep trataron de retrasar las operaciones del lote mediante paros y la obstrucción de los pozos petroleros ubicados en la cuenca del Pastaza, en un intento de lograr la realización de un nuevo proceso. En respuesta a estas propuestas, el Gobierno envió una delegación que incluía representantes de la PCM y de los ministerios de Cultura, de Vivienda y de Energía y Minas, además del Defensor del Pueblo. El 24 de septiembre de 2015, se firmó un acuerdo entre el Gobierno y todas las organizaciones



indígenas involucradas, que incluyó inversión pública por un monto total aproximado de US\$ 42 millones para el período 2016-2017. El Ejecutivo también presentó una propuesta al Congreso para aprobar financiamiento para la remediación ambiental de los lotes 192 y 8 en Loreto. Aunque esto fue considerado una victoria para las comunidades involucradas, la responsabilidad de Pluspetrol por las actividades de remediación quedó sin resolver.

### **C. El sector minero y el caso Cañaris**

Como se mencionó anteriormente, a finales de 2015 el Ministerio de Energía y Minas comenzó a realizar procesos de consulta sobre proyectos mineros que afectan a los pueblos indígenas. A diferencia del sector de hidrocarburos, la consulta previa en minería procede luego del otorgamiento de una concesión a un operador privado, pero antes de suscribir un contrato para exploración o desarrollo del proyecto o de autorizar otras actividades que impactan a las comunidades (Ministerio de Cultura 2012). Cabe precisar que la concesión minera, si bien otorga un derecho para (eventualmente) «explorar y explotar los recursos minerales concedidos que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida» (Ferreyra y Gaspar 2012), definidos por un sistema de coordenadas, no autoriza el inicio de actividades de exploración y explotación de minerales, ya que estas requieren de una serie de autorizaciones.

Aunque ha habido cuatro casos de consulta en minería desde finales de 2015, este derecho aún no ha sido implementado para un mayor número de comunidades indígenas potencialmente afectadas por la actividad minera.

Uno de los casos más controversiales de este tipo –en el que no se había reconocido el derecho a la consulta– es el del pueblo Cañaris de Lambayeque. Una empresa minera junior, *Candente Copper Corporation* de Canadá, se adjudicó una licencia para exploración bajo las tierras comunales de la comunidad de San Juan Bautista de Cañaris, con el propósito de desarrollar una gran mina polimetálica de tajo abierto. La empresa obtuvo la concesión en 2001 y ha realizado exploraciones periódicas desde 2004.

El inicio de la construcción misma de la mina fue programado para 2014, a condición de que pudiera asegurar el importante financiamiento que se requería, y la vida útil de la mina fue considerada de 22 años. Sin embargo, el proyecto ha sido prácticamente paralizado, debido a la resistencia de una parte de la comunidad así como a la falta de financiamiento por parte de la propia empresa.

Cuando la Ley de Consulta Previa fue aprobada en 2011, los líderes de la comunidad en Cañaris exigieron su derecho a una consulta informada con respecto a las concesiones y la explotación de minerales en su territorio. Aunque la empresa ya estaba presente, existía descontento hacia el proyecto y preocupación por el impacto de la minería a gran escala en sus tierras. Sin embargo, esta demanda de consulta formal fue rechazada por la directora general de la empresa, así como por funcionarios del Ministerio de Energía y Minas, quienes argumentaron que la Ley no podía aplicarse de manera retroactiva y que en su lugar debían aplicarse las normas de participación ciudadana existentes. Los líderes de la comunidad llevaron su caso al Gobierno Regional de Lambayeque, a miembros del Congreso y a los medios de

comunicación nacionales (Sanborn y Paredes 2015: 21). En 2012, sin embargo, el Ministerio aprobó la evaluación de impacto ambiental (EIA) de la empresa, y el Congreso no siguió adelante con la investigación del caso. Por consiguiente, la empresa solicitó a la comunidad una nueva autorización de uso de sus tierras superficiales para perforaciones adicionales para la exploración.

Los defensores de la comunidad sostuvieron que esta autorización sí debería haber sido consultada dentro del nuevo marco legal, lo que significa que los representantes del Estado debían consultar con los líderes de la comunidad sobre si deseaban un desarrollo ulterior de este proyecto. En vez de eso, el 8 de julio de 2012 un juez de paz local convocó a una asamblea de la comunidad para decidir sobre esta medida, a la cual asistió solo una minoría de los miembros votantes –según varios informes, entre 200 y 725 participantes, de un estimado de 4.000 miembros–. El 70 por ciento de este grupo votó a favor de la concesión de derechos para la exploración, y esta votación fue aceptada como legal por las autoridades gubernamentales y la directora general de la empresa. De acuerdo con ella, la asamblea era legítima porque se trataba de un espacio formal, conducido por un juez de paz, donde hay un acta, y una lista de participantes inscrita en los Registros Públicos (Freeze y Kuzma 2015). Sin embargo, el presidente de la comunidad en ese momento cuestionó la legitimidad de esta asamblea y optó por realizar una nueva «consulta popular» el 30 de septiembre de 2012, en la que un estimado de entre 1.700 y 1.900 miembros de la comunidad participaron, y en la que alrededor del 95 por ciento de los presentes votaron en contra de renovar el permiso de la empresa. Ni el MINEM ni los representantes de la empresa aceptaron como legítima esta

segunda consulta, y al parecer no existen listas de votantes para confirmar quiénes efectivamente participaron.

El resultado de este conflicto, en el que ninguna de las partes va a aceptar el voto de la otra y el MINEM se negó a aplicar los siete pasos del proceso de consulta según la ley de 2011, llevó a la suspensión de toda exploración en tierras de la comunidad. Durante finales de 2012 y 2013, se produjeron enfrentamientos violentos en el lugar, a los que siguió la instalación de una Mesa de Desarrollo organizada por la PCM, en la que diversos representantes a nivel del gabinete se comprometieron a llevar servicios públicos e inversión social a los habitantes de Cañaris, presumiblemente para ganarse su favor para este proyecto. Los participantes de la Mesa aprobaron unos 49 nuevos proyectos de inversión para la comunidad, la mayor parte de los cuales serían financiados por el Gobierno, aunque algunos por la empresa. Sin embargo, para entonces, el futuro del proyecto siguió siendo incierto.

En octubre de 2014, mientras la compañía aún esperaba obtener luz verde de la comunidad para reanudar las actividades de exploración, un grupo de oposición dentro de la comunidad empezó a impacientarse con la negativa del Gobierno a aceptar los resultados de la consulta popular y decidió llevar sus demandas al ámbito internacional. El 31 de octubre de 2014, con el apoyo del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS), una ONG de defensa de los derechos indígenas, una líder de la comunidad Cañaris –Rosa Sara Huamán– participó junto a representantes de dos comunidades de la Amazonía peruana en una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en Washington D. C. (Derecho, Ambiente y Sociedad 2015a).

El foco central de la audiencia fueron los problemas generales de los derechos legales y a la tierra de los pueblos indígenas del Perú, y como resultado de ella la CIDH emitió un comunicado en el que exhortaba al Estado peruano a cumplir con sus obligaciones internacionales. Aunque fue una audiencia simbólica sin consecuencias específicas para la acción del Estado, atrajo la atención de los medios de comunicación internacionales y de los activistas de derechos.

Sin embargo, llevar este caso ante la CIDH fue una decisión controversial dentro de la comunidad de derechos humanos del Perú, pues algunos sostuvieron que los Cañaris aún no habían agotado las vías legales y administrativas disponibles dentro del Perú para exigir el reconocimiento de su derecho a la consulta previa, al menos en lo referido a medidas administrativas o autorizaciones posteriores al año 2011. La posición del abogado que asesoraba a la comunidad es que el derecho a la consulta en este caso debería ser retroactivo, que el otorgamiento inicial de la concesión sin la debida consulta en 2001 violó este derecho, y que no tiene sentido realizar consultas sobre futuros permisos mientras esta decisión fundamental siga siendo incierta.

Al respecto, la incorporación de la consulta previa por el propio Ministerio de Energía y Minas en los casos de «otorgamiento, modificación y oposición de concesión de Beneficio» y de «autorización para inicio / reinicio de las actividades de exploración, desarrollo, preparación, explotación en concesiones mineras metálicas y modificaciones», respaldaría la realización de un proceso de consulta previa antes de que la empresa pueda reanudar sus planes (Ministerio de Energía y Minas 2013).

En enero de 2015, el IIDS suscribió un acuerdo con los recientemente electos alcalde y Concejo Municipal de Cañaris, para proporcionar capacitación y asistencia técnica, incluyendo asistencia con la implementación de un nuevo plan de desarrollo que respete el estilo de vida y los derechos del pueblo Cañaris y el fortalecimiento de su identidad indígena (Derecho, Ambiente y Sociedad 2015c). Ese mismo mes, Florentino Barrios, el entonces presidente de la comunidad, anunció que se opondría a cualquier intento de reinicio de las exploraciones de Candente Copper, sugiriendo un acuerdo más amplio entre los miembros de la comunidad en contra de la mina propuesta. En mayo de 2015, la comunidad eligió a sus nuevos líderes, quienes reiteraron su oposición al proyecto y denunciaron al Gobierno por incumplir los compromisos de inversión social acordados en la mesa de diálogo del año anterior, y en noviembre de 2015 declararon su oposición a toda concesión o actividad minera en sus tierras. A mediados de 2016, el proyecto se encontraba detenido debido tanto a la falta de aceptación de la comunidad como a la falta de suficientes fondos de inversión.

Este caso tiene varias características interesantes. En primer lugar, involucra a una comunidad indígena con una demanda aparentemente sólida y legítima de su derecho a la consulta previa en virtud del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, tanto el gobierno central como los ejecutivos de la empresa les han negado este derecho, incluso mientras se adoptaban nuevas medidas administrativas después de la promulgación de la Ley de Consulta Previa en 2011. Las decisiones tomadas por las asambleas populares en julio y

septiembre de 2012 son contradictorias y no resuelven este problema, además de no ser reconocidas como procesos de consulta previa por el MINCUL.

En segundo lugar, se trata de un caso que ha evolucionado rápidamente con el tiempo, pasando de ser un conflicto local entre una empresa canadiense junior y una comunidad muy pobre, a una *cause célèbre* que involucra a diversos organismos del gobierno regional y del gobierno central, a miembros del Congreso, a partidos de izquierda y ONG, y a organizaciones internacionales. Al igual que en muchas regiones pobres del Perú, los habitantes de Cañaris quieren desarrollo con inversión productiva y no simplemente caridad. También quieren que se respete su derecho a ser consultados sobre un proyecto tan importante ubicado en su comunidad, y parece ser que el proyecto no seguirá adelante a menos que se cumpla esa expectativa.

Dada esta historia, la inclusión de San Juan de Cañaris entre las comunidades indígenas de la región Lambayeque en la base de datos revisada del MINCUL en octubre de 2015, puede ser vista como un avance alentador, puesto que reabre la posibilidad de que la comunidad pueda exigir el derecho a consulta sobre cualquier medida administrativa que implique un impacto potencial y directo sobre su bienestar colectivo.

Las recientes consultas relativas a la exploración de minerales en otras regiones, también deberían producir un efecto de demostración, en dos niveles. A nivel de las comunidades indígenas, les ofrecen la posibilidad de apropiarse de este derecho como una manera de abordar preocupaciones más amplias

acerca de los proyectos mineros y asegurar que sus derechos ciudadanos y colectivos serán respetados por el Estado. A nivel del personal del MINEM, les ofrece la oportunidad de superar – mediante una implementación efectiva de los acuerdos alcanzados en las consultas – su falta de capacidad para atender los derechos de las poblaciones indígenas afectadas por las operaciones mineras. Sin embargo, hay una serie de retos pendientes. Estos incluyen la necesidad de proporcionar al MINEM los recursos humanos y financieros necesarios para llevar a cabo varios procesos de consulta en territorios complejos y en relación con proyectos a gran escala. También incluyen la articulación y coordinación de las diferentes herramientas que involucran la participación de las comunidades indígenas, como la autorización para el uso de las tierras comunales superficiales, y los mecanismos de participación ciudadana para la aprobación de las EIA.



## CAPÍTULO IV: RESULTADOS

R1. Se han contrastado las hipótesis y queda demostrado que los fundamentos teóricos doctrinarios contenidos en nuestro ordenamiento jurídico constitucional referidos a las normas internacionales ratificadas por el país, como es el caso del Convenio 169 de la OIT (y otras normas del texto fundamental, además de instrumentos internacionales) no tienen un adecuado desarrollo normativo en cuanto concierne a la Ley de Consulta Previa (Ley N° 29785), pues, se desconocen los principios y valores que inspiraron dicha figura en el ámbito internacional, en donde se le considera un instrumento de participación, inclusión y respeto de los Derechos Humanos de las Pueblos Indígenas, derecho y puerta para el goce efectivo de sus demás derechos.

R2. La estructura, sistematización y finalidad de la Ley de Consulta Previa buscan dar legitimidad a las medidas administrativas gubernamentales, pero para ello se trastoca la figura de la Consulta Previa de modo que esta se convierte en un medio de legitimación de la conducta autoritaria de un Gobierno, olvidando la esencia de su existencia, proteger los derechos pueblos indígenas que parte por su participación efectiva en la toma de decisiones que conciernen a la configuración de su estructura política y la determinación de la forma de su desarrollo económico, social y cultural, etc.

R3. El ineficiente desarrollo legislativo que recibe la institución de la Consulta Previa en nuestra normatividad demuestra su instrumentación como herramienta política que intenta calmar la consciencia de una realidad inaceptable, en donde la opinión de las minorías étnicas sobre el futuro que

prefieren vivir no importa en atención a favorecer la práctica de políticas, leyes, programas de desarrollo, planes de inversión y demás medidas gubernamentales que desconocen los derechos de aquellos pueblos.

R4. Para que nuestra República en donde la Democracia sea uno de sus pilares, se requiere del principio de Soberanía Popular, que no se concretiza mientras no se haga respetar fielmente la expresión del pueblo dada mediante mecanismo adecuados para tal fin, entre estos encontramos la Consulta Previa.

R5. La opinión nacional jurisprudencial, normativa y en algunos casos doctrinaria sobre la Consulta Previa desmerece esta institución y argumenta que ésta solo sirve como un mecanismo que favorece el diálogo intercultural, pero no implica que los pueblos indígenas puedan decidir sobre el futuro de sus desarrollo en pro su continuidad e integridad física y cultural. Esto va en contra de los principios de nuestra República y la normatividad internacional, según esta última (específicamente en el Convenio 169 de la OIT, art. 7º) los pueblos indígenas tienen el derecho a decidir sus propias prioridades, en lo que atañe al proceso de desarrollo, en tanto afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, en pocas palabras les corresponde el derecho a autodeterminarse y dirigir su desarrollo.

R6. Nuestro trabajo no apunta a desmerecer el poder otorgado por el pueblo al Estado, intentando crear una especie de gobierno anárquico. No pretendemos eso, antes bien, se pretende equilibrar el desarrollo nacional con el desarrollo de los pueblos minoritarios, recordar que el Estado tiene limitaciones y responsabilidades que cumplir, que por y para el pueblo es que se ideó esa

construcción política, para velar por sus derechos y el mejoramiento de las condiciones de vida. Reconocer autonomía territorial y régimen autonómico en beneficio de los pueblos indígenas no debe ser concebido amenaza a los principios de integridad territorial y soberanía estatal. En absoluto, tal cosa devendría en una desventaja para las bases de la gobernabilidad y de un Estado unitario. Antes bien, reconocimientos en beneficio de dichos pueblos denotan la grandeza de una nación que reconoce, valora y protege su diversidad cultural y étnica por encima de otros intereses.

## **CAPÍTULO V: DISCUSIÓN**

### **5.1. Relación de Fundamentos Teóricos**

#### **5.1.1. Los Fundamentos Teórico-Doctrinarios del Convenio 169**

##### **OIT**

La forma actual de un Estado Constitucional de Derecho, evoca a una supremacía, por sobre las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, de la Constitución y las disposiciones que ella contiene (además, el bloque de constitucionalidad), ya sea en forma de normas declarativas o de principios, normas instituyentes u organizadoras, normas programáticas o normas operativas.

Como se concibe al Estado hoy es distinto a como se lo pensaba en sus inicios incluso en la décadas pasadas. Lo que hoy se demanda de un Estado en cuanto a sus compromisos, obligaciones y deberes tiene un tono más influenciado por el respeto, garantía y protección de los Derechos Humanos, en este proceso han tenido gran influencia los instrumentos normativos internacionales celebrados y suscritos por el Perú.

En la constitución de un Estado además de los derechos consagrados en beneficio de las personas también existen principios que nutren la armonía o coherencias interna en todo el ordenamiento jurídico. Tanto principios como derechos son de trascendental importancia, puesto que, sirven de directrices

y/o herramientas al momento de elaborar, producir y ejecutar normas de menor rango; pero no se limitan a eso, pues de que servirían postulados de tal naturaleza sino tuvieran operatividad real en la vida cotidiana y demás aspectos de un Estado además del normativo, por ejemplo, al momento de tomar decisiones administrativas, planear y ejecutar proyectos, desarrollar políticas públicas, etc.

Así como existen normas que consagran principios y derechos, también están presentes en una constitución, aquellas de carácter programático que si bien tienen cierta semejanza a las anteriores en el sentido de definir los fines u valores fundamentales del Estado, van más allá al establecer, por lo menos, en líneas generales los medios que deben utilizarse para tales efectos. Esto constituye parámetros o guías de cómo debe ser el desarrollo legislativo, lo cual a su vez devendrá en la adecuada aplicación de medidas administrativas.

Las normas útiles para los fines de nuestra investigación son las contenidas en el Convenio 169 de la OIT y que han sido desarrolladas en las bases teóricas de la presente tesis.

La democracia legítima será tal, siempre que, se reconozca que el poder reside en el pueblo. Así, “[e]n la monarquía hay que cuidar que el heredero sea, indubitadamente, hijo del rey. En la legitimidad republicana, hay que cuidar que la **voluntad del pueblo sea expresada fielmente**” (Meloni García, 2005, p. 701) (Negrita nuestra).

La democracia es un sistema que se mantiene en pie sobre todo por el equilibrio y correcto engranaje entre sus distintas instituciones, si no es posible entender ello y en la práctica las autoridades abusan del poder delegado o lo usan ilegítimamente o los gobernados no pregonan la obediencia, este complejo arquetipo se viene abajo y se transforma y cualquier otra forma de gobierno (dictadura, anarquía) menos en una República democrática.

Si bien tenemos un modelo de democracia representativa en el que el poder es delegado de los ciudadanos a las autoridades, al lado de este modelo existen ciertos mecanismo especiales que coadyuvan o complementan dicho modelo, estos medios pertenecen a la democracia semidirecta, que corresponde a circunstancias especiales en las cuales el pueblo se ha reservado el poder de intervenir de manera directa y emitir su decisión al respecto entre estos podemos señalar lo apuntado en el acápite anterior, el referéndum, la revocatoria o remoción de autoridades y la rendición de cuentas.

Entendido esto, es plenamente argumentable asumir que la Consulta Previa es uno de esos tipos de herramientas de la Democracia, que nos permite – aplicado correctamente – dar valor real a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y minorías étnicas.

Así, de la misma manera como se exige obediencia para con las autoridades elegidas de manera democrática, lo mismo debemos exigir cuando se trata de las decisiones tomadas por el pueblo mediante mecanismos de

participación ciudadana, como es el caso de la referéndum, revocatoria o remoción de autoridades, la rendición de cuentas y la Consulta Previa.

O en todo caso, como sucede en Perú, demandar instrumentos de participación ciudadana adecuados a las normas supremas (Constitución y bloque de constitucionalidad –tratados, leyes que desarrollan preceptos constitucionales, etc.), es decir, que hagan un desarrollo legislativo adecuado de los valores, principios y normas programáticas que contienen tales instrumentos.

El estudio de estos artículos (junto con los mencionados en su análisis) tiene como fin recordar la verdadera esencia de un Estado, de donde proviene el poder instituido, a que fines apunta como organización superior. Y el fin supremo al que apunta es la persona humana, y esta posee dos aspectos, uno individual y otro social, protegiendo ambos es que hablaremos de una adecuada protección de los Derechos Humanos, vistos de esas dos maneras individual y colectiva.

Hacia esto es que se apunta con la institución de la consulta previa, que como es lógico tiene sus raíces en principios esenciales de una Estado Democrático y Social de Derecho, buscando igualar condiciones entre la minorías y el bienestar de la generalidad, pero sobretodo tendiendo al respecto y protección de sus derechos, lo cual empieza con la participación en los asuntos que les afectan directamente, decidiendo el futuro que quieren vivir; y esto es su derecho por justicia, que a su vez se configura en

una función del Estado, promover, respetar y hacer cumplir lo expresado en la consulta.

Engarzando las premisas de ambas normas podemos concluir que antes de la toma de una decisión legislativa o administrativa que afecte directamente a la población deben aplicarse los medios necesarios para consultar su opinión sobre el tema, la decisión debe ser tomada por los afectados después de un proceso de información y discusión, esta es la esencia de la participación ciudadana, que el pueblo tenga la posibilidad de expresar lo que crea necesario, pero esto no queda ahí sino que la decisión que emita debe respetarse en garantía del principio que rige el ejercicio del poder, la Soberanía Popular.

## 5.2. Los Fundamentos Teórico Doctrinarios de la Consulta Previa

Con anterioridad al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la relación entre ellos y los estados eran de avasallamiento, se creía que por pertenecerles el territorio de esos pueblos, estos estaban bajo su dominio y tutela y por ende las decisiones sobre su destino, desarrollo, cambio o transformación le correspondían exclusivamente a ellos.

El “nuevo *corpus* de derechos indígenas” (Yrigoyen Fajardo, 2009, p. 1) es vinculante a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, y por tanto, lo correcto es que los estados no deberían tomar decisiones que afecten a los pueblos indígenas sin antes implementar procesos de diálogo,



participación y consulta previa (y aún después de su implementación o ejecución).

Acorde con líneas previas a este acápite, los derechos de participación y consulta poseen la cualidad y utilidad de ser la puerta de entrada hacia la materialización de los demás derechos que les corresponden a los pueblos originarios, no ciñéndose a pequeños campos en los que el Estado pueda adoptar políticas, tomar medidas o implementar programas, sino a todos, lo político, social, económico, cultural, educativo, laboral, justicia; y todos los imaginables.

El tema de la participación de los pueblos aborígenes en asuntos que los afecten de manera directa, si bien tiene recorrido un largo camino no está exento de tropiezos y aun de conflictos presentes, lo dicho se muestra con más énfasis cuando se trata de conciliar el modelo de desarrollo de un país con los derechos de autodeterminación de sus minorías, esta situación se agrava si tenemos en cuenta la alta presión que proviene del mercado nacional y en más medida del global si tomamos en cuenta las necesidades y demandas energéticas.

En este tipo de conflictos, entre las prioridades de un Estado (en especial el nuestro que se dedica en mayor medida a la extracción y exportación de materias primas) es que la institución jurídica de la Consulta Previa se alza como instrumento de comunicación, entendimiento y acuerdo entre el Estado y su población, pues la razón no la tiene el que puede imponer su opinión sino más bien la misma resulta de una análisis profundo de la

política, medida o programa a implementar en determinado territorio, lo cual se logra conociendo el contexto, realizando un pronóstico de incidencia, previniendo fallas o consecuencias nocivas, etc.

Esto es un proceso complejo y requiere de la participación de todos los implicados, con mayor motivación de aquello a quienes afectará, ya que muchas veces lo que está en juego son los derechos de esas minorías, su existencia e integridad física y cultural.

### 5.3. Relación entre ambos Fundamentos Teórico-Doctrinarios

El problema que a nosotros nos avocamos a subrayar y proponer su solución se basa en el inidóneo desarrollo legislativo que la figura de la consulta previa ha tenido en nuestro ordenamiento, sobre todo por hacer caso omiso a las normas de rango constitucional, como tratados internacionales.

En este orden de ideas, el análisis de los artículos y de los fundamentos que motivaron la creación de la consulta previa como instrumento de participación de los pueblos originarios en temas que los afectan directamente, nos lleva a concluir que existe una relación intrínseca entre las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y el derecho nacional.

Esta relación se funda en primer lugar en el deber de obediencia que se le debe a las disposiciones constitucionales frente a la demás normas del ordenamiento jurídico, de este modo, si mediante los artículos 2º.17 y 31º de la Constitución se pregona el **Derecho de Participación** en los asuntos de

interés público; y con el artículo 45° se habla del principio de **Soberanía Popular**, estamos enfocando el tema desde dos aristas: 1) que la participación en los asuntos estatales es un derecho (individual o colectivo) y a su vez 2) constituye una función de la cual el Estado no se puede desligar. La esencia de nuestra República Democrática (y social de Derecho) es el principio de Soberanía Popular y este tiene como contracara el Derecho de Participación. Solo cuando la voluntad del pueblo sea expresada fielmente hallaremos la legitimidad del tipo de Estado y gobierno por el que (al menos formalmente) hemos optado.

Lo dicho resulta ser, nada menos que, uno de los fines para y por el cual se creó el Estado peruano, obedecer el mandato del pueblo (preámbulo de la Constitución), garantizar la vigencia de los Derechos Humanos y promover el bienestar general y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44° de la Constitución). De acuerdo a ello y al Principio de Supremacía Constitucional (artículo 55° de la Constitución), toda norma que pretenda desarrollar estos preceptos no debe desentonar con los valores fundamentales que inspiraron su concepción.

Existe jurisprudencia que se expresa sobre temas relacionados al problema que hoy tratamos (aunque no compartamos la decisión final de las mismas), en la STC 0042-2004-AI/TC y el EXP. N.° 0022-2009-PI/TC, se expresa que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú. Pero no solo no desconoce, sino que la **Constitución obliga a su tutela y**

**protección**” (negrita nuestra). Por esta razón los pueblos indígenas han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión, una de las principales, la Consulta Previa.

Es cierto, como se ha señalado anteriormente que la Consulta Previa es un derecho autónomo de origen internacional público, pero, se inserta dentro de nuestro bloque con constitucionalidad en respeto de los derechos ya existentes y debe ser interpretado de manera conjunta con los principios fundamentales ya contenidos en la Constitución política del Perú, tales como la soberanía popular, el derecho de participación ciudadana, la pluriculturalidad, entre otros.

Asimismo, su consideración como mero antecedente desprovisto de vinculatoriedad, como ya ha sido detallado en los casos planteados, termina por generar conflictos sociales a fin de conseguir el respeto de parte del Gobierno de la voluntad popular de los pueblos indígenas, quienes no cesan en diligencias para conseguir su cometido, realizando visitas a la Capital del país, como ocurrió en el caso de las comunidades Maijuna y Kichwa, o, la toma de acciones de hecho que impidan la ejecución de la medida administrativa o legislativa, como ocurrió en el caso del Lote 192 (Kichwa, Quechua, Achuar y Urarina) y el caso Cañaris.

### **5.3.1. La Ley de Consulta Previa y la Normatividad Internacional**

#### **5.3.1.1. Concepción Internacional de la Consulta Previa**

Si bien el tema de la consulta previa en el ámbito internacional ya ha sido tratado en uno de los apartados anteriores, lo que concierne en este punto es hacer hincapié en los principios y fines por los cuales fue concebida la institución de la Consulta Previa.

Desde que inició el proceso de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y tribales, se ha ido construyendo a nivel internacional un marco legal de protección integral para las poblaciones que ostentan dichas características. El entramado de normas internacionales tiene como fin, lograr el libre ejercicio de sus derechos humanos individuales y colectivos, compromiso al que se suman los países suscribientes de los distintos tratados.

En este contexto, la Consulta Previa plasmada en tales instrumentos tiende a buscar la igualdad de oportunidades y mejorar el trato para los miembros de los grupos étnicos, quienes en continuas ocasiones han sido desplazados, desfavorecidos, y hasta olvidados.

Desde este enfoque, lo que se pretende con la dación de instrumentos como el estudiado, es lograr cimentar las garantías mínimas para un trato equitativo por parte de las sociedades en donde conviven.

En última instancia, el mejoramiento de la calidad de vida se hace con estrictos motivos basados en el reconocimiento de su dignidad y la tolerancia de la pluralidad que caracteriza a una nación, evitando a toda costa provocar cambios no deseados por los propios pueblos.

Puntualizando la idea citamos a la Comisión multipartidaria del Congreso de la República encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas (2009, p. 63), quien en su informe señala los fundamentos que provocan la adopción del Convenio 169 OIT:

- a) Revisar el Convenio 107 OIT y señalar un cambio importante en la concepción de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales.
- b) Garantizar protección a los pueblos indígenas y tribales, basada en el respeto de las culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias de estos pueblos.
- c) La convicción de que los pueblos indígenas y tribales tienen **derecho a continuar existiendo** sin pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la

forma y ritmo de su desarrollo, así como sus prioridades en dichos procesos.

Estos fundamentos dan forma al Convenio y generan a su vez tres ideas resumidas (se cita al Informe Alternativo 2008 sobre el cumplimiento del Convenio 169 OIT):

- Reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho que deben **perdurar y reproducir su cultura** dentro de sus respectivos países, sin exclusiones, discriminaciones ni imposiciones.
- Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a **vivir libremente en sus tierras y territorios**, manteniendo la propiedad colectiva de estos territorios para sus generaciones y gozando de protecciones especiales para que no se degraden ni se pierdan sus espacios de vida y para que puedan aprovechar de sus recursos.
- Medidas para enfrentar la situación de exclusión y marginación que han sufrido los pueblos indígenas en sus respectivos países.

La consulta Previa como instrumento de participación y derecho de los pueblos indígenas tiene cabida en el marco del Convenio 169 OIT, mediante su artículo 6º, por lo tanto los fines y fundamentos que adoptó el Convenio influyen inevitablemente en las instituciones, cuya creación se demanda a los estados parte, mediante las disposiciones de su cuerpo legal (en cuanto al tema específico de la explotación de recursos, ver artículo

15º.2 del Convenio, que obliga a los estados parte a 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).

Sobre el tema en específico también podemos citar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DUNDPI), que si bien no genera obligación de rendir informe sobre su cumplimiento, no se puede generar su indudable importancia en cuanto a su influencia en los tratados internacionales y la interpretación de normas nacionales.

Esta Declaración reconoce la igualdad de los pueblos indígenas y los demás pueblos, así como el derecho de los primeros a ser diferentes y que esta diferencia sea respetada. Se enfatiza en la necesidad de reconocer y promover sus derechos basados en sus propias estructuras políticas, sociales, económicas, con especial acento en el derecho a sus tierras, territorio y recursos.

En este sentido cobra tal grado de importancia el derecho a la autodeterminación, libre estipulación de su condición política y de su desarrollo económico, social y cultural. En este camino resulta idóneo el uso de la Consulta Previa como instrumento que coadyuva a la verdadera realización de los derechos de pueblos indígenas y tribales.



#### 5.4. Jurisprudencia Internacional al Respetto

Sobre el tema que nos cierne existe una variedad de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y aún hay causas que esperan por su resolución.

En el presente trabajo nos permitimos citar el Caso Saramaka vs. Surinam, fundamento 133, en donde se menciona que “garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones.

Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. (...). El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.

El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones”

Lo esencial de los instrumentos de participación que complementan el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, es que aseguran su pervivencia e integridad física como cultural, tener instrumentos nacionales que ejecuten un adecuado desarrollo de estas figuras es vital para dichos grupos, pero tiene mayor importancia la formación de la consciencia en torno a los valores de la tolerancia, no discriminación, protección de sus derechos por parte del Estado en donde se encuentran y la sociedad con quien interaccionan.

La plena eficacia de una norma es lo que da valor material al reconocimiento de derechos, así como no transforman la realidad los puros pensamientos sin acciones, tampoco es posible proteger derechos si no se efectivizan los postulados jerárquicos del ordenamiento jurídico.

Esta posibilidad resulta más remota si las normas inferiores desconocen aquellas directrices, provocando la indefensión de los pueblos indígenas y violándose el derecho a la participación, libre expresión, identidad, autodeterminación y goce de sus tierras.

De la eficacia de las normas depende la protección de los derechos de las minorías étnicas, al respecto, en la sentencia ya citada, se precisa que, “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”.

De este modo, mientras mayor sea el posible impacto que se provoque en una población o minoría étnica, mayor debe ser el grado de participación exigido, v.gr. frente a un megaproyecto minero que pueda afectar directa y gravemente a los integrantes del pueblo indígena, de estos se deberá obtener su consentimiento, libre, informado y previo a la ejecución del proyecto dado los derechos que entran en juego.

### 5.5. Fundamentos de la Ley de Consulta Previa

Partiendo del análisis de la norma que desarrolla la Consulta Previa, Ley N° 29785, es posible aseverar que el objeto de la ley (artículo 1º) es desarrollar el contenido, principios y procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. En el mismo artículo se indica que la ley se interpreta conforme las obligaciones contraídas por el Estado en razón de la suscripción del Convenio 169º de la OIT.

Uno de los principios que recoge la Ley en su artículo 2º, es la Obligatoriedad de la implementación de la Consulta Previa de manera exclusiva por parte del Estado. Mediante este diálogo entre los pueblos indígenas y el Estado lo que se pretende es lograr un **acuerdo** o **consentimiento** respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente, este proceso se lleva a cabo con estricto respeto de los derechos que como colectividad le corresponden a esas minorías.

Para el trámite del proceso de consulta se reconocen ciertos principios en el artículo 4º, entre ellos, la **Oportunidad, Interculturalidad, Buena Fe, Flexibilidad, Ausencia de Coacción**, etc.

Lo prescrito en la parte inicial del articulado de la Ley no parece oponerse a lo consagrado en el Convenio 169 de la OIT, sin embargo es el procedimiento en sí y la forma de conclusión del mismo, lo cual resulta ser abiertamente contrario a lo que dispone el dispositivo internacional, ahora parte de nuestro derecho nacional. Esto será explicado en los siguientes puntos de discusión de nuestra investigación.

## **5.6. Relación de Fundamentos Teórico Doctrinarios entre el Concepto Internacional y la Ley Nacional**

La finalidad y fundamento del reconocimiento de derechos ya sea en favor de la persona individual o las agrupaciones que pueda formar, es crear una esfera jurídica protectora frente a los excesos que un Estado o entidad estatal pueda cometer en el ejercicio del poder que le fue asignado conforme al Principio de Soberanía Popular.

Esta función tuitiva de los Derechos frente a la integridad y dignidad de la individualidad o colectividad se debe reflejar sobre todo en las medidas legislativas y administrativas que el Estado lleva a cabo como parte de sus funciones.

En este orden, las normas que consagran los valores y principios fundamentales que guían y limitan la actuación del Estado requieren, muchas veces, del desarrollo de su contenido a fin de que tales disposiciones puedan ser efectivizadas en la realidad.

Esto constituye un flujo constante, es decir, **primero** se conciben los valores, principios e intereses supremos que determinan la estructura y funcionalidad de una organización política; **segundo**, se lo plasma en un documento enunciativo y a la vez obligatorio (tratándose del sistema constitucional continental; en el caso anglosajón es distinto, pues, se su Constitución se basa en una serie actos de costumbre jurídica y pronunciamientos jurisprudenciales dados a través de su historia). El **tercer** paso, lo constituye el desarrollo de esas normas generales; y como **cuarto y último** punto, su aplicación práctica mediante la implementación de figuras jurídico-legales.

Es en el tercer paso, que creemos se fractura la delicada cadena de la materialización de los valores fundamentales del Estado. Así, si bien la Ley del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios inicia con una visible concordancia con los principios y fundamentos que inspiraron la innovación del instrumento de la consulta previa, termina por avasallar tales preceptos, decimos esto, en razón al numeral 15º de la ley en estudio, artículo en el que se dispone que la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente, aunque se exija la motivación de su decisión y la consideración de las sugerencias y recomendaciones de pueblos

consultados, esta parte de la ley resulta notoriamente contraria a los fundamentos expuestos sobre la institución de la Consulta Previa.

Esta discordia entre lo planteado por la norma nacional y la concepción internacional de la consulta previa, aparece también en lo prescrito en el segundo párrafo del art. 15° de la Ley, “[e]l 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”, la parte resaltada es llamativo, dado que la realidad demuestra otro contexto en el que no se percibe la actuación estatal en protección y/o beneficio de sus pueblos indígenas.

Ello ha sido evidenciado en los conflictos sociales generados en los casos estudiados, en el caso Majuna y Kichwa, la finalidad de estos pueblos era lograr un área de conservación de sus territorios, riqueza natural y costumbres, sin embargo, a pesar de haber realizado el procedimiento de consulta previa, el Gobierno dejó pasar dos años para aprobar el Decreto Supremo que autorizó el área de protección y, peor aún, consignó de manera textual en éste que dicha medida no limitaba la ejecución de obras públicas, tales como carreteras o la ejecución de proyectos de inversión, tal y como ocurrió posteriormente en el caso del territorio Kichwa; esto es, el caso del Lote 192 (Kichwa, Quechua, Achuar y Urarina) en el que la

urgencia por la explotación de reservas de petróleo y gas en la Amazonía propiciaron la aplicación paralela de un proceso de consulta previa y la ejecución de la medida administrativa, consecuentemente, se violó el carácter previo de la consulta, así como se generó conflictos sociales y disconformidad de parte de dos de las comunidades; finalmente, el caso más resaltante del pueblo Cañaris, en Lambayeque, en el que debió recurrirse incluso ante instancia internacionales para lograr la protección de derechos ampliamente vulnerados por los propios Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Cultura, quienes tomaban como válidos algunos procesos de consulta previa e inválidos otros, de manera que se favorezca la aplicación de la medida administrativa por encima del respeto de los derechos de los pueblos indígenas involucrados.

La conclusión de esto, es que realmente existe una falta de resonancia de los fundamentos que llevaron a crear la institución jurídica en lo que se preceptúa en la normatividad, puesto que de anularse la posibilidad de ejecución de la medida administrativa o ejecutiva de manera independiente al resultado de la consulta previa se frenarían los abusos originados por los funcionarios de gobierno que, finalmente, favorecen intereses aparentemente generales, sin en absoluto respeto de los derechos de las minorías y el respeto por la pluriculturalidad existente en el país.

Desde el 5 de febrero de 1995 el Convenio 169 de la OIT entró a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, asumiendo dentro de él un rango constitucional, de acuerdo al artículo 55<sup>o</sup> y Cuarto Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Esta condición del Convenio 169 ha sido ratificada por distintos pronunciamientos jurisprudenciales del máximo intérprete de la Constitución, la STC N° 0025-2005-PI/TC (Fundamento 33), el EXP. N° 5427-2009-PC/TC (párrafo 43), el EXP. 3343-2007-PA/TC, entre otros. Por este motivo dicho Convenio tiene aplicabilidad inmediata al interior del Estado peruano.

Por el artículo 6º.b) del Convenio se impone al Estado el deber de adoptar los medios adecuados a través de los cuales los pueblos puedan participar libremente; en el artículo 4º del mismo, se exige la adopción de medidas especiales que se precisen para salvaguardar las instituciones, bienes, cultura y medio ambiente de los pueblos afectados.

Estas exigencias no se han visto reflejadas en el desarrollo que la consulta previa ha tenido en nuestro ordenamiento, por lo tanto, es precisa la modificación de la Ley (en especial su artículo 15º), la cual resulta ser atrevidamente inconstitucional, en detrimento de los derechos de las minorías y las personas que las conforman.

El Convenio 169 de la OIT fue y es un avance innovador y reivindicador en la protección de los pueblos indígenas, no obstante ello, los preceptos que en él se muestran literalmente eran deducibles de otros instrumentos internacionales ya existentes con anterioridad.

Tenemos el aporte del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, la consulta previa a los pueblos indígenas se concreta en la consagración hecha de sus artículos 1º y 27. Así, el artículo 1º incluye el derecho de los



pueblos a su autodeterminación: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen así mismo a su desarrollo económico, social y cultural.”

En este punto conviene recordar los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El primero de ellos establece que: **“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”** Mientras que el segundo indica que; **“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”**. Aunque, en cuanto a la Ley no se trata de una disposición contraria a lo expresado en el instrumento internacional, si se nota una marcada deficiencia en su contenido, lo cual tampoco es amparado por el Derecho de los Tratados.

## 5.7. Eficacia de la Ley de Consulta Previa

### 5.7.1. Descripción de los errores En La Estructura Y Sistematización De La Ley De Consulta Previa

Venimos mencionando a lo largo de nuestra argumentación que las disposiciones constitucionales, tanto las de su texto mismo como las que tienen dicho rango (Convenio 169º OIT), necesitan ser desarrolladas, esta función se realiza mediante leyes y normas de inferior rango.

Pero, qué significa hacer un desarrollo de las normas de rango constitucional, acaso esta función se debe realizar olvidando los valores que ellas guardan. Pues no, un adecuado desarrollo implica respetar el núcleo duro de los derechos consagrados por aquellas disposiciones, sus principios, en general aquellos valores e intereses fundamentales que constituyen la parte material e infranqueable de una Constitución.

El artículo 55° de la Constitución consagra el Principio de Supremacía de la Constitución y de las normas del mismo rango sobre las de demás. Para nuestro trabajo es importante resaltar la importancia de las normas contenidas en el Convenio 169, que como quedó establecido conforman el derecho nacional en el primer orden jerárquico, gracias a lo dispuesto en el artículo 51 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la texto constitucional.

La importancia de estas normas para la vida democrática del país es desconocida en su desarrollo legislativo y por lo tanto en las medidas que se apliquen basados en ello, generando insatisfacción en quienes valoramos la inclusión y el respeto de los derechos de las minorías.

La visión que la jurisprudencia nacional tiene sobre el tema, es un punto de vista que no compartimos, v.gr. en el EXP. N.º 0022-2009-PI/TC, fundamento 24, se expresa que el derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas.

El Tribunal Constitucional afirma que de la lectura del artículo 6º y 15º del Convenio N° 169 no se desprende un 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.**” (Negrita nuestra).

Esta exposición nos parece sesgada o enturbiada que esconde el favoritismo que el Estado muestra por los grupos de poder económico, que tienen una influencia, casi decisiva en la formación de la voluntad estatal.

Pues si analizamos bien el Convenio, en el artículo 7º (no muy alejado del artículo 6º por cierto) podemos comprender que lo que se pretende con este

instrumento internacional no es la simple promoción del diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, sino que realmente se le reconoce uno de sus derechos esenciales, la **Autodeterminación**, lo cual significa que “[l]os pueblos interesados deberán tener el **derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al 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.”

Entonces de qué les sirve el diálogo con el Estado si al final de cuentas su decisión no será respetada, si la voluntad que se impondrá será la del más fuerte como en la época de las cavernas, si después de tantas luchas, muertes y tinta gastada en papel los pueblos indígenas no logran su supervivencia y desarrollo sostenible. ¿De qué sirve todo el esfuerzo emprendido?

Esta lucha sin merma de los pueblos indígenas no puede ser desmerecida por los mecanismos nacionales de implementación legislativa y administrativa, sin que ello no acarree las consecuencias que corrijan sus errores.

Finalizamos esta parte del trabajo señalando simplifcadamente las más notables torpezas intencionales cometidas en el cuerpo de la Ley N° 29785:

- Primero: según la Segunda Disposición Complementaria Final, la ley no se considera aplicable a las medidas legislativas y administrativas

dictadas con anterioridad a su entrada en vigencia. Esto no significa una limitante para la aplicación de la ley, sino que al ser esa un desarrollo de preceptos de orden constitucional, coarta lo consagrado en las disposiciones del Convenio 169 de la OIT.

- Segundo: la decisión final del proceso de consulta le corresponde al Estado. Lo que se prescribe en el artículo 15º de la Ley resulta deficiente y vulnerador del contenido real que doctrinaria y normativamente (a nivel internacional) se le ha dado al derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Aceptar esta característica del mecanismo de Consulta Previa implica aceptar de una manera fresca y libre de responsabilidades el disponer de los derechos humanos de los pueblos indígenas o tribales.

A partir de estas apreciaciones definiremos las verdaderas intenciones de la Ley del Derecho a la Consulta Previa, su deficiencia como herramienta garantizadora de los derechos de los pueblos indígenas que puedan ser afectados en la aplicación de medidas administrativas.

**Nota para la reflexión.-** Finalmente en la formación de una norma o medida administrativa que voluntad debe imperar, la del Estado o del pueblo indígena, o debe ser mixta; es decir que la consulta sea un instrumento para mejorar las medidas legislativas o administrativas. Por ello la buena fe es un principio, en mi opinión no se trata de imponer una voluntad respecto de otra, sino de consensuar la mejor medida legislativa o administrativa para los intereses comunes, lo que se lograría con un proceso e dialogo intercultural de buena fe. El veto es un extremo y la imposición autoritaria de la media el otro. Ambos desnaturalizarían el derecho de consulta previa, por un lado si

es Veto, ya no sería consulta sino una suerte de referéndum; por el otro lado, ya no habría buena fe ni proceso de dialogo.

### **5.8. Establecimiento de la finalidad de la ley de consulta previa y su eficacia en la aplicación de medidas administrativas.**

El desarrollo legal del derecho de participación, autodeterminación e identidad de los pueblos indígenas que se pretende implantar mediante la vigencia de la Ley de Consulta Previa en realidad es un compromiso inseguro que oculta intereses y una voluntad soterrados, aparentar esfuerzo por considerar la opinión y bienestar de aquellos pueblos cuando en realidad lo que se pretende es dar la imagen de un Estado inclusivo, tolerante, no discriminador, en una palabra democrático, pero que en realidad está sometido a la voluntad de quienes ostentan el poder económico, poder que define políticas, pensamientos y modos de vida.

Con la actual regulación de la Consulta Previa, lo único que se logra es conocer la opinión de los pueblos indígenas, lo que quedará disminuido a eso, una opinión no vinculante para las autoridades estatales en la toma de decisiones legislativas como administrativas. Este mecanismo de participación e inclusión terminará siendo una formalidad o protocolo innecesario, que pese a los fines para los que fue concebido, su ejecución solo servirá de ficticia legitimación para la disposición de los derechos de pueblos indígenas.

El Estado, superponiendo el principio de Integridad Territorial y Soberanía Estatal por sobre el Principio de Soberanía Popular impondrá su voluntad, en decisiones que albergan intereses económicos de grupos que no les interesa desaparecer pueblos y culturas diferentes y únicos si el fin pecuniario está asegurado. Esta forma de actuar del Estado, como títere de intereses particulares adquiere poder bajo la máscara de “sacrificar el bienestar de unos por el bienestar de muchos”.

Definir si la consulta previa por su naturaleza tiene que ser o no vinculante.

### **5.9. Disociación que existe entre la Ley de Consulta Previa y el Convenio 169 de La OIT**

Condensando la idea central de nuestro trabajo, en primer lugar realizamos un recuento de los principios constitucionales afectados con la deficiente regulación de la Consulta Previa:

- Principio de Soberanía Popular (/participación ciudadana).
- Principio de Supremacía Constitucional.

Entre los principales derechos de los pueblos indígenas en juego:

- Derecho a la autodeterminación.
- Derecho a la participación en asuntos que los afecten de manera directa o que amenacen su continuidad, integridad o dignidad.
- Derecho a la identidad.
- Derecho a la disposición y goce de sus tierras, territorio y recursos.
- Derecho a la no discriminación.
- En general la protección de los derechos que como agrupación humana le corresponde.

La correlación de estos principios y derechos funda las bases para la conformación de un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que el influjo constitucional ha hecho valer el respeto y protección por los DDHH.

Las normas de un ordenamiento jurídico que se ajuste a la naturaleza de aquel tipo de organización política deben estar en una armoniosa sistematización, ordenada según el principio de Supremacía Constitucional. De esto se desprende el deber de la Ley N° 29785 (Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo) de realizar un adecuado desarrollo de aquellos principios y derechos respetando su parte infranqueable, sin amañar la técnica legislativa en “beneficio de muchos” y en atropello de los derechos de las minorías.

“El derecho de participación ciudadana constituye un derecho fundamental recogido en la Constitución peruana de 1993, y como tal un derecho de los individuos frente al Estado, así como un componente estructural básico del ordenamiento jurídico objetivo y expresión jurídica del sistema de valores que este conlleva. Resulta inconcebible una democracia que desconozca a los ciudadanos su derecho a intervenir en los distintos ámbitos de la esfera pública, no solo porque ello resulta una manifestación directa de la dignidad humana, sino porque tal **participación supone una garantía indispensable para la realización de otros derechos fundamentales y condición básica para el control de la actuación del Estado**”. (Albán Peralta, 2005, p. 210) (Negrita nuestra).



## CONCLUSIONES

C1: Analizada la exposición de motivos de la norma y las actuaciones en los casos particulares de los pueblos Maijuna y Kichwa, del Lote 192 (Kichwa, Quechua, Achuar y Urarina) y Cañaris; se ha obtenido que las cláusulas constitucionales que regulan el poder soberano del pueblo y el derecho a la participación ciudadana no son tomados en cuenta por los órganos de gobierno encargados de ejecutar las medidas administrativas.

C2: Realizado un estudio histórico y jurídico acerca de los fundamentos para la redacción del Convenio 169 OIT, vemos que estos se encuentran basados en el reconocimiento de la pluriculturalidad y en la inclusión de los pueblos indígenas paulatinamente y con respeto de sus propios derechos humanos en la dinámica nacional, en el caso particular de la consulta previa dichos principios no se cumplen debido a que el poder soberano del Gobierno se ejecuta indiferentemente de si se encuentra de acuerdo con la voluntad popular.

C3: Analizada la normatividad internacional, se ha observado que en el caso de Europa, se ha desarrollado el concepto de pluriculturalismo como derecho fundamental a ser respetado por los aparatos de gobierno; ello se encuentra en disociación con los fundamentos de la Ley de Consulta Previa.

C4: Analizada la Ley de Consulta Previa se observa que su articulado contiene una serie de posibilidades para coordinar con la población nativa o campesina de

manera previa a la toma de decisiones lo que en principio es un aspecto positivo, su estructura está orientada a ello; sin embargo, en cuanto a su sistematización genera una contradicción interna puesto que el resultado de dichas coordinaciones no siempre es atendido, por lo que no se cumple con la finalidad de la consulta.

## RECOMENDACIONES

R1: Se recomienda a los congresistas de la república la elaboración de un proyecto de modificatoria de la ley de consulta previa que dote de eficacia a los artículos del Convenio 169 OIT.

R2: Se recomienda al Poder Legislativo tener en cuenta el derecho a la pluriculturalidad como fundamento en la exposición de motivos para la modificación de la Ley de Consulta Previa.

R3: Se recomienda a los organismos del Poder Ejecutivo que las medidas administrativas que tomen se encuentren en consonancia con los principios de poder del pueblo y participación ciudadana.

R4: Se recomienda al Poder Ejecutivo que las medidas administrativas tomadas que involucren la afectación de la jurisdicción de las Comunidades Campesinas y Nativas respeten el derecho al pluriculturalismo.

## REFERENCIAS

- Albán Peralta, W. (2005). Comentario al Artículo 2º.17 de la Constitución. En C. Fernández Sessarego, W. Gutierrez Camacho, J. M. Sosa Sacio, & C. Mesía Ramírez, *Constitución Comentada* (págs. 210-213). Lima: Gaceta Jurídica SA.
- Alexy, Robert. (2013). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alva, A. (2014). *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas del Perú*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Anaya, J. (2016). Promoviendo los derechos de las poblaciones indígenas en latinoamérica. *Finanzas y Derechos*, 40-55.
- Atienza, M. (2012). Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. *Doxa*, 353-369.
- Benda, E. (2006). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Berchmans Vallet De Goutisolo, J. (2011). "Los orígenes de la escuela histórica del derecho alemana y sus avatares". *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 90-112.
- Blanco Vizarreta, C. (2013). *El Proyecto Conga desde los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: PUCP.
- Bobbio, Norberto; Bovero, Michelangelo. (1986). El Carácter del Iusnaturalismo. En N. Bobbio, & M. Bovero, *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna* (págs. 272-280). México: FCE. Obtenido de <http://es.scribd.com/doc/7273124/Bobbio-Norberto-El-Iusnaturalismo-PDF>.
- Bustamante Bohórquez, T. (2016). La Interpretación Constitucional. *Univ. Estud. Bogotá N° 03*, 123-156.
- Caillaux, J. (2015). *La Participación Ciudadana y Consulta Previa en proyectos hidroeléctricos*. Lima: Negrapata.
- Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, EXP. N.º 5854-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 8 de Noviembre de 2005).
- Castillo Alva, J., & Castillo Córdova, L. (2008). *El Precedente Judicial y el Precedente Constitucional*. Lima: ARA.
- Celis Vela, D. (2010). Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. *Estudios de derecho N° 149*, 285-300.
- Colombo Campbell, J. (2000). Justicia Constitucional: El Conflicto Constitucional y sus formas de resolución. *Ius et praxis*, 83-115.

- Comisión multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas. (2009). *CONSULTA PREVIA: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia*. Lima: Congreso de la República.
- Cuellar Miranda, R. (2010). Clasificación de las normas constitucionales y su ineficacia ante la falta de desarrollo legislativo. *LAW OFICES*, 50-62.
- Cynthia A. Sanborn - Verónica Hurtado - Tania Ramírez. (2016). *La consulta previa en el Perú: avances y retos*. Lima: Universidad de Pacífico.
- De Domingo, T. (2001). Contenido de los Derechos Fundamentales al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen. *Conflicto entre Derechos Fundamentales*, 243-321.
- De Vega, P. (2011). *Estudios Político-Constitucionales*. Buenos Aires: Astrea.
- Defensoría del Pueblo. (2009). *INFORME N° 011-2009-DP/AMASPPI.PPI - El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo. (2015). *Lineamientos de actuación defensorial para la supervisión de los procesos de Consulta Previa. Resolución Administrativa N° 038-2015/DP-PAD*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo – Agencia de la GIZ en el Perú.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- García Toma, V. (2008). *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. Lima: Jurista Editores.
- González Casanova. (1984). *Derecho Constitucional y Teoría del Estado*. Madrid: ASTREA.
- Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. (2012). *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú - Informes sobre el proceso de reglamentación*. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
- Häberle, P. (2012). El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal Constitucional. *DIKÉ-Portal de Información y Opinión Legal*, 101-127.
- Haberle, P. (2015). "Representación" en la Unión Europea. Una contribución a una teoría constitucional europea. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 175-2009.

- Hart, H. L. (1984). El Positivismo y la separación del Derecho y la Moral. *Modern analytical Jurisprudence*, 69-82.
- Hart, H. L. (1984). Natural Rights: Bentham and J. S. Mill. *Essays on Bentham*, 96-113.
- Huerta Ochoa, C. (2007). *Conflictos Constitucionales*. Barcelona: Arestra.
- Jahncke Benavente , J., & Meza, R. (2012). *El Derecho a la Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica*. Lima: FRANGRAF.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del Derecho*. México: UNAM.
- Locke, J. (2012). *The Second Treatise of Civil Government 1690*. Los Ángeles: Political Science.
- Loewestein, K. (1976). *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel.
- Merino, B. (2010). Discurso de la Doctora Beatriz Merino, Defensora del Pueblo, ante la Comisión que investiga los sucesos ocurridos en las Provincias de Bagua y Utcubamba, nombrada por el Congreso de la República. *Discurso de la Doctora Beatriz Merino, Defensora del Pueblo, ante la Comisión que investiga los sucesos ocurridos en las Provincias de Bagua y Utcubamba, nombrada por el Congreso de la República* (págs. 1-40). Lima: Defensoría del Pueblo.
- Mesía Ramírez , C. (2004). *Derechos de la persona*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Mora-Donatto, C. (2006). *Interpretación Constitucional*. Barcelona: Temis.
- Navarro , P., & Moreso, J. (2013). *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra.
- Nikken, P. (2016). *Sobre el Concepto de Derechos Humanos*. Caracas: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. México: F.C.E.
- OIT. (1957). *Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes*. Ginebra: OIT.
- OIT. (1989). *Convenio 169*. Ginebra: OIT.
- OIT. (1989). *Convenio OIT Nro. 169, sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes*. Ginebra: OIT.
- Organización de la Naciones Unidas. (2016). *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa Libre e Informada*. Bogotá: USAID.

- Scurrah, M., & Chaparro, A. (2015). *La participación ciudadana y la consulta previa a los pueblos indígenas: Políticas Públicas para un nuevo rol de la minería y los hidrocarburos en el Perú*. Lima: CEPES y CAAAP.
- Sentencia de Unificación, 039 (Ponente: Antonio Barrera Carbonell - Corte Constitucional Colombiana 21 de Febrero de 1997).
- Trazegnies Granda, F. (1995). La muerte del Legislador. *Academia Peruana de Derecho*, 849-875.
- TV-PERÚ. (20 de Enero de 2016). Entrevista al Presidente Alan García. Lima, Lima, Perú.
- Valadés, D. (2013). *El Orden Constitucional - Reformas y Rupturas*. México: UNAM.
- Valdiviezo del Carpio, M. (2013). La participación ciudadana en el Perú y los principales mecanismos para ejercerla. *Gestión Pública y desarrollo*, A9-A12.
- Vásquez, H. (2013). Multiculturalismo/pluriculturalismo -reflexiones críticas-. *CICEA*, 82-104.
- Vela, C. (2011). *La Consulta para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del convenio 169 de la OIT*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Yrigoyen Fajardo, R. (enero de 2009). *Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS*. Recuperado el 24 de enero de 2014, de Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2013). El carácter pluricultural del Estado y la Nación y la justicia indígena/campesina. *recuperación democrática y derechos indígenas*, 34-38.
- Yrigoyen, R. (2009). De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento. *Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS*, 1-31.
- Yrigoyen, R. (2010). *Derecho de Consulta y Participación: Una larga historia*. Santa Fe: CEADL.
- Zagrevelsky, G. (2014). *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.