

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO  
CONSTITUCIONAL

“Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la  
consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de  
territorio”

Presentada por:

GERARD HENRY ANGLES YANQUI

Asesor:

Dr. Enrique Bernales Ballesteros

San Miguel, 2014

## ÍNDICE GENERAL

<b>ÍNDICE GENERAL</b>	<b>ii</b>
<b>ÍNDICE DE TABLAS</b>	<b>v</b>
<b>ÍNDICE DE FIGURAS</b>	<b>vi</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>vii</b>
<b>CAPÍTULO I. ASPECTOS PRELIMINARES</b>	<b>1</b>
1.1. Antecedentes Históricos de los Pueblos Indígenas u Originarios en el Estado Peruano	1
1.2. Los Pueblos Indígenas u Originarios en la Doctrina Pluricultural o Multicultural en el Perú	5
1.3. Las Constituciones Peruanas frente a las Poblaciones Indígenas	7
<b>CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE PUEBLO INDÍGENA U ORIGINARIO, PARA EFECTOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA</b>	<b>14</b>
2.1. Concepto de Pueblo Indígena u Originario en el Perú, en el Sistema Legal Internacional	14
2.2. Concepción Legal de Pueblo Indígena u Originario en Perú	17
2.3. Concepto y Fundamento del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas	34
2.3.1. Naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa	34
2.3.2. El objeto, la finalidad y el consentimiento del derecho a la consulta previa	37
2.3.2.1. <i>El objeto del derecho a la consulta previa</i>	37
2.3.2.2. <i>La finalidad del derecho a la consulta previa</i>	38
2.3.2.3. <i>El consentimiento del derecho a la consulta previa</i>	39
2.3.3. Elementos o Principios del Derecho a la Consulta Previa	39
2.3.4. El contenido constitucional del derecho a la consulta previa como derecho fundamental	44
2.3.4.1. <i>El contenido constitucional de los derechos fundamentales</i>	44
2.3.4.2. <i>El contenido esencial del derecho a la consulta</i>	47

*previa en el Perú*

2.4.	Principales Fuentes Normativas Internacionales del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas	51
2.4.1.	La Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Convenio 169	53
2.4.2.	El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	56
2.4.3.	La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de los Pueblos Indígenas) adoptada por la Asamblea General de la ONU	57
2.4.4.	La Comisión/Corte Interamericana de Derechos Humanos	58
2.5.	Análisis Jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Consulta Previa	61

<b>CAPÍTULO III. LA LEY DE DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS RECONOCIDOS EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL CONSENTIMIENTO EN EL PERÚ</b>		<b>67</b>
3.1.	Antecedentes de la Promulgación de la Ley de Consulta	67
3.2.	El Objeto de la Ley de Consulta. Concordancias Internacionales	71
3.3.	Finalidad de la Ley de Consulta. Antecedentes, Concordancias Internacionales	72
3.3.1.	La finalidad de la consulta en la normatividad internacional	73
3.4.	Etapas del Proceso de Consulta Previa	74
3.5.	Evaluación Interna de las Instituciones y Organizaciones de los Pueblos Indígenas u Originarios	79
3.6.	El Derecho de Consentimiento en la Ley de Consulta Previa	80
3.7.	La Decisión Final sobre la Aprobación de la Medida Legislativa o Administrativa	82
3.8.	Derechos Constitucionales Vinculados con el Derecho a la Consulta Previa y Consentimiento de los Pueblos Indígenas	88

<b>CAPÍTULO IV. EL ESTADO PERUANO FRENTE A LA OBLIGACIÓN DE OBTENER SIEMPRE EL CONSENTIMIENTO EN LOS PROCESOS DE CONSULTA PREVIA CUANDO ESTOS IMPLIQUEN DESPLAZAMIENTO INDÍGENA</b>	<b>91</b>
4.1. Ideas Preliminares	91
4.2. Jurisprudencia Nacional e Internacional sobre la Obligación de los Estados con el Fin de Obtener el Consentimiento al Finalizar el Proceso de Consulta Previa	96
4.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre la Obtención Obligatoria del Consentimiento como Derecho de los Pueblos Indígenas en Casos de Desplazamiento Territorial	96
4.4. El Tribunal Constitucional Peruano Frente a los Casos de Desplazamiento Territorial y los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas	106
4.5. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y el Carácter Obligacional como Excepción a la Regla en el Proceso de Consulta cuando se Refiere a Casos de Desplazamiento Indígena	111
4.6. Derechos Constitucionales de los Pueblos Indígenas que se Afectan cuando se Realiza Desplazamiento de su Territorio sin Consentimiento	120
4.7. El Derecho a la Tierra o Territorio cuando la Consulta Previa Implique Desplazamiento Territorial Indígena en el Perú	131
4.8. El Derecho a la Libre Determinación en los Casos de Desplazamiento Territorial	133
4.9. El Desplazamiento Territorial como Factor de Afectación Directa de los Pueblos Indígenas	136
4.10. El Derecho de Veto frente al Consentimiento Obligatorio en los Casos de Desplazamiento de Territorio Indígena	138
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>141</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>146</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.	Artículos con reconocimiento constitucional a los derechos de los pueblos indígenas	10
Tabla 2.	Pueblos indígenas y comunidades nativas identificados	22



## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Achuar	24
Figura 2.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Wanpis	24
Figura 3.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Capahua	25
Figura 4.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Amahuaca	25
Figura 5.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Awajún	26
Figura 6.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Cashinahua	26
Figura 7.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Ocaina	27
Figura 8.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Matses	27
Figura 9.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Shawi	28
Figura 10.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Secoya	28
Figura 11.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Jíbaro	29
Figura 12.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Murui-Muinani	29
Figura 13.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Omagua	30
Figura 14.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Shiwilu	30
Figura 15.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Bora	31
Figura 16.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Kakataibo	31
Figura 17.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Kandozi	32
Figura 18.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Kukama Kukamiria	32
Figura 19.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Maijuana	33
Figura 20.	Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Shipibo Konibo	33
Figura 21.	Etapas de investigación	76
Figura 22.	Etapas de publicidad	76
Figura 23.	Etapas de información	76
Figura 24.	Etapas de evaluación interna	76
Figura 25.	Etapas de diálogo	76
Figura 26.	Suspensión y abandono del proceso de diálogo	77

## INTRODUCCIÓN

El derecho a la consulta previa a los pueblos originarios o indígenas se ha convertido en fuente de conflictos internos de carácter sociocultural, ambiental y legal, que cada vez más se acrecientan en el Perú.

El Estado peruano debe realizar procesos de consulta a los pueblos indígenas antes de la implementación de medidas legislativas o administrativas que afecten en forma directa los derechos colectivos de estos últimos, consultas que deben finalizar con la obtención del consentimiento previo, libre e informado.

La promulgación de la Ley 29785, “de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas”, es un gran avance hacia la protección de estos pueblos. Sin embargo, en su Artículo 15° se dictamina que si el Estado peruano y los pueblos indígenas no logran llegar a un acuerdo en la consulta previa, la decisión final será adoptada por el Estado como norma general aplicada a dichos procesos.

No obstante ello, esta regla general podría tener excepciones frente a medidas legislativas o administrativas que implique el desplazamiento poblacional indígena de sus territorios ancestrales, ya que de aplicarse de forma taxativa lo señalado en la Ley 29785, se causaría grave indefensión y vulneración a los derechos constitucionales de ese sector poblacional.

El Estado, durante los procesos de consulta previa cuando impliquen desplazamiento poblacional indígena de territorios ancestrales, tiene la obligación de obtener el consentimiento de estos pueblos, garantizando la no vulneración de sus derechos constitucionales, como el derecho al consentimiento libre, previo e informado; la libre determinación; el territorio; la identidad étnica y cultural; entre otros; consagrados en los artículos 2°, 70° y 149° de la Constitución peruana, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Así como jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Tribunal Constitucional peruano (TC).

Ahora, habiendo señalado, en términos generales, el contenido de nuestra investigación, corresponde dar cuenta de su estructura y partes. En el primer capítulo explicaremos los antecedentes históricos de los Pueblos Indígenas, identificando el enfoque histórico legal otorgado en las constituciones peruanas, asimismo, describimos la postura doctrinaria Pluricultural o Multicultural en el Perú, e identificamos quienes conformarían los pueblos indígenas en la actualidad.

En el segundo capítulo haremos una evaluación del concepto de pueblo indígena u originario, y los alcances constitucionales en el derecho a la consulta previa, a nivel nacional e Internacional, del mismo modo definimos la naturaleza jurídica, el objeto, la finalidad y el consentimiento del derecho a la consulta previa, para definir cuáles son los alcances y límites del contenido constitucional del derecho a la consulta previa, concatenando estos conceptos con los Convenios OIT, Declaraciones de las Naciones Unidas, Tratados Internacionales, y Jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano.

En el tercer capítulo presentaremos la noción legal de consulta previa en Perú, y explicaremos como se entiende el consentimiento en el proceso de consulta, identificando el consentimiento en las diferentes etapas del proceso de consulta previa, desde la evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los Pueblos Indígenas u Originarios, hasta la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa, y su directa vinculación con los derechos constitucionales de los pueblos indígenas.

En el cuarto y último capítulo concretaremos la obligación que tiene el estado peruano de obtener siempre el consentimiento en los procesos de consulta previa, cuando implique desplazamiento indígena, basándonos en el análisis de jurisprudencia nacional e internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, concluyendo que el carácter obligacional de obtener el consentimiento es la excepción a la regla en los procesos de consulta previa. Entendiendo que de no adoptar esta excepción se afecta derechos constitucionales de los pueblos indígenas como el derecho a la tierra o territorio, a la libre determinación, la identidad étnica y cultural.

## CAPÍTULO I.

### ASPECTOS PRELIMINARES

#### 1.1. Antecedentes Históricos de los Pueblos Indígenas u Originarios en el Estado Peruano.

La primera dificultad radica en definir el concepto de pueblos indígenas. La Real Academia de la Lengua define a un pueblo como la población más pequeña y con menor número de habitantes que la ciudad, al conjunto de personas de una misma nacionalidad o por las de distinta nacionalidad pero en un mismo Estado. Asimismo, el término indígena se relaciona con lo originario del país del que se trata (RAE, 2008).

En el Perú, pueblo indígena u originario es la población con un común denominador, como es la identidad cultural de cada zona, cuya convivencia social se da sobre la base de las costumbres de su cosmovisión, y un enraizado vínculo con los territorios que ocupan desde antes de la llegada de extranjeros.

A través de la historia peruana, los pueblos indígenas u originarios no siempre fueron conocidos como tales. Sus antecedentes se encuentran en las civilizaciones anteriores, preincas e incas, abarcando territorios en gran parte de Latinoamérica.

Algunos de los antecedentes del antiguo Perú se encuentran en las tumbas del señor de Sipán, cuya antigüedad supera los 1,500 años, en las culturas Moche, Lupacas, Tiahuanaco, entre otras, que fueron asimiladas por la cultura Inca. Esta última organizó y administró un vasto territorio llamado Tahuantinsuyo a través del trabajo comunitario, la distribución y posesión de tierras estatales, desarrollo de ganadería estatal, con una sociedad jerarquizada e idioma oficial (quechua).

Al congregarse estos grupos humanos originarios se fue «constituyendo una especie de “nacionalidad” (identidad cultural entre los grupos de un territorio determinado, que se diferenciaban de otros) con un embrión de clase dirigente, que buscaría imponer su autoridad sobre todos los grupos antiguos [...]» (Shady, 2006: 48). De

esa manera, el Estado inca se masificó en extensión y población, sin embargo, no llegó a la unificación estatal.

Un hito principal para el desmoronamiento del imperio incaico fue la muerte del último monarca Huayna Cápac, que fue el detonante para el conflicto interno entre sus herederos Huáscar y Atahualpa, cada cual con ejércitos al norte y al sur.

Si bien es cierto que el Estado inca instrumentó diferentes formas de reestructuración radical en todos los territorios y poblaciones anexadas, de tal manera que las características culturales específicas de las etnias se vieron afectadas profundamente hasta un cierto punto homogeneizadas, el mosaico étnico del país, sin embargo, subsistió y fue la base de la estructura colonial (Stavenhagen, 1988: 318).

El arribo de los españoles (encabezados por Francisco Pizarro en 1532), en avidez de conquista de nuevos territorios, originó una nueva etapa para las poblaciones originarias que serían conocidas como “poblaciones indígenas”. Establecido el dominio hispano, la población indígena fue empleada en la minería, entre 1547 y 1570, época en que marcó el apogeo de la extracción de azogue y plata.

En este contexto, se encuentran los primeros atisbos de lo que sería el Virreinato del Perú, donde los indígenas no solo contribuyeron al comercio de transporte o venta del mineral a España y toda Europa, sino que fueron parte de la estructura colonial, a pesar del poderío y explotación económica por parte de los españoles.

Las primeras revueltas indígenas sucedieron entre 1742 y 1781. Pero ninguna tuvo mayores efectos que la rebelión de Túpac Amaru II, cuya revuelta fue por la revalorización de la población indígena subyugada, por los tributos, la mita y los diezmos hacia la corona española.

La independencia política del Perú en el siglo XIX y la participación de peruanos en las Cortes de Cádiz en 1812 demarcaron las profundas transformaciones de las etnias originarias en la etapa republicana. Estas nuevas divisiones étnicas pueden en tres grandes grupos.

El primer grupo, conformado por los indígenas, quienes fueron la base y sostén económico, la mano de obra de las minas, transporte y otras labores relacionadas a este incipiente sector económico, no obstante fue el grupo con mayor masa humana. El segundo grupo, conformado por los hacendados; sus nuevas tendencias de producción de la tierra dieron paso al gamonalismo, no obstante que la base de producción recayera en los indígenas confinados (no literal pero sí económico, cultural y social) en las haciendas. En el tercer grupo se encuentran las pocas etnias andinas y amazónicas cuasi exentas de las influencias anteriores; este grupo se encontró fuera de la economía tributaria o trabajos serviles, por el difícil acceso a sus localidades.

«La República del Perú se inició dentro de una situación social caracterizada por la ausencia de la aristocracia colonial» (Basadre, 1980: 19). Tras la independencia en 1821, el siguiente acontecimiento de mayor implicancia territorial y personalización de identidad nacional fue la Guerra del Pacífico o Guerra del Salitre, entre Chile, Bolivia y Perú (1879-1883), por los antagonismos mercantiles del costo del salitre en dicha época.

«La derrota del Perú en la Guerra del Pacífico y la crisis de la nación, marcan el inicio de un largo movimiento de revisión crítica acerca de la formación del país, que durará hasta entrada la década de 1940» (Stavenhagen, 1988: 322). En virtud a estos conflictos, se configuró la protección a los derechos indígenas, su protección legal, el reconociendo de su identidad y el derecho a sus territorios.

Otra etapa del Perú la inició el gobierno militar del comandante general del Ejército Juan Velasco Alvarado, que derrocó al presidente Fernando Belaúnde Terry (1963-1968), expropió todas las industrias petroleras e instituyó la reforma agraria, como solución a la oligarquía latifundista.

A pesar de su complejidad, el mandato de Juan Velasco intentó revalorar a la población indígena peruana. No obstante, solo minimizó los conceptos de su cultura, identidad y otros aspectos, al promulgar un Decreto Ley en donde se descartaba la condición de indígena, quien pasó a ser un 'poblador que trabajaba la tierra' (para aquellos del norte del país), y 'pobladores de las comunidades campesinas'

(aquellos de la sierra sur). La idea primogénita era alejar el estigma de la opresión y discriminación, enmarcando todo un complejo sistema de poblaciones.

El movimiento velasquista actuó en dos áreas principales sobre la problemática indígena: a) en la redefinición de la estructura agraria y b) en la esfera de la educación y de la voluntad de recuperación de un espacio lingüístico y cultural para la población indígena» (Stavenhagen, 1988: 330).

Con ello se pretendió proteger a dichas poblaciones, desde una visión occidental y propia del Perú.

Los pueblos indígenas y las comunidades campesinas:

[...] en gran parte adquirieron su personería jurídica entre los años 1960 y 1980, al impulso de su lucha por la tierra contra el sistema de hacienda, la aplicación de la reforma agraria y, finalmente, la reestructuración de las empresas asociativas creadas por la reforma (Comunidad campesina, su importancia para el país, 2001).

Entre 1970 y 1980 se brindó a la población indígena mayor autonomía y protección legal, y se declaró de necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las comunidades campesinas. Asimismo, el Estado las reconoció como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización a nivel de trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo.

De esta manera, el Estado peruano: «a) Garantizó la integridad del derecho de propiedad del territorio de las comunidades campesinas; b) respeta y protege los usos, costumbres y tradiciones de la comunidad, y propicia el desarrollo de su identidad cultural» (Artículo 1° de la Ley 24656). Se resaltan las diferencias de identidad cultural, mas no nacional, siendo el resultado la existencia de un Estado pluricultural tal como se conoce hoy.

Desde 1990 a la fecha, se dio especial protección a los pueblos indígenas, con el fin de mantener la preservación de estas minorías culturales, y no vulnerar sus derechos colectivos, como derecho al territorio, la educación pluricultural, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, y, en especial, el derecho a la consulta previa.

## 1.2. Los Pueblos Indígenas u Originarios en la Doctrina Pluricultural o Multicultural en el Perú.

Para abordar los conceptos de multiculturalismo, se deben dejar de lado las acepciones clásicas sobre multiculturalidad, pluriculturalidad y minorías étnicas desde el punto de vista occidental, precisando que los grupos minoritarios de Canadá o Estados Unidos no son los mismos que los del Perú, y que los pueblos indígenas originarios andinos son distintos de los amazónicos. Esto, sin embargo, no menoscaba su protección desde el Derecho Constitucional y una visión multicultural.

El concepto de multiculturalismo o pluriculturalismo muchas veces limitó sus propios alcances. Javier de Lucas argumentó que existen confusiones en su uso, puesto que se le utiliza para nombrar tanto al fenómeno social de la multiculturalidad o del pluralismo cultural, como al modelo o a la doctrina que sustenta un proyecto normativo multicultural. El investigador añadió que el pluralismo cultural, interculturalismo y la sociedad multiétnica son estandartes de ideologías de variada naturaleza que implican políticas acordes con cada una de ellas o reivindicaciones distintas que en ocasiones son incluso contradictorias (De Lucas, 1994: 16).

Percibiendo la existencia de desnaturalizar estos conceptos, en la presente investigación se abordarán las ideologías que más destacan en Latinoamérica sobre multiculturalismo y pluriculturalismo. Para ello, es necesario establecer el significado del término 'cultura'<sup>1</sup> y adaptarlo al concepto de multiculturalismo:

[...] que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres, y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre. La situación de la cultura en las diversas sociedades de la especie humana, en la medida en que puede ser investigada según principios generales, es un objeto apto para el estudio de las leyes del pensamiento y la acción del hombre (Tylor, 1975: <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/elmulticulturalismoylapoliticadelreconocimientocharlestaylor.pdf> ).

---

<sup>1</sup> El Diccionario de la Real Academia Española precisa: del latín *cultura*, conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social. Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.

El profesor Hermann Heller mencionó que «[...] la cultura está en el hombre y solo en él, y que el espíritu objetivo solo cobra realidad como espíritu subjetivo y carece en absoluto de existencia si no es vivido y comprendido, con realidad psíquica, por los hombres» (Heller, 1934: 54). Esta definición es ambivalente, al poderse establecer una cultura objetiva y otra subjetiva, cuya unión lleva a un fin común que el hombre con sus conocimientos.

De este modo, «la discusión sobre multiculturalismo se ha extendido tanto hacia muchas áreas del conocimiento social, abarcando temas referidos a la protección jurídica de las diferentes culturas que conviven al interior de un Estado» (Carbonell, 2000: 12).

«El Estado no debe imponer ninguna perspectiva cultural sobre sus ciudadanos; debe reconocer y acomodar todas las culturas que lo habitan» (Bonilla, 2006: 271).

Entonces, el pluriculturalismo engloba lo que se define como 'pluralismo jurídico', identificando que los pueblos indígenas tienen sus propias reglas, usos y costumbres para enfrentar determinados problemas jurídicos o cotidianos, en donde prima lo colectivo sobre lo individual.

Los conceptos de 'pluriculturalismo' y 'multiculturalismo' son similares, teniendo en cuenta que un país 'multicultural' es aquel que acoge diversas culturas en su interior, haciéndolas coexistir una aislada una de la otra, sin interacción alguna entre ellas. «La acepción del multiculturalismo implica la posibilidad de valorar igualmente todas las culturas» (Ruiz, 2001: 20). El pluriculturalismo se puede definir como la teoría que busca que los diversos grupos minoritarios convivan en un país, reconociendo su identidad y las características propias de cada cultura, asegurando que aquellos no dejen de lado u olviden sus prácticas ancestrales.

Entonces, es atinado resaltar lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano, en el sentido que reconoce a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; sin excluirse la preexistencia de pueblos, culturas originarias y ancestrales del Perú. Debe recordarse que no solo se trata de un mero reconocimiento, sino de una protección y tutela a los pueblos indígenas u originarios.

El Artículo 2°, inciso 19 de la Constitución Política del Perú, establece que todas las personas tienen derecho a: «[...] su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación» (Congreso de la República, 1993).

Definimos claramente que la interpretación es proteger y reconocer la pluralidad de etnia y cultura del Perú. Buscando un intercambio cultural e enriquecimiento de las mismas. En definitiva, es su manera de vivir. Como tal, forma parte esencial de la persona, de su libertad de expresión y de la cabal formación de su personalidad, tanto en términos individuales, como colectivos (Rubio, 2001: 50).

### 1.3. Las Constituciones Peruanas frente a las Poblaciones Indígenas

Los primeros diseños constitucionales entre 1822 a 1919 no reflejan mayor progreso en la protección de derechos de los indígenas. Así, se halla que “existía una junta que era convocada por el prefecto de cada departamento del Perú, quien se encargaría de proliferar las costumbres occidentales denominadas civilización para, de este modo, integrar a las tribus de indígenas limítrofes, para atraerlos a nuestra sociedad, siendo estas juntas las que dispondrían de bienes y rentas de las comunidades indígenas (artículos 75° y 76° de la Constitución Política de la República del Perú de 1828).

La Constitución de 1834 sustituye la idea del ejercicio de una profesión por la de pagar una contribución, o sea, que los ‘indígenas analfabetos’ continuarían pagando sus contribuciones y gozarían del derecho de sufragio.

En el caso de la Constitución de 1839, se definieron conceptos sobre la ciudadanía, ya que no todos podían obtener el rango de ciudadanos. El Artículo 8° del Título IV establecía: «Para ser ciudadano en ejercicio se requiere: ser casado o mayor de veinticinco años, saber leer y escribir, “excepto los indígenas y mestizos”, hasta el año de 1844, en las poblaciones donde no hubiere escuelas de instrucción primaria».

Como se ve, la ciudadanía fue importante requisito para elegir –con carácter de obligatorio– representantes, hecho que persiste hasta la actualidad; siendo el avance constitucional indígena el reconocimiento de aquellos como parte de la sociedad de la época.

En 1920, con la promulgación de una nueva constitución, se reconoció la existencia de las comunidades indígenas con algunos derechos esenciales, como la protección de sus territorios, denominado “derecho a sus tierras”. Es decir, la de 1920 fue la primera Constitución en toda Latinoamérica en donde se estableció derechos indígenas de manera expresa y constitucional.

El reconocimiento de las comunidades indígenas, la protección a sus derechos sobre la tierra, la abolición de las relaciones laborales de tipo esclavista, así como la exclusión de los nativos como electores [siendo la mayoría analfabetos] son algunas de las características substanciales de esta Carta Magna peruana (Barrier, 2000: 455).

La Constitución de 1933 fortaleció el reconocimiento a los pueblos indígenas con un nuevo horizonte, pues reconoció que la propiedad (de tierras) de las comunidades era imprescriptible, inajenable e inembargable, siendo un hito en la historia constitucional peruana.

En la Tabla 1, se identifican los artículos con reconocimiento constitucional a los derechos de los pueblos indígenas, «[...] desde el enfoque de las constituciones de 1920 (promulgada el 18 de enero), de 1933 (promulgada el 9 de abril), de 1979 (promulgada el 12 de julio) y de 1993 (promulgada el 28 de diciembre) y cómo se fueron integrando o desvaneciendo los derechos de los pueblos indígenas» (Barrier, 2000: 455-486), así el cambio conceptual del Estado frente a este tema.

Se finaliza estableciendo que los orígenes de los pueblos indígenas u originarios del Perú son herederos de civilizaciones anteriores a la cultura Inca y al arribo de los españoles. A raíz de esto último, se produjo una segunda interacción de culturas que involucró una nueva forma de hacer producir la tierra y de explotación minera, por medio de haciendas y latifundios.

Asimismo, a nivel constitucional se reconocieron los derechos de naturaleza colectiva de los pueblos indígenas, entrelazándose con los derechos fundamentales individuales, como el derecho a la vida; la identidad; la integridad moral, psíquica y física; y a su libre desarrollo y bienestar; la propiedad y la herencia; a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación; a una identidad étnica y cultural; a territorio, entre otros derechos constitucionales, con el fin de proteger la pluralidad étnica y cultural de la nación.



**Tabla 1. Artículos con reconocimiento constitucional a los derechos de los pueblos indígenas**

<b>Constitución</b>	<b>Tema: Forma de gobierno. Estado unitario e indivisible.</b>
Constitución Política de 1920	Título VII, de la Forma de Gobierno. Artículo 86°: El gobierno del Perú es republicano democrático, representativo 'fundado en la unidad'.
Constitución Política de 1933	Título I, del Estado, el Territorio y la Nacionalidad. Artículos 1° y 2°: El Perú es una república democrática. El poder del Estado emana del pueblo y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la constitución y las leyes establecen [...]. 'El Estado es uno e indivisible'.
Constitución Política de 1979	Texto Constitucional del Preámbulo: [...] Estado democrático basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta, que garantice a través de las instituciones estables y legítimas, la plena vigencia de los derechos humanos, la independencia y la 'unidad de la república'.
Constitución Política de 1993	Título II, del Estado y la Nación. Capítulo I: Artículo 43°: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. 'El Estado es uno e indivisible'.
<b>Constitución</b>	<b>Tema: Administración: representación indígena, derecho al voto.</b>
Constitución Política de 1920	Título XVI, Administración Municipal: Artículo 141°: Habrá municipalidades en los lugares que designe la ley, la cual determinará sus funciones, responsabilidad, calidad de sus miembros y el modo de ser elegidos.
Constitución Política de 1933	Título XX, Capítulo II, Consejos Municipales. Artículos 203°-205°: En cada Consejo Municipal de Distrito, y en los que se cree por acuerdo del Consejo Departamental, las 'comunidades indígenas' tendrán un personero designado por ellas en la forma que la ley señale. <b>Solo en esta Carta:</b> Artículo 193°, incisos 9 y 10: Inscribir de modo oficial a las comunidades indígenas, conforme a la ley, en el registro correspondiente, con el fin de reconocerles personería jurídica y protegerlas. Asimismo, hacer censos formar el catastro de las mismas.
Constitución Política de 1979	Título I, Capítulo VII, de los Derecho Políticos. Artículo 65°: Son ciudadanos los peruanos mayores de 18 años. Tienen derecho a voto todos los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil.
Constitución Política de 1993	Título I, Capítulo III, de los Derechos Políticos y de los Deberes: Artículo 30°: Son ciudadanos los peruanos mayores de 18 años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral. Artículo 31°: Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades, y demanda de rendición de cuentas (ya no hace distinción entre ciudadanos).
<b>Constitución</b>	<b>Tema: Protección, autonomía y desarrollo de las</b>

	<b>comunidades.</b>
Constitución Política de 1920	<p>Título IV, de Garantías Sociales. Artículos 41° y 58°: Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de 'comunidades indígenas' son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establece la ley. El Estado protegerá a la 'raza indígena', y dictará leyes especiales para el desarrollo de su cultura en armonía con sus necesidades. La nación reconoce la 'existencia legal de las comunidades de indígenas', y la ley declara los derechos que les corresponden.</p>
Constitución Política de 1933	<p>Título VII, Capítulo III, de Comisiones Consultivas y Consejos Técnicos. Artículo 181°: Habrá consejos técnicos de cooperación y administración en los ramos de instrucción, agricultura, incluyendo comercio, minería, sanidad, obras públicas, correos y telégrafos, 'asuntos indígenas', trabajo y demás que señale la ley.</p> <p>Título XI, de Comunidades Indígenas. Artículo 207°: Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica. Artículo 208°: El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente. Artículo 209°: La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable. Artículo 210°: Los consejos municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación, ni en la administración de las rentas y bienes de la comunidades. Artículo 211°: El Estado procurará de preferencia dotar de tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, tierras de propiedades particulares, previa indemnización. Artículo 212°: El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen.</p>
Constitución Política de 1979	<p>Capítulo Indigenista: Existencia legal, autonomía organizativa. Título III, Capítulo VIII, de las Comunidades Campesinas y Nativas. Artículo 161°: Las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas; y propicia la superación cultural de sus integrantes.</p>
Constitución Política de 1993	<p>Comunidades Nativas: Existencia, identidad personalidad, autonomía. Título III, Régimen Económico. Capítulo IV. Artículo 89°: Las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y</p>

	son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.
<b>Constitución</b>	<b>Tema: Idioma, educación bilingüe.</b>
Constitución Política de 1979	Título II, Capítulo I, del Estado. Artículo 83°: El castellano es el idioma oficial de la república. También son de uso oficial el quechua y el aymara en las zonas y la forma que la ley establece. Las demás lenguas aborígenes integran, asimismo, el patrimonio cultural de la nación. Artículo 85°: El Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes. Garantiza el derecho de las comunidades quechua, aymara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma o lengua.
Constitución Política de 1993	Título I, de la persona y de la sociedad. Capítulo I, Derechos fundamentales de la persona: Artículo 1°: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Artículo 2°, inciso 19: Toda persona tiene derecho: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.  Título I, Capítulo II: Artículo 17°: [...] El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.  Título II. Capítulo I, del Estado, la Nación y el Territorio: Artículo 48°: Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.
<b>Constitución</b>	<b>Tema: Inalienabilidad de las tierras indígenas - Propiedad colectiva.</b>
Constitución Política de 1979	Título III. Capítulo VIII. Artículo 163°: Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.

<p>Constitución Política de 1993</p>	<p>Título III. Capítulo VI:                  Artículo 88°: El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada, 'comunal' o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.                  Artículo 89°: Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la 'libre disposición de sus tierras', así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.                  El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.</p>
<p><b>Constitución</b></p>	<p><b>Tema: Administración de Justicia - Derecho Consuetudinario</b></p>
<p>Constitución Política de 1979</p>	<p>Título IV. Capítulo IX:                  Artículo 232°: La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden, y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen.                  Artículo 233°: Son garantías de la administración de justicia:                  1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.                  2. El derecho de toda persona para hacer uso de su propio idioma. Si es necesario, el juez o tribunal asegura la presencia de intérprete.</p>
<p>Constitución Política de 1993</p>	<p>Título IV. Capítulo VIII:                  Artículo 149°: Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.</p>

## CAPÍTULO II.

### EL CONCEPTO DE PUEBLO INDÍGENA U ORIGINARIO, PARA EFECTOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

#### 2.1. Concepto de Pueblo Indígena u Originario en el Perú, en el Sistema Legal Internacional

Los primeros alcances jurídicos internacionales se obtienen de la Organización de los Estados Americanos (OEA), recordándose que en la Cuarta Cumbre de las Américas se enfatizó el compromiso de respeto hacia los derechos de los pueblos originarios.

A nivel legal internacional, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el principal referente, en donde se delimita el concepto de pueblo indígena, estableciéndose en su Artículo 1°:

El presente Convenio se aplica 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.

No obstante a ser el precedente, el ejercicio del Convenio 169 de la OIT:

[...] se ve limitado precisamente porque están inmerso en un orden jurídico que obedece a la lógica de la homogeneidad cultural. Basta observar que la reglamentación de preceptos constitucionales en esta materia es muy escasa, pese a que en algunos países como Bolivia y Colombia han manifestado voluntad política para realizarlos» (Cárdenas, 2011: <<http://alainet.org/active/241&lang=es>> X).

En general, se encuentra la falta de políticas públicas del Estado peruano para un efectivo ejercicio pleno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La importancia del Convenio 169 de la OIT radica en la manifiesta evolución sobre

la manera de comprender y reconocer a los pueblos indígenas. Así, «el Convenio 107 de la OIT (1957), que es el tratado que antecede al 169, desarrolla los derechos de los pueblos indígenas bajo una concepción asimilacionista, tendiente a la integración a la modernidad de dichos pueblos» (Rodríguez, 2009: 11).

En el Convenio 107 de la OIT, no se mencionaba el derecho a la consulta ni se reconocía a los pueblos indígenas. Con los años, este documento fue duramente criticado; y en 1989 la OIT estableció el Convenio 169, el cual ha sido ratificado por 20 países, de los cuales 13 son Estados latinoamericanos. «Siendo que el mayor reconocimiento logrado por los pueblos indígenas en este Convenio (169) es el derecho a poder decidir sus propias prioridades en lo que se refiere al desarrollo» (Sevillano, 2010: 13).

El Convenio 169 de la OIT, al definir “pueblos”, establece que dicho término no debe interpretarse como implicación alguna sobre los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional. Este es uno de los primeros parámetros para poder definir el concepto legal de “pueblo indígena”.

Otro de los instrumentos internacionales es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de setiembre de 2007, en donde no se menciona de forma directa el concepto de “pueblo indígena”. Sin embargo, se establece que los pueblos indígenas gozan del pleno disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, siendo su principal característica la libre determinación, persiguiendo su desarrollo económico, social y cultural; autogobierno; e instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, propias que se concatenen con el Estado.

La naturaleza jurídica de dicho instrumento no permite que sus preceptos sean de obligatorio cumplimiento para los Estados que aprobaron la Declaración. Cabe recordar que para las Naciones Unidas una declaración de la Asamblea General es un tipo de resolución y, por tanto, estrictamente hablando, tiene el valor de una recomendación para los Estados, no una fuerza vinculante. Sin embargo, la declaración es un ejemplo muy especial de resolución (Sevillano, 2010: 14).

Sin embargo, la DNUDPI para el Perú, es un instrumento de carácter vinculante si se pretende dar protección real a los derechos de los pueblos indígenas. Coincide con la interpretación del Artículo 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 de Perú, al poseer relación directa con la dignidad del hombre, ostentaría el rango constitucional con el fin de proteger a los pueblos indígenas.

Tanto la DNUDPI y el Convenio 169, son complementos para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

Por lo que se podría concluir que el propio Convenio establece que sus disposiciones podrán ser interpretadas bajo preceptos emitidos con posterioridad en la medida que se otorgue un mayor beneficio para los pueblos indígenas. De ahí que para los Estados que han ratificado el Convenio 169, entre ellos el Perú, la Declaración debe ser empleada para la interpretación de los derechos reconocidos por ambos instrumentos. Por lo expuesto, se puede aseverar que si bien la Declaración no tiene fuerza vinculante jurídicamente sí debe ser considerado en el Perú como un instrumento para la interpretación de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas a partir del Convenio 169, tanto por las disposiciones mismas del Convenio como por el marco jurídico nacional (Sevillano, 2010: 14).

Otro órgano de importancia es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que al emitir sentencias relevantes sobre derecho a la consulta de pueblos indígenas, convierte a estas sentencias en instrumentos internacionales de relevancia para la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas, y obliga al Perú a cumplirlas por encontrarse sometido a su jurisdicción.

El Pacto de las Naciones Unidas de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), contienen avances para la protección de los pueblos indígenas a los que identifican como minorías culturales; sin embargo, estos pactos internacionales no recogen ni conceptualizan quiénes integrarían o quiénes conforman estas minorías.

Es así que en el PIDCP, en su Artículo 27° establece: «En los Estados en que 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».

En 1994, durante el 50º período de sesiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, se emitió la Observación General N° 23 sobre el derecho de las minorías determinado en el Artículo 27º del PIDCP, y que este reconocimiento no supeditaba el concepto de pueblo indígena. Se llegó a la conclusión de que el Artículo 27º tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto.

En consecuencia, el Comité observó que esos derechos debían ser protegidos como tales, sin que se les confunda con otros derechos personales conferidos a todas y cada una de las personas con arreglo al Pacto. Por tanto, los Estados partes tienen la obligación de asegurar la debida protección del ejercicio de esos derechos y deben indicar en sus informes las medidas que hayan adoptado con ese fin.

Recopilamos de estos instrumentos internacionales que “todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación”, estableciendo libremente su condición política, desarrollo económico, social y cultural, disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, entonces, es claro que esta normatividad internacional genera los derechos que atañen a los pueblos en general.

## **2.2. Concepción Legal de Pueblo Indígena u Originario en Perú**

El 6 de setiembre de 2011 se promulgó la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Ley 29785, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. El 2 de abril de 2012, se promulgó su reglamento con el Decreto Supremo 001-2012-MC (en adelante “el Reglamento”), conceptualizando a quiénes se identificará como pueblos indígenas en el Perú, para que ejerciten su derecho a la consulta previa.

La Ley 29785, en su Artículo 7°, establece que para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se deben tomar en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son:

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

Y el subjetivo:

- e. Relación de la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

En su Artículo 3°, inciso k, el Reglamento establece que «[...] pueblo indígena u originario es todo aquel que descende de poblaciones que habitan en el país en la época de la colonización y que, cualquiera sea su situación jurídica, conserve todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se autorreconozcan como tal”.

El Reglamento también establece que los criterios contenidos en el Artículo 7° de la Ley 29785 deben ser interpretados según lo señalado en el Artículo 1° del Convenio 169 de la OIT, definiendo que las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos, aún si se utilizara la expresión “pueblo originario”, que significa lo mismo.

Al establecer que para ser considerado “pueblo indígena” debe conservar “todos” los elementos culturales, se alerta que este requisito del Reglamento es contrapuesto a la realidad nacional, al existir pueblos indígenas cuyas costumbres se modificaron o alteraron por causas propias del intercambio cultural.

Por ello, para identificar a un pueblo indígena como tal de manera más precisa, se delimitan los siguientes elementos objetivos mínimos:

- Descendencia anterior a la colonización española. Este elemento incluye a todos los pueblos indígenas, inclusive a las generaciones posteriores a la colonización, al poseer la singular característica de ser híbridos entre la cultura originaria y la foránea.
- Existencia de instituciones de naturaleza propia, que velan por la organización manteniendo su forma de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- Existencia de una administración propia en lo económico, legal, cultural, entre otros, acorde con su cosmovisión.
- Uso de territorios o tierras comunes en condiciones sostenibles.

Y como elementos subjetivos o intrínsecos:

- Decisión de libre autodeterminación a su proceso de desarrollo colectivo como pueblo indígena u originario.
- Conocimiento de ser parte de este sector de la sociedad, y su pertenencia al Estado peruano.

El profesor Francisco J. Palacios, sobre el Convenio 169 de la OIT, mencionó que:

[...] el concepto de pueblos más no de poblaciones se utiliza desde el primer artículo con la intención de apelar a colectivos humanos con identidad, asumiendo las condiciones socioeconómicas y culturales que los diferencie de otros grupos de la colectividad, no siendo esta causal de incompatibilidad por sus valores o tradiciones que sufren menoscabo (Palacios, 2012: 19-25).

«Sin embargo, a lo largo del siglo XX [se ha] presenciado un proceso intenso de fractura y recomposición de las fronteras culturales. Los límites políticos, económicos, sociales, religiosos y geográficos que antaño aislaban a las diversas comunidades culturales» (Bonilla, 2006: 19). A la fecha, estas barreras de

aislamiento fueron superadas ante el crecimiento urbano y tecnológico, rompiendo las fronteras físicas y muchas veces hasta influenciando en la cultura y costumbres de los pueblo indígenas.

Se concluye que son pueblos indígenas aquellos conformados por individuos que, siendo parte de una nación, presentan entre sí un denominador común de identidad cultural y convivencia social propia, sobre la base de sus costumbres, cosmovisión, y una enraizada relación espiritual, económica y social con los territorios que ocupan.

En octubre de 2013, a través del Ministerio de Cultura del Perú y su Viceministerio de Interculturalidad, se publicó el primer listado de la Base de Datos de los Pueblos Indígenas, identificándose a 52, que mantienen sus prácticas y creencias ancestrales. Dicho documento contiene:

- a. Relación de pueblos indígenas u originarios del Perú, identificados hasta la fecha.
- b. Denominaciones y autodenominaciones de los pueblos indígenas u originarios.
- c. Aspectos generales de información étnica y cultural de cada uno de los pueblos identificados: historia, lengua, cosmovisión, tradiciones y costumbres.
- d. Referencias geográficas de los pueblos indígenas según ubicación de las comunidades campesinas y nativas.
- e. Instituciones y organizaciones representativas a nivel comunal, listado de comunidades campesinas y nativas que, de acuerdo a los datos existentes, pertenecerían a un pueblo indígena.

Esta información será de útil para la aplicación del derecho de consulta previa, sin embargo, no se puede establecer que es un listado excluyente. Por el contrario, es un gran avance con el fin de lograr la protección de derechos de los pueblos indígenas. Los pueblos identificados pueden observarse en la Tabla 2.

En la actualidad, existen solo 20 mapas geográficos (de 20 pueblos) sobre el territorio de los pueblos indígenas (ver figuras 1 al 20). Cabe resaltar que, a pesar de que la Ley de Consulta Previa peruana tiene más de tres años de promulgada, y la ratificación del Convenio 169 de la OIT más de dos décadas, el Perú no tiene identificados de forma completa los territorios que poseen los pueblos indígenas.

A diciembre de 2013, resulta preocupante que el Estado peruano no posea el listado completo de los pueblos indígenas. Al no conocerse quiénes conforman los pueblos indígenas, resulta imposible implementar el proceso de consulta, por lo que los pueblos no identificados son pasibles de vulneración de sus derechos constitucionales, sobre todo cuando se concesionan a empresas privadas territorios para la exploración o explotación de recursos naturales.



Tabla 2. Pueblos indígenas y comunidades nativas identificados

Pueblo Indígena	Otras denominaciones	Familia Lingüística
Achuar	Achual, achuare, achuale	Jíbaro
Amahuaca	Yora	Pano
Arabela	Tapueyocuaca, chiripuno	Zaparo
Asháninka	Campa, campa ashanika, campa de Pichis	Arawak
Awajún	Aguaruna, aents, ahujún	Jívaro
Aymara	Aru	Aymara
Bora	Booraa, miamuna, boro, miranha, miranya, miraña-carapaña-tapuyo	Bora
Capanahua	Nuquencaibo, buskipani	Pano
Caquinte	Campa caquinte, poyenisati	Arawak
Chamicuro	Chamicura, chamicolos	Arawak
Chitonahua		Pano
Culina	Madija, madiha, kulino, kolina, kollina, Karina	Arawa
Ese eja	Ese'ejja, huarayo, tatinagua	Tacana
Harakbut	Amarakaeri, arazaeri, arasairi, huachipaeri, huachipayri, wacipairi, kisamberi, pukirieri, puncuri, toyoeri, toioeri, toyeri, tuyune	Harakbut
Iñapari	Inapari, inamari, kushitireni	Arawak
Iquito	Ikito, iquitu, amacacore, quiturran	Zaparo
Isconahua	Isconawa, iskobakebo	Pano
Jaqaru	Aymara tupino, aymara central, cauqui, aru	Aymara
Jívaro	Jivaro del río Corrientes, chiwaro, siwaro, chivari	Jívaro
Kakataibo	Cashibo-cacataibo	Pano
Kandozi	Candoshi, chapra, chapara, murato	Kandozi
Kashinahua	Hunikuin, caxinahua, kachinahua	Pano
Kichua	Quichua, inga, lamas, llacuash	Quechua
Kukama-kukamiria	Cocama-cocamilla, ucayali, xibitaona	Tupi-guaraní
Maijuna	Orejón	Tucano
Marinahua	Onocoín, murunahua, morunahua	Pano
Mashcopiro		Arawak
Mastanahua		Pano
Matsés	Mayoruna	Pano

<b>Pueblo Indígena</b>	<b>Otras denominaciones</b>	<b>Familia Lingüística</b>
Matsigenka	Machiguenga, matsiguenga, machiganga, matsiganga	Arawak
Muniche	Munichi	Muniche
Murui-muinani	Uitoto, huitoto	Huitoto
Nanti	Kugapakori, kogapacori	Arawak
Nomatsigenga	Nomachiguenga, atiri	Arawak
Ocaina	Dukaiya, dyo'xaiya	Huitoto
Omagua	Omagua yeté, ariana, pariana, anapia, macanipa, yhuata, umaua, cambeba, campeba, omaguino	Tupi-guaraní
Quechua	Quechuahablante, chankas, chopccas, wankas, waris, q'eros, cañaris	Quechua
Resígaro	Resigero	Arawak
Secoya	Aidopai	Tucano
Sharanahua	Onicoin	Pano
Shawi	Chayahuita, chayawita, campo-piyapi, tshahui, shayabit	Cahuapana
Shipibo-konibo	Shipibo, joni, chioeo-conivo	Pano
Shiwilu	Jebero, chebero, xebero, shiwila	Cahuapana
Tikuna	Ticuna, duuxugu	Ticuna
Urarina	Itucali, kachaedze, itukale	Shimaco
Uro	Uru	Uro-chipaya
Vacacocho		Zaparo
Wampis	Huambiza, maina, shuar-huampis	Jívaro
Yagua	Yihamwo	Peba-yagua
Yaminahua	Yuminahua, yaminagua, jjamimawa	Pano
Yanesha	Amuesha, amage, amuexia, omage, amajo	Arawak
Yine	Piro, pirro, pira, simirinche, chotaquiuro	Arawak

**Figura 1. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Achuar**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 2. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Wampis**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 3. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Capanahua**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 4. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Amahuaca**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 5. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Awajún**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 6. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Cashinahua**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 7. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Ocaina**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 8. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Matses**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 9. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Shawi**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 10. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Secoya**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 11. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Jívaro**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 12. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Murui-Muinani**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 13. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Omagua**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 14. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Shiwilu**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 15. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Bora.**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 16. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Kakataibo.**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 17. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Kandozi.**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

**Figura 18. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Kukama Kukamiria**



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

Figura 19. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Maijuana



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

Figura 20. Área geográfica ocupada por el pueblo indígena Shipibo Konibo



Fuente: Ministerio de Cultura Perú. <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

### **2.3. Concepto y Fundamento del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas**

El derecho a la consulta previa posee relación entre lo reconocido en la legislación nacional e internacional, y una connotación como instrumento o mecanismo asegurador de derecho. Esa herramienta o mecanismo garantiza la participación en la toma de decisiones sobre las medidas legislativas y administrativas que el Estado peruano implementa, referido a los pueblos indígenas; así como el respeto a sus derechos colectivos e individuales, y su subsistencia como grupo social.

En el ámbito nacional, el Artículo 2° de la Ley 29785 establece como concepto de consulta previa: «es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados en 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 [...]».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano menciona como concepto de consulta previa a aquel derecho fundamental que vela por la protección del derecho colectivo de los pueblos a ser consultados sobre medidas legislativas u administrativas que puedan afectarlos en forma directa, acorde con la normativa internacional, de modo especial el Convenio 169 de la OIT.

Se concluye que el derecho a la consulta previa es fundamental y es fruto de la evolución hacia una mayor protección de los pueblos indígenas, que históricamente se encontraban relegados. El fin primordial es la preservación de su subsistencia y permanencia en los Estados que poseen pueblos indígenas, protegiendo sobre todo su derecho a una cultura propia, identidad e integridad territorial.

#### **2.3.1. Naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa.**

Definir la naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa implica establecer sus orígenes y los alcances de estos, cuya naturaleza y esencia es definida por el derecho fundamental. La consulta previa, al estar relacionada con la protección de derechos como la identidad, la integridad étnica y cultural, o la participación representativa, es un derecho fundamental “de naturaleza jurídica colectiva”, ya que

para su pleno ejercicio es necesario la participación de todos los integrantes a la comunidad.

Al principio, el derecho a la consulta previa fue reconocido en el Convenio 169 de la OIT, cuya naturaleza se enmarcaba por su objeto y fundamentos: a) Por su objeto, al ser una norma internacional que garantiza la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, tales como el derecho a existir como pueblos, a la vida, a la identidad étnica y cultural, a la igualdad, a la no discriminación, a la paz, a la tranquilidad, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida; y b) por sus fundamentos, ya que este tratado se basa principalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

«En este contexto, respecto de la naturaleza jurídica del Convenio 169 de la OIT, podemos concluir resumiendo que es un tratado de derechos humanos debidamente incorporado a la legislación peruana, por haber sido ratificado por el Congreso de la República» (CRP, 2009a: 64).

Entonces, el derecho de consulta previa es de naturaleza colectiva, enmarcándose dentro de los derechos fundamentales de tercera generación, y protege a estos grupos minoritarios identificados como pueblos indígenas.

De esta suerte, los derechos de tercera generación son derechos difusos. En cuanto a su violación, no es posible determinar específicamente quiénes serían los afectados. En contraste, los derechos colectivos tienden a referirse a grupos más específicos. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas son propios de quienes los integran. Los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus titulares están formados por individuos, y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales. De este modo, por ejemplo, los derechos colectivos de los pueblos indígenas implican y protegen el derecho individual a la cultura de cada persona. El derecho colectivo a un medio ambiente sano ampara tanto la salud de la comunidad como la de cada uno de los individuos que la forman. Sin embargo, los derechos colectivos son indivisibles: son derechos del grupo, y de todos y cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de solo uno o algunos de ellos, con abstracción del grupo (Grijalva, 2001: 2).

Al haber definido la naturaleza colectiva del derecho a la consulta previa, es necesario desarrollar los principios que lo conforman, como: igualdad, es decir, la no discriminación o aislamiento; la dignidad, o sea, el estado social a ser tratados como sujetos y no como objetos; y la autodeterminación, que se basa en las decisiones propias de la población a establecer un desarrollo social, político, económico, para su comunidad, o mantener el estatus que llevan, no concibiéndose esta autodeterminación como potestad para ser entes aislados u independientes del aparato estatal.

Citada por Jiménez (2010), Spiliopoulou (2009) mencionó que reconocer estos derechos colectivos a los pueblos indígenas es:

[...] una amenaza para la integridad de los Estados, así como para los derechos individuales, ignorando la autodeterminación externa. Es decir, el derecho a la separación es solo una pequeña parte de lo que pueden ser los derechos colectivos, pues existen muchos otros derechos colectivos como el derecho de los pueblos a la existencia, el derecho de las minorías a la identidad, etc., y ninguno de estos significa una amenaza para la integridad de los Estados (p. 148).

Actualmente, se pueden identificar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El derecho a la consulta previa es un derecho humano básico, al sustentarse en necesidades y valores de individuos pertenecientes a una comunidad cultural. «[...] el derecho de los pueblos es la figura del derecho internacional que reconoce esa dimensión colectiva de los derechos humanos. No puede oponerse a los derechos individuales; por el contrario, permite su ejercicio» (Villoro, 1998: 92).

La doctora Lelia Jiménez mencionó que:

[...] el límite de los derechos colectivos sería el no imponerlos contra la voluntad de sus miembros. Esto se infiere claramente si, como se ha dicho, entendemos los derechos colectivos como una forma de favorecer la autonomía de los miembros del grupo, y reforzar los derechos individuales (Jiménez, 2010: 152).

Es decir, en pro de los derechos colectivos, velando el reconocimiento de los pueblos como minorías culturales, no vulnerando la dignidad del individuo.

El derecho a la consulta previa posee una doble naturaleza: como derecho independiente, con un contenido sustantivo propio basado en la dignidad de los pueblos; y porque viabiliza otros derechos contenidos en el Convenio 169 OIT, en base a la igualdad y a su propia capacidad» (CRP, 2011: 64).

### **2.3.2. El objeto, la finalidad y el consentimiento del derecho a la consulta previa.**

Distinguir cuál es el objeto, la finalidad y el consentimiento del derecho a la consulta previa implica diferenciar y encontrar la esencia misma de la consulta, referida directamente a las disposiciones administrativas y normativas que el Estado emita en todos los sectores que puedan afectar a los pueblos originarios, siendo que las mayores afectaciones se dan sobre extracción o exploración de recursos naturales que puedan encontrarse en el territorio de dichas poblaciones.

La legislación peruana establece que la consulta previa se realiza en la implementación de: a) medidas normativas y b) medidas administrativas<sup>2</sup>, conforme a la definición, finalidad, principios y etapas del proceso acorde a su Ley y reglamento.

#### **2.3.2.1. El objeto del derecho a la consulta previa.**

El objeto del derecho a la consulta previa está relacionado al contenido del mismo, que es utilizado como nexo entre las partes, identificando su posibilidad jurídica y física, con el fin de crear los acuerdos y obligaciones entre las partes.

Entonces, el objeto del derecho a la consulta previa es la obligación estatal frente a las poblaciones indígenas, 'a que accedan' a la consulta cuando se trate de medidas

---

<sup>2</sup> Las medidas normativas son de carácter general, cuando sean específicas sobre derechos de los pueblos indígenas; se consultarán únicamente estos puntos específicos. La medida administrativa es el acto administrativo que contiene declaraciones destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones y/o derechos de los administrados; estas se consultarán cuando sean susceptibles de afectar en forma directa a los pueblos indígenas dentro de una situación concreta.

administrativas y legislativas que incumban a estas poblaciones, cumpliendo las características esenciales del derecho a la consulta.

El objeto de la consulta implica que los pueblos indígenas accedan al diálogo intercultural, y que el Estado peruano es el responsable de llevar a cabo la consulta previa.

### **2.3.2.2. La finalidad del derecho a la consulta previa.**

A nivel jurídico, la finalidad de la consulta previa implica:

- a. Concluir el proceso de consulta.
- b. Solucionar los pasibles de las partes intervinientes, llegando a la concertación, acuerdo o consentimiento de las medidas consultadas.
- c. Promover el diálogo intercultural. De llegarse a este acuerdo, se está avalando la legitimidad de participación de la población consultada, basada en el dialogo entre el Estado y la población. De esa manera, su permanencia y subsistencia e integridad cultural se encuentran en salvaguarda.

El Convenio 169 de la OIT, define la finalidad de la consulta con la que se llega a un acuerdo o logra el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El Tribunal Constitucional peruano (TC) mencionó que:

[...] con la finalidad no solo se deben obtener acuerdos que garanticen los legítimos intereses de los pueblos indígenas, como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales en su caso de la justa compensación, e incluso la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino, en especial, al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados (TC, 2009: 33-34).

Es claro que la finalidad no concluye con obtener los acuerdos, si no que tienen que ser beneficiosos para las poblaciones indígenas.

### **2.3.2.3. El consentimiento del derecho a la consulta previa.**

Se establece que el consentimiento es el elemento principal de todo proceso de consulta previa, y su objetivo final es obtener el consentimiento de los pueblos indígenas. Así concuerda también la CIDH, tal como lo reconoce en el Artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, el consentimiento en el proceso de consulta en determinadas circunstancias se concreta en un derecho como parte de la libre determinación, encontrando estos supuestos en el desarrollo jurisprudencial internacional. El Convenio 169 de la OIT, en su Artículo 16.2, establece que «Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, ‘solo deberán efectuarse con su consentimiento [...], convirtiendo de este modo al consentimiento en elemento esencial del proceso de consulta cuando se refiere a desplazamiento poblacional indígena».

El Artículo 10° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) afianza lo referido en el párrafo anterior.

De esta manera, el consentimiento implica lograr una decisión tomando en cuenta todos los derechos de los pueblos indígenas, siendo claros que:

[...] la definición de derecho al consentimiento es una concreción y un ejercicio del derecho a la libre determinación de estos. Estimamos que este derecho bajo determinadas circunstancias, puede ayudar a disminuir la asimetría de poder entre el Estado y los pueblos indígenas, devolviendo al derecho a la consulta su naturaleza de espacio de diálogo y de acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas (Ruiz, 2013).

### **2.3.3. Elementos o principios del derecho a la consulta previa.**

En la sentencia del Expediente 0022-2009-PI/TC, el TC (2009) estableció los primeros elementos, identificándolos como:

- Buena fe.
- Flexibilidad.
- Objetivo de alcanzar un acuerdo.

- Transparencia.
- Implementación previa del proceso de consulta.

La Ley de Consulta Previa de Perú Ley (Ley 29785) ahonda en estos elementos incluyendo otros de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, agregando:

- Oportunidad.
- Interculturalidad.
- Buena fe.
- Flexibilidad.
- Plazo razonable.
- Ausencia de coacción o condicionamiento.
- Información oportuna.

Se puede destacar que la Ley 29785 no considera dentro de los elementos al objetivo de alcanzar un acuerdo que, que sobre la base de la protección de los derechos colectivos, también debe ser incorporado en el proceso de consulta.

- **Buena fe:** Es definida como la búsqueda de conductas dirigidas a evitar u entorpecer el proceso de consulta previa, excluyendo las prácticas que pretendan obstruir o vaciar el contenido del derecho a la consulta.

El TC estima que este elemento 'es el núcleo esencial del derecho a la consulta'. El principio de buena fe debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado.

[...] este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: '1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida'. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas (TC, 2009: 27).

En este sentido, la buena fe se integra en todas las etapas del proceso de consulta, buscando el diálogo intercultural que debe ser aplicado por el Estado y los pueblos indígenas.

La Ley 29785 y su Reglamento establecen que la buena fe es realizar un proceso de consulta que genere un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo, siendo esto un deber Estado y de los pueblos indígenas.

La buena fe es la inadmisibilidad de prácticas que busquen impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta, ni la utilización de medidas violentas o coercitivas como instrumentos de presión durante su proceso, brindando toda la información relevante, no admitiéndose el incumplimiento de los acuerdos arribados.

- **Flexibilidad:** El Convenio 169 de la OIT señala sería la forma idónea para adecuarse a las circunstancias apropiadas para la consulta. El Artículo 6° señala: «[...] las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias [...]».

El TC (2009: 32) expresó que «el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación [...]».

Acogiendo lo señalado por el Convenio 169 de la OIT, respecto al concepto de flexibilidad, el TC reafirmó que las consultas deben ser llevadas a cabo de “manera apropiada a las circunstancias”, que conlleve a un verdadero diálogo intercultural, no obviando las costumbres de la población indígena a ser consultada. Este elemento es tan importante que puede ser estudiado de modo más profundo para definir mejores estrategias u metodologías dirigidas a cada pueblo en concreto.

Por su parte, la Ley de Consulta 29785 refiere que el desarrollo del derecho a la consulta se desarrollará con procedimientos adecuados, tomando en

cuenta las especiales circunstancias y características de los pueblos indígenas inmiscuidos en la consulta.

- **Información oportuna o transparencia:** Este elemento está íntimamente ligado con la información. Brindar información oportuna y clara es inherente al proceso de consulta. Es muy importante hacer conocer a los pueblos indígenas sobre las medidas administrativas o legislativas que los afectarán en forma positiva y negativa.

Brindar información transparente implica que esta se desarrolle acorde al dialecto de la comunidad, costumbres, con la debida antelación, entre otros aspectos que ayuden a su acceso, así como el uso de mecanismos necesarios para que la población indígena obtenga el conocimiento de las normas a implementarse.

- **Implementación previa del proceso de consulta:** El Estado peruano, a través de sus autoridades, tendrá que realizar la implementación del proceso de consulta con la debida anticipación. Ello, para que la población indígena conozca la norma legislativa o administrativa a implementarse. Al respecto, Tribunal Constitucional peruano señaló:

La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida, elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además, generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan (TC, 2009: 36).

La naturaleza del proceso de consulta previa considera como parte esencial que esta se desarrolle con antelación.

- **Plazo razonable:** El plazo razonable debe entenderse como el tiempo adecuado y suficiente para que la población indígena pueda tomar la mejor decisión, para que tras ella se produzca la implementación, el desarrollo y la finalización del proceso de consulta. La Ley de Consulta 29875 y su Reglamento establecen que la consulta previa debe implementarse en un plazo no mayor de 120 días, para el desarrollo de todas las etapas del proceso.

Este plazo debe ser entendido como el tiempo prudencial para resolver la consulta, sin embargo, de no concretarse un acuerdo, la normatividad peruana establece la ampliación razonable. La normatividad no establece plazos sobre la ampliación, debiendo entenderse como el tiempo adecuado para adoptar las medidas legales, sin vulnerarse los derechos colectivos.

- **Ausencia de coacción o condicionamiento:** Este elemento indica que ningún pueblo debe participar obligado o coaccionado por las autoridades estatales, empresas transnacionales u organización de cualquier índole durante el proceso.

Desde la perspectiva estatal, este elemento frena las acciones de protesta de los pueblos indígenas, ya que cuando estos no se encuentren de acuerdo con las medidas a adoptarse, la coacción se invertiría a través de las medidas de fuerza que puedan asumir.

- **Objetivo de alcanzar un acuerdo:** Si bien este elemento no está considerado en la norma nacional peruana, se afirma que su desarrollo jurisprudencial es indispensable. Esto, porque el objetivo de la consulta es llegar a un acuerdo, al que el Estado a llegar, cuando se trate de afectar en forma directa el territorio de los pueblos indígenas o su desplazamiento de ellas.

Solo en este contexto se desarrollará:

[...] un 'verdadero diálogo intercultural'. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto (TC, 2009: 34-36).

Se establece que el eje del proceso de consulta previa es alcanzar el acuerdo con un consentimiento de buena fe, entendiéndose esta última como el acuerdo libre e informado.

El consentimiento es primordial cuando se refiere a desplazamiento de las poblaciones indígenas.

Se debe buscar el consentimiento libre, previo e informado con suficiente antelación al comienzo o autorización de las actividades, teniendo en cuenta el proceso de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, en las fases de evaluación, planificación, aplicación (exploración y explotación), vigilancia, evaluación y cierre de un proyecto (Jahncke y Meza, 2010: 57).

#### **2.3.4. El contenido constitucional del derecho a la consulta previa como derecho fundamental.**

##### **2.3.4.1. El contenido constitucional de los derechos fundamentales.**

La consulta previa es un derecho fundamental de carácter colectivo, encontrándose en la esfera de derechos fundamentales, cuyo cumplimiento versa en pro de la salvaguarda de los pueblos originarios.

Siendo el contenido esencial, el núcleo mismo de todo derecho fundamental, su no vulneración garantiza la prioridad y subsistencia de los derechos fundamentales.

La doctrina desarrolla teorías sobre los conceptos y alcances del contenido esencial de los derechos, resaltando 'la teoría subjetiva y objetiva' con mucha similitud con las 'teorías relativa y absoluta'. Por ese motivo, en la presente investigación se utilizarán estos conceptos como sinónimos.

La teoría absoluta busca la limitación del núcleo duro de los derechos fundamentales dentro del área de dos esferas o círculos concéntricos –una dentro de la otra–, teniéndose que la parte externa es una parte accesoria y que la esfera interior es intocable a cualquier vulneración. De ser pasible de vulneración, esta se convierte en inconstitucional e ilícita, mientras que la parte externa puede ser pasible de ciertas prohibiciones o restricciones, en prioridad de la salvaguarda de otros derechos que se consideren justificadas para casos concretos, utilizando un test de proporcionalidad.

El TC, en la Sentencia 1417-2005-AA del caso Manuel Anicama Hernández, define el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales como:

Un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, solo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental (TC, 2005: 21).

El Tribunal Constitucional, sobre el contenido esencial de los derechos adopta la teoría relativa mixta, es decir, se protege el derecho en su esfera externa e interna. La Constitución de 1993 no lo establece literalmente, sin embargo, del Código Procesal Constitucional, en su Artículo 5° se interpreta del siguiente modo: Procese la demanda constitucional cuando los ‘hechos y el petitorio de la demanda están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado’. Como se ve, la jurisprudencia y la doctrina van desarrollando el contenido esencial de cada derecho constitucional.

La jurisprudencia española desarrolla un acercamiento al concepto del contenido constitucional de los derechos. Es así que la sentencia 11/1981 de abril de 1981,

sobre un recurso de inconstitucionalidad, menciona uno de los caminos para llegar a la explicación del contenido esencial de un derecho, que consiste en tratar de buscar lo que los autores denominan “los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”.

La esencialidad del contenido de los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de derechos subjetivos los podemos departir de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (Tribunal Constitucional Español, 1981).

El profesor Hesse y Martines Pujalte aluden al “contenido esencial” (Wesensgehalt) de los derechos fundamentales, cuyos conceptos fueron incluidos en la ley fundamental alemana en su artículo 19.2; y en la Constitución Española, en su artículo 53.1. De este modo se protegía que las interpretaciones sobre derechos no vacíen su contenido normativo.

Es así, que el contenido esencial está dirigido a los derechos subjetivos. Conforme a De Castro («Compendio de Derecho Civil», Ed. IEP, Madrid, 1968, 4.a ed., tomo I, vol. II. 1, p. 155 *in fine* y ss.), por derecho subjetivo ha de entenderse «cada situación de poder concreto, respecto a una determinada realidad social, atribuida (atribuible) a una persona, a cuyo arbitrio se entrega su ejercicio y su defensa», radicando su contenido en «el ámbito de poder concedido al sujeto respecto al objeto (la realidad social a que se refiere el poder o materia *circaquam*)». Y, a su vez, ese contenido se desglosa, aparte el poder de disposición (que es un elemento discutible), en un conjunto de facultades cuyo ejercicio queda atribuido al sujeto y una situación jurídicamente protegida [...].

[...] Ocurre, sin embargo, que ‘contenido esencial’ no puede ser equivalente al mero ‘contenido’ de los derechos subjetivos públicos. La diferencia entre ambos radica precisamente en la ‘esencialidad’: solo aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de facultades) como en su aspecto externo (protección de que

goza), puede considerarse constitutiva del contenido esencial. Dicho de otro modo, este último es igual a las características determinantes del contenido del derecho cuya desaparición determinaría *per se* una transmutación de este, que dejaría de ser lo que era para pasar a ser algo distinto. En definitiva, el contenido esencial no es otra cosa que un concepto jurídico indeterminado, con el que puede operarse, técnicamente: de ahí el carácter estrictamente jurídico predicado por la jurisprudencia constitucional de la aplicación de la garantía de dicho contenido nuclear (Parejo, 1981: 187-188).

Establecidos estos conceptos, se resalta que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, muchas veces se dieron por la jurisprudencia, que es la base del desarrollo y protección de los derechos fundamentales en lo referente a su contenido esencial.

Además de advertir que el contenido esencial no es históricamente determinado (por referido, de una vez y para siempre, al momento constituyente), sino capaz de sufrir una adaptación evolutiva en el tiempo, como expresamente reconoce el propio Tribunal Constitucional español (Parejo, 1981).

Los derechos fundamentales están sometidos a una constante evolución en el mundo jurídico, que implica una mayor protección hacia algunos sectores y desafectación hacia otros. Por eso, el contenido esencial de los derechos fundamentales también se encuentra supeditado a la evolución jurídica y a los cambios sociales.

#### **2.3.4.2. El contenido esencial del derecho a la consulta previa en el Perú**

La doctrina es amplia respecto al contenido constitucional o esencial de los derechos fundamentales. Al ser un derecho fundamental, el derecho a la consulta previa también posee un núcleo duro como límite al legislador y protección a no ser vulnerado.

Los tribunales jurisdiccionales realizan los principales avances sobre el contenido esencial de los derechos, dado que los tribunales son los directos encargados de salvaguardarlos ante cualquier amenaza o vulneración.

En ese entendido, el TC, en el Expediente 0022-2009-PI/TC, estableció los primeros alcances sobre el contenido constitucional del derecho a la consulta previa refiriendo que:

- a. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho implica: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.
- b. En lo que al primer supuesto se refiere, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio. Esto, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar en forma directa a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, quedando de manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado.
- c. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas, es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo: la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones, procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas.
- d. El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como fin llegar a un acuerdo; ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado por haberse transgredido por ejemplo el principio de buena fe, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes para que se cumplan los acuerdos producto de la consulta. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de la medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados; de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta (TC, 2009: 37-40).

Según el Tribunal Constitucional, existen tres elementos primordiales del contenido constitucional de la consulta previa:

- Acceso a la consulta.
- Respeto de las características esenciales del proceso de consulta.
- Garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta.
- **Acceso a la consulta:** Está enmarcado en el ámbito jurídico, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, así como en la legislación nacional (Ley 29875).

Se puede afirmar que el acceso hace referencia a “acceder o tener derecho a”. En ‘primer lugar’, este concepto conlleva a que los pueblos indígenas tengan el derecho a ser consultados, es decir, a que accedan a un proceso de consulta; y, en ‘segundo lugar’, a que sirva como una vía por la cual obtendrán la información veraz y real sobre la futura implementación legal y su posible afectación en sus derechos colectivos.

El acceso demanda la información completa respecto a los alcances de los beneficios y afectaciones que sufrirían de llegar a un acuerdo; este es uno de los límites del Estado para establecer posibles afectaciones. Entonces, no se puede implementar ninguna norma legislativa o administrativa sin la previa información a la población, lo cual conlleva a que los integrantes de la comunidad consientan la consulta.

Mediante el acceso a la información, se pretende que el proceso previo de consulta sea el incentivo para que las comunidades obtengan la información sobre las medidas a adoptarse o, de lo contrario, se estaría vulnerando un adecuado proceso de consulta.

- **Respeto a las características esenciales del proceso de consulta:** Las características esenciales son elementos propios de la consulta, los cuales

no pueden ser vulnerados y, de llegar a serlo, los tribunales jurisdiccionales serán los competentes para salvaguardarlos.

Como parte de las características esenciales, se encuentran la actuación de buena fe, la flexibilidad y el consentimiento, elementos innatos al desarrollo del proceso de consulta. Estas las bases para que los pueblos indígenas tomen una decisión con la información y conocimiento íntegros del objetivo que se pretende alcanzar con la consulta.

El proceso de consulta tiene que ser adaptable a las condiciones de los pueblos indígenas, entendiéndose que estos poseen una concepción distinta de su territorio y cosmovisión del mundo, por lo que las legislaciones, ya sean de consulta u otra índole que los afecte, tienen que ser encuadradas a esta naturaleza.

Se debe priorizar el resultado con la obtención del consentimiento, a través de la participación efectiva de sus representantes legítimos, quienes establecerán las metodologías adecuadas para transmitir la información plena, y se logre un acuerdo con consentimiento libre. En este proceso, deberá respetarse la decisión final del pueblo, sobre cuando se refiere a afectación grave, como el caso de desplazamiento poblacional de su territorio.

- **Garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta:** Este elemento, hace referencia implícitamente a los integrantes que participan en la consulta: a) el Estado peruano, y b) los pueblos indígenas. El Estado peruano tiene la obligación y potestad de iniciar los procesos de consulta, a través de las instituciones que emitan la legislación que involucre a los pueblos indígenas.

El cumplimiento de los acuerdos arribados es obligatorio para las partes involucradas. Después de realizada la consulta, el pueblo indígena tiene derecho a manifestar su negativa tras la consulta realizada. Si no se generara

el acuerdo esperado, el Estado es el responsable de adoptar todas las medidas necesarias para que este se dé.

Atendiendo al marco jurídico, el Estado tendrá el deber de realizar u adaptar el proceso de consulta, inclusive realizar una segunda consulta a los pueblos indígenas, subsanando los hechos que originaron la negativa inicial. Lo acordado en esta segunda ronda será obligatorio para las partes intervinientes.

#### **2.4. Principales Fuentes Normativas Internacionales del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas.**

La Constitución Política es el límite de interpretación nacional sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Sin embargo, esta interpretación también debe realizarse a partir de fuentes jurídicas internacionales.

Al describir las fuentes de derecho internacional sobre el derecho a la consulta previa, es necesario, revisar los aspectos de: a) el origen de la fuente: referido al ente jurisdiccional que la emite; b) evolución y progreso: referente al avance que se le dio en cada región respecto a los pueblos indígenas; y c) alcance jurídico: que se refiere su carácter obligatoriedad vinculante a nivel jurídico (Rodríguez et al., 2010: 15).

La relevancia de las fuentes jurídicas internacionales se organiza acorde con la institución que las expidió, y su carácter de obligatoriedad. En primera línea se encuentran las de 'derecho duro' o cumplimiento obligatorio (*hardlaw*); después, el 'derecho emergente' (*softlaw*)<sup>3</sup>. Delimitando este análisis sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, se encuentran:

- Normal de cumplimiento obligatorio para los Estados que adopten dichas reglas.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

---

<sup>3</sup> Estas normas que protegen los derechos de los pueblos indígenas cada vez más son más vinculantes, pero todavía no son obligatorias en sentido estricto.

- Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Pacto de derechos económicos, sociales y culturales.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José - Costa Rica.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador.
- Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.
- Proyecto de Declaración Americana sobre Pueblos Indígenas.

En el *softlaw* sobre derechos indígenas se pueden encontrar acepciones que delimitan la obligatoriedad de esta legislación internacional, sin embargo, la adopción de los conceptos de estos tratados por los tribunales nacionales e internacionales le dan ese respaldo e importancia en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Estos mecanismos jurídicos internacionales son:

- Declaración Americana de Derechos sobre los Pueblos Indígenas de la OEA.
- Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.
- Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Proclamación de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, el 13 de mayo de 1968.
- Declaración de Nuevo León, Monterrey, México de enero de 2004.
- Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas.

Existen muchas más fuentes internacionales del derecho a los pueblos indígenas, sin embargo, en el presente trabajo solo se abordarán los tratados/convenios internacionales que sean base para el sustento del derecho a la consulta previa, derecho a la libre determinación, consentimiento y obligatoriedad del mismo.

Ya identificadas las fuentes internacionales, se ahondará en las siguientes:

- El Convenio 169 de la OIT.
- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de los Pueblos Indígenas), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En segundo lugar, serán descritas las fuentes de derecho regional sobre el tema, tales como:

- Pronunciamientos y sentencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **2.4.1. La Organización Internacional del Trabajo y el Convenio 169.**

La OIT fue creada en 1919, y es la primera agencia de las Naciones Unidas (creada en 1946). En la actualidad, está conformada por 185 Estados miembros, y tiene entre sus objetivos principales «promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de empleo dignas, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo» (OIT, 2012).

La importancia de esta fuente jurídica radica en que es el documento que comprende y reconoce a los pueblos indígenas. Así, «[...] el Convenio 107 de la OIT (1957), que es el tratado que antecede al 169, desarrolla los derechos de los pueblos indígenas bajo una concepción asimilacionista, tendiente a la integración y modernidad de dichos pueblos» (Rodríguez, 2009: 11).

El antecedente, el Convenio 107, no mencionaba el derecho a la consulta ni reconocía a los pueblos indígenas como tales. Entrando al desarrollo jurídico, en 1989 la OIT adoptó el Convenio 169, «[...] siendo el mayor reconocimiento logrado por los pueblos indígenas en este Convenio (169), el derecho a poder decidir sus propias prioridades en lo que se refiere al desarrollo, y consentimiento respecto al derecho de consulta previa» (Sevillano, 2010: 13).

El Perú ratificó el Convenio 169 en 1993, mediante la Resolución Legislativa 26253. A raíz de esta, se establece la obligación por parte del Gobierno de consultar a los

pueblos indígenas sobre la existencia de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles en forma directa. Del convenio se desprende que la consulta a los pueblos indígenas deberá efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, siendo su finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La obligatoriedad del derecho a la consulta se aplica:

[...] antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos; cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar; y antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a los referidos pueblos (OIT, 2007: 14).

En el caso peruano, el TC, en su sentencias STC 03343-2007-PA/TC y 0025-2005-PI/TC, estableció que el Convenio 169 de la OIT forma parte integral del ordenamiento jurídico nacional y, por un tratado internacional que versa sobre derechos humanos, ostenta rango constitucional (TC, 2005b; 2007a).

El Artículo 7° del Convenio 169 de la OIT establece que los pueblos tienen el derecho a 'decidir sus propias prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo', en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, así como a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera; y de decidir y controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. En tanto que el Artículo 16° plasma que los pueblos indígenas u originarios no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan y, si excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios e 'indispensables', 'solo deberán efectuarse con su consentimiento', dado en forma libre y con pleno conocimiento de causa (OIT, 1989).

- **Traslados, reubicación y compensación (Artículo 16°):** Otro aspecto importante de los derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas y tribales es el relativo a los traslados y reubicación de los pueblos. El Artículo 16° es una de las disposiciones clave del Convenio, ya que los pueblos son, a

menudo, forzados a abandonar sus tierras, porque no se les reconoce sus derechos consuetudinarios. Cuando se los reubica, las compensaciones e indemnizaciones recibidas son, en general, insuficientes e inapropiadas. El mencionado artículo estipula que «los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan», estableciendo de esta manera el principio general para el resto de la disposición.

El párrafo 2 dispone que cuando la 'reubicación es necesaria como una medida excepcional', esta solo deberá efectuarse 'con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa'. Es importante destacar que estos requerimientos se aplican también a la situación en la que comunidades indígenas y tribales utilizan las tierras que van a ser afectadas por las acciones de reubicación y traslado, aunque no las ocupen de manera exclusiva, de conformidad con el Artículo 13° punto 2 del Convenio.

El párrafo 3 del Artículo 16° establece un principio muy importante. En lo posible, los pueblos tienen 'el derecho a regresar a sus tierras tradicionales' en cuanto terminen las causas que motivaron su traslado y reubicación. Es importante que esta situación esté prevista porque se han dado casos en los cuales pueblos indígenas y tribales que se reubicaron a causa de una emergencia, tal como un desastre ecológico, una guerra o un conflicto armado, con mucha frecuencia, una vez que cesó la situación, los pueblos indígenas y tribales perdieron sus tierras para siempre (OIT, 2007).

Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional (Ley de Consulta Peruana 29875).

Se considera que la indemnización plena a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento, no es la protección que ameritan los pueblos indígenas u originarios del Perú.

A raíz de lo precedente, resulta importante que el derecho a la consulta incluya intrínsecamente el compromiso estatal de obtener el consentimiento

obligatorio de los pueblos indígenas, como excepción a la regla, en base a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, a decidir sus propias prioridades de su proceso de desarrollo. Estas, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.

#### **2.4.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor el 23 de marzo de 1976, reconociendo que los derechos consagrados derivan de la dignidad inherente al hombre, con el fin de crear condiciones que permitan a las personas gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales (OHCHR, 1976).

El Pacto Internacional impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas. El Artículo 1°, punto 27, señala: «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural», interpretando que la acepción de libre determinación de los pueblos indígenas se hace efectivo también en la consulta previa.

El Artículo 27° reconoce a 'las minorías étnicas'. Para el caso peruano, pueblos indígenas u originarios, en donde se reconoce el pleno derecho a tener y mantener una vida cultural, religiosa, e idioma. Si bien no se menciona de forma directa a los pueblos indígenas, se interpreta que cada individuo de ese grupo social tiene derecho a gozar de dichos derechos.

Se puede afirmar que el reconocimiento sobre los derechos culturales se relaciona con el desarrollo de los pueblos originarios, con sus recursos y territorios, de acuerdo con la cosmovisión que poseen, inclusive sobre el uso con sus tierras. Lo que hace relevante esta fuente, dado que el Estado peruano se encuentra obligado a respetar los derechos sobre el territorio de los pueblos indígenas, es que este pacto internacional le da mayor fuerza a dicha acepción.

### **2.4.3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de los Pueblos Indígenas) adoptada por la Asamblea General de la ONU.**

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada en setiembre de 2007 por la ONU, como consecuencia de muchos años de debate internacional, para lograr el reconocimiento y preservación de las poblaciones indígenas.

La declaración no es un instrumento jurídicamente vinculante para el Perú, pero su uso en la Jurisprudencia nacional le confiere relevancia. Hasta se puede afirmar que el viraje hacia su cumplimiento obligatorio se va desarrollando con la jurisprudencia nacional.

La Declaración de los Pueblos Indígenas es el segundo instrumento jurídico de mayor importancia sobre la protección de la consulta previa y los derechos a los pueblos indígenas, ya que protege en forma directa el consentimiento libre, previo e informado, y la obligación estatal cuando se trata del traslado de los pueblos indígenas de sus tierras.

Sin embargo, no se puede desconocer que lo mismo ocurre con la Declaración de los Derechos Humanos y, pese a ello, jamás se podría negar la importancia que tiene su contenido en todos los tratados internacionales sobre el tema y en las normas internas de todos los países, de forma que la naturaleza jurídica de la Declaración de los Derechos Indígenas no es óbice para considerar que este instrumento sea un punto de referencia para la interpretación de sus derechos contenidos, tanto en legislaciones nacionales como en normas de carácter internacional, y de aquí se deriva la importancia de su estudio (Vela Perdomo, 2011: 41).

Como puede apreciarse, este instrumento jurídico internacional reconoce y propugna una mayor protección a los derechos de los pueblos indígenas, siendo incisivo en lo relacionado a los derechos a sus tierras, territorios y autodeterminación.

Los artículos 3° y 4° señalan 'la libre determinación de los pueblos indígenas', que no es otra cosa que la búsqueda del desarrollo económico, social y cultural, de la

mejor forma para los pueblos, de modo autónomo, lo cual desde el punto de vista jurídico no amenazaría los principios rectores de integridad o soberanía sobre el territorial nacional.

El Artículo 10° es de suma importancia, al referir que:

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso (ONU, 2007).

El derecho de los pueblos indígenas u originarios, a que se respete su decisión a no ser trasladados sin su consentimiento, sin un acuerdo previo sobre la indemnización justa y equitativa, está íntimamente ligado con el resultado del proceso de consulta.

En ese sentido, el TC (2009) mencionó que la declaración:

En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas.

Entonces, los Estados se encuentran en la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, respetando la decisión de no ser trasladados sin su consentimiento, cuando dicha decisión los afecte gravemente. Esto es sin duda la pieza fundamental para el desarrollo del proceso de consulta previa, que no debe confundirse con el derecho a veto o la finalidad misma de la consulta, sino, por el contrario, con la plena eficacia de protección hacia los territorios y libre autodeterminación de los pueblos indígenas.

#### **2.4.4. La Comisión/Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Ambas instituciones adscritas a la Organización de los Estados Americanos (OEA), están orientadas a la promoción y protección de los derechos humanos. Todos los

países del continente han aceptado la posibilidad de que ellas puedan conocer y pronunciarse sobre vulneraciones a los derechos humanos dentro de los Estados responsables.

La CIDH realiza una amplia defensa de los derechos indígenas, entre ellos el derecho a la consulta previa, la protección a la tierra y el consentimiento libre, en los países que tienen pueblos originarios.

La CIDH señala una línea jurídica de resolución de conflictos que emergen entre los pueblos originarios y los Estados por causa de la extracción o explotación de los recursos naturales dentro de los territorios indígenas, o cuando existe divergencia sobre la implementación de normas que los afecten.

La CIDH desarrolló el derecho a la propiedad indígena, que consagra a la obtención del consentimiento como la garantía primordial para la protección de su territorio.

Sobre la protección al derecho al territorio se encuentran cinco casos particulares:

- Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua, del 31 de agosto de 2001. Serie C No 79.
- Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, del 17 de junio de 2005. Serie C No 125.
- Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay, del 29 de marzo de 2006. Serie C No 146
- Pueblo Saramaka vs. Surinam, del 28 de noviembre de 2007. Serie C No 172
- Moiwana vs. Surinam, del 15 de junio de 2005. Serie C No 124

Al identificar que estas sentencias plasman de manera concreta el derecho a la tierra de los pueblos indígenas, se puede manifestar que este no es un derecho absoluto sobre su territorio, sino que, existen limitaciones que obedecen en forma estricta a la necesidad y proporcionalidad de obtener un bienestar y fin legítimo colectivo en la sociedad.

La sentencia del caso del pueblo Saramaka vs. Surinam fue la primera en establecer pautas de carácter vinculante para todos los países con poblaciones indígenas. «Destacan dos conjuntos de reglas, las primeras referidas a las condiciones que el Estado debe observar para que explotar los recursos naturales en territorios de pueblos indígenas; y, el segundo, referidas a las características mínimas que debe tener el proceso de consulta» (Molleda, 2011: 42).

Se enfatiza que en la sentencia de Saramaka vs. Surinam la CIDH reconoce 'el derecho a ser consultado y, en tal caso, la obligación de obtener consentimiento'; en el párrafo 134 menciona «[...] la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que 'tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones» (CIDH, 2007).

Esto se interpreta como la existencia de diferencia entre la consulta y el consentimiento. En los párrafos 135 y 136, la sentencia rescata lo aludido por el Relator Especial de las Naciones Unidas:

Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que: «siempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia. En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que "[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo"» (CIDH, 2007: 43).

Otra sentencia de la CIDH de vital importancia es el caso Moiwana vs. Surinam, del 15 de junio de 2005, que versa sobre el desplazamiento y matanza de los pueblos indígenas.

Para el caso de las comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias, se considerará los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio (CIDH, 2005b: 131-135). Estos lazos deben ser reconocidos, no meramente como tierra de producción o posesión, sino como un lazo de identidad y de bienestar para las comunidades.

La CIDH señala a que los pueblos indígenas que sufrieron desplazamiento de su territorio también se les imposibilitan practicar y gozar sus tradiciones culturales y religiosas. Con esto, se deduce que el Estado vulnera el derecho a la propiedad tradicional, y se le obliga a realizar el proceso de consulta y a no desplazar a los pueblos por la fuerza.

## **2.5. Análisis Jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano sobre el Derecho a la Consulta Previa.**

Si bien el Tribunal Constitucional peruano se pronunció en torno a la obligación estatal de obtener el consentimiento en el proceso de consulta previa, sin embargo, se enfatiza que es necesario previamente hacer un análisis de la relación entre el Convenio 169 OIT y la jurisprudencia nacional.

EL TC ratificó el carácter constitucional el Convenio 169-OIT en más de una sentencia en los expedientes 00047-2004-AI/TC, 00025-2005-PI/TC, 00026-2005 y 03343-2007-PA/TC, 0022-2009-TC, siendo estos reconocimientos el primer atisbo sobre la protección de la consulta como un derecho fundamental con rango constitucional. No solo por la afirmación directa al Convenio 169 OIT, sino por reafirmar la función de dicho tratado y su importancia para los pueblos indígenas, en la sentencia 03343-2007/PA/TC, el TC menciona que:

[...] la libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del Artículo 2.7 de la constitución

peruana. Esta concretización la enmarca los artículos 6° y 7° del Convenio 169 OIT (TC, 2007a).

Y agrega:

Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, *su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional*, tal como lo explicita el Artículo 55° de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar normativa e interpretativamente las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (TC, 2007a: 31).

Mucho antes de dicha sentencia, TC ya había establecido que los tratados internacionales de derechos humanos formaban parte del ordenamiento jurídico nacional con rango constitucional (TC, 2005b). De esa manera, el Convenio 169 de la OIT se integró como norma para su ejercicio sobre los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, tanto para la falta de regulación explícita o como complemento al marco jurídico ya existente.

En el 2005, el investigador James Anaya mencionó que:

[...] el Comité de Derechos Humanos ha enfatizado que la norma de la integridad cultural incluida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos requiere la participación efectiva de los pueblos indígenas con respecto a las decisiones que les pueda afectar colectivamente, incluidas las decisiones que puedan afectar a sus vínculos culturales con la tierra y los recursos naturales (Anaya, 2005: 237).

Este reconocimiento hace que el derecho a la consulta sea el principal derecho fundamental colectivo, al tener relación directa con la afectación directa a la tierra y recursos naturales de las poblaciones originarias. De este modo, la vinculación normativa encaja perfectamente en la legislación peruana.

El derecho fundamental a la consulta previa, tiene existencia propia y obligatoriedad para su cumplimiento, acorde con el Convenio 169 de la OIT mucho antes de la promulgación de la Ley de Consulta Previa en el Perú (2013).

Para la garantía integral de este derecho, el Estado peruano, bajo los principios de su concepción democrática, debe asumir el compromiso de agotar me modo eficaz todos los caminos posibles que conlleven al dialogo, participación e integración, con el propósito de obtener el consentimiento de los pueblos originarios tras realizar los procesos de consulta, como derechos fundamentales. De no realizarse esto en forma adecuada, se estaría vulnerando los mismos.

De esa manera, sobre la base de su marco jurídico, el Perú está en la capacidad de realizar procesos de consulta siguiendo las normas internacionales.

La última sentencia del TC, referente a los pueblos indígenas, es la 0022-2009-PI/TC. Allí se ratifica el derecho fundamental de consulta y consentimiento con sus principios rectores, preservándose la integridad sociocultural, económica y étnica de las comunidades. El dictamen gira en torno a la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 1089 (promulgado el 28 de junio de 2008), que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.

Esta sentencia se emitió en un ambiente de conflicto social, porque el Estado no consultó a las comunidades campesinas sobre el decreto legislativo impugnado, ni informó de sus efectos en sus territorios. Si bien la demanda de inconstitucionalidad ameritó un análisis del derecho y su vulneración, este fue insuficiente al no ratificar ningún pronunciamiento sobre las obligaciones del Estado en estos temas, tal como lo prescribe el Convenio 169 de la OIT y el *softlaw* internacional de los derechos indígenas. A pesar de ello, de la referida sentencia del TC se resalta lo siguiente:

- a. El derecho de consulta como expresión del 'autogobierno' y, a su vez, la autodeterminación de los pueblos indígenas al reconocer su participación efectiva y libre en las esferas de decisión que les afecta. Así, el derecho de consulta se fundamenta en el derecho a que los pueblos indígenas

establezcan libremente sus prioridades de desarrollo para llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

- b. Con el fin de garantizar este derecho es necesario establecer mecanismos instrumentales o procedimentales de tal manera que conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de influir de modo efectivo en las decisiones que los afecten, de buena fe y en forma apropiada a las circunstancias.

El Estado peruano tiene la obligación de consultar previamente a los pueblos originarios siendo este el principal elemento para la obtención del consentimiento de dicho proceso como un fin, sin confundirse que el consentimiento sea obligatorio (como se verá después).

Por consiguiente, al suscribir el Convenio de 169 de la OIT, el Estado ha asumido la responsabilidad de reconocer, adecuar y garantizar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas; es por ello que adecuó su legislación interna para su proteger los derechos indígenas de manera efectiva. Al ratificar la Convención Americana y la jurisdicción de la CIDH, el Perú hizo vinculante las decisiones de dichos organismos.

En la sentencia del Pueblo Saramaka vs. Surinam se establecieron en algunos lineamientos jurídicos, en mérito a los conflictos que puedan emanar del otorgamiento de concesiones a empresas nacionales o transnacionales dedicadas a la extracción, explotación o investigación de los recursos naturales que puedan encontrarse dentro de los territorios de estos pueblos. Esta sentencia también precisa la significación y limitación de los términos 'territorio de los pueblos indígenas' y 'propiedad estatal', muy importantes cuando estos implican un desplazamiento y afectaciones directas.

[...] Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada [para] tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida (TC, 2009: 32-38).

Como se observa, el Tribunal Constitucional recogió los alcances generales del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, reconociendo que el derecho de consulta integra un diálogo intercultural, y del cual se puede extraer:

- a. Con el Convenio 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que demandaban la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino que los pueblos indígenas se vean beneficiados de modo efectivo 'con los derechos fundamentales reivindicados en favor de la sociedad, en general'. En efecto, los pueblos indígenas existieron desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, no han sido visibles ni se les ha practicado una inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido para poderlas entender, sino, también, a la normativa elaborada para tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Es por eso que la protección otorgada por el Convenio 169 de la OIT se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello es la regulación de sus tierras, el reconocimiento y respeto a su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida.
- b. Por medio de tales medidas, lo que se pretende es una 'reivindicación que redunde en la inclusión' de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en el Perú y en otros países ha estado marcada por la exclusión. Por ser estos grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes de tierras, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. Por eso, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración justa de los pueblos indígenas, respetando la singularidad de su modo de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca en las perspectivas de desintegración de lo desigual o de atomización, sino, más bien, de la

integración de lo pluricultural. Reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de su comunidad, sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio, es el elemento que rige dicho cuerpo normativo, persiguiéndose con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales.

Otra sentencia importante para esta investigación es la del expediente 1126-2011-HC/TC (TC, 2011), que recae sobre la comunidad nativa Tres Islas (Madre de Dios), que genera un precedente sobre el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía, relacionada al control de sus territorios. Este es un antecedente claro de reconocimiento explícito por parte del Estado que los pueblos indígenas poseen pleno derecho sobre sus tierras, el derecho a la propiedad y autonomía de la comunidad.

El caso versó sobre la vulneración del derecho constitucional a la consulta previa, y recordó a las autoridades locales, regionales y nacionales que primero deben consultar a las comunidades cuando se trate de medidas que puedan afectar la vida de las poblaciones indígenas.

La sentencia declaró que la consulta previa no se interpreta de forma aislada, sino en base a una lectura constitucional e internacional, especificando que si bien los artículos 88° y 89° de la Constitución solo hacían alusión a tierras de comunidades, estos debían complementarse con el Artículo 13° del Convenio 169 de la OIT, que versa sobre el territorio y el hábitat de los pueblos indígenas. Asimismo, se reconoce que el territorio de los pueblos indígenas comprende los recursos naturales encontrados en aquel, y que poseen una dimensión política, de autonomía y autogobierno, aparte de una dimensión cultural y espiritual.

La sentencia se basa en el derecho a la autodeterminación que reconoce la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 3° y 4°), en donde los pueblos originarios tienen la capacidad de definir su destino y proyecto de desarrollo (SERVINDI, 2012).

## CAPÍTULO III.

### LA LEY DE DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS RECONOCIDOS EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL CONSENTIMIENTO EN EL PERÚ

Como referente en América Latina, se encuentra que la protección de los derechos constitucionales a los pueblos indígenas no refleja un vasto desarrollo. A la fecha, países como Bolivia y Colombia son los únicos que han desarrollado en su normatividad interna la protección constitucional del derecho a la consulta previa.

Con la innovadora Ley 29785, promulgada el 6 de marzo de 2011, el Perú oficializó la protección a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Con la emisión del Decreto Supremo 001-2012-MC del Ministerio de Cultura, el 3 de marzo de 2012, se reglamentó la referida Ley.

Ya definidos los conceptos de derecho de consulta, en el presente capítulo se investigarán los antecedentes de la Ley 29785, así como el consentimiento como un derecho que forma parte del proceso de consulta, y como excepción a la regla general en donde el Estado peruano adopta la decisión final ante cualquier proceso de consulta.

Se precisa que la normatividad nacional no establece esta excepción. Empero, en aras de promover la protección de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en los casos de consentimiento previo cuando se implique desplazamiento poblacional, se sustentará la obligatoriedad del Estado en dichos casos.

#### 3.1. Antecedentes de la Promulgación de la Ley de Consulta

Los proyectos de ley que antecedieron a la Ley 29785 fueron: el 413/2006-CR, el 427/2006-CR, 2016/2007-CR, el 3370/2008-DP, el 3457/2009-CR y el 3698/2009-CR, pero fue recién el 20 de abril de 2010 en que el Congreso de la República emitió su dictamen, tras un graneado debate parlamentario en las mesas de trabajo que se conformaron para tal fin.

Para la presente investigación, es muy importante analizar los antecedentes de los diarios de debates del Congreso, para indagar si se debatió el consentimiento como parte del proceso de consulta.

En los diarios de debates se encuentra que en la 16ª sesión (matinal) del martes 15 de diciembre de 2009, estando en la presidencia los señores Luis Alva Castro y Antonio León Zapata, se sustentó y debatió «el informe de la Comisión Especial Multipartidaria encargada de evaluar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas amazónicos y comunidades campesinas de la sierra, titulado “Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia”» (CRP, 2009b: 16).

En esta sesión se distingue que el congresista Bedoya de Vivanco manifiesta su clara oposición acerca de lo fundamente en este trabajo como consentimiento en la decisión final del proceso de consulta, siendo en ese entonces sus aportes sobre la propuesta de fórmula legal, lo siguiente:

[...] en virtud del derecho de consulta, los pueblos indígenas tienen el derecho de imponer al Parlamento los cambios añadidos o supresiones que ellos consideren, y que los parlamentarios que no estamos sujetos a mandato imperativo, estamos en la obligación de aceptar aquellas modificaciones que nos propongan. Es decir, hay una contradicción y un doble filtro [...]. En consecuencia, reitero mi reconocimiento por el esfuerzo que se ha realizado al elaborar este documento, pero insisto en que hay muchos aspectos que no comparto y que merecen reserva, porque unos tienen un evidente sesgo y porque otros están desnaturalizando la función parlamentaria, estableciendo un paso previo o un tamiz por el cual tienen que pasar los proyectos de ley antes de que sean derivados a las comisiones dictaminadoras (CRP, 2009: 16).

Finalizando dicha sesión, con la aceptación de pasar a un cuarto intermedio, antes de la votación del informe sobre el derecho a la consulta previa.

El 19 de mayo de 2010, casi un año después, se encontró que la sesión 9ª (matinal) aprobó en primera votación el nuevo texto sustitutorio del proyecto de Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

Esa vez, se puso en consideración del Pleno del Congreso el dictamen aprobado por la Comisión de Constitución y Reglamento, recayendo en los proyectos de ley 413, 427, 2016, 3370, 3457 y 3698, en cuyo dictamen se propuso el texto de la Ley del Derecho a la Consulta Previa, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

De las múltiples intervenciones, se rescata la del señor Javier Valle Riestra, quien encontró algunos inconvenientes: «Se les consulta a los pueblos. Se les exige flexibilidad. Se exige que tuvieron ancestros antes de 1524, cuando llegó Pizarro y su horda destructora. Se les pide que cumplan con una serie de elementos organizativos para que un grupo de burócratas vaya a la zona a consultarles a los pueblos. “¿Y?”, dicen, “no tienen derecho a veto”. Esa es una contradicción» (CRP, 2009: 28).

Acorde con la lógica, ¿por qué se armaría todo un aparato gigantesco, burocrático, dinámico, agitador de las masas, si en definitiva las comunidades no tendrán derecho a veto? Es decir, a pesar de que los pueblos no están de acuerdo con lo que propone el Poder Ejecutivo o el gobierno regional, aquellos no pueden oponerse. Esto es irracional.

Se destaca la intervención del doctor Javier Valle Riestra porque se asoma a los conceptos de otorgar el derecho al consentimiento a los pueblos indígenas, cuando estos no se encuentren de acuerdo con las medidas legales, medidas que afectaran su territorio, vida y autodeterminación.

En la misma sesión 9 (matinal), la señora Espinoza Cruz señaló que uno de los problemas álgidos del debate como es el derecho de consentimiento y el derecho al veto, deben plasmarse en “que se incluya, en el artículo 3° de la propuesta de la Comisión de Constitución y Reglamento, la expresión: ‘lograr el consentimiento’, y que se retire el último párrafo de ese artículo que dice: ‘la consulta no otorga a los pueblos indígenas u originarios derecho a veto’, así como el retiro de la parte final del inciso *b* del artículo 3° de la propuesta de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos,

Ambiente y Ecología, que dice: “El derecho de consulta no otorga a las poblaciones derecho a veto”» (CRP, 2009: 30)

El debate sobre derecho de consentimiento y derecho a veto de las congresistas Huancahuari Páucar, Supa Huamán, Obregón Peralta, Acosta Zárate y Sumire de Conde, manifiestan y proponen que se elimine todo texto que diga: “Si no hay acuerdo, se procederá a implementar la medida legislativa o administrativa por parte del Estado” y también que se retire que los pueblos indígenas no tienen “derecho a veto”.

También resulta muy gráfica la postura del congresista Bedoya de Vivanco, al mencionar que: «[...] puede darse el caso de no llegar a acuerdo alguno. En consecuencia, ¿qué es lo que debe prevalecer?: ¿el pensamiento de los pueblos originarios o el pensamiento del Estado?» (CGR, 2009, 30). Para dicho congresista, las decisiones las debe tomar el Estado peruano, ya que de lo contrario se paralizaría al Estado por completo, y se impondría la voluntad de las comunidades sobre el resto del país.

La posición de existencia de un derecho al consentimiento de forma absoluta en los procesos de consulta se contraponen al *iusimperium*, definido como el poder jurídico para aplicar normas y organizarse. Sin embargo, si se trata de ponderación de derechos constitucionales, resalta la figura de un derecho de consentimiento como excepción a la regla en la que no se contraviene el *iusimperium* del Estado peruano.

Los congresistas Vargas Fernández e Isla Rojas mencionan «[...] podemos saber que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam, señala que cuando se pongan en riesgo la vida o la seguridad de las poblaciones indígenas, su opinión es vinculante». Señalando la excepción del Artículo 16° del Convenio 169 «cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de estos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento» (CRP, 2009: 31).

Evidentemente, se está hablando del consentimiento de los pueblos indígenas, sobre el traslado de un pueblo indígena u originario.

En la 5ª sesión de la primera legislatura ordinaria del 2011, realizada el 23 de agosto, se aprobó en primera votación (con exoneración de la segunda votación) el proyecto de Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

En esta sesión se destaca la intervención del congresista, quien refiere que no se debe confundir el derecho a la consulta con impedir a que se lleven a cabo las decisiones estatales, al pretenderse “«la búsqueda de un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, porque al ejercerse el derecho a la consulta y si los consultados no dan su consentimiento, eso no significa que el Estado tendrá que retroceder en ejecutar los beneficios, las medidas o proyectos consultados» (CRP, 2009: 31), siendo enfático que existe una diferencia entre el derecho a la consulta con el derecho al consentimiento.

La Ley de Derecho a la Consulta fue probada con 112 votos a favor, sin votos en contra ni abstenciones.

No obstante a dicho avance, el derecho al consentimiento no fue adoptado, al establecerse en el Artículo 15° de la Ley, que la decisión final de la consulta previa cuando exista discordia sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa, corresponde a la entidad estatal competente. Se destaca que esto no genera excepciones, ni protege ni pondera los derechos constitucionales de los pueblos indígenas.

### **3.2. El Objeto de la ley de Consulta. Concordancias Internacionales**

La Ley de Consulta Previa peruana instituye en su Artículo 1° su objeto,<sup>4</sup> estableciendo:

La presente ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

---

<sup>4</sup> Se debe diferenciar el objeto de la ley, que es lo que se pretende alcanzar con la promulgación de la norma, del objeto mismo del derecho a la consulta.

(OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa N° 26253 (Ley 29785).

La Ley establecerá el proceso de consulta, que permita verificar las fuentes normativas para una correcta interpretación de su contenido, ajustándose al Convenio 169 de la OIT. Si se diera una contradicción primará, lo establecido en el Convenio 169-OIT, pero también se sostiene que debe tomarse en cuenta la jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

Sin embargo, su Artículo 15° trunca el objeto de la Ley de Consulta Previa, al establecer que el único ente que decide la controversia del proceso de consulta es el Estado peruano, no admitiendo las excepciones contenidas en el Convenio 169-OIT, y menos reconociendo el derecho al consentimiento en los casos específicos como desplazamiento poblacional de los pueblos indígenas.

### **3.3. Finalidad de la Ley de Consulta. Antecedentes, Concordancias Internacionales**

La finalidad de la Ley de Consulta señala que es la búsqueda de un acuerdo, como parte prioritaria del proceso de consulta. El Artículo 3° establece:

La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos (Ley 29785).

Se puede afirmar en el Artículo 3° la existencia de dos espacios: el primero, sobre la aceptación de la propuesta estatal a ser consultada, sin mayores dificultades; y el segundo, el desarrollo del proceso de consulta con múltiples incidencias pero finalizando con el acuerdo entre las partes, acuerdo que se entiende como consentimiento, ya sea parcial o total.

¿Qué sucederá cuando no se concrete esta finalidad? La respuesta se encuentra en el Artículo 15°, en donde se expresa que el Estado decidirá al finalizar el proceso, con o sin el asentimiento del pueblo indígena consultado, diferenciando de

forma clara que este hecho se refiere al consentimiento como un fin, y no al consentimiento como un derecho de cumplimiento estatal.

Se debe establecer que la finalidad de obtener el consentimiento es el anhelo de ambas partes en el proceso de consulta, no confundiendo esta aprobación con el derecho al consentimiento, derecho aplicado en casos de desplazamiento de pueblos indígenas y casos que desarrolla la Corte Interamericana de Derecho Humanos y la normativa internacional, o situaciones donde se pone en peligro la subsistencia de las poblaciones indígenas.

### **3.3.1. La finalidad de la consulta en la normatividad internacional.**

La finalidad del proceso de consulta se encuentra regulada por normas internacionales con anteriores a la promulgación la Ley de Consulta Previa peruana. En primer orden está el Convenio 169 de la OIT, que en su Artículo 6.2º establece: «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» (OIT, 1989).

Queda de manifiesto que esta finalidad es la misma que desarrolla la normatividad nacional.

Del bagaje internacional con mayor énfasis proteccionista hacia los pueblos indígenas está la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en su Artículo 19º menciona:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas 'antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado' (ONU, 2007).

El Artículo 32.2º establece lo siguiente:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas 'a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos' [...] (ONU, 2007).

En ambas normas internacionales se verifica la protección y énfasis sobre el consentimiento, que se interpreta como la finalidad del proceso de consulta. Del mismo modo, la jurisprudencia nacional desarrolla este acápite en un principio constitucional de la finalidad con el fin de obtener un acuerdo en el proceso de consulta previa.

Como ya se mencionó, la jurisprudencia de la CIDH, en una de las sentencias más conocidas –el caso de Saramaka vs Surinam–, definió que el Estado acepta las consultas a través de procedimientos culturalmente adecuados, cuyo fin es llegar a un acuerdo. Es claro que la finalidad es arribar a acuerdos, que no deben ser entendidos como el derecho al consentimiento.

### **3.4. Etapas del proceso de Consulta Previa**

Al identificar el desarrollo del proceso de consulta y sus distintas etapas, cada una de estas debe realizarse sobre la base del diálogo intercultural, con el fin de obtenerse el consentimiento al final del proceso.

La Ley de Consulta Peruana establece en su Artículo 8º lo siguiente: «Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las etapas mínimas del proceso de consulta» (Ley 29785), quedando claro que las etapas del proceso consignados en la Ley son las mínimas, lo cual se desprende de la misma, interpretando que a criterio de cada caso concreto estas pueden variar en pro de los derechos colectivos de las comunidades originarias. Las etapas mínimas para desarrollar el dialogo intercultural a través del proceso de consulta serían:

- a. Identificación de los pueblos indígenas u originarios y medidas legislativas o administrativas que deben ser objeto de consulta.

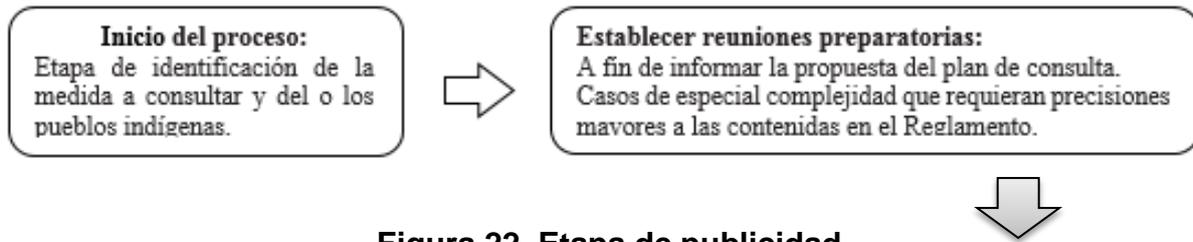
- b. Publicidad e información sobre la medida legislativa o administrativa a implementarse.
- c. Evaluación interna en las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente.
- d. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
- e. Decisión final.

Las etapas resaltantes identificadas son la evaluación interna por parte de los pueblos indígenas, el proceso de diálogo y la decisión final, con el afán de demostrar que existe una protección excepcional a las poblaciones indígenas en lo que respecta a sus derechos constitucionales a la autodeterminación, y derecho a la tierra y territorio.

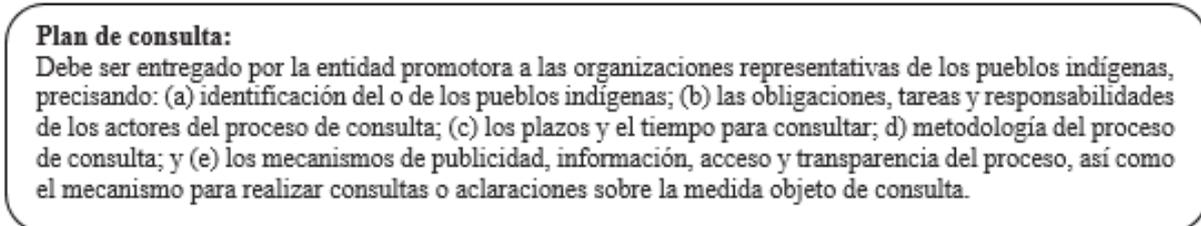
En base al Reglamento de la Ley, se elaboran las siguientes etapas dentro del proceso de consulta previa.

- a. Etapa de identificación:** Ver Figura 21.
- b. Etapa de publicidad:** Ver Figura 22.
- c. Etapa de información:** Ver Figura 23.
- d. Etapa de evaluación interna:** La etapa de evaluación interna debe completarse dentro de un plazo máximo de 30 días calendarios, donde los pueblos indígenas decidirán si dan o no su consentimiento. En ambos casos, debe existir una justificación (ver Figura 24).
- e. Etapa de diálogo:** Ver Figura 25
- f. Etapa de suspensión y abandono del proceso de diálogo:** Ver Figura 26.

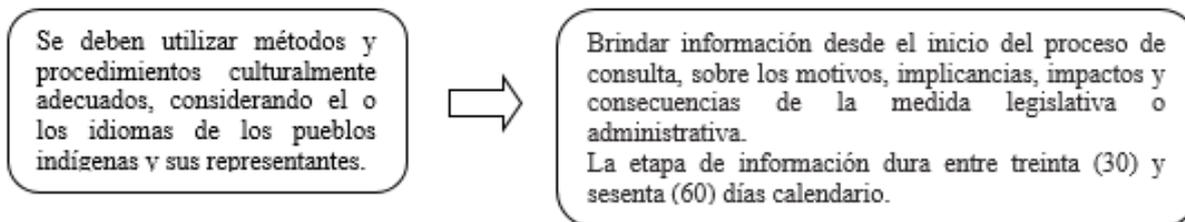
**Figura 21. Etapa de identificación**



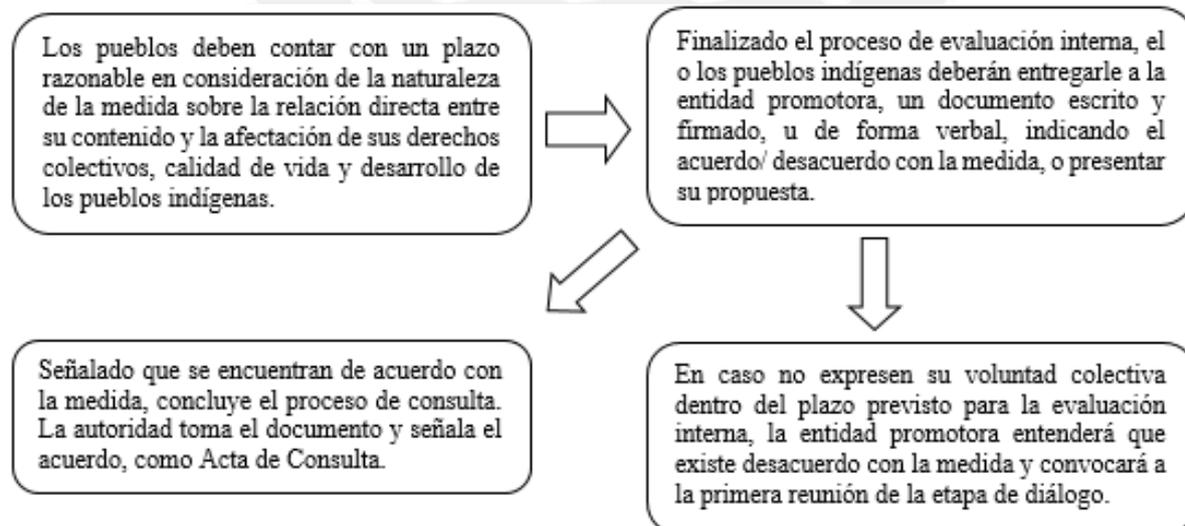
**Figura 22. Etapa de publicidad**



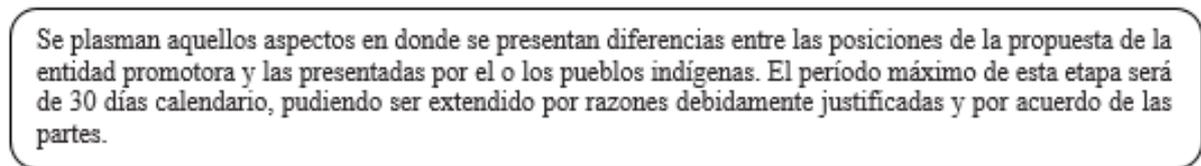
**Figura 23. Etapa de información:**



**Figura 24. Etapa de evaluación interna**



**Figura 25. Etapa de diálogo**



**Figura 26. Suspensión y abandono del proceso de diálogo**

Si durante el proceso de consulta se produjeran actos o hechos ajenos a las partes que perturbaran el proceso de diálogo, la entidad promotora suspenderá el mismo hasta que se den las condiciones requeridas, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación; de ser este el caso, no debe de superar el plazo de 15 días calendarios.

**g. Del Acta de Consulta:** En esta se consignan los acuerdos adoptados, señalándose de modo expreso si los mismos son totales o parciales. En el caso de no existir acuerdo alguno, o cuando el acuerdo es parcial, debe quedar constancia de las razones de tales decisiones.

De no llegar a firmarse el Acta, se entenderá por no concluido el proceso de consulta, sobresaliendo el desacuerdo o no consentimiento de los pueblos indígenas.

**h. Etapa de decisión:** Esta etapa es un punto crucial, tal cual se plasma en la Ley y en su Reglamento de consulta: «La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora».

La decisión debe estar debidamente sustentada con una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por el o los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo.

De no aplicarse este artículo, podrían generarse consecuencias directas como la oposición de los pueblos indígenas en forma de protestas.

Según la normatividad nacional, el proceso de consulta previa tiene un plazo máximo de desarrollo para todas las etapas de 120 días calendarios, contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa, hasta la firma del Acta de Consulta o la toma de decisión final por parte del Estado.

El Tribunal Constitucional estableció:

- El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
- En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
- Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto de la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
- Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
- De lo contrario, si el pueblo indígena rechazara la medida propuesta, concluye la primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Se estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si a pesar de los esfuerzos realizados por las partes no se llegara a consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible las peticiones del pueblo indígena (TC, 2009).

Como se observa, las etapas del proceso de consulta tienen como herramienta principal la comunicación y negociación con los pueblos indígenas. De arribarse a un acuerdo, el proceso de consulta se dará por finalizado; de lograrse un acuerdo parcial, surgirá una nueva etapa que será de adaptación o adecuación de las propuestas. Ante la negativa de la consulta, se tendrá que instaurar una etapa subsiguiente, y establecer un nuevo proceso de consulta, con medidas más adaptables para su aprobación.

De no llegarse a un acuerdo con el pueblo indígena, el Estado podrá implementar las normas sin el consentimiento, inclusive vulnerando los derechos constitucionales de las comunidades, de acuerdo con la Ley de Consulta peruana.

De implementarse las medidas consultadas sin el consentimiento de los pueblos indígenas, estos podrán recurrir a las vías jurisdiccionales nacionales y hasta internacionales, con el fin de resguardar sus derechos constitucionales.

### **3.5. Evaluación de las Instituciones y Organizaciones de los Pueblos Indígenas u Originarios**

Este tema es de vital importancia porque gira sobre las decisiones internas de la organización indígena. El análisis versará sobre la aceptación o negativa a la medida legal consultada.

La Ley de Consulta Previa menciona que las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis de los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa al implementarse, y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, cuya decisión se adoptará sin interferencia estatal o de terceros.

Esta evaluación dependerá mucho de las actuaciones previas que realice el Estado peruano, dado que si la población indígena no recibe la información adecuada y real sobre la afectación que producirá la implementación de las normas consultadas, las comunidades no podrán decidir en forma adecuada.

Al finalizar la evaluación interna por parte de las poblaciones indígenas, el resultado debe ser sustentado.

La CIDH dispuso en el caso Saramaka vs. Surinam que «[...] el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado» (CIDH, 2007).

Lo que se busca es obtener el consentimiento después de la evaluación propia del pueblo consultado, pero este solo será posible este es conocedor de los posibles riesgos ambientales sobre su territorio, así como de los beneficios a obtener.

Se debe entender que los pueblos indígenas emitirán su respuesta en salvaguarda de su supervivencia y como respeto a sus derechos constitucionales, evidenciando que el derecho al consentimiento está ligado a esta respuesta final en los casos de desplazamiento territorial.

### **3.6. El Derecho de Consentimiento en la Ley de Consulta Previa**

El derecho al consentimiento como tal no se encuentra reconocido en la Ley de Consulta Previa peruana, no existe desarrollo jurisprudencial nacional y su progreso no es vasto en la jurisprudencia internacional. Sin embargo, el derecho al consentimiento se desarrolla en determinados supuestos donde el Estado tiene la obligación de consultar y además obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, quienes, por cierto, desconocen los alcances y límites de dicho marco legal.

El derecho al consentimiento es aquel que poseen los pueblos indígenas como parte de su libre determinación a que su decisión final deba ser respetada, en el

caso de no llegar a un acuerdo en el proceso de consulta previa, referido a la implementación de normas legislativas o administrativas sobre desplazamiento poblacional de su territorio, obligando al Estado al obtener el permiso comunitario, siendo esta la excepción a la regla sobre la decisión final del proceso de consulta.

Y es que la consulta se apoya en la ficción de que las partes son iguales, desconociendo las profundas asimetrías de poder entre las comunidades indígenas, las empresas y los Estados, haciendo estos dos últimos, que la consulta sea una forma de participación en la que los pueblos indígenas tiene un escaso poder de negociación y un mínimo poder de decisión (Ruiz, 2013a).

En efecto, los alcances de este derecho han sido desarrollados por la jurisprudencia de la CIDH, estableciendo la existencia de casos específicos donde es aplicable el derecho al consentimiento.

Ciñéndonos al desarrollo, la CIDH definió que los alcances del derecho al consentimiento son aplicables en los siguientes casos:

Desplazamientos. El Artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT establece que «Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, 'solo deberán efectuarse con su consentimiento', dado libremente y con pleno conocimiento de causa».

Esta misma regla también puede ser encontrada en el Artículo 10° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual establece que «los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso».

Esta norma debe ser interpretada de conformidad con los artículos 7°, 8° y 9° de la Ley 28223, más conocida como Ley sobre los Desplazamientos Internos. Según el Artículo 7°, inciso 1: «Todo ser humano tiene derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual». En el inciso 2, literal c se precisa que en la prohibición de los desplazamientos arbitrarios se incluye: «En casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial». Por último, esta regla ha sido reconocida en la letra a de la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta Previa aprobada por Decreto Supremo 001-20012-MC. Esta norma precisa que se trata de una

garantía a la propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas. Adicionalmente, señala que «[...] cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el Artículo 16° del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos» (Ruiz, 2013a).

La CIDH estableció que el derecho al consentimiento debe ser aplicado en los casos de: planes de desarrollo o de inversión a gran escala, y manipulación de sustancias tóxicas en territorio indígena.

El de consentimiento es un derecho que protege la supervivencia de los pueblos indígenas, y se encuentra íntimamente ligado a su autodeterminación y derecho de consulta previa. Vale destacar que este derecho no se encuentra vinculado con el derecho a veto.

El derecho de consentimiento no se aplica en los casos consultados que no versen sobre las excepciones mencionadas y desarrolladas por la jurisprudencia internacional. De ser extendidos los alcances de este derecho, se desnaturalizaría su excepcionalidad, quitándole eficacia al derecho de consulta previa.

En realidad, el derecho al consentimiento es una concreción y un ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos oriundos. Este derecho, bajo determinadas circunstancias, puede ayudar a disminuir la asimetría de poder entre el Estado y los pueblos indígenas, devolviendo al derecho a la consulta su naturaleza de espacio de diálogo y de acuerdo entre las partes (Ruiz, 2013a:).

### **3.7. La Decisión Final sobre la Aprobación de la Medida Legislativa o Administrativa**

La controversia de este acápite discurre de la lectura de la norma nacional. El contexto se da en un proceso de consulta sin un acuerdo entre las partes. En este caso, la entidad estatal tomaría la decisión final, tal como lo establece el Artículo 15° de la Ley de Consulta Previa:

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como, el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano. El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial (CRP, 2013a).

Este artículo es la base de la controversia entre la normatividad nacional y la jurisprudencia internacional, al existir una abismal diferencia entre obtener el consentimiento y la decisión final autónoma por parte del Estado.

Analizando este artículo, se resaltan las principales nociones de interés como “decisión debidamente motivada”, “evaluación de lo planteado por los pueblos indígenas”, “análisis de las consecuencias”, “adopción de medidas garantizadora de los derechos colectivos”. Para adoptar una medida legislativa o administrativa, se debe cumplir de forma obligatoria la motivación de las decisiones, tal como lo señala García Toma:

Si bien se le reconoce al Estado la facultad discrecional de tomar un conjunto de decisiones, si no están motivadas devienen en arbitrarias y, en consecuencia, en inconstitucionales. Motivar es dar argumentos, razón y causa de una decisión. Es darle las explicaciones tanto fácticas como jurídicas a las partes involucradas. Por ello, la falta de motivación genera indefensión, inseguridad e ilegitimidad. Indefensión, porque al carecer de sustento se genera un supuesto de arbitrariedad, en tanto, no existe razonamiento. Inseguridad debida a que no se expone la fundamentación jurídica, dejando limbos caprichosos por parte del juzgador, e ilegitimidad en el sentido que la motivación posee un poder de convicción sobre la parte. La argumentación de las sentencias es pedagógica, sustentadora y son la voz del Estado (Ruiz, 2013a: 191).

Asimismo, la sola motivación no sería suficiente para establecer una protección a los pueblos indígenas. La motivación debe sustentarse en un interés público, ya que quien realiza la consulta es el ente estatal, y las medidas legislativas o

administrativas deben tener un interés para todos los peruanos, más aún si dicha decisión se desarrollara en contraposición de lo expuesto por las poblaciones indígenas.

La decisión unilateral debe manifestar que se encuentra supeditada a los controles legales constitucionales y, de ser el caso, a los controles jurisdiccionales; porque no se trata de una decisión absoluta e incuestionable.

El Tribunal Constitucional mencionó que «[...] las decisiones no motivadas e inadecuadamente fundamentadas carecen por ello de cobertura constitucional, con lo que dejan de ser actos discrecionales para convertirse en actos arbitrarios, incompatibles con el Estado Constitucional de Derecho» (TC, 2004: 11). Entonces, la decisión a la que se refiere el Artículo 15° de la Ley de Consulta Previa se interpreta a luz de la debida motivación e interés público.

Es importante analizar con más detenimiento lo referente a armonizar el interés social y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, con el fin de evitar conflictos sociales. Como bien ya se ha manifestado, el método más idóneo para definir la decisión final es la ponderación constitucional de los bienes jurídicos inmersos en el proceso, siempre que dicha decisión no verse sobre desplazamiento de pueblos indígenas o grave afectación de su vida, en cuyo caso el Estado se encontraría obligado a obtener el consentimiento, en protección de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas.

Si bien constitucionalmente le corresponde al Estado concordar los intereses sobre manejo y mejor aprovechamiento de los recursos naturales, ya sea para su conservación o explotación, y dirigir el desarrollo nacional y regional, también es obligación estatal constitucional la protección íntegra de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, no solo sobre el derecho de consulta sino sobre la identidad, territorios, supervivencia, entre otros, y así asegurar la protección de derechos conexos a la consulta, en concordancia a la jurisprudencia internacional.

La Constitución peruana y las leyes internas no obligan al Estado a adoptar una decisión final. Por el contrario, protegen el respeto de los derechos colectivos de los

pueblos indígenas y, como ya se mencionó, si es que existiera una controversia esta se resolvería con un principio de ponderación, resaltando que lo intrínseco a los pueblos indígenas es la autodeterminación sobre su desarrollo, la protección de la vida, la salud, y el territorio, frente a lo desarrollado estrictamente sobre los conflictos y bienes jurídicos constitucionales intangibles.

Se debe entender que el Artículo 15° de la Ley de Consulta Previa, cuando se refiere a la decisión final, es de aplicación de última elección, debido a que su naturaleza no concuerda con el objeto u finalidad del proceso de consulta, y a que esta aplicación no obedece a las excepciones manifestadas de desplazamiento y afectación grave a los pueblos indígenas.

Esta decisión final podrá ser aplicada solo en última instancia, siempre que no afecte derechos u principios intangibles<sup>5</sup>. Solo al haber agotado todos los medios posibles de llegar a un acuerdo, y exista la negativa no justificada de los pueblos indígenas, se daría pie a la aplicación de la toma de decisión final por parte del Estado.

En una línea jurisprudencial, la CIDH, en el caso Saramaka, puso énfasis en lo siguiente: «la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, ‘el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones» (CIDH, 2007).

---

<sup>5</sup> La doctora Raquel Yrigoyen Fajardo. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS Lima, enero 2009, pág. 19-20, y Ruiz, Juan Carlos. La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú Compendio de legislación y jurisprudencia. Instituto de Defensa Legal. Lima, noviembre de 2012. Pág.234-235. realizaron un análisis muy concreto sobre lo que se considera derechos y principios “intangibles”, los que bajo ningún supuesto pueden ser afectados, incluso cuando entran en conflicto con otros derechos y principios: El derecho de los pueblos indígenas a existir como pueblo indígena, (Artículo 2.1 de la Constitución; Corte IDH, sentencia Saramaka, párr. 128), el derecho al acceso de los recursos naturales que permiten la sobrevivencia de los pueblos indígenas, el respeto a la dignidad de los pueblos y la prohibición de ser tratados con violencia o algún tipo de coerción (artículos 1 y 1.1 de la Constitución, y 3.2 del Convenio 169).

De forma manifiesta, la CIDH le impuso al Estado de Surinam la obligación de obtener el consentimiento cuando la consulta tenga gran impacto dentro del territorio de los pueblos indígenas. En aplicación e interpretación a las decisiones jurisprudenciales de la CIDH, queda de manifiesto que el Artículo 15° de la Ley de Consulta Previa, en su fase de decisión, se contrapone de forma directa con lo establecido y desarrollado como jurisprudencia para la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, cuando se trate de una afectación de gran impacto como es el desplazamiento, grave afectación y manejo de desechos tóxicos en sus territorios.

Como ente rector de las relaciones sociales dentro del territorio peruano, el Estado tiene la potestad de decidir sobre el desarrollo del mismo, pero este poder en determinadas circunstancias de ninguna manera puede excluir los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, más aún si estos se encuentran ligados al desarrollo jurisprudencial internacional.

El Convenio 169 OIT establece derechos constitucionales de los pueblos indígenas, derechos que se verían vulnerados si se aplica el artículo en análisis sin tomarse en cuenta las excepciones planteadas en esta investigación, como el estricto respeto al no desplazamiento de los pueblos indígenas, quienes tienen como derecho constitucional reconocido decidir sobre su desarrollo, tal como se señala en el Artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT.

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

Del mismo modo, el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, en su Artículo 3°, inciso *f*, sobre los derechos colectivos, establece que dentro los derechos reconocidos en la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y los tratados internacionales ratificados por el Perú, está «[...] el derecho a la tierra y el territorio, es decir, al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito

geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente” (MCP, 2012).

Estos argumentos constitucionales, como son el derecho a decidir sobre su desarrollo, el derecho a la tierra y territorio, tal cual lo menciona la propia Ley de Consulta Previa y su Reglamento, hace que la aplicación de su Artículo 15° sea contraria a lo desarrollado en la misma ley y, por tanto sea inconstitucional, al establecer que en todos los casos de consulta donde no se llegue a un acuerdo, la entidad estatal decidirá de forma final, sin considerar que el desplazamiento de las tierras de la comunidades es un caso de afectación directa a los derechos constitucionales reconocidos a los pueblos indígenas.

En ese mismo sentido, se resalta «[...] la utilización del término “tierras” en los artículos 15° y 16° del Convenio 169 de la OIT, deberá incluir el concepto de territorios», entendiéndose la protección a la totalidad del hábitat que poseen los pueblos indígenas, por lo que el desplazamiento no puede afectar estas concepciones.

El Artículo 14° del Convenio 169 de la OIT es mucho más explícito sobre la protección de los territorios de los pueblos indígenas al señalar que se «[...] deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan» (OIT, 1989), enmarcando esta protección constitucional en la obligación del Estado peruano de adoptar las medidas legales necesarias para identificar y determinar el ámbito de las tierras que los pueblos indígenas poseen, ya sea por posesión directa o por la relación tradicional, en aras de que estos territorios o tierras no se vean afectados con la dación de alguna medida administrativa o legislativa, a fin de brindar una efectiva protección de los derechos constitucionales a los territorios y tierras de los pueblos indígenas.

De este modo se va entrelazando el derecho al territorio con los recursos naturales, para ampliar el ámbito de protección constitucional a los pueblos indígenas, y establecer que la adopción de la decisión final estatal vulnera sus derechos constitucionales. Si bien la Constitución peruana establece que los recursos naturales renovables y no renovables son patrimonio de la nación, y el Estado

peruano es soberano de su aprovechamiento, del mismo modo el Convenio 169 de la OIT establece en su Artículo 15.1 que «los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos» (OIT, 1989). Tal como se plasma en el artículo, los pueblos indígenas también poseen derechos sobre los recursos naturales, especialmente cuando se trata de su protección y conservación. Por consiguiente, el Estado peruano, en su labor de protectora de los derechos constitucionales, deberá velar por evitar adoptar decisiones que contravengan estos lineamientos constitucionales.

El aspecto directo sobre la inaplicabilidad de la decisión final de parte del Estado peruano y su obligación de obtener el consentimiento en caso de desplazamiento se encuentra en el Artículo 16° del Convenio 169 de la OIT: «Los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento» (OIT, 1989).

El Convenio 169 de la OIT establece dos criterios: primero, que el desplazamiento es una característica especial de excepción a la regla en el proceso de consulta; y segundo, que esta excepción tiene que ser con el estricto consentimiento del pueblo indígena. Nótese que este acápite no se refiere a la finalidad del proceso de consulta (de obtener el consentimiento), si no la obligación estatal de prever el escenario para reconocer a los pueblos indígenas su derecho a no ser desplazados de sus tierras, a pesar del proceso de consulta.

### **3.8. Derechos Constitucionales Vinculados con el Derecho a la Consulta Previa y Consentimiento de los Pueblos Indígenas.**

El derecho a la consulta previa posee un carácter de diálogo intercultural y, por consiguiente, está relacionado con otros derechos constitucionales.

Al examinar la Constitución peruana de 1993, el derecho de consulta previa se encuentra vinculado al Artículo 2° de los derechos fundamentales, al referir que toda persona tiene derecho:

- A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (inciso 1).
- A la propiedad y a la herencia (inciso 16).
- A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación (inciso 17).
- A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación (inciso 19).
- A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente (inciso 20).

El derecho a la consulta previa también se encuentra conectado al derecho al consentimiento, y estos a los derechos constitucionales mencionados líneas arriba. Se resalta que los derechos indígenas, en la Constitución de 1993, se encuentran vinculados al derecho a la propiedad, a la autodeterminación, a la autonomía judicial.

En la Constitución de 1993, asimismo, se sostendrá:

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

Inviolabilidad del derecho de propiedad, el derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (Artículo 70°).

Siendo enfáticos, el Estado peruano garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona (Artículo 88°).

Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas, son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas (Artículo 89°).

Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (Artículo 149°).

Estos derechos constitucionales son los que más se relacionan con los derechos indígenas, al estar implícitamente vinculados con el derecho a la consulta previa y el consentimiento.

Del mismo modo, la libre determinación de los pueblos, la participación, la identidad étnica y la disposición de tierras, son derechos que deben ser tomados en cuenta en todo proceso de consulta previa, con el fin de lograrse un proceso coherente que respete los derechos constitucionales de los pueblos indígenas.

El derecho a la consulta como expresión de 'autogobierno', y este a su vez de la autodeterminación de los pueblos indígenas, reconoce su participación efectiva y libre en las esferas de decisión que les afecte, es decir, tiene como objetivo asegurar su participación en todos los niveles en la adopción de decisiones dentro de un diálogo intercultural. Por otro lado, a fin de garantizar este derecho es necesario establecer mecanismos instrumentales o procedimentales de tal manera que conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de influir efectivamente en las decisiones que los afecten, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, tomando en consideración los propios procedimientos indígenas consuetudinarios para la toma de decisiones, con información previa y necesaria (TC, 2010: 8).

La jurisdicción constitucional y su función mediadora no se puede interpretar o ser conducida como un órgano neutral aislado. Por el contrario, es la promotora en la

defensa de todos los derechos constitucionales, incluidos los derechos conexos. Cuando estos últimos se vulneran, se produce una vulneración de los derechos constitucionales.



## CAPÍTULO IV

### EL ESTADO PERUANO FRENTE A LA OBLIGACIÓN DE OBTENER SIEMPRE EL CONSENTIMIENTO EN LOS PROCESOS DE CONSULTA PREVIA CUANDO ESTOS IMPLIQUEN DESPLAZAMIENTO INDÍGENA

#### 4.1. Ideas Preliminares.

El sustento de que el Estado peruano tiene la obligación de obtener siempre el consentimiento en los procesos de consulta previa cuando esta implique desplazamiento de territorio indígena, reside en que los pueblos originarios poseen derechos constitucionales, tales como el derecho al territorio, a la libre autodeterminación, al aprovechamiento de los recursos naturales, entre otros. A través de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, el Estado peruano ha integrado conceptos contrapuestos a los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, al vulnerar el consentimiento en casos de desplazamiento. Cabe recalcar que la aplicación y sustento de la obligatoriedad del Estado no vulnera o limita el *iusimperium* del Estado peruano.

El derecho a la consulta previa debe ser entendido a la luz de la normatividad internacional, que protege al consentimiento como un derecho de los pueblos indígenas. Sin embargo, en el Perú, en los procesos de consulta previa, si existiera respuesta negativa y no se obtuviera el consentimiento, a través de sus instituciones representativas el Estado decidirá en forma unilateral la implementación de las normas consultadas, contraviniendo a todas luces lo desarrollado por la Declaración de los Derechos de Pueblos Indígenas de la ONU y la jurisprudencia internacional.

Debe entenderse la obtención obligatoria del consentimiento por parte del Estado peruano como un derecho de carácter excepcional, utilizado solo cuando la vulneración se refiere a desplazamiento territorial y, por ende, se ponga en grave riesgo los derechos constitucionales de los pueblos indígenas. De este modo, se ponderarán los derechos de los pueblos, entendiendo que el traslado forzado vulnera radicalmente su forma de vida, al poseer intrincadas

y profundas relaciones espirituales y sociales con lo conocido como su territorio.

Una de las principales causas del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas es la inversión privada que implica explotación de recursos naturales. Muchas de estas inversiones se encuentran dentro de territorio poseído y utilizado por pueblos indígenas, por lo que es necesario establecer una protección legal y real respetando su cosmovisión, con el fin de no poner en riesgo sus derechos constitucionales como entes colectivos.

Analizando similares casos en países vecinos, se encontró que la Corte Constitucional de Colombia llevó adelante varios casos sobre desplazamiento indígena, que:

[...] según cifras oficiales del Censo de 2005 del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), la incidencia del desplazamiento forzado en los pueblos indígenas es más del triple (3.28) que en la población mestiza, ante la ausencia de una política estatal sólida para enfrentar el fenómeno del desplazamiento, tanto de los pueblos indígenas como de otras víctimas (Rodríguez et al., 2010: 17).

En su sentencia T-025 del 2004, la Corte colombiana estableció y ordenó al Gobierno de ese país a que adopte medidas estructurales con el fin de prevenir el desplazamiento de los pueblos indígenas, originado por la guerrilla y por la inversión privada sobre los recursos naturales. En dicho fallo, se estableció el carácter importante de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, debiéndose ponderar y salvaguardar los derechos de los pueblos sobre el desplazamiento provocado por la inversión privada.

En el Perú aún no se desarrolla jurisprudencia similar. Sin embargo, con el fin de no vulnerar los derechos constitucionales de las poblaciones indígenas, se tiene que identificar al consentimiento como uno de sus derechos con implicancias constitucionales.

Nos basamos en el contenido de un régimen especial desde un punto de vista jurídico, donde debe aplicarse la solución encontrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

como en el caso de *Moiwana vs. Surinam*; esto sin perder de vista que muchos de los criterios expresados por la Corte surgen de una interpretación bastante amplia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fuentes, 2007: 320).

Los principios rectores se enfocan en la razón de la protección especial (apego a la tierra), dejando de lado su contenido específico (situaciones que causan el desplazamiento y medidas a tomar durante este). Se nota aquí la circularidad del discurso internacional cuando se trata de temas indígenas: la tierra es tanto razón como objeto de protección. Pareciese que la comunidad internacional olvida que la diferencia cultural es un valor en sí misma y que como tal permite interpretar de manera amplia las obligaciones internacionales del Estado. Pretender reducir todo derecho indígena a una cuestión propietaria puede ser contraproducente, es necesario buscar nuevas maneras para justificar la especial protección que merecen los pueblos indígenas (Fuentes, 2007: 330).

Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas no se reducen a la protección exclusiva de sus territorios. En casos de desplazamiento territorial indígena, los derechos al territorio y a la libre determinación, son los derechos principalmente afectados.

El desplazamiento forzado siempre implica el abandono del territorio indígena con carácter ancestral. Cabe resaltar que el territorio indígena se encuentra protegido constitucionalmente a nivel nacional, y es respaldado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), en donde se establece el reconocimiento a sus tierras, territorios y recursos naturales, como derechos indispensables para su subsistencia y desarrollo armónico que, de ser alterados, se configuraría en un manifiesto peligro para su subsistencia.

La DDPI no solo protege y reconoce la integridad de los derechos de los pueblos indígenas, sino que instituye obligaciones para los Estados, advirtiendo que dicha protección es la mínima normatividad con el fin de proteger la supervivencia de los pueblos originarios del mundo, su dignidad y bienestar (Artículo 43°).

Otro órgano internacional es la Comisión de Derechos Humanos, que en su 54° periodo de sesiones instauró los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos disponiendo: «Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías,

campesinos, pastores y otros grupos que tienen una dependencia especial de su tierra o un apego particular a la misma» (CICR, 1998).

Se menciona esta norma porque sus principios fueron subsumidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana. Esta última, inclusive, los hizo parte de la normativa constitucional de dicho país al tener vital importancia por los continuos desplazamientos forzados de los pueblos indígenas.

El Estado peruano tiene la obligación de proteger los derechos constitucionales de los pueblos indígenas. Se deja en claro que la protección establecida como primacía no se refiere a todas las intervenciones estatales frente a los pueblos indígenas, sino solo en aquellas en las que exista desplazamiento territorial con peligro a la vida, salud, educación o desaparición del pueblo indígena. Al encontrarse con sucesos tan radicales como estos, el Estado tendrá la obligación de obtener el consentimiento en el proceso de consulta, con el fin de minimizar los posibles daños y resarcir a los afectados.

Los pueblos indígenas en peligro de desaparición por desplazamiento territorial, no solo son afectados con su desaparición física, sino, también, de su cultura, cosmovisión y prácticas tradicionales, que hicieron posible su desarrollo desde tiempos ancestrales.

En sus primeros intentos por incorporar la Ley de Consulta Previa, el Perú estableció a través de sus ministerios la creación de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios. Sin embargo, a la fecha los primeros listados se impugnaron por no haberse registrado a poblaciones que deberían estarlo, recordándose que dicha lista no es una base de datos taxativa sino que puede ser variable. Esto dificulta el reconocimiento a todos los pueblos indígenas que estarían en proceso de desplazamiento, poniendo en riesgo su subsistencia; o con peligro de extinción física y cultural a causa de las inversiones económicas.

La preocupación surge de la comparación internacional, al no haberse protegido de modo integral los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, encontrando

«que la Autoridad Nacional de Gobierno Indígena de Colombia, afirmó que existen al 2012, 64 pueblos en riesgo de extinción, cifra que representa el 62.7% de los 102 pueblos indígenas que existen en la actualidad en Colombia» (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

En el caso peruano, los factores que causan riesgo de extinción provienen desde la época de la conquista y la colonia; y a la fecha este tema yace en el olvido y discriminación. El incremento de la inversión privada en la extracción o explotación de recursos naturales dentro de los territorios de los pueblos oriundos pueden generar la pérdida de su cosmovisión, idioma y formas propias del desarrollo de su vida.

En el Perú, se encuentran las siguientes principales causas que ponen en riesgo a los pueblos indígenas:

- **El narcotráfico:** La red de producción y exportación de cocaína no es indiferente a los territorios del Perú, y la lucha contra el narcotráfico por parte del Estado peruano afecta a los pueblos indígenas. La erradicación de los cultivos ilegales de coca a través de fumigaciones con productos altamente tóxicos afecta a los territorios de los pueblos indígenas. También los afecta los violentos enfrentamientos entre militares y narcotraficantes, ya sea en las rutas de transporte o en los territorios, vulnerándose de forma manifiesta los derechos constitucionales de los pueblos. Sobre esto, un claro ejemplo es la lucha que se realiza en el valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), zona que alberga a poblaciones indígenas que poseen tierras ancestrales, poniéndose en grave riesgo de extinción por desplazamiento.
- **La inversión privada de exploración u explotación de recursos naturales:** Son actividades privadas realizadas por empresas internacionales, sobre recursos naturales encontrados en los territorios de los pueblos indígenas. A la fecha, son innumerables los impactos medioambientales causados por estas actividades, sin embargo, la mayor preocupación es la afectación irreparable a los pueblos por vulnerar sus

espacios socioculturales, así como por la grave puesta en peligro a su salud, por la contaminación de dichas transnacionales.

El Estado y las empresas incurren en vulneraciones a los derechos colectivos de los pueblos. Por ello, el derecho a la consulta previa en la realización de megaproyectos de infraestructura (represas hidroeléctricas, carreteras) o de otra naturaleza sobre el territorio de las comunidades oriundas, debe contemplar el resguardo de los derechos constitucionales indígenas sin que ponga en riesgo su presente y futura existencia, ni que sean víctimas de la pérdida de sus tierras por un desplazamiento forzado.

#### **4.2. Jurisprudencia Nacional e Internacional sobre la Obligación de los Estados con el Fin de Obtenerse el Consentimiento al Finalizar el Proceso de Consulta Previa**

En este punto, se analizará la jurisprudencia internacional sobre los principales ámbitos de protección de derechos colectivos indígenas, establecida a través de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Constitucional Colombiana. Por último, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

Cabe destacar que este análisis plasma el desarrollo jurisprudencial sobre casos de desplazamiento territorial indígena, y la protección de los derechos constitucionales de los pueblos originarios.

#### **4.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre la Obtención Obligatoria del Consentimiento como Derecho de los Pueblos Indígenas, en casos de Desplazamiento Territorial**

El desarrollo jurisprudencial de la CIDH, instauró los principales lineamientos sobre la protección a los pueblos indígenas, expresando criterios de interpretación y aplicación de las normas internacionales como convenios o tratados internacionales, aplicándolos a casos concretos de vulneración de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, que acudieron a la Corte IDH.

La línea jurisprudencial de la CIDH establece por sobre los derechos de privatización (exploración o extracción de recursos naturales), el de los pueblos indígenas, ponderando su derecho al consentimiento en la consulta previa, al de su supervivencia, el de a no ser desplazados sin su consentimiento, a los cuales considera derechos colectivos que se entrelazan con sus derechos individuales. Esta línea jurisprudencial debe ser cumplida por el Estado peruano en forma irrestricta.

- a. Una de las principales sentencias de la CIDH es la del caso Saramaka vs. Surinam (CIDH, 2007). El 23 de junio de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la CIDH una demanda en contra del Estado de Surinam, por la vulneración de los derechos colectivos del pueblo indígena/tribal Saramaka, al cual no se le realizó una consulta previa sobre tierras que ocupaban y utilizan ancestralmente.

En esta sentencia, se evidencia lo ya desarrollado por la Corte respecto al Artículo 21° de la Convención Americana, que también se utilizó en el caso de la comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni (CIDH, 2001), en donde se dictaminó que los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio; de este modo, se garantizará la supervivencia social, cultural y económica de las poblaciones indígenas, siendo primordial esta protección.

La interpretación sobre la primacía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, salvaguarda la existencia física y cultural de dichas comunidades, ya sean tribales u indígenas, y que a la fecha continúan sufriendo el abandono estatal.

De igual manera, la CIDH resalta la especial protección que el Estado de Surinam debe realizar en favor de los integrantes del pueblo Saramaka, quienes gozarán del uso y disfrute de los recursos naturales que se encontrasen en el territorio que ancestralmente poseen, acorde a sus

tradiciones y costumbres, ejerciendo de forma plena el derecho de propiedad sobre su tierra (CIDH, 2007).

En el Perú, la polémica reside en el alcance de dicha protección territorial, como derecho colectivo de los pueblos indígenas, ya que el Estado es el encargado de velar por los recursos naturales y su explotación. Sin embargo, la CIDH (2007) al disponer que los pueblos oriundos poseen derecho sobre la tierra y reconoce su vínculo intrínseco con ella, implica que los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio indígena son parte importante para su subsistencia social, cultural y económica.

Del mismo modo, la CIDH (2005a) estableció en el caso Yakyé Axa y Sawhoyamaxa que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho a ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio, por las mismas razones como tienen el derecho a ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos.

Esta interpretación sobre el derecho a la tierra y recursos naturales prima sobre el de explotación o extracción de los mismos, advirtiendo que de realizarse la autorización estatal implicando el desplazamiento territorial indígena sin su consentimiento, se pone en peligro la subsistencia de los individuos de dichos pueblos.

La protección estatal peruana debe encaminarse a que los pueblos indígenas continúen en uso y disfrute de los recursos naturales que se encuentren dentro de su territorio, concibiendo que el derecho a la tierra o territorio los incluye.

A raíz de lo resuelto en la sentencia de Saramaka, se desprende que cualquier Estado que autorice la exploración o explotación de recursos naturales en territorio indígena sin haber realizado el proceso de consulta, vulnerará los derechos a la propiedad y recursos naturales de forma directa, causando grave afectación a los modos de vida de las comunidades implicadas.

En este sentido, la CIDH menciona las principales garantías del proceso de consulta hacia el pueblo Saramaka, al manifestar:

Para 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 [...]. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. 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 [...] (CIDH, 2007: 134).

Aquí, la principal característica es la aceptación libre y voluntaria de los planes de desarrollo en territorios indígenas. Esta directriz se basa en la aceptación, una vez conocidas, de las posibles afectaciones. Sin embargo, si adoptamos lo establecido en la Ley de Consulta Previa peruana, se estaría vulnerando estos principios ya desarrollados por la jurisprudencia de la CIDH, al establecerse que al no llegar a ningún acuerdo, el Estado en última instancia puede tomar una decisión final. Esto, de concretarse, contravendría a todas luces lo desarrollado por la CIDH, vulnerándose los derechos de los pueblos.

Para el caso de desplazamiento territorial, que es grave, la sentencia de Surinam vs. Saramaka estableció de forma clara en su párrafo 135 la obligación estatal de obtener el consentimiento, y no solo la de desarrollar el proceso de consulta previa. En forma literal dice:

Asimismo, si la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación no sólo de consultar a los Saramakas, 'sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones'. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis (CIDH, 2007).

Este primer atisbo resaltado insta la excepción literal a la regla, donde el Estado de Surinam tendrá que obtener el consentimiento como obligación al finalizar el proceso de consulta previa, en lo concerniente a las inversiones a gran escala que tengan impacto o afectación sobre su territorio.

Esta excepción a la regla es aplicable al Perú en todos los procesos de consulta referente a inversiones a gran escala que puedan afectar el territorio y sus recursos naturales (y por consiguiente su subsistencia) de los pueblos originarios. La Corte IDH desarrolló esta obligación estatal con el fin de hacer prevalecer los derechos colectivos contenidos en los instrumentos internacionales y constitucionales de cada Estado, sin pretender dar una primacía jurídica a los pueblos indígenas, sino, por el contrario, presentar su vulneración cuando son afectados por las inversiones privadas.

- b. La sentencia de la comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni vs. Nicaragua, del 31 de agosto de 2001, plantea los problemas de la no demarcación de las tierras comunales de dicho pueblo por parte del Estado, de no haberse provisto disposiciones que resguarden los derechos de propiedad sobre la tierra y los recursos naturales de los denunciantes, y de no se realización del proceso de consulta antes de disponer la concesión de territorios indígenas.

Si bien es cierto que dicha sentencia no abarca de forma específica el derecho de consulta previa, sin embargo, desarrolla conceptos sobre el territorio indígena y la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos colectivos de los pueblos oriundos, prohibiendo una interpretación taxativa e identificando que el Artículo 21° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos salvaguarda dichos derechos.

Y es que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. [...]. La relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (CIDH, 2001: 149-150).

Al igual que los organismos internacionales, que reconocen y protegen la tierra o territorio indígena, el Estado peruano también se encuentra obligado constitucionalmente a salvaguardar dichos derechos, siendo de especial obligación la consulta previa, más aún cuando se trate de desplazamiento territorial de los pueblos indígenas.

- c. El caso de la comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, cuya sentencia del 17 de junio de 2005 resolvió las vulneraciones estatales al derecho a la vida, las garantías judiciales, el derecho a la propiedad ancestral, con la agravante de desplazamiento territorial.

Esta sentencia comprobó que a través del despojo del territorio indígena u tribal se puso en grave riesgo su supervivencia por la falta de tierras y acceso a recursos naturales, hallando que la población Yakye Axa se hubiese podido abastecer si hubiesen contado con dichos bienes naturales.

El desplazamiento de los miembros de la comunidad de estas tierras generaron dificultades graves para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la comunidad vieron imposibilitado su acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como agua limpia y servicios sanitarios (CIDH, 2005a).

Como puede observarse, todo desplazamiento de tierras afecta derechos inherentes a cada individuo de las poblaciones indígenas, impactando de forma negativa en la salud física y mental, en el acceso a sus recursos naturales, poniendo en riesgo la vida y existencia de la población misma.

La CIDH reconoció que el desplazamiento de las poblaciones indígenas o la prohibición de ingresar al territorio es una situación de singular gravedad, sobre todo para los menores y ancianos, pese a que el Estado es el sumo garante de esos referidos sectores poblacionales. Para el caso concreto, la

CIDH declaró que el Estado de Paraguay violó el Artículo 4.1 de la Convención Americana en lo referente al derecho a la vida en perjuicio de la Comunidad Yakye Axa, al no haber adoptado las medidas necesarias para salvaguardar una vida digna.

De encontrarse el Estado peruano en una situación similar, debe seguir los lineamientos ya desarrollados por la CIDH, que prioriza los derechos de los pueblos indígenas, siendo enfática con las graves consecuencias que podrían sufrir. Por ello, es necesario que el proceso de consulta previa se enfoque a la obtención del consentimiento como obligación estatal, por la particularidad excepcional de los derechos implicados, como en un proceso de consulta con desplazamiento territorial.

- d. En la sentencia Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay, la Corte IDH (2006) decidió sobre las vulneraciones que cometió el Estado de Paraguay, concluyendo que violó los derechos a la vida, a la integridad personal, a la propiedad ancestral, entre otros, en perjuicio de la comunidad Sawhoyamaxa del pueblo Enxet-Lengua.

El presente caso es similar a lo desarrollado en la sentencia de la comunidad Yakye Axa. A finales del siglo XIX, Paraguay transfirió tierras ancestrales a empresarios británicos como consecuencia de las deudas tras la guerra de Triple Alianza<sup>6</sup>, con desconocimiento de los pueblos implicados (exclusivamente indígenas) que, en la década de 1990, iniciaron su proceso de devolución.

En sus conclusiones, la sentencia considera la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa como la forma más idónea de reparación por la vulneración de los derechos colectivos. La CIDH resolvió de manera expresa que el Estado paraguayo violó el derecho a la propiedad de la comunidad Sawhoyamaxa, así como su derecho a la vida,

---

<sup>6</sup> La Triple Alianza la conformaron Brasil, Uruguay y Argentina, que se enfrentaron a Paraguay entre 1864 y 1870, con la derrota de este último.

disponiendo además que adoptara medidas legislativas necesarias para la restitución física de los territorios ancestrales despojados.

En este caso resalta que la indemnización más idónea sea la devolución de territorios y con ello el acceso a los recursos naturales, sin embargo, vulnera de manera directa la tradicionalidad de los pueblos indígenas frente a la tierra.

- e. El caso de la comunidad Moiwana vs. Suriname, de fecha 15 de junio de 2005, en donde la CIDH (2005b) resolvió sobre la protección judicial y obligación de respetar los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos. El dictamen versa sobre el ataque militar que se perpetró en 1986 sobre la aldea Moiwana, con la muerte de 39 miembros de la comunidad, entre niños, mujeres y ancianos, para despojarlos de su propiedad y obligarlos a desplazarse.

La Corte consideró que, si bien no posee competencia para dilucidar sobre lo acaecido en 1986 en la aldea Moiwana, sí tiene competencia para vigilar la obligación estatal de garantizar el derecho a la integridad personal, con la agravante del desplazamiento forzado de tierras ancestrales.

La separación de sus tierras tradicionales con manifiesta relación espiritual, cultural y material puso en peligro el derecho a la identidad cultural y la existencia de la comunidad Moiwana. El perito Thomas Polimé describió la naturaleza de la relación de dicho pueblo con sus tierras y alrededores de la siguiente manera:

Los n'djuka, al igual que otros pueblos indígenas y tribales, tienen una relación profunda y omnicompreensiva con sus tierras ancestrales. Se encuentran intrínsecamente ligados a esas tierras y a los sitios sagrados que ahí se encuentran, 'y su desplazamiento forzado ha cortado esos lazos fundamentales'. Muchos de los sobrevivientes y sus familiares señalan su lugar de origen en, o cerca de, la aldea de Moiwana. La imposibilidad de mantener su relación con sus tierras ancestrales y con sus sitios sagrados los ha privado de un aspecto fundamental de su identidad y de su sentido de bienestar. Sin una comunión regular con esas tierras y sitios, son incapaces de practicar y gozar sus tradiciones culturales y religiosas, en mayor

detrimento a su seguridad personal y colectiva y a su sentido de bienestar (CIDH, 2005b: 132).

El aspecto fundamental es la protección al derecho de identidad cultural relacionado en forma directa con el territorio en donde se practican tradiciones. La CIDH resolvió que el Estado Surinam debía «adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad Moiwana su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios» (CIDH, 2005b: 209- 211).

Una vez más se observan las obligaciones que impone la CIDH a los Estados que vulneran los derechos colectivos de los pueblos indígenas, cuando implican la expulsión o desplazamiento de territorios. Por este dictamen, el Estado peruano se encuentra comprometido a respetar los derechos colectivos, como parte de su responsabilidad internacional y acatamiento de la jurisprudencia de la Corte.

La sentencia traspasa la reparación con la restitución de los territorios al considerar el daño inmaterial a las poblaciones indígenas, por el que los Estados deberán pagar cantidades económicas en cada caso concreto cuando exista desplazamiento forzado. En el Perú, acorde con la Ley de Consulta Previa, es legal realizar el desplazamiento. Esto originaría procesos judiciales y reparaciones civiles a favor de los pueblos indígenas, por la vulneración constitucional de sus derechos a la preservación del territorio ancestral, la identidad cultural y la libre autodeterminación.

- f. La sentencia del caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, del 27 de junio de 2012, es una de las últimas en materia de derechos colectivos de las poblaciones indígenas y de derecho a la consulta previa.

La CIDH sentenció sobre la concesión que otorgó el Gobierno ecuatoriano a una empresa privada en los años 90 explorará y explotará petróleo, recurso natural existente en el territorio del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. No

habiéndose realizado el proceso de consulta previa ni otorgado el consentimiento, se creó un riesgo para la supervivencia de la población indígena y se limitó los derechos colectivos de los pueblos implicados (CIDH, 2012).

El texto de la sentencia aplica el derecho a la consulta, a la propiedad comunal e indígena, y a la identidad cultural del pueblo Sarayaku, sobre la jurisprudencia de la CIDH de años anteriores.

Del texto dictaminador, se rescata la controversia sobre el uso de recursos naturales que se solucionarían a partir de la Convención Americana y la jurisprudencia de la CIDH, para no ponerse en riesgo la subsistencia de las poblaciones indígenas:

En conclusión, la Corte ha constatado que no se efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta del pueblo Sarayaku antes de emprender o de autorizar el programa de prospección o explotación de recursos que existirían en su territorio. Según fue analizado por el Tribunal, los actos de la empresa petrolera no cumplen con los elementos mínimos de una consulta previa. En definitiva, el Pueblo Sarayaku no fue consultado por el Estado antes de que se realizaran actividades propias de exploración petrolera, se sembraran explosivos o se afectaran sitios de especial valor cultural. Todo esto fue reconocido por el Estado y, en todo caso, ha sido constatado por el Tribunal con los elementos probatorios aportados (CIDH, 2012: 211).

Al vulnerarse los derechos de propiedad comunal, tal como se observa en las sentencias consignadas, también se afectan otros derechos como el de identidad cultural y de libre determinación. La CDH reconoció los instrumentos internacionales y su especial preponderancia al afirmar que la identidad cultural de los pueblos indígenas se encuentra resguardado en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, así como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los instrumentos internacionales de la UNESCO, que también establecen derechos a la cultura y a la identidad cultural (CIDH, 2012: 212-216).

#### 4.4. El Tribunal Constitucional Peruano Frente a los Casos de Desplazamiento Territorial y los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas

El reconocimiento jurisprudencial peruano a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en la última década, tuvo un avance significativo.

El reconocimiento constitucional del Convenio 169 de la OIT y los derechos colectivos de los pueblos indígenas fue paulatino, y a través de las sentencias del TC 00047-2004-AI/TC, 00025-2005-PI/TC, 00026-2005, 03343-2007-PA/TC, 0022-2009-TC y 01126-2011-HC/TC, que servirían de base para la promulgación de la Ley de Consulta Previa y el reconocimiento de los derechos colectivos inmediatos de las poblaciones indígenas peruanas.

Los derechos reafirmados por el Tribunal Constitucional peruano importantes para los casos de desplazamiento territorial, son:

- Derecho a la consulta previa.
- Derecho a la tierra o territorio.
- Derecho a su autonomía (libre autodeterminación).

Pero es necesario precisar que el desarrollo jurisprudencial respecto a los derechos indígenas aún es mínimo, debido a que los casos de vulneraciones no se encuentran judicializados o están en proceso de consulta. Asimismo, se indica que los avances constitucionales de la sentencia 01126-2011-HC/TC, que reconoce el derecho constitucional a la autonomía de los pueblos indígenas sobre la disposición de sus territorios y libre desarrollo; y el expediente 00005-2012-PI/TC, que hace prevalecer lo desarrollado en la novísima Ley de Consulta Previa; ofrecen atisbos de que el Estado peruano tiene obligaciones frente a los derechos de los pueblos indígenas, y que no solo basta con realizarse consultas previas.

- a. La sentencia recaída en el expediente 01126-2011-HC/TC del 11 de setiembre de 2012, recurso de agravio constitucional de la comunidad nativa Tres Islas contra la sentencia de la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de

Madre de Dios, en donde el Tribunal Constitucional resolvió primar la jurisdicción indígena sobre el control de ingreso de personas extrañas al territorio comunal.

La importancia del presente caso es que la comunidad Tres Islas engloba dentro de sus territorio a pueblos indígenas Shipibo y Ese'Eja, quienes son víctimas de la tala ilegal de madera, minería artesanal, así como actos realizados por terceros ajenos a la comunidad, que afectan gravemente su subsistencia, modo de vida, medio ambiente y desplazamiento de sus territorios.

Se desprende de la sentencia que la población indígena convive con empresas privadas autorizadas para realizar actividades dentro del territorio indígena. Sin embargo, el inconveniente radica en la utilización de las vías de acceso a la comunidad y la intromisión de terceros que menoscaban la integridad territorial, física y biológica de los pueblos indígenas Shipibo y Ese'Eja. En la sentencia, el Tribunal Constitucional peruano deja en claro en su fundamento 23 el derecho a la propiedad ancestral de acuerdo con la jurisprudencia de la CIDH y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La aplicación de la sentencia no es solo de carácter moral, sino la protección a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, distinguiendo su autodeterminación.

Por consiguiente, el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (artículos 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). Ello no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas; por el contrario, ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista. El objetivo es más bien el respeto

de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo. Por lo tanto, el propio Artículo 46° de la DNUDPI establece específicamente una limitación –como todo marco jurídico lo tiene– al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración «autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes» (TC, 2011: 23).

De esta forma, el TC estableció que los pueblos indígenas poseen autonomía sobre sus territorios, no siendo este derecho un caso de secesión estatal. La Constitución Política peruana instituye la propiedad comunal de libre uso y disposición de sus tierras (Artículo 89°).

En la referencia aludida, el Tribunal Constitucional peruano concluyó que se vulneró el derecho a la propiedad del territorio de la comunidad nativa Tres Islas, al haberse permitido a empresas de transporte ingresar al territorio de dicha comunidad sin que medie título legítimo u consentimiento de la comunidad; y que la libertad de tránsito si bien es un derecho fundamental, está sometida a ciertos límites, como no invadir tierras ajenas sin consentimiento de los propietarios (TC, 2011: 32-34).

Se advierte que el Tribunal no menciona de forma literal un test de ponderación de derechos, sin embargo, se trasluce que realizando esta ponderación prima el derecho de propiedad de la comunidad nativa, amparados en sus derechos constitucionales establecidos en los artículos 2° inciso 16, 88° y 89° de la Constitución; así como el derecho a la autodeterminación, entendiéndose que para los casos de desplazamiento ambos derechos son inherentes, por lo que el Estado tendrá que obtener el consentimiento obligatorio.

Aquí, un tema importante para el TC es la autonomía comunal, al definir que los pueblos deciden sus prioridades de desarrollo dentro del marco constitucional. Si bien el Tribunal realza los temas ya desarrollados respecto al derecho de consulta, no hace mención sobre los graves hechos de

vulneración al territorio indígena, medio ambiente, salud, vida, identidad cultural, uso de los recursos naturales de los pueblos afectados en la comunidad de Tres Islas.

A la fecha, no encuentra protección para los casos de desplazamiento a pesar de la existencia de jurisprudencia internacional y las normas internacionales, que manifiestan la obligación del Estado de obtener el consentimiento en los casos de vulneración a la autodeterminación y territorio.

En la sentencia en análisis, el Tribunal Constitucional peruano, al encontrar hechos como la tala ilegal de árboles, minería artesanal, intromisión en territorio indígena, no emitió pronunciamiento sobre dichas vulneraciones a los derechos constitucionales indígenas. En el fallo, resaltó que la comunidad de Tres Islas –en la fecha de la demanda– se encontraría siendo desplazada de sus territorios originarios, ya que las actividades ilegales de tala de árboles y minería hacían que la comunidad cada vez poseyera menos espacio territorial.

En casos similares, la línea jurisprudencial de la CIDH resolvió y preponderó los derechos de los pueblos indígenas. El Estado peruano, en el caso de la comunidad de Tres Islas, debió realizar el proceso de consulta previa, encontrándose obligado a obtener el consentimiento, por ser un caso tan grave de afectación al territorio indígena, recursos naturales, autodeterminación, peligro a la existencia de los pueblos, entre otros derechos constitucionales violados.

- b. También está la sentencia del Expediente 00005-2012-PI/TC del 23 de octubre de 2012, en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República, representado por el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, contra la Ordenanza Regional 108-2011-GRJ/CR, que declara de interés, utilidad pública y de necesidad regional la inversión privada

estableciendo compromisos para el desarrollo de sus actividades en la región Junín.

La sentencia desarrolla la obligación estatal de protección al derecho de propiedad de los pueblos indígenas, primando la importancia del diálogo intercultural. Lo que se rescata aquí es la participación primordial de la población en la adopción de las decisiones que los afectarán.

El Gobierno Regional de Junín emitió una ordenanza que fue declarada inconstitucional por el TC, por vulnerar derechos de los pueblos indígenas y derechos constitucionales al irrogarse funciones que le corresponden al Gobierno Central y no a los gobiernos regionales, sobrepasando las políticas y planes nacionales.

En conformidad con el Convenio 169 y el Artículo 2° de la Ley 29785, el Tribunal sostuvo que «[...] la consulta a la que hace referencia la presente ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado» (TC, 2012). Tal precisión pone en relieve que el único sujeto pasivo u obligado para con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa es el Estado, quien no solo tiene el deber de garantizarlo –promoviendo la organización y procedimientos adecuados–, sino también el deber de respetarlo, es decir, de llevarlo adelante cada vez que se prevea la aprobación de “medidas legislativas o administrativas” que puedan afectar en forma directa los derechos colectivos de los pueblos originarios, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.

Como puede observarse, está clara la responsabilidad estatal, y a la que se tiene que agregar la obligatoriedad de obtener el consentimiento en los casos de desplazamiento territorial y autodeterminación, así como cuando se pone en peligro la existencia física de las comunidades, su identidad cultural y otros derechos.

#### **4.5. Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y el Carácter Obligacional como Excepción a la Regla en el Proceso de Consulta cuando se Refiere a Casos de Desplazamiento Indígena.**

Colombia, a través de su Corte Constitucional, desarrolló temas de gran envergadura sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Se resalta que las sentencias emitidas sobre derechos colectivos son primordiales para la subsistencia de los pueblos indígenas de ese país.

Las sentencias T-428/92, SU-037/97, T-652/98, T-634/99, SU-383/03, T-955/03, T-737/05, T-880/06, T-154/09 y T-769/09 abordan conflictos sobre medidas administrativas que autorizaron la explotación o exploración de recursos naturales en territorios indígenas, afectándose además los modos de vida y la integridad, con la agravante de desplazamiento territorial.

En la Sentencia T-428 de 1992, la Corte colombiana resolvió el caso de la población indígena Cristianía, afectada por la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Ándes-Jardín, que atravesaba su territorio y en el que había una falla geológica, conocida tanto por las autoridades como por los integrantes de la comunidad, sin que esto se tomara en cuenta al momento de tomar la decisión administrativa de ampliar la vía mencionada (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

Después de practicar una inspección ocular en la zona y ante la solicitud de expertos, la Corte analizó los temas desde los derechos de los indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente, los daños ocasionados por la ampliación de la carretera, el impacto ambiental, los perjuicios consumados y la tutela, la protección del interés general, el derecho a la protección de la diversidad étnica y cultural, la jurisprudencia del Convenio 169 de la OIT y el conflicto entre dos intereses generales.

Durante el análisis, se encontró que las obras proyectadas no tuvieron en cuenta la consulta a la máxima autoridad indígena del lugar, que era el gobernador del Cabildo. La Corte resolvió conceder el amparo solicitado y ordenar «que se

mantenga la suspensión de las labores de ampliación de la carretera Andes-Jardín en el tramo que corresponde a la zona afectada (km 5+150 a km 6+200), mientras no se hayan hecho los estudios de impacto ambiental y tomado todas las precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la comunidad [...]» (Corte Constitucional Colombia, 1992).

En la controversia resuelta en la sentencia T-652 de 1998, la Corte procedió a estudiar el caso de la comunidad Embera-Katío del Alto Sinú, la cual alegaba que en la expedición de la licencia ambiental que autorizó la construcción de la hidroeléctrica Urrá en el río Sinú, se había obviado el trámite de consulta previa. En aquella oportunidad, la Corte se pronunció sobre el derecho a la integridad territorial y el dominio sobre el resguardo; el derecho fundamental a la supervivencia del pueblo indígena; a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas; la consulta para el llenado y funcionamiento de la represa; el derecho al mínimo vital y cambio forzado de una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental a una agraria de alto impacto y menor productividad; sobre las autoridades Embera-Katío del Alto Sinú y la representación de ese pueblo; y sobre las formas tradicionales de organización y cabildos (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

Debido a que la obra ya se había ejecutado y a los problemas derivados de la misma, la Corte Constitucional de Colombia (1998) resolvió ordenar la indemnización a la comunidad, la unificación del resguardo, la concertación del régimen especial en salud de los afectados, la supervivencia de la comunidad y su etnodesarrollo, entre otras medidas.

En la sentencia T-769 del 2009, la Corte se pronunció sobre la tutela interpuesta de los miembros de la comunidad Bachidubi para el resguardo del río Murindó ante la autorización que se permitiera a la Compañía Muriel Mining Corporation explorar y explotar una mina de cobre, oro y molibdeno en los departamentos de Antioquia y Chocó, denominado proyecto Mandé Norte (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

La Corte reiteró la jurisprudencia relativa a la protección que el Estado debe proveer a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas por medio de la consulta previa, ante la exploración y explotación de los recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades nativas. Analizado el caso, se encontró que la consulta previa no había sido efectuada a pesar de que se habían iniciado trámites administrativos con un acta de protocolización, ya que las comunidades implicadas no habían tenido la posibilidad de pronunciarse ante la inminencia de la ejecución del proyecto. En virtud de ello, la Corporación ordenó suspender las actividades de exploración y explotación mencionadas hasta que no fuera agotada la consulta y se materializara el consentimiento libre, informado y previo de las comunidades (CCC, 2009).

Como se advierte, la Corte Constitucional de Colombia resolvió casos particulares sobre el derecho a la consulta previa, ampliando su carácter proteccionista sobre los sujetos de consulta a las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas, y en la mayoría de casos se suspendió los proyectos u obras no consultadas, prevaleciendo el derecho a la consulta previa y los derechos colectivos.

- a. En la sentencia C-418/02, del 28 de mayo de 2002, la Corte colombiana resolvió sobre los recursos naturales en territorio indígena y la participación y protección especial en la explotación en suelo y subsuelo.

La sentencia resalta que Colombia posee normatividad específica sobre pueblos indígenas, como la Ley 685 que sistematiza lo concerniente a la protección de la integridad cultural, las zonas mineras indígenas, el territorio y comunidades indígenas, los derechos de prelación de los grupos indígenas, la concesión, los acuerdos con terceros, las áreas indígenas restringidas, los títulos de terceros, la participación económica de las comunidades y grupos aborígenes, entre otros temas (CCC, 2002: 14).

Del Artículo 127° de la Ley 685, se desprende de forma literal la existencia de:

La competencia de la autoridad indígena para señalar dentro de la zona minera indígena los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones y explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborigen de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres (CCC, 2001).

En Colombia existen áreas del territorio indígena que no pueden ser dadas en concesión u otra forma de explotación de recursos naturales, por poseer el irrestricto carácter ancestral y cultural. Esta aseveración no implica que el Estado deje de ser el titular de los recursos naturales en el suelo y subsuelo colombiano.

Trasladando estos conceptos al Perú, se encuentra que los pueblos indígenas también poseen esa relación con sus territorios, por lo que es completamente válido establecer que el Estado peruano solo podrá concesionar la exploración o explotación de recursos naturales sobre territorio indígena cuando esto no implique su desplazamiento, de lo contrario es obligatorio que se realice el proceso de consulta previa con el único fin de obtener el consentimiento.

- b. También se encuentra la sentencia SU.383/03, sobre una acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) contra la Presidencia de la República y otros, de mayo de 2003. En esta sentencia la Corte resolvió sobre la protección al derecho a la vida, existencia, medio ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, siendo afectados por el accionar estatal al ordenar y autorizar la fumigación de cultivos ilegales en territorio indígena (CCC, 2003).

Asimismo, dictaminó se realizara el proceso de consulta de manera efectiva y eficiente a los pueblos originarios y tribales de la Amazonía colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, considerando y ponderando la efectiva protección de los derechos fundamentales indígenas.

La sentencia recalca un tema de singular particularidad e interés para la presente investigación: el interés nacional frente al derecho de una minoría. Textualmente, la sentencia dice:

[...] que ninguna disposición del ordenamiento constitucional puede interpretarse de manera que justifique «la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos», como quiera que «el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona», y la «protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado» (CCC, 2003: 81).

Es menester preponderar que el concepto de interés general no puede ser la norma absoluta. A pesar de ser una figura constitucional, existen derechos de especial preeminencia como el interés superior del niño, de ancianos, de mujeres. En ese sentido, el Perú, al ser un Estado multicultural, tiene la obligación de proteger a los pueblos indígenas, respetando su territorio, identidad cultural, y su subsistencia como tales.

- c. La sentencia T-380/93, sobre el caso de la comunidad indígena Embera-Catio de Chajerado, contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Choco (Codechoco), y la Compañía de Maderas del Darién (Madarién).

En lo referente al aprovechamiento de los recursos naturales y la integridad étnica y cultural, la sentencia estableció:

Que la explotación de recursos naturales en territorios indígenas plantea un problema constitucional que involucra la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades que sobre ellas se asientan. La tensión existente entre razón económica y razón cultural se agudiza aún más en zonas de reserva forestal, donde las características de la fauna y la flora imponen un aprovechamiento de los recursos naturales que garantice su desarrollo sostenible, su conservación, restitución o sustitución (CP Art. 80°) (CCC, 2003: 13-17).

Es absoluto el reconocimiento a las poblaciones indígenas como sujetos plenos de tutela constitucional; y ante la existencia de contrastes en el uso o explotación de los recursos naturales en su territorio, debe primar los derechos colectivos de los pueblos, en base a la protección de su identidad étnica, cultural, integridad de territorio y supervivencia.

[...] si su medio ambiente sufre un deterioro severo, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP Art. 12°) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social (CCC, 2003: X).

- d. La sentencia T-129/11 de marzo de 2011, sobre una acción de tutela ejercida por la población Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katío contra los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, de Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, el Consejo Asesor de Regalías adscrito al Departamento Nacional de Planeación, las alcaldías de Unguía y Acandí, la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), el Ejército Nacional, la Brigada XVII y la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

En esta sentencia se desarrolla un acápite a la importancia de lograr el consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios indígenas y el derecho de las comunidades de compartir los beneficios. En el presente análisis, se pondrá énfasis en la intervención en territorios indígenas y la obligatoriedad estatal de obtener el consentimiento.

La sentencia se centra en lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, que menciona que el traslado de los pueblos indígenas solo se efectuará con su pleno conocimiento y consentimiento. El Artículo 16.2 del Convenio dice: «Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa [...]» (OIT, 1989).

La Corte Colombiana aplicó una interpretación sistemática del Convenio afirmando que el Estado tiene la obligación de contar con el consentimiento de las comunidades implicadas antes de adoptar cualquier tipo de medida que implique el traslado de la comunidad, ya que lo actuado había violentado el derecho a la existencia e integridad de las etnias (CCC, 2011: 7.1).

Con el fin de reforzar la protección a las poblaciones indígenas, la Corte también adoptó los conceptos de la DNUDPI para atenuar las posibles consecuencias perjudiciales para las poblaciones indígenas en lo social, económico, cultural o espiritual.

En una hazaña singular, la Corte hizo referencia al tema del consentimiento en la Sentencia T-769 de 2009 de la CIDH, en el caso Saramaka vs Surinam, adoptándola al caso colombiano de la siguiente manera:

Frente a lo anterior, esta Corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, ‘sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo’, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; ‘por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea’ (CCC, 2009b).

La referida sentencia plantea la misma pregunta para el caso peruano: ¿las poblaciones tienen poder de veto? Conforme a lo expuesto por la Corte colombiana, este extremo depende del grado de afectación a la población indígena. No se define el poder de veto pero se instaura excepciones con el fin de que prime los derechos de autodeterminación, conservación física y cultural, por “absurdas o exóticas” que pudiesen parecer las costumbres y modo de vida de las poblaciones indígenas.

La corte instauro varios requisitos o reglas jurisprudenciales para la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas de Colombia, de las cuales se resaltan:

Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: **(a)** implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; **(b)** esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(c)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma (CCC, 2011: viii)

Tal como se enfocó, estos puntos son el sustento jurisprudencial y constitucional para que el Estado peruano adopte el consentimiento como parte de los derechos de los pueblos indígenas, y se establezca la obligación estatal en los casos concretos de desplazamiento de territorio indígena, afectándose la vida, salud o puesta en peligro de la existencia de la población indígena.

- e. El Auto 004/09 de la CCC, de enero de 2009, es una de las resoluciones con mayor importancia para proteger a los pueblos indígenas desplazados, poniéndose en peligro su subsistencia, al resolver el reconocimiento de los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas desplazadas por el conflicto armado en Colombia, contenida en la Sentencia T-025/04 (CCC,2004).

El Auto 004/09 tuvo como finalidad proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado y que esto conlleve a la disgregación de sus miembros y desintegración cultural o vulneración de sus otros derechos constitucionales.

El desplazamiento de los pueblos indígenas irroga vulneración a los derechos constitucionales individuales y colectivos, definiendo la Corte que los derechos consagrados en la Constitución Colombiana afectados con estos

hechos son: el derecho a la dignidad personal consagrado en Artículo 1°, el derecho a la vida consagrado en Artículo 11°; a la integridad personal y a verse libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes, consagrado en Artículo 12°; asimismo, el derecho a la salud, seguridad personal, libertad de circulación por el territorio nacional, derecho a una alimentación mínima, a la educación, a una vivienda digna, a la autonomía, la identidad, y el territorio. Estos son algunos de los derechos que se estarían vulnerando con el desplazamiento de los territorios indígenas.

Instaurando que el Estado colombiano tiene el deber de garantizar los derechos fundamentales en el marco constitucional, resguardando la diversidad étnica y cultural de las poblaciones afectadas, la Corte resolvió:

Que el Estado colombiano está en la obligación doble de prevenir las causas del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, y atender a la población indígena desplazada con el enfoque diferencial que para ello se requiere. En consecuencia, ORDENAR a los mismos funcionarios enunciados en el siguiente numeral que diseñen e implementen, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados Por el Desplazamiento, con el nombre que los responsables gubernamentales estimen aconsejable ponerle. Este programa deberá ser adoptado junto con un cronograma para su implementación y seguimiento, dentro del término de seis (6) meses siguientes a la notificación de este auto y deberá contener componentes de prevención y atención, así como, respetar los criterios de racionalidad constitucional en las políticas públicas mencionadas en el presente auto y en otros donde se ha ordenado incluir un enfoque diferencial, en este caso en cumplimiento del principio de diversidad etnocultural. En el diseño de este programa se aplicarán los parámetros constitucionales de participación de las organizaciones que abogan por los derechos de los pueblos indígenas, así como de líderes de los pueblos indígenas más afectados por el desplazamiento (CCC, 2009: X).

Como bien se detalla en la parte resolutive de la sentencia, la Corte definió la especial obligación del Estado frente a los pueblos desplazados o en peligro de desplazamiento. Si bien se puede establecer que en el Perú no se vive un conflicto interno, sí existen zonas geográficas en plena posesión del narcoterrorismo, que involucran territorios de poblaciones indígenas. Asimismo, esta concepción de desplazamiento y vulneración a los derechos

constitucionales es completamente válido para los efectos de la inversión a gran escala que afecte en forma directa el territorio de los pueblos indígenas peruanos, o sus derechos relacionados. Siendo la principal concepción la protección de estos pueblos, se debe crear planes gubernamentales adecuados que apliquen la primacía de los derechos fundamentales, así como la modificación de las normas nacionales sobre derecho de consulta previa y el reconocimiento al consentimiento como un derecho de los pueblos indígenas. Esto, con el fin de concretar que el Estado peruano se encuentre en la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, cuando se afronten casos similares, apaleando al desarrollo jurisprudencial vecino, que ya pasó por situaciones de grave vulneración a los derechos colectivos.

#### **4.6. Derechos Constitucionales de los Pueblos Indígenas que se afectan cuando se realiza Desplazamiento de su Territorio sin su Consentimiento**

La consulta previa se define como un derecho constitucional para proteger los derechos fundamentales colectivos que poseen los pueblos indígenas.

La regulación constitucional del derecho a la consulta previa se realizaba de forma indirecta. Bajo dos caminos o vías explícitas, «el reconocimiento de derechos sustantivos a nivel constitucional y el rango constitucional del Convenio Internacional 169 OIT, que sí regula directamente el derecho de consulta» (Peña, 2009: 313).

Con la promulgación de la Ley 29785, se reconoció de forma directa el derecho a la consulta previa. A eso se aúna la obligatoriedad de los tratados internacionales y el compromiso implícito al respeto de los derechos colectivos, que se reconocen en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Si se establece que una medida administrativa o legislativa conllevara al desplazamiento del territorio indígena, la finalidad del proceso de consulta previa será la obligación estatal de obtener el consentimiento. De lo contrario, se estaría vulnerando los derechos sustantivos de los pueblos indígenas. En el caso del

consentimiento, este se tiene que ver como un derecho excepcional, aplicado para casos concretos como en el mencionado desplazamiento, derecho que a la fecha se encuentra a inicios de su reconocimiento pleno como tal.

Los derechos constitucionales que serían afectados de forma directa, si es que se realizara un desplazamiento poblacional del territorio indígena sin su consentimiento, son los artículos 2°, 70°, 89° y 149° de la Constitución Política del Perú. Para un mejor desarrollo de este tema, se realizará un análisis específico de cada artículo y su relación con el desplazamiento territorial y consentimiento.

- a. En su Artículo 2°, inciso 1, la Constitución Política del Perú establece el derecho a la vida. Este acápite se relaciona en forma directa con el manifiesto peligro a la subsistencia de los pueblos, al ser despojados de sus territorios, y peligro a la vida misma de los integrantes de las diferentes poblaciones que se verían afectados. Por ejemplo, si es que se deseara privar a los pueblos su acceso al agua, al restringir el paso a determinadas áreas de siembra, a restricciones a territorios de recolección o caza, o al ser trasladados o desplazados sin una adecuada reubicación. Todas estas condiciones ponen en peligro inminente la vida de todos los integrantes de la población.

El derecho constitucional a la vida es aplicable a todos los peruanos sin excepción. La vida se encuentra protegida contra las agresiones a la integridad física, no siendo posible atentar contra ella, a excepción de la figura jurídica de la legítima defensa, situación extrema donde de igual manera prima la protección al bien jurídico denominado vida. En ese entendido, al desplazarse y ponerse en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas, se estaría atentando contra la vida comunal de los pueblos indígenas.

- b. La Constitución Política del Perú, en su Artículo 2, inciso 1, establece el derecho a la identidad; a la integridad moral, psíquica y física; y a su libre desarrollo y bienestar.

Se pueden desprender varios derechos de este inciso. Por ello, se analizará cada uno de ellos con el fin de establecer la obligación estatal de proteger los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento.

El derecho a la identidad se encuentra definido por la protección al individuo y colectivo en su autodenominación y reconocimiento de lo que representa y constituye, desde aspectos físicos, biológicos, desarrollo espiritual y cultural. Los pueblos indígenas poseen estos derechos a nivel individual y colectivo, gozando del ejercicio pleno de identidad.

Morales Godo se refiere a este tema citando a Fernández Sessarego, quien planteó que la identidad personal comprende dos facetas: una estética y otra dinámica. «La primera definida por el físico que ha merecido tradicionalmente tutela jurídica; mientras que la identidad dinámica se manifiesta como un conjunto de atributos y calificaciones de la persona» (Morales Godo, 1995: 138). Está claro el conjunto de atributos se refiere a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

El derecho de identidad se encuentra ligado al libre desarrollo de su conciencia, religiosidad, tradiciones y cosmovisión, acorde a cada pueblo indígena del Perú. Al ser desplazados de su territorio sin el debido consentimiento, no solo se vulnera el derecho a la identidad de las comunidades, sino el derecho al libre desarrollo de sus tradiciones y el desarrollo espiritual con sus tierras.

El derecho a la identidad implica identificarse con sus semejantes como congéneres. Los pueblos indígenas poseen esta especial característica, siendo de preponderancia no poner en riesgo o vulnerar dichas costumbres y derechos, más aún si el Estado peruano posee como parte de su estructura distintos pueblos indígenas, a lo largo del territorio.

Tal como lo establecimos anteriormente, estos derechos se encuentran concatenados con el desarrollo internacional, su protección se plasma en la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, entre otros tratados.

Sobre el derecho a la integridad moral, psíquica y física de la persona, estos derechos son innatos a los pueblo indígenas, la integridad psíquica está referida a la protección de las emociones personales de los individuos y el aspecto moral se ve relacionado con el entorno donde se desenvuelven con su convicciones religiosas, sociales, políticas y culturales, cuya finalidad es el desarrollo personal, como realización humana, dentro de la comunidad a la que pertenecen.

No debiendo ser un límite de protección, tal como manifiesta el jurista Marcial Rubio, el derecho a la identidad se vincula de forma directa con otros derechos que se encuentran en la Constitución Peruana:

- Los derechos a la integridad y libre desarrollo contenidos en el mismo inciso 1 del Artículo 2° de la Constitución.
- La libertad de conciencia y religión establecida en el inciso 3 del Artículo 2° de la Constitución.
- Las libertades de opinión y difusión del pensamiento establecidas en el inciso 4 del Artículo 2° de la Constitución.
- Los derechos al honor y la buena reputación, a la intimidad a la voz y la imagen reconocidos en el inciso 7 del Artículo 2° de la Constitución
- La libertad de creación establecida con detalles adicionales en el inciso 8 del Artículo 2° de la Constitución.
- El derecho de participación en la vida de la Nación contenido en el inciso 17 del Artículo 2° de la Constitución.
- El derecho a mantener reserva sobre sus convicciones contenido en el inciso 18° del Artículo 2° de la Constitución.
- El derecho a la identidad étnica y cultural reconocido en el inciso 19 del Artículo 2° de la Constitución.

- El derecho a la nacionalidad propia reconocido en el inciso 21 del Artículo 2° de la Constitución.
  - El derecho a la libertad considerado en el inciso 24 del Artículo 2° de la Constitución.
  - El derecho a casarse y formar una familia contenido en el Artículo 4° de la Constitución.
  - El derecho a la protección de la salud establecido en el Artículo 7° de la Constitución.
  - El derecho a educarse que, aun cuando no esté expresamente señalado en el texto, está en forma tácita de los artículos 13° y siguientes de la Constitución.
  - El derecho al trabajo como medio de realización de la persona, contenido en el Artículo 22° de la Constitución. Incluye la libertad de trabajo considerada en el Artículo 2° inciso 15.
  - El derecho de ciudadanía establecido en el Artículo 30° de la Constitución (Rubio, 2001: 128).
- c. La Constitución Política del Perú, en su Artículo 2° inciso 19, establece que todos tienen derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete.

Este inciso está ligado con el derecho a la identidad personal, ampliando el contenido a la protección étnica y cultural, reconociendo los derechos colectivos de los pueblos indígenas, manifestando que el Estado peruano se obliga a proteger la identidad étnica de todas las poblaciones que alberga, y por ende proteger la cultura que poseen.

La etnicidad debe estar referida a dos factores, ambos igualmente relevantes para el objetivo de la presente investigación: raza y cultura. La raza tiene que ver con rasgos que son heredados biológicamente, como por ejemplo el color. La cultura se refiere a la conducta, como el lenguaje o la religión, que

es transmitida a los miembros de un determinado grupo social a través del proceso de socialización o de aculturación. Si el énfasis es puesto en el primer factor, se está frente al racismo; si lo está en el segundo, se está frente al etnocentrismo. La situación concreta típica es una combinación de ambos sin distinguirlos claramente. En cualquier caso, la violencia étnica puede ser generada por cualquiera de los dos (Albo, 1994:119).

El Estado peruano resguardará el respeto a todas las culturas, en ánimo de protección a las minorías culturales, buscando la convivencia cultural mas no la asimilación de origen indígena, tal como lo consagra el Convenio 169 de la OIT, que desarrolla de forma más específica los derechos colectivos de los pueblos indígenas poniendo énfasis en el respeto a sus costumbres o tradiciones.

El Convenio 169 de la OIT establece en su Artículo 2°:

Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir medidas que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar en pie de igualdad los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población, que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales económicos y culturales de esos pueblos respetando su identidad social y cultural sus costumbres, tradiciones y sus instituciones (OIT, 1989).

La diversidad multicultural se enmarca para que exista el equilibrio social y no ser excluyente con los derechos que poseen las minorías, esta protección es la búsqueda de igualdad de derechos sociales económicos y culturales, primando los derechos la identidad cultural, de aplicación constitucional.

Los pueblos indígenas que sean afectados con el desplazamiento forzado lo serán también de forma directa en sus derechos constitucionales colectivos a la identidad étnica y cultural, porque al ser desplazados o poner en riesgo sus vidas, se fractura de forma irreparable la forma de vida que llevan, sus

instituciones sociopolíticas, su religiosidad con el ámbito que los rodea. Se vulnera el uso y disfrute de su tierra, quebrando el vínculo ancestral y cultural.

El Estado peruano, en primacía de los derechos constitucionales, tiene la obligación de proteger a los pueblos indígenas en su identidad y cultura, de implementar las medidas legislativas o administrativas que impliquen el desplazamiento de territorio indígena. En ese entendido, es necesario obtener el consentimiento obligatorio, con el fin de no afectar el derecho al territorio de los indígenas, o poner en peligro la subsistencia de toda su cultura.

Al realizar el test de ponderación de derechos, tienen que primar los de los indígenas, porque al realizar el desplazamiento sin el consentimiento, se vulneran constitucionales.

- d. La Constitución Política del Perú en su artículo 2° inciso 16, menciona que toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia, concibiéndose para los pueblos indígenas el derecho a su autonomía en el uso y libre disposición de sus tierras u territorios, que poseen o utilizan para ejercer sus costumbres o tradiciones, redefiniendo el derecho de propiedad de carácter civil, a un derecho que protege la propiedad comunal o indígena, con las implicancias espirituales y cosmovisión sobre la tierra.

Este derecho es reconocido desde el inicio de la vida republicana y consagrado en las constituciones; sin embargo, a la fecha se debe realizar la connotación de propiedad comunal, ya que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su Artículo 17°, alude a la propiedad un derecho inviolable y sagrado, donde nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública legalmente justificada lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que todas las personas tienen derecho a la propiedad individual y colectiva, y que nadie puede ser privado arbitrariamente de su propiedad. La propiedad comunal en

forma amplia es desarrollada en el Convenio 169 de la OIT, en su Artículo 13° y en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

La naturaleza de propiedad de la Constitución está plasmada en el inciso 16 del Artículo 2°, y comprende la protección al derecho al territorio y tierra de los pueblos indígenas, ampliando la visión de carácter civil a la propiedad comunal o indígena.

- e. La Constitucional Política del Perú, en su Artículo 70°, desarrolla el derecho a la propiedad y su inviolabilidad. Con esta norma, el Estado garantiza lo anterior, y ejerce una armonía con el bien común, dentro de los límites de ley.

La propiedad tiene antecedentes en Francia, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Posteriormente, se le dio el rango constitucional, constituyendo el antecedente del concepto de propiedad del Código Civil francés de 1804. Desde el aspecto constitucional, no existe pormenorización del contenido al derecho de propiedad, por sus orígenes en materia civil.

Con el desarrollo social, el derecho de propiedad se ha extendido a otros ámbitos de la sociedad que merecen protección jurídica, abarcando las distintas concepciones de propiedad. Se hace énfasis en lo referente a la propiedad privada y la potestad sobre los bienes públicos, la Constitución de 1993 instaura la propiedad como derecho privado, dando la potestad de usar, disfrutar, disponer y reivindicar acorde al derecho moderno; sin embargo, el derecho a este uso y disfrute de las tierras indígenas es anterior a lo establecido en la normas que ahora la protegen.

Antes del arribo español en el siglo XVI, existía la propiedad comunal, que consistía en el dominio de un grupo de individuos sobre las tierras que ocupaban. Trasmitida esta tradición a los pueblos indígenas, se halla la permanencia de la propiedad comunal, confiriendo titularidad sobre el

territorio al pueblo indígena. Se entenderá que esto es aplicable a todos los derechos de los indígenas aplicados a la propiedad que hoy se reconocen.

- f. La Constitucional Política del Perú en su Artículo 89°, define que los pueblos indígenas son autónomos en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

Este artículo tiene varias acepciones a favor de los pueblos indígenas, desglosándolo en la autonomía organizativa, la libre disposición de sus tierras, libre disposición económica, administrativa y la imprescriptibilidad de sus territorios.

Como antecedente se recuerda la Constitución de 1920, de cuya protección se distingue la protección estatal hacia a las poblaciones indígenas, promoviendo su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. De esa manera, la nación reconoció la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden.

Sin embargo, la Constitución que dio mayor reconocimiento a los pueblos indígenas fue la de 1933, que estableció su existencia legal y personería jurídica, la integridad e imprescriptibilidad de la propiedad de las comunidades, y prohibió las intervenciones en su administración económica.

La Constitución de 1979 se manifestó en la misma línea de protección hacia los pueblos indígenas, resaltando la inembargabilidad e imprescriptibilidad de los territorios indígenas.

La Constitución de 1993, tal como se describió, instauró un tratamiento diferente sobre las tierras de la población indígena, resaltando su libre disposición y la afectación o pérdida de territorio cuando se produzca el

abandono. La interpretación de dichos literales podría finalizar que las tierras comunales se pueden comercializar y perder.

La Constitución de 1993 en el Artículo 89° otorga a los pueblos indígenas y comunidades indígenas autonomía en su organización, las comunidades campesinas constituyen una forma de organización propia del sector campesino en el Perú (Revilla, 1994: 79).

Si bien es más notable el tema de propiedad en las poblaciones andinas, existe particular dificultad al definir cuál es el ámbito de territorio en las poblaciones amazónicas. La particularidad de las poblaciones de la selva es la utilización alternada entre un territorio y otro, priorizando la no extracción de recursos naturales o abuso de sembradío en las tierras que poseen.

Se debe tener especial cuidado en la aplicación de la ley cuando se refiere al abandono de las tierras, según las costumbres amazónicas y andinas se hacen descansar los territorios por cinco años sin cosecha, con el fin de no fracturar la ecología y se refertilice la tierra a utilizar. Esto implica el traslado a otra zona dentro de su territorio, lo cual no supone el abandono de estas tierras dejadas de utilizar.

El derecho a la libre disposición de sus tierras implicaría que los pueblos indígenas puedan transferir la propiedad de sus territorios, siendo un tema discutible, porque implicaría que se despojen de su propiedad ancestral contraviniendo toda la protección de blindaje que desarrollado. Se debe entender que la libre disposición que poseen se refiere a la administración de sus tierras dentro de los miembros de la población y la no intervención de terceros, como el decidir no trasladarse a otro territorio, en base a su libre disposición.

Este derecho está relacionado con la existencia como sociedad cultural indígena, e inclusive con el derecho a la autodeterminación y autonomía en el uso de sus tierras.

A partir del estudio de casos de los pueblos Asháninka, Aguaruna, Shipibo y Yagua se formulan las siguientes conclusiones: las tierras y territorio indígena son su fuente de vida y su cultura; sin embargo, este espacio está siendo reducido por la extracción desmesurada de materias primas, el sometimiento de las tierras a un proceso de prospección y explotación minera de hidrocarburos y agroindustria. Estas circunstancias afectan la posesión y la propiedad de las tierras que tradicionalmente han ocupado los pueblos indígenas de la Amazonía, así como la integridad de la calidad de vida, la cultura y la supervivencia del indígena. La deforestación la destrucción de la selva original la disminución de la biodiversidad y de los recursos de caza y pesca desequilibran la dinámica relación indígena-tierra, y atentan contra el hábitat natural y cultural de las comunidades. Con frecuencia los derechos constitucionales sobre la tierra de las comunidades nativas son vulnerados con la indiferencia del Gobierno frente a sus problemas y necesidades (APEP, 1996: 226-227).

Estos derechos, tal como ya se manifestó, se encuentran desarrollados en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas. Se encuentra en el Convenio 169 de la OIT la protección a sus tierras en los artículos 4°, 13°, 15° y 16°, donde en forma literal se incluye que las tierras deben ser comprendidas como territorio cubriendo la totalidad de su hábitat, que por tradición heredaron, para lograr su subsistencia a través del uso de los recursos naturales, encontrando la obligación estatal de adoptar las medidas legales necesarias y garantizar el derecho a la propiedad y posesión de las tierras de los pueblos indígenas.

Por estas connotaciones constitucionales, se afirma que en los casos de desplazamiento territorial indígena –y en base a la protección del territorio comunal–, el Estado no podrá tomar una decisión unilateral referente al traslado de las poblaciones indígenas, ya que se vulneraría más de un derecho constitucional reconocido a los pueblos indígenas.

- g.** La Constitución Política del Perú, en su Artículo 2° inciso 22, establece que todos tienen derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Está claro que este derecho es innato a los pueblos indígenas, por ser quienes usan los recursos naturales como parte de un ambiente equilibrado y las alteraciones, ya sea por extracción o exploración de los recursos naturales que yacen en su territorio, vulnerarán estos derechos. Asimismo, al ser desplazados a territorios distintos, se altera gravemente el derecho a la paz y tranquilidad en la que viven. Esto conlleva directamente a que no podrán gozar de sus recursos naturales, causando un perjuicio grave en su subsistencia y el goce de un ambiente equilibrado.

La protección del medio ambiente no solo es problema de los pueblos indígenas, es un problema de todos, por su efecto global. Sin embargo, siempre los más vulnerables son las poblaciones indígenas, porque su supervivencia gira en torno a un ambiente sano. Allí radica la importancia de la protección.

#### **4.7. El Derecho a la Tierra u Territorio cuando la Consulta Previa Implicue Desplazamiento Territorial Indígena en el Perú**

Tal como se demostrara, el derecho al territorio y a la autodeterminación de los pueblos indígenas es el fundamento constitucional para la obtención obligatoria del consentimiento. El derecho al territorio indígena se encuentra reconocido en la Constitución peruana y en normas internacionales. Dicho reconocimiento se encuentra plasmado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, cuya sentencia 0022-2009-PI/TC (CIDH, 2005b), hace suyos los conceptos siguientes:

Fundamento 48: la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en opinión que este Tribunal comparte, que «la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras» (párrafo 131).

De esta forma, se observa un concepto más amplio y diferente de los derechos territoriales, relacionado directamente con la supervivencia del pueblo indígena y «con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio

desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural» (párrafo 146).

En el fundamento 49, el TC peruano menciona que también es útil recordar que previamente a la sentencia referida, en la sentencia del caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni vs. Nicaragua, se subrayó la tradición comunitaria de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. Se indicó así que la «pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad» (CIDH, 2001: 149).

Es evidente que la posesión tradicional de los pueblos indígenas es suficiente para exigir la titularidad como propiedad con su respectivo registro. Sin embargo, esto último no es un requisito indispensable para ejercer el derecho de propiedad territorial, dado que las comunidades tienen diversas formas de manejo de su territorio.

Se pone énfasis en que el derecho al territorio indígena se entrelaza con otros derechos constitucionales, no siendo un derecho absoluto. Contrastando este derecho con el Artículo 70° de la Constitución peruana, se encuentra que solo en casos de seguridad nacional se podrá realizar el test de ponderación de bienes jurídicos, concluyendo con una indemnización por el despojo territorial, considerado solo en casos excepcionales.

Está claro que el Perú admite los lineamientos internacionales sobre propiedad como territorio de los pueblos indígenas, con una concepción repensada sobre la tradicional propiedad civil, enfatizando como lo ya desarrollado que la Constitución instituye el amparo de las tierras comunales campesinas o nativas en los artículos 88° y 89°. Si bien no se conceptualiza el concepto 'territorio' en la Constitución, en interpretación acorde a las normas internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia nacional, se expresa que la terminología de tierras (aspecto-patrimonial) incluye los componentes de territorio, como la autonomía o autodeterminación.

Este reconocimiento constitucional se hace conforme al Artículo 7º del Convenio 169 de la OIT, que establece: «Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y 'a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera' [...]» (OIT, 1989). Concordado y materializado con el Artículo 89º de la Constitución, que establece que las comunidades nativas –entendiendo dicha aseveración como pueblo indígena– con el derecho de disponer y hacer uso de sus tierras y territorios, dentro del marco constitucional y legal, no desnaturalizando la esencia de dichos derechos.

Se precisa que este tema fue arduamente discutido en las respectivas cortes internacionales y el propio Tribunal Constitucional peruano, desprendiendo que la protección primordial sobre los territorios indígenas no es de carácter de secesión o especial protección de las minorías, sino de realizar un balance de derechos constitucionales, donde prima la protección a futuras vulneraciones, que de no proteger a las poblaciones afectadas con su territorio, recursos naturales, entre otros derechos constitucionales, se estaría pasando por alto lo ya desarrollado por los entes internacionales.

#### **4.8. El derecho a la Libre Determinación en los Casos de Desplazamiento Territorial**

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas es conocido también como autodeterminación, plasmado en la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDSEC).

Incluso en el caso de que no existiera la DNUDPI, que recoge de manera específica este derecho de los pueblos indígenas, y los dos pactos que abordan de manera general el mismo, la jurisprudencia de la CIDH ha reconocido este derecho a los pueblos indígenas, la cual al ser vinculante se convierte en fuente de derecho.

Por último, en la sentencia de Sarayacu reciente, hay una referencia en una anotación de pie de página, referida al derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. «No se ha presentado prueba y argumentación suficiente que permita a la Corte declarar la violación autónoma del Artículo 3 de la Convención 169 de la OIT, en perjuicio de la Comunidad» (Ruiz, 2013a).

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia del expediente 03343-2007-PA, establece:

La libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales (TC, 2007a).

Se debe entender que este derecho no está relacionado con el autogobierno aislado de Perú o separación del territorio nacional de los pueblos indígenas.

El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia del Expediente 01126-2011-HC/T (TC, 2011), sobre el caso de la comunidad de Tres Islas, mencionó el reconocimiento jurisdiccional sobre la primacía de protección a los pueblos indígenas, en lo referente a los territorios ancestrales, y libre determinación de los pueblos, adoptando los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por consiguiente, el reconocimiento de tales pueblos indígenas con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el 'derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas' (artículos 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI). Ello no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas; por el contrario, 'ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista. El objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de

desarrollo. Por lo tanto, el propio Artículo 46° del DNUDPI establece específicamente una limitación –como todo derecho lo tiene– al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes (TC, 2011).

La DNUDPI posee el reconocimiento de su carácter vinculante y el TC acoge dicha protección sobre los derechos de autodeterminación y territorio de los pueblos indígenas, por lo que la interpretación de unidad constitucional debe ser dilucidada sobre el criterio del Estado integrador y los tratados internacionales.

En tal sentido, la proyección de la libre determinación de los pueblos indígenas en los territorios de estos se expresa en su derecho a controlar su territorio. El Artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Donde se proyecta y se concreta de una manera especialmente privilegiada el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, toda vez que el territorio constituye la base y la condición de la propia existencia de los pueblos indígenas.

De alguna manera, el acceso al territorio constituye una condición de subsistencia de los pueblos indígenas. No se puede olvidar que la obligación de proteger la importancia que la tierra tiene para los pueblos indígenas, se desprende literalmente del Artículo 13.1 del Convenio 169 de la OIT, cuando señala que «los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos (Ruiz, 2013b).

#### 4.9. El Desplazamiento Territorial como Factor de Afectación Directa a los Pueblos Indígenas

Las principales materias de afectación son las que implícitamente enmarquen el desplazamiento, privación de acceso a determinadas áreas indígenas, privación al uso y disfrute de recursos naturales, causadas por la extracción o exploración de recursos naturales, intromisión de terceros a territorios indígenas, proyectos estatales sobre territorio indígena, causando de forma conexas la vulneración directa a sus otros derechos, costumbres o espiritualidad.

El acercamiento a un concepto de afectación directa se encuentra en la Ley 29875, Ley de Consulta Previa, al establecer en su Artículo 2° que «[...] afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos» (CRP, 2012).

Ampliando este concepto, el Reglamento de la Ley de Consulta, en su Artículo 3° define que la 'afectación directa' es una medida legislativa o administrativa que afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en su situación jurídica o en el ejercicio de sus derechos colectivos.

Toda afectación se enmarca en la vulneración a la existencia física y derechos colectivos de los pueblos indígenas. Para esta investigación, el énfasis radica en el desplazamiento, que afecta un sin número de derechos constitucionales.

No se pretende instaurar nuevos criterios de afectación a los pueblos indígenas. El análisis no se aleja de esta afectación, sino, al contrario, se afirma que dentro de este bagaje de afectaciones, el desplazamiento territorial se convierte en afectación grave. Si el territorio indígena no fuera protegido en forma adecuada, se cristalizarían daños irreparables a los derechos en sí mismos de las comunidades.

Por afectación directa entiéndanse todos los cambios ya sean en perjuicio o beneficio de la vida diaria, cosmovisión, costumbres y cultura de las poblaciones a ser afectadas con la implementación de una medida legislativa u administrativa sobre la extracción, exploración de los recursos naturales, ya sean minerales, gas o petróleo, siendo los principales recursos que acarrear mayor conflicto de no aprobarse la consulta con el consentimiento.

La adopción de cualquier medida sobre recursos naturales, inevitablemente incluye al suelo que las poblaciones indígenas utilizan como parte de su territorio o de uso temporal, acorde con sus costumbres.

Y si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja –debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos–, frente a medidas legislativas la tarea resulta sumamente complicada, en ese sentido observaremos tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta (TC, 2009: 19-23).

Las leyes que poseen carácter general regulan los lineamientos de convivencia social. Y al ser de carácter general, las leyes no afectan la cotidianidad de los pueblos originarios.

Entonces, es válido mencionar cual es la afectación indirecta, ya que esta se da cuando las repercusiones de alguna ley con carácter general tenga incidencias en su cotidianidad, como por ejemplo: una nueva ley sobre normas de salud implica a todos los ciudadanos, y de forma indirecta se implica a los pueblos indígenas.

Es necesario precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en el cual los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato está directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados (TC, 2009: 23).

Esta susceptibilidad es la que se enmarca como afectación indirecta, ya que los pueblos adyacentes también se verán afectados con la exploración y explotación, pero esta será en menor grado, considerando que no necesariamente deben formar parte del proceso de consulta, ya que este caso se encontraría en un interminable proceso de afectaciones indirectas desde los pueblos aledaños hasta el grupo de ambientalistas que radican a miles de kilómetros.

Si bien es cierto que el Estado tiene la obligación de proteger a estos grupos minoritarios, viabilizando que no toda actividad estatal en su territorio los afectará de manera negativa, en la presente investigación se sostiene que puede coexistir el desarrollo estatal, la inversión privada, con la plena protección de los derechos indígenas, quedando la salvaguarda de minimizar los posibles daños y resarcir a los afectados.

Se debe precisar que esta vulneración no puede exceder los derechos fundamentales primordiales como la vida, la salud, la integridad étnica o cultural, y el derecho de identidad de los pueblos originarios, obligando al Estado, acorde con la protección a estos derechos, el obtener el consentimiento como excepción a la regla en los casos de desplazamiento.

#### **4.10. El derecho de Veto frente al Consentimiento Obligatorio en los Casos de Desplazamiento de Territorio Indígena**

A lo largo de la presente investigación, en donde se analizó jurisprudencia y normas nacionales e internacionales, se afirma que la obligación de obtener el

consentimiento en los casos de desplazamiento territorial indígena no implica el derecho a veto, mucho menos establece la supremacía de una minoría sobre el colectivo peruano en general. Por el contrario, se trata de establecer una excepción a las reglas desarrolladas por la normatividad peruana, excepción que posee sustento jurisprudencial en la CIDH, la Corte Colombiana, la DNUPI, al haber comprendido temas de desplazamiento territorial indígena, donde prima la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Del mismo modo, tanto la interpretación del Convenio 169 de la OIT, como la doctrina, han establecido que el derecho de consulta previa a los pueblos originarios no da origen al derecho a veto, pues lo que se busca es el consentimiento libre e informado.

El derecho de veto implicaría una negación por parte de la población indígena, trasluciéndose en la negativa de consentimiento ante un proceso de consulta. Se resalta que las consecuencias de un proceso de consulta conllevan a la posibilidad de obtener el consentimiento pleno, el consentimiento parcial y la negativa de consentimiento. Esta negativa no debe de ser entendida como el derecho a veto, ya que la decisión final que se adoptará sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa, a la fecha se encuentra enmarcada en la potestad del Estado peruano, que decidirá en última instancia, como regla general en un proceso de consulta previa.

Este argumento se basa en que el Estado peruano, cuando enfrente casos donde exista desplazamiento de territorio indígena, a raíz de la inversión privada y se ponga en peligro la subsistencia de los pueblos, se establezca como excepción a la regla general la obtención del consentimiento en forma obligatoria, porque dichos casos afectan el derecho al territorio, identidad, etc., de los pueblos indígenas, derechos constitucionales reconocidos y protegidos ampliamente por la jurisprudencia extranjera y reconocido en convenios internacionales.

Si bien la legislación peruana sobre el derecho a la consulta, la Ley 29785 y su Reglamento no establecen de forma literal la prohibición del derecho a veto, el

desarrollo jurisprudencial ha definido que los pueblos indígenas no poseen dicho derecho, concepción con la que se concuerda.

Las negativas de los pueblos siempre están acompañadas de protestas sociales, paralizaciones regionales, toma de carreteras, entre otros desmanes que paralizan zonas del país, siendo esta la única medida que adoptan para poder hacer efectivas sus pretensiones sobre determinados actos estatales que puedan afectarlos, obligando al Estado muchas veces a no emitir o derogar la norma controversial. Si bien las protestas no son maniobras extremas, estas conllevan violencia y desmanes sociales, convirtiéndose en un precedente de creer que esa es la única forma de garantizar los acuerdos.

El derecho a veto no se encuentra de manera expresa en los reglamentos o convenios sobre el tema. Los pueblos encontraron en las protestas y desmanes en sus localidades, la forma objetiva de negación a la implementación de medidas legales que afecten su forma de vida.

A pesar de estas connotaciones, se manifiesta que el derecho al consentimiento no implica el derecho al veto. El consentimiento se entiende como una excepcionalidad a las reglas generales para casos concretos. Y el derecho al veto no se encuentra protegido legalmente, puesto que de existir o ser amparado se estaría frente a innumerables negativas que pueden detener el desarrollo del país.

## CONCLUSIONES

1. Los pueblos indígenas u originarios del Perú descienden de civilizaciones anteriores a la cultura Inca. Durante la conquista española, se concretizó una mezcla de culturas. A nivel nacional e internacional la identificación de un pueblo indígena se basa primordialmente en la descendencia directa de las poblaciones originarias asentadas en el territorio nacional, y que conservan los elementos básicos de su cultura.

Actualmente, en el Perú, existen pocos pueblos indígenas andinos o amazónicos exentos de la influencia cultural exterior (occidental), concluyendo que la mayoría de ellos posee un carácter de naturaleza social híbrida entre su cultura ancestral y la foránea, inclusive si se encuentran en zonas alejadas continúan entremezclándose, sea por los alcances tecnológicos o el desarrollo urbano.

Sin embargo, a pesar de esta interacción cultural, los pueblos indígenas del Perú están conformados por individuos que, siendo parte de esta nación, presentan entre sí un denominador común de identidad cultural y convivencia social propia, en base a sus costumbres, cosmovisión y a una enraizada relación espiritual, económica y social con los territorios que ocupan, por lo cual tienen plena protección legal.

2. En el ámbito nacional, el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas inicialmente fue reconocido en el Convenio 169 de la OIT. Posteriormente se dio el reconocimiento legal (Ley 29785), concluyendo que la consulta previa es un derecho fundamental incluido en el ordenamiento jurídico peruano, reconociéndose a los pueblos indígenas que históricamente se encontraban relegados, y a los que se protege en su identidad, en su cultura propia, y a sus territorios.
3. A través de la historia, se observa que los pueblos indígenas no tuvieron el reconocimiento constitucional. Los primeros reconocimientos se darían en las constituciones de 1979 y 1993. Pero el reconocimiento pleno vendría a través

del Ministerio de Cultura del Perú, y su Viceministerio de Interculturalidad en octubre de 2013, al hacerse público el primer listado de la base de datos de los pueblos indígenas, identificando a 52 pueblos que mantienen sus prácticas y creencias ancestrales.

Los esfuerzos aún son insuficientes, ya que este listado contiene información de aspectos generales, con referencias geográficas que no llegan al 50% (20 mapas geográficos) de los 52 pueblos mencionados. A febrero de 2014, el Estado peruano no posee un listado adecuado de identificación de pueblos indígenas. Al no saber quiénes conforman los pueblos indígenas, se hace imposible implementar el proceso de consulta previa. Y por este motivo que los pueblos no identificados son pasibles de vulneración a sus derechos constitucionales.

4. La ley peruana de derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, Ley 29785 y su Reglamento, establecen la existencia de dos escenarios: el primero, el pueblo indígena acepta y otorga el consentimiento a la propuesta estatal consultada; el segundo, se registra el desacuerdo en el proceso de consulta, al no existir acuerdo, el Estado adopta la decisión final como regla general, tal cual lo establece el Artículo 15° de Ley de Consulta.

El segundo escenario en la Ley de Consulta Previa, muestra la controversia y confrontación de la normatividad nacional con lo desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, dado que existe diferencia entre obtener el libre consentimiento de los pueblos indígenas en proceso de consulta, y una decisión final unilateral por parte del Estado en casos de grave afectación a los pueblos indígenas, lo que contraviene el objeto y finalidad del proceso de consulta, vulnerando los derechos constitucionales colectivos de los pueblos indígenas. Es decir, al derecho a decidir sobre su desarrollo, el derecho al territorio, a la libre autodeterminación; y, a nivel individual de derechos fundamentales: a los derechos a la identidad, a la integridad moral, psíquica, física; al libre desarrollo; al bienestar; y a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.

5. Ante la regla de carácter general, en donde el Estado peruano decide unilateralmente en los casos de desacuerdo del proceso de consulta previa, se constata la existencia de una excepción cuando se trate de desplazamiento territorial de los pueblos indígenas. El desplazamiento territorial es una grave afectación a los pueblos, dado que implica el abandono del territorio ancestral. Cabe resaltar que este territorio se encuentra protegido constitucionalmente y está respaldado en el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en donde se establece el derecho a sus tierras, territorios y recursos naturales, autodeterminación, como derechos indispensables para su subsistencia y desarrollo armónico.

Se comprueba en consecuencia que el Estado peruano no debe decidir unilateralmente en los casos de desplazamiento territorial indígena, y que su obligación es obtener el consentimiento de los pueblos como excepción a la regla general, con el fin de no afectar sus derechos constitucionales como derecho al territorio, a la libre autodeterminación a la identidad cultural; y de modo conexo al aprovechamiento de los recursos naturales y a su modo de vida. La CIDH dictaminó esta obligación estatal con el fin de hacer prevalecer los derechos colectivos contenidos en los instrumentos internacionales, y constitucionales de cada Estado, en atención a su especial vulneración cuando se les despoja de sus territorios ancestrales. Por ello, la obligación estatal de consultar a los pueblos y obtener el consentimiento, en los casos que causen afectación a sus derechos colectivos, como es el desplazamiento forzado.

6. La CIDH establece la primacía de derechos de los pueblos indígenas sobre los derechos de privatización (exploración o extracción de recursos naturales), ponderando el derecho al consentimiento y a no ser desplazados sin su consentimiento, por ser derechos colectivos que se entrelazan con sus derechos individuales. El Estado peruano, se encuentra en la obligación a cumplir dichos criterios jurisprudenciales.

7. Es aplicable al Perú el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, conocido también como autodeterminación, plasmada en la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDSEC). Estos tratados velan por la subsistencia de los pueblos, pues al ser desplazados sin su consentimiento, se estaría vulnerando de forma directa el derecho de libre determinación.
  
8. La obligación estatal de obtener el consentimiento en los casos de desplazamiento territorial indígena no implica el derecho a veto, ni significa la supremacía de una minoría sobre el pueblo peruano. Al contrario, establece una excepción a las reglas desarrolladas por la normatividad peruana, excepción que posee sustento jurisprudencial en la CIDH, la Corte Colombiana, la DNUPI, al haber comprendido temas de desplazamiento territorial indígena, en donde prima la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La legislación nacional desarrolla el derecho a la consulta, Ley 29785 y su Reglamento, donde no se establece de forma literal la prohibición del derecho a veto; sin embargo, la jurisprudencia señala que los pueblos indígenas no poseen este derecho, concepción con la que se concuerda. Del mismo modo, tanto la interpretación del Convenio 169 de la OIT como la doctrina, han establecido que el derecho de consulta previa a los pueblos originarios no da origen al derecho a veto, ya que lo buscado es el consentimiento libre e informado.

9. La jurisprudencia nacional y el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas fue paulatino. El Tribunal Constitucional peruano expresó dicho reconocimiento y reafirmación en las sentencias 00047-2004-AI/TC, 00025-2005-PI/TC, 00026-2005, 03343-2007-PA/TC, 0022-2009-TC y 01126-2011-HC/TC. Este avance dio inicio al pleno desarrollo legal del derecho a la consulta previa, y al reconocimiento de los derechos colectivos inmediatos de las poblaciones indígenas peruanas.

10. A la fecha, el Gobierno peruano no ha desarrollado un real empoderamiento de los derechos a los pueblos indígenas, a pesar de haber transcurrido más de dos décadas, desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Recién en el 2013 las autoridades peruanas identificaron a 52 pueblos indígenas y solo se posee 20 mapas geográficos de dichas poblaciones. La falta de políticas gubernamentales que den una real protección a los derechos de los pueblos indígenas, junto a una revisión y mejora sobre la legislación nacional de la materia, hace necesario que el Perú se someta a la jurisprudencia de la CIDH, que ha señalado con previsión y claridad las obligaciones de los Estados parte en el reconocimiento y debida protección jurídica a los derechos de la poblaciones indígenas.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALVITES, Elena  
2009 Apuntes de clases del curso de Derechos Fundamentales. Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP. Perú.
- ALWYN, José  
2004 *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales: Contexto chileno*. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Indígenas.
- ANAYA, James  
2005 *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta.
- 2009a Relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Informe A/HRC/12/34 de fecha 15 de julio de 2009.
- 2009b Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú.
- 2009c Informe A/HRC/12/34/Add. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Consejo de Derechos Humanos 12º período de sesiones.
- ASOCIACIÓN PERUANA DE ESTUDIOS PARA LA PAZ (APEP)  
1996 *Derechos humanos y pueblos indígenas de la amazonía peruana: Realidad, normativa y perspectivas*. Lima: USAID.

- ANSIÓN, Juan  
2009                      Repensando la interculturalidad desde los sucesos de Bagua. *Revista sobre Cultura, Democracia y Derechos Humanos*, N° 6.
- BALLÓN AGUIRRE, Francisco  
2003                      *Introducción al derecho de los pueblos indígenas*. Capítulo VI, acápite 6.9. Lima: Defensoría del Pueblo.
- 2004                      *Manual de derecho de los pueblos indígenas. Doctrina, principios y normas*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- BARIER, Gregor  
2000                      *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: Un panorama*. México D.F.: Instituto Indigenista Interamericano.
- BASADRE, Jorge  
1980                      *Elecciones y centralismo en el Perú: Apuntes para un esquema histórico*. Lima: Universidad del Pacífico, Fondo Editorial.
- BIVIANY ROJAS, Garzón  
2009                      La consulta sobre medidas legislativas a los pueblos indígenas y tribales en Brasil. Un verdadero reto de reinención democrática y creatividad normativa. En: *La consulta previa con los pueblos indígenas. Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Quito: RAMA.
- BONILLA, Daniel  
2006                      *La constitución multicultural*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana e Instituto Pensar.
- CARBONELL, Miguel

2000                      Constitucionalismo, minorías y derechos. *Revista Jurídica Isonomia*, N° 12 de abril.

CÁRDENAS, Víctor Hugo

2011                      *Nuevo liderazgo indígena: Más allá de los lamentos*. Consulta: 10 de diciembre de 2012.  
<<http://alainet.org/active/241&lang=es>>

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS.

2011                      Informe sobre la situación del derecho al territorio de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en Colombia. Organización no gubernamental con estatus consultivo ante la ONU.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CIRC)

1998                      Principios rectores de desplazamientos internos. Consulta: 12 de enero de 2014.  
<<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmhb.htm>>

CENTRO PERUANO DE ESTUDIOS SOCIALES (CEPES)

2001                      La comunidad campesina: Su importancia para el país. *La Revista Agraria*, N° 29. Consulta: 10 de enero de 2014.  
<[www.cepes.org.pe/revista/agraria.htm](http://www.cepes.org.pe/revista/agraria.htm)>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (CRC)

2001                      Ley 685, por el cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. 15 de agosto.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE PERÚ (CRP)

1993                      Constitución Política del Perú.

2009a                      *Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el*

*fortalecimiento de la democracia*. Informe de la Comisión Multipartidaria 2008-2009. Lima: Congreso de la República del Perú.

2009 Dictamen recaídos en los proyectos de Ley Proyectos de Ley Núms. 413/2006-CR, 427/2006-CR, 2016/2007-CR. Comisión de Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos Ambiente y Ecología. Periodo anual de sesiones 2008-2009

2010 Comisión de Constitución y Reglamento. Pre dictamen recaído en los Proyectos de Ley Núms. 413/2006-CR, 427/2006-CR, 2016/2007-CR, 3370/2008-DP, 3457/2009-CR y 3698/2009-CR, por los que se desarrolla la Ley del Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas. Periodo de sesione 2009-2010.

2011 *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. 31 de agosto.

#### CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

2001 Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni vs. Nicaragua, de fecha 31 de agosto de 2001. Serie C No 79.

2005a Comunidad Yakyé Axa vs. Paraguay, del 17 de junio de 2005. Serie C N° 125.

2005b Moiwana vs. Surinam, del 15 de junio de 2005. Serie C N° 124.

2006 Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay, del 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146.

2007 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172.

2012 Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, del 27 de junio de 2012.

#### CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

1992 Sentencia T-428 de 1992, sobre la vulneración de los derechos constitucionales de la comunidad Cristianía, afectada por la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Ándes-Jardín.

1993 Sentencia T-380/93, caso de la comunidad indígena Embera-Catio de Chajerado, contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Choco (Codechoco), y la Compañía de Maderas del Darién (Madarién).

1996 Sentencia C-139/96, del 9 de abril.

1998 Sentencia T-652, caso de la comunidad Embera-Katío del Alto Sinú, a propósito de la construcción de la hidroeléctrica Urrá en el río Sinú.

2002 Sentencia C-418/02, del 28 de mayo.

2003 Sentencia SU383/03, de mayo.

2004 Sentencia T-025/04.

2009a Sentencia T-769.

2009b Auto 004/09, de enero.

2011 Sentencia T-129/11, de marzo.

COSSÍO, José Ramón

2000                      Constitucionalismo y multiculturalismo. *Isonomia*, N° 12.  
Departamento de Derecho ITAM

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2000                      *Análisis de los factores limitantes para la adecuada  
implementación en el Perú del Convenio 169 de la OIT*. Lima:  
Defensoría del Pueblo.

2004                      *Comentarios al Convenio 169 de la OIT sobre pueblos  
indígenas y tribales en países independientes*. Lima:  
Defensoría del Pueblo.

DE LUCAS, Javier

1994                      ¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al  
proyecto intercultural. En: Jiménez, Lelia María.  
*Multiculturalismo y derechos indígenas en México*. Tesis  
doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos  
Humanos Bartolomé de las Casas y Programa de Doctorado en  
Derechos Fundamentales.

DONAYRE MONTESINOS, Christian

2010                      Aspectos a considerar para la regulación del derecho a la  
consulta de los pueblos indígenas en el Perú. *Gaceta  
Constitucional*, N° 26.

DONAYRE PINEDO, Miguel

2005                      ¿Nueva carta de navegación? Declaración americana de  
pueblos indígenas. El persuasivo soft law indígena. Lima:  
Defensoría del pueblo - Oficina de Loreto.

ESTEBAN LABORDE, Ramón

2009                      La implementación del derecho a la consulta previa previsto en  
el Convenio 169 de la OIT. En: *La consulta previa con los*

*pueblos indígenas. Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú.* Quito: RAMA.

FERGUS, Mackay

1999

*Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema intencional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas.* Lima: Asociación Pro Derechos Humanos (Aprodeh).

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL

2010

*El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú.* Lima: Fundación para el Debido Proceso Legal.

2011

*El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.* Elaborado por DPLF a solicitud de OXFAM. El resumen ejecutivo ha sido elaborado por María Clara Galvis, consultora senior de DPLF.

GAMBOA BALBÍN, César Leonidas y Asunta, SANTILLÁN BARTRA

2006

*Régimen especial transectorial de protección a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial. Derecho de ambiente y recurso naturales.* Lima: DAR.

GARCÍA, Alejandra María García y Alejandro, MANTILLA

2006

Los derechos en nuestra propia voz. Pueblos indígenas y Desc: Una lectura intercultural. En: *Pueblos indígenas. ¿Sujetos de derecho en el escenario internacional?* Colección de textos Aquí y Ahora. Bogotá.

GÓMEZ, Magdalena

1997

*Comentarios generales acerca de los derechos indígenas y contraste con las realidades de cada Estado* (coordinadora).

Seminario internacional sobre Derecho Indígena realizado en México.

GRIJALVA, Agustín

2012

*¿Qué son los derechos colectivos? Administración de justicia indígena y derechos colectivos.* Consulta: el 3 de marzo de 2012.

<<http://www.uasb.edu.ec.padh>>

HELLER, Herrmann

1934

*Teoría del Estado.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

JAHNCKE, Javier y Rocío, MEZA

2010

Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas. Consulta: 13 de agosto de 2013.

< <http://www.fedepaz.org/adjuntos/LIBRO-CONSULTA.pdf>>

JIMÉNEZ, Lelia María

2010

Multiculturalismo y derechos indígenas en México. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Programa de Doctorado en Derechos Fundamentales.

LA ROSA CALLLE, Javier

2010

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: Dificultades para su implementación. *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF)*. La Paz: Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), Instituto de Defensa Legal (IDL) y Red Participación y Justicia.

PAREJO, Alfonso

1981 El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I. Núm. 3. Septiembre-diciembre, 1981. p.187.

MARROQUÍN LAZO, Jimmy

2010 El multiculturalismo como derecho humano en el Perú. *Revista de la Facultad de Derecho*. Arequipa: Universidad Nacional de San Agustín, Fondo Editorial.

MINDIOLA, Omaira

2006 *Gobernabilidad y consulta previa a los pueblos indígenas*. Ciudad de Guatemala: Canadian Foundation for the Americas.

MINISTERIO DE CULTURAL DEL PERÚ (MCP)

2012 *Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. 3 de abril.

MORALES GODO, Juan

1995 *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima: Grijley.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OHCHR)

1976 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Consulta: 10 de febrero de 2012.  
< <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU)

2007 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Consulta: 10 de octubre de 2012.  
<[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)>  
>

#### ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

1989 *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes*. Consulta: 20 de mayo de 2012.  
<<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>>

2007 *Guía de aplicación del Convenio 169*. Nueva York: OIT.

2009 *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Programa para promover el Convenio 169 de la OIT (PRO 169)*. Nueva York: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

2010 *Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Programa para promover el Convenio 169 de la OIT (PRO 169)*. Nueva York: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

2012 *Acerca de la OIT*. Consulta: 20 de enero de 2013.  
<<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm>>

#### PALACIOS, Francisco

2012 *El proceso normativo sobre derechos de los pueblos indígenas. Evolución jurídica y proyectiva política*. Consulta: 12 de enero de 2013.  
<[www.abcperu.org/doc/isis/8983.pdf](http://www.abcperu.org/doc/isis/8983.pdf)>

PEÑA JUMPA, Antonio

2009 *El derecho constitucional a la consulta previa tras los sucesos de Bagua: La aplicación sistemática de la Constitución Política del Perú y el Convenio 169 de la OIT.* Lima: Ius Inter Gentes.

PINTO LÓPEZ, Vladimir

2009 *El derecho a la consulta previa libre e informada a los pueblos indígenas en el Perú.* Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE)

2008 Diccionario Panhispánico. Madrid, España: Autor.

RABASA GAMBOA, Emilio

2002 *Derecho constitucional indígena*, Cap. III, pp. 36 y 67. México D.F.: Prorrúa.

RED JURÍDICA PARA LA DEFENSA DE LA AMAZONÍA (RAMA)

2009 *La consulta previa con los pueblos indígenas. Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú.* La Paz: IBIS Dinamarca.

2013 *Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.* La Paz: IBIS Dinamarca.

RODRÍGUEZ, César

2009 *La consulta previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional.* Bogotá: Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

- 2010a *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.* Bogotá: DC.
- 2010b *Pueblos indígenas y desplazamiento forzado. Evaluación del cumplimiento del Gobierno colombiano del auto 004 de la Corte Constitucional colombiana.* Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
- RODRÍGUEZ, César, Meghan MORRIS, Natalia ORDUZ SALINAS y Paula BURITICÁ  
2010: *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional.* Consulta: 13 de agosto de 2013.  
<[http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAdministrativas/MECI/Bibliotecadisenos/Archivos/La\\_consulta\\_previa\\_a\\_pueblos\\_indigenas.pdf](http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAdministrativas/MECI/Bibliotecadisenos/Archivos/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf)>
- RUBIO, Marcial  
2001 *Para conocer la Constitución de 1993.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- RUIZ, Carlos Miguel  
2001 *Multiculturalismo y Constitución.* Cuadernos constitucionales de la cátedra de Fadrique Furio Ceriol N36/36.
- RUIZ, Juan Carlos  
2009 Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y rango constitucional al Convenio 169 de la OIT. *Lima: Gaceta Constitucional*, N° 16.
- 2011a *Guía de interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley N° 29785). Análisis, comentarios y concordancias.* Lima: Instituto de Defensa Legal (IDL).

- 2011b *Un necesario parámetro para evaluar las sentencias del TC peruano: El derecho a la consulta según la Corte Constitucional de Colombia.* Lima: Instituto de Defensa Legal (IDL).
- 2011c *La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Una mirada constitucional.* Lima: Instituto de Defensa Legal (IDL).
- 2013a *El derecho de los pueblos indígenas del cual nadie quiere hablar: El derecho al consentimiento.* Consulta: 23 de mayo de 2013.  
<<http://jruizmolleda.blogspot.com/2013/05/el-derecho-de-los-pueblos-indigenas-del.html>>
- 2013b *Aproximación al contenido constitucional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígena.* Consulta: 13 de agosto de 2013. <[www.idl.org.pe](http://www.idl.org.pe)>
- SEMPER, Frank  
2012 Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Consulta: 12 de diciembre de 2012.  
<[www.juristas.unan.mx](http://www.juristas.unan.mx)>
- SEVILLANO, María del Rosario  
2010 *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú - Últimos avances. Programa Social Indígena en el marco del desarrollo de la Mesa 3 sobre la consulta a los pueblos indígenas.* Lima: Derecho Ambiente y Recursos Naturales-DAR
- SHADY, Ruth.  
2006 Caral-Supe y la costa del Perú: La cuna de la civilización y la formación del estado prístino. En: *Historia de la Cultura*

*Peruana*. Lima: Congreso de la República del Perú, Fondo Editorial.

SPILIOPOULOU, Athanasia

2009 Justifications of minority protection in international law, pp. 44-45. En: Jiménez, Lelia María. *Multiculturalismo y derechos indígenas en México*. Tesis de doctorado. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Programa de Doctorado en Derechos Fundamentales.

STAVENHAGEN, Rodolfo

1988 *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México D.F.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

TAYLOR, Charles

2006 El multiculturalismo y la política del reconocimiento. Ensayo. <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/elmulticulturalismoylapoliticadelreconocimientocharlestaylor.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1981 Sentencia 11/1981. Fecha de aprobación: 8/4/1981. Publicación BOE: 25/4/1981. Sala: Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Latorre, Díez de Velasco, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Fernández y Truyol. Ponente: don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Número de registro: 192/1980. Recurso de inconstitucionalidad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (TC)

2004 Sentencia 0090-2004-AA/TC.

2005 Expediente 1417-2005-AA.

2005b Sentencia 0025-2005-PI/TC

- 2007a Expediente 03343-2007-PA/TC. Recurso de agravio constitucional.
- 2007b Expediente 04611-2007-PA/TC. Recurso de agravio constitucional.
- 2008a Expediente 0015-2008-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidad.
- 2008b Expediente 0006-2008-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional 022-2007 del Gobierno Regional de Puno y por conexidad los demás artículos.
- 2009 Expediente 0022-2009-PI/TC, del 9 de junio de 2009.
- 2010 Expediente 0022-2010-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidad.
- 2011 Expediente 01126-2011-HC/TC, sentencia emitida el 11 de setiembre de 2011.
- 2012 Sentencia del Expediente 00005-2012-PI/TC, del 23 de octubre de 2012, sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República, representado por el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, contra la Ordenanza Regional 108-2011-GRJ/CR.

TYLOR, Edward B.

1975 La ciencia de la cultura. En: Kahn, J. S. (comp.): *El concepto de cultura*. Barcelona: Anagrama.

VELA PERDOMO, Claudia

2011 *La consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del convenio 169 OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los pastos que habitan en el departamento de Nariño*. Tesis de maestría en Derecho. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

VIGIL, Nila y Robert ZARIQUIEY

2003 *Ciudadanías inconclusas. El ejercicio de los derechos en sociedades asimétricas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

VILLORO, Luis

1998 *Estado plural, pluralidad de culturas*. México D.F.: Paidós - UNAM.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel

2009 *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento. Fundamentos, balance y retos para su implementación*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS).