



VICERRECTORADO ACADÉMICO
ESCUELA DE POSGRADO

TESIS

**“EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ, AÑO 2016”**

PRESENTADO POR:

BACH. ELIAS JULIO CARREÑO PERALTA

**PARA OPTAR AL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS**

LIMA, PERÚ

2019

DEDICATORIA:

A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL PERÚ Y DEL MUNDO QUE HAN CONSERVADO UNA SABIDURÍA MILENARIA, MUY LIGADA A LA NATURALEZA Y QUE HA PERMITIDO LA SUPERVIVENCIA DE LA HUMANIDAD ENTERA.

AGRADECIMIENTO:

A MI ADORADA MADRE MARÍA BEATRIZ PERALTA VIUDA DE CARREÑO POR SU AMOR INCONDICIONAL, PERMANENTE ENTREGA Y GRAN EJEMPLO DE VIDA Y TENACIDAD, ASÍ COMO A MI RECORDADO PADRE DOCTOR GUILLERMO EUSEBIO CARREÑO URQUIZO POR EL GRAN APOYO QUE SIEMPRE ME DIO EN VIDA Y ME CONTINÚA DANDO.

RECONOCIMIENTO:

A MIS ADORADAS HIJAS MILAGROS DEVAKI, ROSA YASODA Y SOFIA ELISA CARREÑO OLIVERA POR SU COMPRENSIÓN, SU LINDA PERSONALIDAD, DEDICACIÓN POR LA VIDA Y LA GRAN ESPERANZA QUE DEMUESTRAN POR EL FUTURO, ASÍ COMO A MI COMPAÑERA DE VIDA MIRELLE PATRICIA ZEVALLOS VARGAS POR SU GRAN APOYO, COMPAÑÍA Y CARIÑO PERMANENTE.

Índice	
Dedicatoria	i
Agradecimiento	ii
Reconocimiento	iii
Índice	iv
Resumen	v
Abstract	vi
Introducción	vii
Capítulo I: Planteamiento del Problema	13
1.1 Descripción de la realidad problemática	13
1.2 Formulación del problema	15
1.3 Delimitación de la investigación	16
1.3.1 Delimitación espacial	16
1.3.2 Delimitación social	16
1.2.3 Delimitación temporal	16
1.2.4 Delimitación conceptual	17
1.4 Preguntas de investigación	17
1.4.1 Problema principal	17
1.4.2 Problemas específicos	17
1.5 Objetivos de la investigación	18
1.5.1 Objetivo general	18
1.5.2 Objetivos específicos	18
1.6 Justificación e importancia de la investigación	18
1.6.1 Justificación	18
1.6.2 Importancia	19
1.7 Factibilidad de la investigación	19
1.8 Limitaciones del Estudio	19
Capítulo II: Marco Teórico Conceptual	20
2.1 Antecedentes del problema	20
2.1.1 Antecedentes de investigaciones	20
2.1.1.1 Nacionales	20
2.1.1.2 Internacionales	24
2.1.2 Antecedentes de publicaciones institucionales	27
2.2 Bases teóricas o científicas	28
2.3 Definición de términos básicos	29
Capítulo III: Categorías de Análisis	31
3.1 Categorías	31
3.2 Subcategorías	32
3.3 Cuadro de operacionalización de categorías	33
3.4 Matriz de Consistencia	34
Capítulo IV: Metodología de la Investigación	35
4.1 Enfoque y tipo de investigación	35

4.2	Métodos y diseño de investigación	35
4.3	Población y muestras de la investigación	36
4.4	Técnicas y muestras para la recolección de datos	37
Capítulo V: Resultados		39
5.1	Descripción de resultados	39
5.1.1	General	39
5.1.2	Específicos	39
5.1.2.1	De la limitada implementación del derecho a la consulta previa	39
5.1.2.2	Aportes para hacer realidad el derecho a la consulta previa en el Perú	40
5.2	Teorización de unidades temáticas	40
Título I.- Aspectos Sociales y Legales Generales		41
Subtítulo 1.1: Pueblos indígenas en el Perú		41
1.1.1	Historia de los pueblos indígenas en el Perú	41
1.1.2	Pueblos indígenas amazónicos	42
1.1.3	Pueblos indígenas andinos	44
1.1.4	Indígenas aislados en el Perú	45
1.1.5	Reconocimiento de pueblos indígenas en el Perú	46
Subtítulo 1.2: Condición Jurídica de Minorías Étnicas y Pueblos Indígenas		47
1.2.1	Minorías étnicas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos	48
1.2.2	Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	49
1.2.3	Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	52
Subtítulo 1.3: Condición Jurídica de Pueblos Indígenas		52
1.3.1	Fundamentos para el reconocimiento de pueblos indígenas	53
1.3.2	Categoría de “pueblo indígena” como parte del derecho a la autodeterminación	55
Subtítulo 1.4: Pueblos Indígenas según el Derecho Internacional Público		57
1.4.1	Reconocimientos en el sistema de la ONU	57
1.4.2	Pueblos indígenas y Derecho Internacional del Ambiente	59
1.4.2.1	Declaración de Principios sobre los Bosques	59
1.4.2.2	Declaración de Río: Principios 22 Y 23	60
1.4.2.3	Capítulo 26 del Programa 21	61
1.4.2.4	Convenio de Lucha contra la Desertificación	62
1.4.2.5	Convenio sobre la Diversidad Biológica	62
Subtítulo 1.5: Pueblos Indígenas según el Derecho Nacional		64
1.5.1	Campesinos andinos y nativos amazónicos	64
1.5.2	Reconocimiento legal	65
1.5.3	Derechos culturales básicos para la consulta previa	68
1.5.4	Concepto de pueblo indígena o tribal del Convenio N° 169 de la OIT	69
Título II: Derechos Humanos y Consulta Previa de los Pueblos Indígenas		71
Subtítulo 2.1: Concepto y Clasificación de los Derechos Humanos		71
2.1.1	Concepto de derechos humanos	72
2.1.2	Clasificación de los derechos humanos	73
Subtítulo 2.2: Consulta Previa de los Pueblos Indígenas como Derecho Humano		74

2.2.1	Derechos clásicos que sustentan el Derecho ala Consulta Previa	74
2.2.1.1	Derecho a la participación	74
2.2.1.2	Derecho a la información	75
2.2.1.3	Derecho a la identidad étnica y cultural	76
2.2.1.4	Derecho a expresarse en el propio idioma	80
2.2.1.5	Educación bilingüe e intercultural	81
2.2.1.6	Reconocimiento oficial de los idiomas indígenas	81
2.2.1.7	Reconocimiento de la identidad étnica y cultural de las comunidades nativas y campesinas	81
2.2.1.8	Reconocimiento del derecho consuetudinario	82
2.2.1.9	Derecho fundamental a la consulta previa como parte de los derechos innominados de la Constitución	83
	Subtítulo 2.3: Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas según el Derecho Internacional	85
2.3.1	Convenio N° 169 de la OIT	86
2.3.1.1	El estatus jurídico del convenio	88
2.3.1.2	Derechos esenciales reconocidos por el Convenio N° 169	89
2.3.1.3	Ratificación del Convenio N° 169 de la OIT	91
2.3.2	Declaración de la ONU de los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007	93
2.3.2.1	Derecho a la libre determinación	94
2.3.2.2	Derecho a conservar la identidad cultural indígena	94
2.3.2.3	Derecho a la conservación el ambiente y los recursos naturales	95
2.3.2.4	Derecho al consentimiento libre, previo e informado	96
	Subtítulo 2.4: Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas según el Derecho Nacional	97
2.4.1	Desarrollo legal previo de la consulta previa	98
2.4.2	Normativa directa sobre la consulta previa en el Perú	99
2.4.3	Derecho a la consulta previa y Tribunal Constitucional	100
	Título III: Proceso de la Consulta Previa en el Perú	102
	Subtítulo 3.1: Principios Rectores de la Consulta Previa	102
3.1.1	Concepto de Principios Generales del Derecho	102
3.1.2	Principios de la consulta previa	104
3.1.3	Características de un proceso de consulta	106
3.1.3.1	La consulta debe ser previa	106
3.1.3.2	El proceso de consulta como proceso de diálogo	106
3.1.3.3	Buena fe y respeto de las costumbres indígenas	107
3.1.4	Finalidad de la consulta - acuerdo o consentimiento	107
3.1.4.1	El consentimiento	108
3.1.4.2	El consentimiento como requisito del proceso	108
3.1.5	Etapas del procedimiento de consulta previa	109
3.1.5.1	Identificación de la medida legislativa o administrativa	110
3.1.5.2	Identificación de los pueblos indígenas para consulta	111
3.1.5.3	Publicidad e información sobre la medida legislativa	112
3.1.5.4	Evaluación interna de los pueblos sobre las medidas	113
3.1.5.5	Proceso de diálogo intercultural	114

3.1.5.6 Decisión	115
Subtítulo 3.2: Los Pueblos Indígenas como titulares del Derecho a la Consulta Previa	115
3.2.1 Titulares del Derecho a la Consulta Previa (Ley N° 29785)	116
3.2.2 Pueblos Indígenas como titulares de la consulta previa según el DIP	116
3.3.3 Derecho de petición y acreditación de los pueblos indígenas	118
Subtítulo 3.3: El Estado Peruano en el proceso de consulta previa	119
3.3.1 Entidad promotora responsable	120
3.3.2 Órgano técnico especializado en materia indígena	120
3.3.3 Responsabilidades del Estado Peruano	121
Subtítulo 3.4: Objeto del Proceso de Consulta Previa	124
3.4.1 Medidas administrativas	125
3.4.2 Medidas legislativas	125
3.4.3 Alcances e implicancias de las medidas a consultarse	126
3.4.4 Del proceso de consulta	127
Título IV: Procedimiento para la Consulta Previa en el Perú	135
Subcapítulo 4.1: Entidad competente y Órgano Técnico Especializado	135
4.1.1 Definición de la entidad competente	136
4.1.1.1 Según dictámenes iniciales del Congreso	137
4.1.1.2 Según la Comisión Multipartidaria de Pueblos Indígenas	137
4.1.1.3 Una entidad supervisora y una entidad ejecutora	138
4.1.1.4 El Viceministerio de Interculturalidad	139
Subtítulo 4.2: Bases de Datos de los Pueblos Indígenas en el Perú	140
4.2.1 Reconocimiento del Ministerio de Agricultura	140
4.2.2 Inscripción en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos	141
4.2.3 Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas u Originarios	141
Capítulo VI: Discusión de Resultados	143
6.1 Conclusiones	143
6.1.1 Sobre el derecho a la consulta previa	143
6.1.2 Vacíos legales o contradicciones normativas	144
6.2 Recomendaciones	145
6.2.1 Sobre el derecho a la consulta previa	145
6.2.2 Alternativas reglamentarias vía modificaciones a Ley del Derecho a la Consulta Previa y reglamento	146
6.3 Fuentes de Información	151
Anexos	154
Anexo 1.- Matriz de Categorización de Información	154
Anexo 2.- Instrumento de Recolección de Datos	155
Anexo 3.- Matriz de Validación de Contenido	156
Anexo 4.- Consentimiento Informado	157
Anexo 5.- Declaratoria de originalidad de la tesis	159
Anexo 6.- Autorización de la entidad donde se realizó el trabajo de campo	160
Anexo 7.- Ficha de encuestas	161
Anexo 8.- Fichas de validación de instrumentos (expertos)	163

RESUMEN

El derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú tiene base constitucional, pero requiere de importantes modificaciones reglamentarias para que sea efectivo. Esta investigación cualitativa explica el desarrollo de este derecho fundamental, empezando por una caracterización de su realidad social y cultural para luego describir la evolución y reconocimiento de los derechos indígenas en el plano nacional e internacional enfatizando el derecho fundamental a la consulta previa, sin olvidar los aspectos procesales destinados a hacer efectivo este derecho, pero que no encuentran aún plena vigencia, debido a los vacíos existentes en el vigente Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Se resalta la problemática de los pueblos indígenas del Perú, dado que no se trata de simples minorías étnicas como puede pasar en Chile, Argentina o Brasil. En nuestro país, como también en Bolivia o Ecuador, la presencia indígena es muy relevante e implica una realidad de indiscutible vigencia y gran influencia. Al mismo tiempo, los pueblos indígenas del Perú, se encuentran integrados en la vida social del país y participan del desarrollo económico. Las grandes inversiones, mayormente privadas, en territorio andino o amazónico del Perú, han comprometido muchas veces, la cultura, el ambiente, la salud y el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

A fin de mitigar los graves impactos de inversiones poco supervisadas en los territorios de los pueblos indígenas, se ha reconocido la evaluación del impacto ambiental y la consulta previa para lograr el máximo equilibrio entre las actividades productivas, la conservación del ambiente y el respeto de las culturas, territorios, valores y formas de vida de los pueblos indígenas en nuestro país. Al respecto, el Perú ha avanzado con la promulgación de la Ley N° 29785 – Ley de la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, pero no ha logrado su plena vigencia, dado que el proceso de la consulta previa no tiene carácter vinculante. Luego del análisis y la investigación desarrollada, la tesis concluye en que el derecho a la consulta previa debe implicar un proceso vinculante, de lo contrario, seguirá siendo solo una posibilidad de resultados muy parciales.

PALABRAS CLAVE: Pueblos indígenas u originarios, ambiente, cultura, derechos fundamentales y consulta previa.

ABSTRACT

The fundamental right to previous consultation of indigenous peoples in Peru has a constitutional basis, but requires significant regulatory changes to be effective. This qualitative research explains the development of this fundamental right, beginning with a characterization of its social and cultural reality and then describing the evolution and recognition of indigenous rights at the national and international levels, emphasizing the fundamental right to previous consultation, without forgetting the procedural aspects intended to make this right effective, but which are not yet fully valid, due to the gaps in the current Regulation of the Law of Previous Consultation.

The problematic of indigenous peoples of Peru is highlighted, since it is not about simple ethnic minorities as it can happen in Chile, Argentina or Brazil. In our country, as well as in Bolivia or Ecuador, the indigenous presence is very relevant and implies a reality of indisputable validity and great influence. At the same time, the indigenous peoples of Peru, are integrated into the social life of the country and participate in economic development. Large investments, mostly private, in the Andean or Amazonian territory of Peru, have often compromised the culture, the environment, health and the exercise of the fundamental rights of indigenous peoples.

In order to mitigate the serious impacts of poorly supervised investments in the territories of indigenous peoples, environmental impact assessment and prior consultation have been recognized to achieve the maximum balance between productive activities, conservation of the environment and respect for cultures, territories, values and ways of life of indigenous peoples in our country. In this regard, Peru has made progress with the enactment of Law N° 29785 - Law on Previous Consultation of Indigenous Peoples, but has not been fully implemented, because the process of previous consultation is not yet legal binding. After the analysis and research developed, the thesis concludes that the right to previous consultation must involve a binding legal process, otherwise, it will remain only a possibility of very partial results.

KEYWORDS: Indigenous or native peoples, environment, culture, fundamental rights and previous consultation.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha contribuido a consolidar el respeto por los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación, resaltando los derechos culturales de individuos, colectivos, comunidades y pueblos indígenas últimamente, sobre todo con la aprobación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en 1989 y la proclamación de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 de parte de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

La gran contribución de estos dos grandes instrumentos del Derecho Internacional Público es que por primera vez incorporaron la perspectiva o visión cultural colectiva de los pueblos indígenas en cuanto al reconocimiento y ejercicio de sus derechos fundamentales, pues antes de éstos, el reconocimiento de los derechos culturales había partido de la óptica absolutamente individual o personalizada, desconociendo el ejercicio colectivo de los derechos culturales que es innato a los pueblos indígenas.

Al mismo tiempo, con el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de la ONU del 2007, se afirmaron un conjunto importante de lineamientos, principios y derechos de carácter intercultural, destinados a fomentar el respeto de las culturas indígenas y el diálogo, la comprensión y relaciones justas u horizontales entre sociedades nacionales y pueblos indígenas aferrados históricamente a sus propios patrones culturales.

Uno de los derechos principalmente reconocidos por estos instrumentos, es justo el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas frente a medidas legales o administrativas que impliquen proyectos o inversiones de aprovechamiento de los recursos naturales del entorno de sus territorios que podrían afectar su ambiente, cultura y formas de vida.

A partir de la aprobación del Convenio N° 169 de la OITa la fecha más de 20 países lo ha ratificado comprometiéndose a respetar los derechos de los pueblos indígenas y evitando agresiones a su cultura y territorios, que en el caso peruano, guarda concordancia con la vigente Constitución Política del Perú de 1993, cuyo artículo 2, inciso 19 reconoce el derecho fundamental de toda persona a su identidad étnica y cultural y cuyo artículo 89 determina que el Estado respeta la identidad étnica y cultural de las comunidades campesinas y nativas.

No obstante, para nadie es un secreto que en la práctica poco se respeta la cultura y los derechos de los pueblos indígenas del Perú, incluyendo ciertamente, el derecho a la consulta previa. Varios son los factores que conducen a la falta de respeto de estos derechos. Un factor para ello, ha sido la prioridad otorgada por el Poder Ejecutivo a la inversión privada, que considera la consulta previa como un escollo para la inversión y el desarrollo, lo que se ha expresado en diversos “paquetes legislativos” que derogando diversas normas ambientales, laborales y de tutela de derechos sociales, han condicionado la aplicación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú.

Ello ha agudizado el creciente conflicto entre las comunidades campesinas y nativas con las empresas extractivas de recursos naturales y con el propio Estado, lo que exige superar los vacíos legales que no han permitido la plena implementación de este derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la perspectiva de evitar conflictos socio ambientales como el de Bagua, que un 5 de junio, día mundial del ambiente, reconocido por la ONU, implicó en el Perú una matanza entre peruanos nativos que defendían su ambiente y territorio frente a los efectivos del orden que a nombre del Estado defendían, el paquetazo de normas destinadas a arrebatar las tierras y bosques de los pueblos indígenas de la Amazonía peruana.

Sin embargo, al mismo tiempo, debemos reconocer que las actividades de las empresas que explotan recursos naturales tienen cobertura constitucional y no son los «malos» de la película, pues las actividades de empresas mineras, forestales, de hidrocarburos y otras, tienen respaldo constitucional en lo establecido por el artículo 59 de la Constitución que

estable que: «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria». Entonces, el asunto no es oponerse a las actividades de estas empresas, sino exigirles que se ajusten al ordenamiento jurídico y respeten los derechos ciudadanos, dado que sus actividades deben brindar posibilidades, pero también deben tener claros límites y condiciones.

De hecho, la tarea del poder político al momento de legislar y elaborar y diseñar las políticas públicas y del Poder Judicial para resolver los conflictos, es armonizar los diferentes intereses en potencial conflicto. Es decir, los intereses de los pueblos indígenas, los intereses de las industrias extractivas y los intereses del propio Estado, que se traducen en bienes jurídico-constitucionales.

En ese contexto, el Estado tiene la misión de articular, armonizar y compatibilizar los derechos de los pueblos indígenas, los estándares de protección ambiental y el aprovechamiento racional de los recursos naturales con la obligación estatal de promover un desarrollo verdaderamente sostenible que apueste por integrar conservación del ambiente, equidad social y cultural con una economía sana en beneficio de esta y las futuras generaciones.

Al mismo tiempo, otra tarea del Estado, de las propias empresas y de la sociedad en su conjunto, incluyendo a la academia, debería ser la de difundir los derechos culturales de los pueblos indígenas incluyendo este derecho especial a la consulta previa haciendo énfasis en las normas reglamentarias que permiten o no su efectiva implementación.

Para tal efecto, precisamente, el presente trabajo de investigación persigue indagar el nivel de conocimiento e información que sobre este derecho fundamental, tienen los propios pueblos indígenas o comunidades campesinas en la perspectiva de encontrar mecanismos o medidas que coadyuven decididamente a su pleno conocimiento y respeto, así como a superar las deficiencias, lagunas o vacíos legales que al 2016 no permiten la plena implementación de este derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas del Perú muy a pesar de que tiene reconocimiento nacional e internacional.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA:

Los pueblos indígenas u originarios del Perú tienen presencia milenaria en todas las regiones del país y han sabido adaptarse a los tiempos y transformaciones sociales en las distintas épocas de la historia. Con la llegada de la independencia y la República la situación de los pueblos indígenas, no cambió mucho y continuaron siendo explotados. En particular, el aprovechamiento de los recursos naturales de su entorno a cargo del Estado o de empresas privadas, los colocó como mano de obra barata y fácilmente explotable a consecuencia de incomprensiones culturales respecto de la dinámica económica y las exportaciones de la materia prima que salía de sus territorios.

Con el auge del industrialismo en los países occidentales europeos, en Estados Unidos de Norteamérica y últimamente en China y Asia, la exportación de metales se ha acentuado y con ello, también la presencia de grandes empresas extractoras de minerales e hidrocarburos en territorios de comunidades campesinas y nativas, que nunca fueron consultadas para iniciar la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables, frecuentemente ha generado además, fuerte contaminación de sus aguas, suelos y territorios afectando la salud y la vida misma de sus integrantes.

Frente a dicha situación social de desmedro del ambiente y culturas de los pueblos indígenas (que se da en toda América Latina y en el mundo), la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante) mediante la aprobación y entrada en vigor del Convenio N°

169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes, a nivel internacional reconoció los derechos básicos de estos pueblos incluyendo el derecho a la consulta previa frente a los proyectos de desarrollo e inversiones en sus territorios.

Otro factor de difícil comprensión para los pueblos indígenas es el carácter altamente técnico de los procesos de inversión, sobre todo a nivel económico, administrativo y de formulación de los estudios de impacto ambiental que además son interdisciplinarios y abordan los asuntos sociales y ambientales del entorno de un proyecto con categorías y términos difícilmente comprensibles para la mayoría de integrantes de las comunidades y pueblos indígenas.

Junto a los aspectos precedentemente referidos, los pueblos indígenas u originarios del Perú, históricamente relegados, se enfrentan entonces a nuevas situaciones que no habían previsto, derivadas de grandes inversiones o proyectos de desarrollo nacional o regional que no toman en cuenta su cultura, costumbres, valores, integridad territorial y respeto por el ambiente en que habitan y del cual dependen para su subsistencia, sino que por el contrario, los han ido ignorando por la deprimida situación social y económica que estos pueblos tienen hasta nuestros días.

Empero no se trata sólo de disparidades económicas sino de grandes diferencias culturales y conceptuales, pues los pueblos indígenas continúan practicando sus propios valores, principios, tradiciones, costumbres, idiomas y formas de vida que implican un entendimiento particular de la vida, el universo y la tierra, a lo que se llama la cosmovisión indígena, en que no encajan la perspectiva de lucro desmedido y explotación a gran escala de los recursos naturales.

Ante ese panorama de confrontación o incomprensión cultural, la aprobación en 1989 del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes, reconociendo los derechos fundamentales de estos pueblos, desde una óptica colectiva y cultural adecuada, se esperaba que sería una herramienta legal efectiva para aliviar la situación de disparidad de estos pueblos frente a la grandes inversiones, pero no fue así a

falta de desarrollo normativo y reglamentario en la gran mayoría de estados que lo ratificaron, incluyendo nuestro país.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

El Convenio N° 169 de la OIT, la Ley de la Consulta Previa y su Reglamento son normas jurídicas vinculantes, y no declamaciones retóricas. Los operadores del sistema de justicia, los poderes públicos, las empresas y los propios pueblos indígenas tienen que comprender que las normas de la consulta previa de nivel nacional e internacional, no son un listado de buenas intenciones, cuyo cumplimiento esté sujeto a la discrecionalidad.

Sin embargo, a pesar de que se trata de normas jurídicas, de distinta jerarquía desde el nivel constitucional, este derecho fundamental no se viene implementando de modo debido en el Perú a falta de voluntad política del Poder Ejecutivo y a falta de claras y sólidas medidas que faciliten su puesta en práctica, pues en vez de ser fortalecido, viene siendo debilitado, no sólo por acción u omisión de los entes gubernamentales sino también por presiones del sector privado que ha interpretado la consulta previa como un exceso de concesión a los pueblos indígenas e incluso como una eventual nueva traba para la inversión.

Desde que el Perú ratificó el Convenio N° 169 de la OIT, se comprometió a respetar los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, no ocurrió así muchos años, en particular con el derecho a la consulta previa, porque en los últimos decenios, se continuaron vulnerando sus derechos, sobre todo a consecuencia de la contaminación de sus suelos y aguas por la desmedida explotación de los recursos naturales no renovables como minerales e hidrocarburos en sus territorios y distintas regiones de los Andes y la Amazonía del Perú.

El derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas, aún no se aplica para la gran mayoría de comunidades y pueblos originarios del Perú a pesar de que han transcurrido más de 20 años de la entrada en vigencia en 1995 del Convenio N°169 de la OIT y muy a pesar de que el Congreso de la República ha aprobado la Ley del Derecho a la Consulta Previa el año 2011 y el Ministerio de Cultura ya aprobó su reglamento mediante

Decreto Supremo N° 001-2012-MC siendo necesario señalar las contradicciones y vacíos legales que no permiten aún se plena aplicación para finalmente, aportar conclusiones y propuestas sólidas dirigidas a fortalecer la implementación de este derecho fundamental.

1.3 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1 DELIMITACIÓN ESPACIAL:

Es el territorio peruano en su conjunto, en razón a que el problema ubicado de la consulta previa abarca a todas las comunidades campesinas y nativas del país que según la base de datos de pueblos indígenas del Ministerio de Cultura y otros organismos especializados, se encuentran en todo el territorio. En ese contexto, el lugar delimitado para la investigación es el territorio de la Comunidad Campesina de Willoq ubicada en el distrito de Ollantaytambo de la provincia del Cusco y departamento o región del Cusco.

1.3.2 DELIMITACIÓN SOCIAL:

Considerando que la Ley de Consulta Previa tiene rango y vigencia nacional, la investigación de campo se realizará en el ámbito de la sierra, en el distrito de Ollantaytambo, provincia de Urubamba, departamento del Cusco, en que siguen viviendo comunidades quechuas muy tradicionales, con valores propios, costumbres y conocimientos ancestrales, que los distinguen claramente de otros segmentos de la población.

1.2.3 DELIMITACIÓN TEMPORAL:

El problema tiene lugar desde la ratificación por el Perú del Convenio N° 169 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas a través de Resolución Legislativa N° 26253 del 2 de febrero de 1994, la promulgación de la Ley de Consulta Previa - Ley N° 29785 el día 31 de mayo del año 2011 y su Reglamento el 03 de abril del año 2012, por lo que la investigación en general comprenderá desde el 04 de abril del 2012 (vigencia el reglamento) hasta el 31 de diciembre del 2016.

1.2.4 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL:

La vigencia del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resalta el respeto que deben merecer los derechos indígenas, en particular, el derecho a la consulta previa frente a las medidas administrativas y legales del Estado o del sector privado, que a través de grandes proyectos de inversión y desarrollo, pueden afectar la integridad, el territorio, el ambiente, los recursos naturales y la cultura milenaria de estos pueblos, por lo que la doctrina universal de los derechos humanos, en particular, de los derechos de segunda generación o derechos sociales, económicos y culturales, brindan gran solidez a este trabajo de investigación.

1.4 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

1.4.1 PROBLEMA PRINCIPAL:

¿ Por qué no se implementa debidamente en el Perú, la Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y su reglamento ?

1.4.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS:

Son los siguientes:

- ¿ Cómo se ha desarrollado normativamente el derecho a la consulta previa en el Perú frente a proyectos y medidas técnicas o administrativas de inversión y desarrollo económico que podrían afectar sus derechos ?
- ¿ Que se requiere para que el ordenamiento jurídico del Perú no deje imprecisiones, vacíos o lagunas a fin de que se implemente realmente el derecho a la consulta previa ?

1.5 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1 OBJETIVO GENERAL:

Analizar el nivel de aplicación del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú y proponer medidas y/o normas reglamentarias para conseguir su plena implementación de acuerdo al ordenamiento jurídico del Perú.

1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Ubicar potenciales vacíos legales o contradicciones normativas en cuanto a los procedimientos de implementación del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas del Perú.
- Aportar alternativas reglamentarias que permitan complementar los vacíos legales encontrados en la perspectiva de asegurar el respeto efectivo del derecho a la consulta previa como derecho humano fundamental.

1.6 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1 JUSTIFICACIÓN:

Es necesario encontrar las causas, problemas y dificultades que conllevan a la escasa o limitada implementación del derecho a la consulta previa en el Perú muy a pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico está reconocido por normas internacionales como el Convenio N° 169 de la OIT y también por normas nacionales como la propia Ley de la Consulta Previa y su Reglamento para arribar, proponer y desarrollar medidas efectivas destinadas a llenar los vacíos o problemas que limitan su implementación en la perspectiva de fortalecer y reivindicar el carácter fundamental y constitucional del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú.

1.6.2 IMPORTANCIA:

El trabajo ayudará a fortalecer el carácter fundamental del derecho a la consulta previa y contribuirá a proponer las normas reglamentarias, medidas y herramientas que en el Perú se deberían asumir para complementarlo y hacerlo efectivo.

1.7 FACTIBILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN:

El desarrollo de la investigación requerirá de los siguientes recursos:

1.7.1 Recursos Humanos y Materiales

- **Recursos humanos**, se contará con el apoyo de una asistente y dos alumnos de la carrera de Derecho.
- **Recursos materiales**, serán 3 millares de papel Bond A-4, una computadora portátil, 50 papelotes, dos cajas de plumones, 4 puertos o USB y 20 lapiceros.

1.7.2 Presupuesto

El presupuesto será de: S/. 2,900.00 (dos mil novecientos con 00/100) soles.

1.8 LIMITACIONES DEL ESTUDIO:

- Confusión en cuanto al derecho fundamental a la consulta previa con los derechos de información, participación, elección e identidad.
- Falta de voluntad política a nivel nacional para abordar seriamente la implementación del derecho a la consulta previa y reglamentarlo debidamente.
- Escasos textos de análisis y reivindicación académica o social sobre el derecho a la consulta previa.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

2.1.1 ANTECEDENTES DE INVESTIGACIONES

2.1.1.1 NACIONALES:

- a) Valdivia Linares, José Daniel. **“La Consulta Previa en el Perú: El Estudio de los Roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas.”** Tesis para obtener el título profesional de Licenciado en Derecho. Universidad Ricardo Palma – Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima, Perú – 2017.

Método: Investigación de carácter cualitativo.

Conclusiones:

- El Convenio N° 169 de la OIT es norma vinculante que busca el fortalecimiento de las culturas indígenas.
- Hay una gran debilidad institucional del Estado porque le ha costado mucho avanzar hacia el cumplimiento del Convenio.
- También hay falta de interés en el adecuado desarrollo del proceso de la consulta previa.

- b) Ocupa Abad, Elia Yocsune y Saldaña Velásquez, Stefany. **“La Aplicación de la Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios N° 29785, vulneraría el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos en el Perú”**. Documento de Investigación. Universidad Nacional de Trujillo – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela Académico Profesional de Derecho. Trujillo – Perú, 2016.

Métodos: Exegético y hermenéutico.

Conclusiones:

- El Convenio N° 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio desde el 02 de febrero del 2015.
- El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa se encuentra establecido por el Art. 6, incisos 1 y 2 del Convenio N° 169 de la OIT.
- La Ley de la Consulta Previa es un avance, pero viola el Art. 16, inciso 2 del mismo Convenio N° 169 de la OIT al omitir la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y atenta también contra el Art. 7, inciso 4 del convenio sobre el respeto que debe tener el Estado en cuanto al derecho de estos pueblos a gozar de un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, que no lo garantiza.

Interpretación y aporte teórico: “Se deben crear condiciones de equidad para el diálogo entre Estado y pueblos indígenas.”

- c) Sanborn, Cynthia A. y Ramírez, Tania. **“La Consulta Previa en el Perú: avances y retos”** Verónica Hurtado. Documento de Investigación. Universidad del Pacífico. Lima, Perú – 2016.

Método: Hermeneúutico.

Conclusiones:

- Cinco años luego de la Ley y luego de 4 años del primer caso de consulta, hay avances y esfuerzos significativos en la implementación de la Ley.
- La Ley ha servido para equilibrar el poder entre el sector privado y los pueblos indígenas.
- El Viceministerio de Interculturalidad como organismo de Estado encargado de supervisar y defender los derechos indígenas, ha capacitado y creado equipos de intérpretes indígenas, que son un avance para el posicionamiento de la agenda indígena en el Perú.

Interpretación y aporte teórico: “La comprensión y el respeto de los derechos y costumbres indígenas sigue siendo un reto pendiente para el Estado y los inversionistas privados.”

- d) Delia Yolanda Mamani Huanca. **“Protección Constitucional de la propiedad comunal y su afectación por actividades mineras”**. Tesis doctoral para obtener el grado académico de Doctor en Derecho. Universidad Privada de Tacna. Tacna – Perú, 2016.

Método: Cualitativo.

Conclusiones:

- Las actividades mineras afectan significativamente en lo social, ambiental y económico a la propiedad comunal.
- La inversión privada incumple el respeto de la protección constitucional a la propiedad comunal y otros derechos colectivos como la consulta previa.

Interpretación teórica: “El Estado debería considerar la participación directa de las comunidades campesinas y nativas en los estudios de impacto ambiental y que cuenten con información detallada para la toma de decisiones.”

e) Herrera Rodríguez, Nataly. “**La Ley de Consulta Previa en el Perú y su reglamento: La problemática de las comunidades campesinas y nativas**” Tesis destacadas del año académico 2013- 2014. LAT.MA Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina. UNSAM EDITA, 2015.

Método: Cualitativo.

Conclusiones:

- En dos décadas de vigor del Convenio N° 169 de la OIT, la consulta previa se ha convertido en uno de los temas más importantes y controvertidos del derecho nacional e internacional de los derechos humanos.
- El Perú ha desarrollado jurisprudencia inadecuada, contradictoria y ambivalente sobre el derecho a la consulta previa.

Interpretación teórica: “La consulta previa no es suficiente en casos de proyectos con impactos graves que afecten la existencia, supervivencia e integridad de los pueblos indígenas, sino que se debe obtener el consentimiento informado previo de estos pueblos.”

2.1.1.2 INTERNACIONALES:

- a) Vallejo Trujillo, Florelia. **“El proceso de consulta previa en los fallos de la Corte Constitucional de Colombia”**. Trabajo de Investigación. Universidad de Tolima Revista de Estudios Constitucionales. Año 14, N° 2. Bogotá – Colombia, 2016.

Conclusiones:

- La realidad del derecho a la consulta previa se ha visto obstaculizada por la decisión del Estado de impulsar el desarrollo del país.
- Si bien Colombia ha ratificado el Convenio N° 169 de la OIT y ha reglamentado el proceso de consulta previa a través del Decreto N° 1320, la falta de mayor claridad en el proceso ha sido señalado como una de las causas principales para su incumplimiento.

Interpretación teórica: “No existen argumentos jurídicos que justifiquen la ausencia de consulta a las comunidades tradicionales antes de tomar cualquier decisión que podría afectarlas.”

- b) Noak Machorro, Khaterine Aleany. **“Consultas comunitarias: Una solución intercultural para la reducción de la conflictividad social en las tierras indígenas de Guatemala (Art. 6 del Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 1989)”**. Universidad de San Carlos de Guatemala. Escuela de Ciencia Política. Tesis de Graduación para optar al grado académico de Licenciada en Relaciones Internacionales. Guatemala, noviembre del 2014.

Conclusiones:

- La figura de las consultas comunitarias es de origen ancestral en Guatemala.

- Por esta figura de las consultas comunitarias, los pueblos indígenas están ejerciendo un derecho internacional reconocido por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- El reto es que las normas del Convenio N° 169 de la OIT se cumplan plenamente en el plano nacional.

c) Ataupaña Chimbolema. Nelso. **“El derecho a la consulta previa de los pueblos y nacionalidades indígenas por actividades que realice el Estado en sus territorios”**. Tesis previa a la obtención del título de Abogado. Universidad Central del Ecuador – Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Carrera de Derecho. Quito – Ecuador, 2014.

Conclusiones:

- El Estado tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas antes de optar medidas legislativas.
- Ante la afectación significativa de los pueblos y nacionalidades indígenas, la legislación debe cumplir con obtener el consentimiento libre, previo e informado de estos pueblos.

d) Sotomayor Moreira, Carla Catalina. **“El derecho a la consulta previa, libre e informado en el instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa”**. Disertación previa a la obtención del título de licenciada en ciencias jurídicas. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2013.

Conclusiones:

- El reconocimiento de los derechos colectivos aún encuentra resistencias en Ecuador.
- El pleno reconocimiento de este derecho es una deuda histórica con los pueblos indígenas del Ecuador y América.
- A pesar de que la Constitución del Ecuador del 2008 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, aún hay grandes vacíos para su marcha y puesta en práctica.

Interpretación teórica: “El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas por su trascendencia histórica, constituye el eje fundamental que permite el ejercicio de los demás derechos colectivos.”

- e) Mutumbajo y Hurtado, Sonia Patricia. **“El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa para la explotación de recursos naturales y la realización de obras y proyectos de desarrollo en sus territorios: Necesario y problemático reconocimiento”**. Trabajo de grado para optar al título de Director de Carrera. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Sociología. Bogotá D.C, 2009.

Conclusiones:

- La consulta previa ha permitido a los pueblos indígenas tener mayores garantías para su reproducción social, económica y cultural.

- Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la consulta previa, no es asunto acabado y hay muchos aspectos en los que se debe seguir reflexionando.

Interpretación teórica: “Todos los actores como Estado, pueblos indígenas y empresas, deben asumir el compromiso de hacer respetar en conjunto el derecho a la consulta previa de los pueblos originarios.”

2.1.2 ANTECEDENTES DE PUBLICACIONES INSTITUCIONALES:

- Vargas, Karina & Cooperación Alemana-GTZ & GIT. “Compilación: La implementación del Derecho a la Consulta Previa en Perú.” Aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas – Proyecto: Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa. Lima, 2016.
- Ministerio de Cultura. “Manual: Consulta previa: orientaciones para la participación de los pueblos indígenas u originarios.” Lima, diciembre del 2015.
- Ministerio de Cultura. “Cartilla Informativa: Identificación de Pueblos Indígenas u Originarios para el Proceso de Consulta Previa.” Lima, noviembre 2015.
- Ministerio de Cultura. “Manual: Derecho a la consulta previa: Guía Metodológica para la Facilitación de Procesos de Consulta Previa.” Lima, setiembre 2015.
- Ministerio de Cultura. “Informe -La implementación del derecho a la Consulta Previa en el Sector Hidrocarburos: La experiencia de los lotes 164, 189 y 175.” Lima, setiembre del 2015.

- Ministerio de Cultura. “Informe: La implementación del derecho a la Consulta Previa en el Sector Hidrocarburos: La experiencia de los lotes 169 y 195.” Lima, noviembre del 2014.
- Ministerio de Cultura. “Libro: Derecho a la Consulta Previa.” Lima, noviembre del 2014.
- Ministerio de Cultura. “Manual: Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios: Guía Metodológica.” Lima, junio del 2014.
- Konrad Adenauer Stiftung. “Informe: El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina.” Programa Regional de Participación Política Indígena en América Latina. Lima, 2012.
- Instituto de Defensa Legal. “Publicación: La consulta previa de los pueblos indígenas del Perú: Compendio de legislación y jurisprudencia.” Fundación Broederlijk Denle. Lima, 2012.

2.2 BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS:

Son resultado de todo el trabajo de investigación, que se plantearán en base a la revisión analítica y comparativa de los documentos bibliográficos y etnográficos que han permitido el análisis de contenido, experiencias, documentos y propuestas de conclusiones y recomendaciones a través de bases teóricas organizadas en capítulos y subcapítulos que son resultado de todo el proceso investigativo desde la formulación del problema, la delimitación de la investigación a nivel espacial, social, temporal y conceptual, así como la formulación de las preguntas de investigación, objetivos de investigación, justificación e importancia de la investigación, factibilidad de la investigación, limitaciones del estudio, el marco teórico conceptual, categorías de análisis con la hipótesis de acción, metodología de la investigación, resultados con la teorización de las unidades temáticas y la discusión de resultados.

2.3 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS:

- Conflictos socio ambientales: Colisión o enfrentamiento de intereses entre dos o más sectores poblacionales al respecto de la utilización preferente de recursos naturales de su ámbito y que pueden generar efectos adversos en el ecosistema y el equilibrio ecológico del ambiente circundante.
- Criterio objetivo: Convencimiento relacionado con la condición de pueblo, etnia o nación indígena en base a elementos tangibles o físicos comprobables como la descendencia, el idioma, costumbres, tecnologías y otros aspectos que marcan la diferencia e identidad que conservan estos pueblos originarios y que los diferencian de otros pueblos o naciones.
- Criterio subjetivo: Convencimiento relacionado con la conciencia de un grupo colectivo de poseer una identidad originaria, propia o indígena.
- Convenio N° 169 de la OIT: Instrumento internacional vinculante que tiene categoría de tratado, según la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, aprobado el 27 de junio de 1989 por la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes y ratificado por el Perú a través de Resolución Legislativa N° 26253 del 2 de febrero de 1994.
- Decisión: Determinación formal respecto del resultado del proceso de consulta que asume el órgano técnico especializado del proceso de consulta que es el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura.
- Determinación del objeto de consulta: Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.

- Determinación del sujeto pasivo de la consulta: Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados por posible afectación de sus costumbres, valores, derechos, recursos naturales o estilos de vida.
- Derecho fundamental a la consulta previa: Derecho humano reconocido por la Constitución Política del Perú, que implica el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de modo previo a la adopción de medidas administrativas, legales o de proyectos que podrían afectar sus derechos, formas de vida y territorios.
- Entidad competente. Entidad del Estado que va a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios que deben realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas contempladas por norma.
- Estilos de vida: Formas de conducta que a partir de vínculos espirituales e históricos, comparte un pueblo, etnia o nación.
- Publicidad del objeto de la consulta: Comunicación y difusión de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de la consulta.
- Pueblos indígenas: Llamados también pueblos originarios son aquellos que se auto reconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra y forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial (Ley N° 28736).
- Valoración del objeto de la consulta: Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.

CAPÍTULO III: CATEGORÍAS DE ANÁLISIS

Considerando que las categorías de análisis son nociones generales, formas de entendimiento, elementos con características comunes, temas sobresalientes, valores o conceptos que pueden aglutinar grupos o subcategorías para clasificar un término, la presente investigación implica las siguientes categorías o subcategorías de análisis.

3.1 CATEGORÍAS:

3.1.1 Consulta: Acción y procedimiento de poner a consideración y conocimiento previo.

3.1.2 Cultura: Conjunto de conocimientos, habilidades y tecnologías que permiten comprender la realidad y gestionar los recursos necesarios para la vida.

3.1.3 Derechos humanos: Conjunto de atributos que son inherentes o inmanentes a los seres humanos y las personas.

3.1.4 Pueblos indígenas: Etnias, colectivos o poblaciones originarias de un lugar que conservan sus formas de vida, conocimientos, costumbres, tecnologías y tradiciones ancestrales u originarias.

3.1.5 Ordenamiento jurídico: Conjunto de valores, principios y normas válidamente reconocidos.

3.2 SUBCATEGORÍAS:

3.2.1 De la consulta:

- Derecho a la información.
- Derecho a la participación.
- Manifestación de consentimiento.

3.2.2 De la cultura:

- Expresiones de la cultura inmaterial o intangible.
- Manifestaciones del patrimonio cultural material o tangible.

3.2.3 De los derechos humanos:

- Derechos ambientales.
- Derechos civiles.
- Derechos culturales.
- Derechos económicos.
- Derechos territoriales.

3.2.4 De los pueblos indígenas:

- Comunidades campesinas.
- Comunidades nativas.
- Pueblos originarios.

3.2.5 Del ordenamiento jurídico:

- Consuetudinario o indígena.
- Escrito o formal.

3.3 CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE CATEGORÍAS:

Objetivos Específicos	Categorías	Sub-categorías	Técnica	Instrumento
<p>1. Ubicar las causas de la escasa o limitada implementación del derecho a la consulta previa en el Perú.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Pueblos indígenas. ● Ordenamiento jurídico. 	<ul style="list-style-type: none"> ● Comunidades campesinas, nativas y pueblos originarios del Perú. ● Derecho a la participación. ● Leyes y reglamentos sobre la consulta previa. 	<ul style="list-style-type: none"> ● Observación documental. 	<ul style="list-style-type: none"> ● Guía de observación documental.
<p>2. Aportar al proceso de análisis sobre aquello que es necesario complementar para hacer realidad el derecho a la consulta previa.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Consulta. ● Derechos humanos. ● Ordenamiento Jurídico. 	<ul style="list-style-type: none"> ● Derecho a la información y manifestación del consentimiento. ● Derechos ambientales, culturales y territoriales. ● Principios y normas del derecho consuetudinario y del derecho formal. 	<ul style="list-style-type: none"> ● Observación documental. 	<ul style="list-style-type: none"> ● Guía de observación documental.

3.4 MATRIZ DE CONSISTENCIA:

Problema	Objetivos	Categorías	Subcategorías
<p>Problema principal: ¿Por qué no se implementa debidamente en el Perú, la Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y su reglamento?</p> <p>Problemas específicos:</p> <p>¿Cómo se ha desarrollado normativamente el derecho a la consulta previa en el Perú frente a proyectos y medidas técnicas o administrativas de inversión y desarrollo económico que podrían afectar sus derechos?</p> <p>¿Que se requiere para que el ordenamiento jurídico del Perú no deje imprecisiones, vacíos o lagunas a fin de que se implemente realmente el derecho a la consulta previa?</p>	<p>Objetivo general: Analizar el nivel de aplicación del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú y proponer medidas y/o normas reglamentarias para conseguir su plena implementación de acuerdo al ordenamiento jurídico del Perú.</p> <p>Objetivos específicos: Ubicar potenciales vacíos legales o contradicciones normativas en cuanto a los procedimientos de implementación del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas del Perú.</p> <p>Aportar alternativas reglamentarias que permitan complementar los vacíos legales encontrados en la perspectiva de asegurar el respeto efectivo del derecho a la consulta previa como derecho humano fundamental.</p>	<p>Consulta: Acción y procedimiento de poner a consideración y conocimiento previo.</p> <p>Cultura: Conjunto de conocimientos, habilidades y tecnologías que permiten comprender la realidad y gestionar los recursos necesarios para la vida.</p> <p>Derechos humanos: Conjunto de atributos que son inherentes o immanentes a los seres humanos y las personas.</p> <p>Pueblos indígenas: Etnias, colectivos o poblaciones originarias de un lugar que conservan sus formas de vida, conocimientos, costumbres, tecnologías y tradiciones ancestrales u originarias.</p> <p>Ordenamiento jurídico: Conjunto de valores, principios y normas válidamente reconocidos.</p>	<p>De la consulta:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Derecho a la información. • Derecho a la participación. • Manifestación de consentimiento. <p>De la cultura:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Expresiones de la cultura inmaterial o intangible. • Manifestaciones del patrimonio cultural material o tangible. <p>De los derechos humanos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Derechos ambientales. • Derechos civiles. • Derechos culturales. • Derechos económicos. • Derechos territoriales. <p>De los pueblos indígenas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Comunidades campesinas. • Comunidades nativas. • Pueblos originarios. <p>Del ordenamiento jurídico:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Consuetudinario o indígena. • Escrito o formal.

CAPÍTULO IV: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 ENFOQUE Y TIPO DE INVESTIGACIÓN

4.1.1 Enfoque:

El enfoque es cualitativo.

4.1.2 Tipo de Investigación:

La presente investigación es de carácter básico porque analiza la situación del derecho a la consulta previa en un momento histórico dado en el Perú para la acción.

4.2 MÉTODOS Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

4.2.1 Métodos de Investigación

Los métodos de la investigación que se plantean son los siguientes:

- **Hermenéutico:** Se realizará un análisis conjunto e interrelacionado del ordenamiento jurídico nacional e internacional relativo a los derechos colectivos y en particular, sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios.
- **Exegético:** Se realizará una interpretación exhaustiva de los principios y normas vinculados al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

4.2.2 Diseño de Investigación

Se basará en un estudio elemental, porque implicará básicamente, el análisis de la situación legal del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas del Perú.

La fórmula del diseño de esta investigación es no experimental y está graficada de la siguiente manera:

$$N = \frac{N z^2 p * q}{e^2 (N - 1) + Z^2 p * q}$$

Que implica:

N = población

Z = N configurado 95 % = 1.96

p = 0.5

q = 0.5

e = 0.05

4.3 POBLACIÓN Y MUESTRAS DE LA INVESTIGACIÓN

4.3.1 Población

Son los pueblos indígenas del Perú que se encuentra en la zona andina, costa y en la Amazonía peruana, en los departamentos de Loreto, Ucayali, Madre de Dios y en parte de los departamentos de Amazonas, Cajamarca, Huancavelica, La Libertad, Pasco, Piura, Puno, Ayacucho, Junín, Cusco, San Martín y Huánuco.

Según el censo del año 2007, la población indígena de las comunidades nativas amazónicas alcanza a 332,975 personas (9 % de la población amazónica). Mientras que las 5,200

comunidades campesinas reconocidas albergan aproximadamente a 4 millones de personas. Adicionalmente existen 5 reservas territoriales del Estado para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o con contacto inicial en un territorio de 2'802,686 hectáreas.

4.3.2 Muestra

Se ha elegido la Comunidad Campesina de Willoq ubicada en el distrito de Ollantaytambo, provincia de Urubamba del departamento del Cusco, que tiene 1,100 habitantes, que es el tamaño de la muestra probabilística, de los cuáles se ha de priorizar a los adultos varones y mujeres que han ocupado cargos dirigentes y/o cuentan con estudios secundarios. Al respecto, se aplicará el sistema de encuestas mediante cuestionarios por categorías con veinte preguntas por cada una para hacer luego una recopilación y revisión sistemática de información de la problemática, la doctrina y los textos jurídicos con fichas bibliográficas y citas textuales en base a recolección de datos, análisis de documentos y análisis de contenido comparativos con resúmenes, comentarios y planteamientos que nos permitirán procesar la información para la comprobación de los objetivos.

4.4 TÉCNICAS Y MUESTRAS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

4.4.1 Técnicas

En cuanto a las técnicas a emplearse, se usará la técnica de la investigación experimental, la cual sirve para el análisis, revisión e interpretación de documentos de carácter bibliográfico y etnográfico, así como los existentes en Internet en la perspectiva de analizarlos y procesarlos en los fines de la investigación. Los materiales que se revisarán implicarán lo siguiente:

- Análisis doctrinario y revisión de material referido al derecho a la consulta previa.
- Análisis de la legislación referida al derecho a la consulta previa.
- Análisis de informes y artículos referidos al derecho a la consulta previa.
- Utilización de fichas académicas para la administración de la información.

4.4.2 Instrumentos

Se emplearán los instrumentos o herramientas siguientes: Ubicación de datos bibliográficos y digitalizados, sistematización de datos, análisis y lectura de textos, análisis comparativos de la realidad social de los pueblos indígenas del Perú y análisis de los muestreos comparativos.

4.4.3 Procesamiento y análisis de datos

El procesamiento de datos vendrá luego de la compilación y sistematización de datos de modo ordenado, sistemático e integrado hacia los objetivos de la investigación.

4.4.4 Ética de la investigación

El desarrollo de la investigación se sujetará a la originalidad del tema y el problema elegido, de hecho, respetando inescrupulosamente las citas y fuentes correspondientes a fin de presentar e integrar los esfuerzos de investigación hacia propuestas y recomendaciones innovadoras.

CAPÍTULO V: RESULTADOS

5.1 DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS

5.1.1 General: El derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas del Perú está consagrado en el ordenamiento jurídico, pero aún no encuentra implementación efectiva por desconocimiento de la Ley de la materia, su reglamento y a consecuencia de vacíos, lagunas o contradicciones normativas.

5.1.2 Específicos:

5.1.2.1 De la limitada implementación del derecho a la consulta previa:

- La mayoría de integrantes de comunidades originarias o indígenas conocen que existe la Ley del Derecho a la Consulta Previa, pero desconocen los alcances del Reglamento y los requerimientos para hacer efectivo este derecho.
- De 330 comuneros encuestados en campo, 248 (75.15 %) conocen de la ley y el derecho a la consulta previa, pero todos desconocen el reglamento y los procedimientos para hacer efectivo este derecho (acicate para concluir esta investigación), si bien el total conoce sus derechos humanos en general y están orgullosos de su cultura.
- Insuficiente y clara reglamentación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa.

- Escasos procesos de articulación social entre los representantes de los pueblos indígenas del Perú y los representantes de las empresas que cuentan con la autorización para aprovechar recursos naturales en sus tierras.
- Alto tecnicismo de los estudios de impacto ambiental, que hacen imposible a los pueblos indígenas el entendimiento de las medidas administrativas, legislativas, inversiones y procesos de extracción de los recursos naturales.

5.1.2.2 Aportes para hacer realidad el derecho a la consulta previa en el Perú:

- Difundir ampliamente el Convenio N° 169 de la OIT, la Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y su reglamento en lenguaje sencillo y en idiomas nativos de acuerdo a la realidad cultural de cada región mediante radio emisoras cuya onda y sintonía llega al ámbito rural.
- Fortalecer el diálogo con los pueblos indígenas y difundir los derechos culturales que atañen a los pueblos indígenas.
- Difundir los convenios y normas constitucionales, generales y reglamentarias que reconocen los derechos ambientales y culturales de los pueblos indígenas.
- Completar las normas del Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa y su reglamento.

5.2 TEORIZACIÓN DE UNIDADES TEMÁTICAS:

TÍTULO I

ASPECTOS SOCIALES Y LEGALES GENERALES

En este primer capítulo se presenta la información sistematizada relativa a la situación demográfica, étnica, social y cultural de los pueblos indígenas del Perú, así como la data, desarrollo y explicación de la legislación concerniente a su reconocimiento oficial del ámbito nacional y del ámbito internacional, destacándose los convenios y declaraciones que en los recientes años han consolidado a nivel mundial y multilateral su reconocimiento como pueblos y sus grandes aportes a la conservación del ambiente y los recursos naturales.

SUBTÍTULO 1.1

PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ

1.1.1 HISTORIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERU:

El territorio peruano albergó desarrollos civilizatorios desde hace más de 5,000 años, siendo los de mayor antigüedad de nuestro continente. Durante el proceso de colonización, pese a que a la población conquistada fue prohibida de expresarse en su propia lengua y cultivar su cultura, muchas de estas prácticas y creencias permanecieron vigentes. Las poblaciones indígenas, descendientes directos de las poblaciones prehispánicas, se han desarrollado y reproducido de manera diferenciada en la Amazonía y

en los Andes. En la Amazonía vivieron la incursión de las misiones, la explotación del caucho y la colonización paulatina.

Las poblaciones andinas, principalmente quechuas y aimaras, fueron objeto del reordenamiento impuesto por las encomiendas y reducciones coloniales, y mano de obra de las haciendas durante la República. Hoy en día, estos pueblos mantienen y reproducen instituciones culturales propias como el uso de lenguas ancestrales, el quechua y el aimara en los Andes, el asháninka y el shipibo-konibo en la Amazonía, entre otras. Desarrollan prácticas culturales ancestrales que coexisten en el Perú actual y se mezclan con prácticas posteriores como la vestimenta occidental, el uso del castellano y la tecnología moderna. Son estos pueblos a los que hoy conocemos como pueblos indígenas u originarios.

En el Perú, a parte de los más de seis millones de indígenas quechua y aymará de la sierra andina, viven en la Amazonía peruana unos setenta pueblos indígenas, poseedor cada uno de una lengua propia. Estas lenguas se agrupan en más de una quincena de familias lingüísticas. Además de la lengua, cada uno de estos pueblos posee un territorio, una forma de vivir en sociedad y una filosofía de la vida singular. Las diferencias lingüísticas y culturales no impiden sin embargo que estos pueblos presenten muchas características en común, fruto de los orígenes que comparten y los intensos intercambios culturales que mantienen. A continuación, se presenta un cuadro que presenta a los pueblos indígenas de la Amazonía y de la zona Andina por etnias o pueblos, lenguas y familias lingüísticas.

1.1.2 PUEBLOS INDÍGENAS AMAZÓNICOS:

Pueblos Indígenas Amazónicos				
N°	Pueblo Indígena	Otras denominaciones	Lengua	Familia lingüística
1	<u>Achuar</u>	Achual, achuale, achuare	<u>Achuar</u>	<u>Jíbaro</u>
2	<u>Amatiuaca</u>	Aminwaka, yora	<u>Amahuaca</u>	<u>Pano</u>
3	<u>Arabela</u>	Chiripuno, tapueyocuaca	<u>Arabela</u>	<u>Zaparo</u>
3	<u>Ashaninka</u>	Campa ashaninka	<u>Ashaninka</u>	<u>Arawak</u>
5	<u>Asheninka</u>	Ashaninka del Gran Pajonal	<u>Ashaninka</u>	<u>Arawak</u>

6	<u>Awajún</u>	Aents, aguaruna	<u>Aguaruna</u>	<u>Jíbaro</u>
7	<u>Bora</u>	Booraa, miamuna, miranha, miranya	<u>Bora</u>	<u>Bora</u>
8	<u>Capanahua</u>	Buskipani, nuquencaibo	<u>Capanahua</u>	<u>Pano</u>
9	<u>Cashinahua</u>	Caxinahua, hunikuin, kachinahua	<u>Cashinahua</u>	<u>Pano</u>
10	<u>Chamicuro</u>	Camikódlo, chamicolos	<u>Chamicuro</u>	<u>Arawak</u>
11	<u>Chapra</u>	Shapra	<u>Kandozi-chapra</u>	<u>Kandozi</u>
12	<u>Chitonahua</u>	Murunahua, yora	<u>Yaminahua</u>	<u>Pano</u>
13	<u>Ese eja</u>	Ese'ejja, huarayo, tatinagua	<u>Ese eja</u>	<u>Tacana</u>
14	<u>Harakbut</u>	Amarakaeri, arasaeri, kisamberi, pukirieri, sapiteri, toyoeri, wachipaeri	<u>Harakbut</u>	<u>Harakbut</u>
15	<u>Ikitu</u>	Amacacore, iquito, quiturran	<u>Ikitu</u>	<u>Záparo</u>
16	<u>Iñapari</u>	Inamari, inapari, kushitireni	<u>Iñapari</u>	<u>Arawak</u>
17	<u>Isconahua</u>	Isconawa, iskobakebo	<u>Isconahua</u>	<u>Pano</u>
18	<u>Jíbaro</u>	Jibaro del río Corrientes, shiwiar, siwaro	<u>Achuar</u>	<u>Jíbaro</u>
19	<u>Kakataibo</u>	Uni, unibo	<u>Kakataibo</u>	<u>Pano</u>
20	<u>Kakinte</u>	Poyenisati	<u>Kakinte</u>	<u>Arawak</u>
21	<u>Kandozi</u>	Kandoshi	<u>Kandozi-chapra</u>	<u>Kandozi</u>
22	<u>Kichwa</u>	Inga, quichua, lamas, llacuash	<u>Quechua</u>	<u>Quechua</u>
23	<u>Kukamakukamiria</u>	Cocama cocamilla, xibitaona	<u>KukamaKukamiria</u>	<u>Tupí-Guaraní</u>
24	<u>Madija</u>	Culina, Madiha, Kolina	<u>Madija</u>	<u>Arawa</u>
25	<u>Maijuna</u>	Orejón, Maijiki	<u>Maijuna</u>	<u>Tucano</u>
26	<u>Marinahua</u>	Onocoin, Yora	<u>Sharanahua</u>	<u>Pano</u>
27	<u>Mashco Piro</u>	-	<u>Yine</u>	<u>Arawak</u>
28	<u>Mastanahua</u>	Yora	<u>Sharanahua</u>	<u>Pano</u>
29	<u>Matsés</u>	Mayoruna	<u>Matsés</u>	<u>Pano</u>
30	<u>Matsigenka</u>	Machiguenga, Matsiguenga, Machiganga, Matsiganga	<u>Matsigenka</u>	<u>Arawak</u>
31	<u>Muniche</u>	Munichi	<u>Muniche</u>	<u>Muniche</u>
32	<u>Murui-muinani</u>	Huitoto	<u>Murui-muinani</u>	<u>Huitoto</u>

33	<u>Nahua</u>	Yora	<u>Nahua</u>	<u>Pano</u>
34	<u>Nanti</u>	Matsigenka	<u>Nanti</u>	<u>Arawak</u>
35	<u>Nomatsigenga</u>	Atiri, nomachiguenga	<u>Nomatsigenga</u>	<u>Arawak</u>
36	<u>Ocaina</u>	Dukaiya, dyo'xaiya	<u>Ocaina</u>	<u>Huitoto</u>
37	<u>Omagua</u>	Ariana, omagua yeté, pariana, umawa	<u>Omagua</u>	<u>Tupí-Guaraní</u>
38	<u>Resígaro</u>	Resigero	<u>Resígaro</u>	<u>Arawak</u>
39	<u>Secoya</u>	Aidopai	<u>Secoya</u>	<u>Tucano</u>
40	<u>Sharanahua</u>	Onicoín, yora	<u>Sharanahua</u>	<u>Pano</u>
41	<u>Shawi</u>	Campo piyapi, chayawita, tshahui	<u>Shawi</u>	<u>Cahuapana</u>
42	<u>Shipibo-konibo</u>	Chioeo-conivo, joni, shipibo	<u>Shipibo-konibo</u>	<u>Pano</u>
43	<u>Shiwilu</u>	Jebero, shiwila, xebero	<u>Shiwilu</u>	<u>Cahuapana</u>
44	<u>Tikuna</u>	Duuxugu, ticuna	<u>Tikuna</u>	<u>Tikuna</u>
45	<u>Urarina</u>	Itucali, itukale, kachaedze	<u>Urarina</u>	<u>Shimaco</u>
46	<u>Vacacocha</u>	Abijira, aushiri, awshira, a'éwa	<u>Awshira</u> (lengua extinta)	<u>Záparo</u>
47	<u>Wampis</u>	Huambisa, shuar-suampis	<u>Wampis</u>	<u>Jíbaro</u>
48	<u>Yagua</u>	Nihamwo, yihamwo	<u>Yagua</u>	<u>Peba-yagua</u>
49	<u>Yaminahua</u>	Jjamimawa, yora, yuminahua	<u>Yaminahua</u>	<u>Pano</u>
50	<u>Yanesha</u>	Amage, amuesha, amuexia	<u>Yanesha</u>	<u>Arawak</u>
51	<u>Yine</u>	Chotaquiro, pira, piro, simirinche	<u>Yine</u>	<u>Arawak</u>

1.1.3 PUEBLOS INDÍGENAS ANDINOS:

Pueblos indígenas andinos				
N°	Pueblo indígena	Otras denominaciones	Lengua	Familia lingüística
1	<u>Aimaras</u>		<u>Aimara</u>	<u>Aru</u>
2	<u>Quechuas</u>	Los pueblos quechuas no tienen otras denominaciones, más sí un conjunto de identidades, entre las que se encuentran: cañaris, chankas, chopccas, huancas, huaylas, kana, q'eros	<u>Quechua</u>	<u>Quechua</u>
3	<u>Jaqaru</u>	Aimara central, aimara tupino, aru, cauqui	<u>Jaqaru</u>	<u>Aru</u>

4	Uro	Uru	Uru (lengua extinta)	Uru- chipaya
---	---------------------	-----	--	----------------------------------

1.1.4 INDÍGENAS AISLADOS EN EL PERU:

Corren peligro de extinción por las enfermedades y el robo de sus tierras en las profundidades de la selva amazónica, pues en Perú, viven pueblos indígenas que no han tenido contacto con el mundo exterior. Viven en las regiones más remotas y aisladas de la selva amazónica, pero su tierra está siendo rápidamente destruida por los foráneos. Entre ellos están los cacataibos, isconahuas, matsigenkas, mashco-piros, mastanahuas, murunahuas, (o chitonahuas), nantis y yoras.

Todos ellos se enfrentan a terribles amenazas, que afectan sus tierras, modo de vida y sus vidas. Si no se hace nada, posiblemente desaparezcan por completo. Los pueblos indígenas aislados son extremadamente vulnerables a cualquier forma de contacto con foráneos, ya que no tienen inmunidad frente a las enfermedades occidentales.

Todo lo que sabemos acerca de estos indígenas aislados pone de manifiesto que buscan mantener su aislamiento. En las pocas ocasiones en que se les ha visto o encontrado, han dejado claro que quieren que les dejen en paz. A veces reaccionan de forma agresiva, como forma de defender su territorio, o dejan señales en la selva advirtiendo a los foráneos que se mantengan alejados. Estos indígenas cuando han sido esporádicamente contactados, han sufrido una violencia terrible y enfermedades traídas por los foráneos en el pasado. Para muchos, este sufrimiento continúa hoy día. Obviamente, tienen muy buenas razones para no querer el contacto.

Las mayores amenazas para los indígenas no contactados de Perú son los trabajadores de las empresas petroleras y los madereros ilegales. El Gobierno peruano ha firmado contratos con petroleras que abarcan más del 70% de la Amazonia peruana. En una buena parte de este territorio están incluidas regiones donde habitan pueblos indígenas aislados.

La prospección petrolera es especialmente peligrosa para los indígenas porque abre zonas antes remotas a otros foráneos, como madereros y colonos. Usan las carreteras y caminos de los equipos de exploración para entrar, al extremo que las barcazas de las petroleras forman parte del paisaje en los ríos del norte de Perú. En el pasado, la prospección petrolera derivó en un contacto violento y desastroso con los indígenas aislados. A principios de la década de los años 80, una prospección de Shell provocó el contacto con los nahuas. En cuestión de unos pocos años, alrededor del 50% de los nahuas había muerto.

Ahora, un consorcio de empresas lideradas por la argentina Pluspetrol y entre las que se encuentra también Repsol, opera en la tierra de los nahuas y tiene previsto ampliar un enorme proyecto de gas. Se trata del mayor campo gasístico de Perú, conocido como Camisea, se ubica dentro de una reserva para indígenas aislados y no contactados, entre los que se encuentran los nantis y los matsigenkas. La expansión del proyecto podría derivar en la desaparición de estas vulnerables poblaciones.

La otra gran amenaza son los madereros ilegales, que buscan caoba. Conocida como el “oro rojo”, la caoba alcanza un precio muy alto en el mercado internacional. La selva peruana tiene parte de la última madera de caoba comercialmente viable que queda en el mundo, lo que ha provocado una “fiebre del oro rojo” en pos de lo que aún queda. Por desgracia, estas son las mismas zonas donde viven los indígenas aislados, lo que significa que el hecho de que los madereros invadan su territorio y contacten con ellos es casi inevitable. En 1996 los madereros ilegales forzaron el contacto con los indios murunahuas. En los años siguientes murió el 50% de ellos, la mayoría de catarrros, gripe y otras infecciones respiratorias.

1.1.5 RECONOCIMIENTO DE PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ:

Pese a la gran diversidad cultural que tenemos en nuestro país, el reconocimiento de su existencia legal de parte de las entidades del Estado ha ido variando. Para comenzar, debemos de precisar que el concepto de pueblos indígenas en el Perú comprende a la población que habita en las comunidades campesinas y nativas, así como a aquellos

pueblos amazónicos en situación de aislamiento voluntario o contacto inicial. De otro lado, el Mapa Etnolingüístico del Perú establece que coexisten en el territorio nacional 55 pueblos indígenas (51 amazónicos y 4 andinos) agrupados en 20 familias lingüísticas. Según datos del Ministerio de Agricultura (PETT 2002) y de la Defensoría del Pueblo (2003), las comunidades nativas suman 1,345 y las comunidades campesinas suman 5,818. Sin embargo, el Informe Alternativo del año 2008 llamó la atención sobre la ausencia de datos oficiales actualizados sobre la población indígena en el Perú, toda vez que los censos 2005 y 2007 no incluyeron este ítem de manera específica. Añadió este informe que estudios adicionales del Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, (encuestas nacionales e informes especiales sobre demografía) permiten incorporar variables «subjetivas», como la identificación étnica registrada por el INEI.

Con estos instrumentos se establece que el 57,6% de la población se identifica como mestizo, el 22,5% se definieron quechuas, como «blancos» un 4,8%, aimaras un 2,7%, amazónico el 1,7%; el 9,1% señaló categorías diferentes a las mencionadas o no se identificó con alguna. Asimismo, se advierte que por lo menos el 26.9% de la población total del país se auto identifica directa o indirectamente dentro del concepto «indígena».

SUBTÍTULO 1.2

CONDICIÓN JURÍDICA DE MINORÍAS ÉTNICAS Y PUEBLOS INDÍGENAS

La gran diversidad de pueblos indígenas en el Perú y los 5 continentes, considerando la situación en muchos países de ser minorías frente a la mayoría de la población, ha llevado a confundir la situación social y jurídica de las minorías étnicas con la de pueblos indígenas. Al respecto, la fundación de la Organización de Naciones Unidas a través de la Carta de San Francisco de 1945 y la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 comienzan con la afirmación de la necesidad de revalorar y reconocer la vigencia de los derechos humanos justamente a partir del hecho de colocar al individuo y no a las minorías

étnicas ni a la comunidad como centro de referencia para el goce y el ejercicio de los derechos que se refieren como absolutos y universales.

1.2.1 MINORÍAS ÉTNICAS Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Por su enfoque individualista, la Carta de San Francisco y la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948, no incluyen resolución, mandato o reconocimiento alguno de los derechos de las minorías étnicas. Esta omisión no es pura casualidad ya que los fundadores de la ONU y los participantes de la Asamblea General de 1948, fueron conscientes al considerar al individuo como eje de los derechos humanos y como destinatarios principales de los mismos, soslayando a la comunidad y a las minorías étnicas como eje de referencia y beneficiarios de la Declaración.

Lo anterior se sustenta en el supuesto de que la protección de las minorías étnicas en la Declaración Universal hubiera traído por consecuencia el hecho de que grupos nacionales, religiosos o lingüísticos minoritarios, tendrían que haber recibido el mismo trato que los grupos mayoritarios del mismo Estado y que entonces tendrían que haber gozado del derecho a practicar su propio idioma y cultura. La Declaración Universal, no consideró entonces la concepción de los derechos humanos del mundo no occidental en donde la familia, el clan y la comunidad son a menudo social y culturalmente más relevantes que el individuo. Así, la Declaración Universal deja de ser tal porque no hace referencia alguna a los derechos colectivos de los pueblos indígenas y otras minorías étnicas. (Stavenhagen R, 1983, p 17).

En efecto, durante las sesiones realizadas por el grupo encargado de elaborar la Declaración, compuesto por delegados de la Comisión de Derechos Humanos y de la Asamblea General que debatió el proyecto, los países occidentales se mostraron inflexibles sobre los derechos colectivos, aduciendo que las disposiciones relativas a los derechos de las minorías no tenían lugar en la Declaración Universal.

Las delegaciones latinoamericanas por su parte negaron la existencia de minorías en sus territorios y pusieron en claro que los inmigrantes que llegaban a América Latina procedentes de otras partes del mundo tenían que asimilarse. No hubo nunca en esa época una mención a los pueblos indígenas del Centro o el Sur de América.

1.2.2 ART. 27 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:

Siguiendo la línea de reconocimiento individual de los derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a través de su artículo 27 estipula lo siguiente:

“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”.

La cuestión de fondo al respecto del artículo 27 al reconocer el derecho de las minorías étnicas a tener su propia vida cultural es, antes que nada, tener en claro, quienes, son minorías étnicas y si acaso los pueblos indígenas son minorías étnicas como para que sean beneficiarios del Pacto Internacional. Rodolfo Stavenhagen opina con acierto que este artículo no constituye una base efectiva y eficaz para un sistema de protección de los derechos de las minorías, porque al introducir la frase: **“En los Estados en que existan minorías”** el artículo 27 deja abierta la cuestión de definir lo que son las minorías y ya vimos que numerosos Estados niegan la existencia de minorías en sus territorios. Es decir que el artículo 27 no establece los parámetros que permitan sostener a nivel internacional si existen o no minorías étnicas en determinado Estado.

En segundo lugar, el artículo se refiere claramente a derechos individuales al determina: **“A las personas que pertenezcan a dichas minorías”** y, por ello mismo no se refiere a derechos colectivos, aun cuando admiten que estos derechos deben ser disfrutados por los individuos “en común con los demás miembros de su grupo”. Sin embargo, las minorías como grupos no son consideradas. Esta es una falla importante en el artículo 27 ya que muchos derechos

colectivos, sociales y culturales solo pueden ser disfrutados por comunidades organizadas como tales. Cristhian Tomuschat coincide con esta posición al afirmar que:

“Los beneficiarios de los derechos establecidos en el artículo 27, no existen dudas que no son los grupos minoritarios como tales sino las personas que pertenecen a las minorías. Esta formulación no puede ser vista como un accidente en la redacción pues concebir la protección de las minorías en términos individualistas se ubica perfectamente en el marco de los lineamientos generales del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

En tercer lugar, los derechos de las minorías son protegidos negativamente al referir que: **“No se negará a las personas que pertenecen a tales minorías, el derecho que les corresponde en común”**. Además, el texto no impone a los Estados ninguna obligación de apoyar activamente el derecho de las minorías, especialmente a disfrutar de su propia cultura e idioma o de practicar su propia religión, aun cuando tales derechos no sean negados por el Estado, pues a menudo los Estados llevan a cabo políticas asimilacionistas en detrimento de la sobrevivencia cultural de las minorías. Es por todo esto que los pueblos minoritarios han argumentado que el artículo 27 no garantiza sus derechos y de ninguna manera obliga a los Estados, a pesar de haber ratificado el Pacto, a llevar a cabo políticas a favor de los derechos de las minorías étnicas.

Sin embargo, las características de las minorías étnicas fueron siempre distintas a las de los pueblos indígenas. Un ejemplo que fácilmente puede ilustrar tal afirmación es la situación comparativa entre los kurdos y los pueblos indígenas del continente americano.

Coincidimos con el ya citado autor Rodolfo Stavenhagen cuando afirma que: *“El concepto tradicional de derechos humanos sean civiles, políticos y aún sociales, económicos y culturales se aplican fundamentalmente a los individuos”*. Por otro lado, considero que no debería asociarse a los derechos colectivos solamente como derechos propios de Estados y en algunos casos excepcionales de pueblos que luchan por su liberación nacional, sino que por el contrario, tales derechos colectivos deberían ser considerados como propios de aquellas culturas y pueblos que han conservado un sistema comunitario de vida.

No obstante, tampoco se puede afirmar de modo categórico que el Art. 27 del Pacto Internacional no haya servido para nada. Tan radical afirmación entraría en conflicto con la realidad y la propia aplicación que el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han dado a dicho artículo. El Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, aceptó a trámite la denuncia presentada por el “Jigap’ten” o Gran Capitán del Pueblo Mickmaq del Canadá, quien recurrió al Comité manifestando que Canadá: *“Ha negado y continúa negando, al pueblo de la sociedad tribal Mikmaq el derecho a la libre determinación...”*.

El Comité de Derechos Humanos llegó a rechazar el pedido del Canadá de que se declarara la inadmisibilidad de la demanda, puesto de que el recurrente no había comprobado su carácter de representante de los mikmaq. Entonces, el Comité asumió el caso rechazando implícitamente el argumento de que carece de competencia para examinar denuncias sobre violaciones de los derechos de las minorías étnicas conforme lo permite el Art. 27 y aunque el Comité no enunció una posición clara sobre el fondo de la demanda, sí dejó sentado un precedente importante en la materia cuando aceptó a la autoridad tradicional como legítimo representante de este pueblo indígena y además, se dirigió de modo directo al pueblo indígena mikmaq para consultar acerca del nivel de representatividad del Gran Capitán.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos por su parte invocó y aplicó también el citado Art. 27 del Pacto Internacional en el caso de los nativos miskito de la costa noratlántica de Nicaragua cuando el gobierno los forzó a abandonar sus territorios. En tal ocasión, la Comisión inclusive reconoció a las poblaciones indígenas como titulares de derechos específicos en razón a su propia y particular condición. En base al Informe Miskito publicado en 1984 y el Art. 27 del Pacto Internacional, la Comisión volvió a analizar violaciones de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala, Brasil y Surinam.

Estos casos, aunque no muy frecuentes, nos demuestran que el sistema del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el sistema Interamericano se encuentran abiertos a examinar como asuntos especiales, casos de violaciones de los derechos de los pueblos indígenas como tales en base a lo dispuesto por el Art. 27. El hecho de que así, la defensa de los derechos de

los pueblos indígenas, aunque desde una óptica individual, haya llegado a un nivel de justiciabilidad internacional, es un asunto que los pueblos indígenas deberían aprovechar con mayor frecuencia, pues aunque estos pueblos no se consideren minorías étnicas, tienen una puerta abierta (desde que son étnicamente distintos) para la defensa de sus derechos al respecto de violaciones acaecidas en países que hayan ratificado el primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional que permite a los individuos de los Estados, denunciar a sus propios gobiernos.

1.2.3 ART. 15 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES:

Por su lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en lo relativo a derechos culturales incluye cláusulas muy genéricas como el derecho de toda persona a participar en la vida cultural según lo dispuesto por el inciso a) del Art. 15.1. Las restantes cláusulas del Art. 15 se refieren más al derecho cultural en relación al progreso científico y a la protección de los derechos de autor de tal modo que prácticamente no se ocupa de las particularidades culturales de los pueblos indígenas ni de las minorías étnicas. Resulta, por decir lo menos, lamentable que el Pacto Internacional de la ONU que se ocupa de los derechos culturales regule poco o nada sobre diversidad cultural en el mundo.

SUBTÍTULO 1.3

CONDICIÓN JURÍDICA DE PUEBLOS INDÍGENAS

Mientras tanto la categoría de pueblo es distinta a la minoría étnica. Pueblo viene del latín *populus*, que tiene varios significados. Los habitantes de un pueblo indígena constituyen una comunidad ya que comparten una misma cultura milenaria o vernacular que tiene sus propias características tradicionales, que la diferencian del resto de la población que ha abandonado esos patrones originarios o tradicionales de vida. Dichas poblaciones suelen pertenecer a tradiciones organizativas que preceden al desarrollo del Estado moderno. Este término procede del latín y es fruto de la suma de dos partes claramente diferenciadas: el

adverbio “inde”, que puede traducirse como “allí”, y “gena”, que es equivalente a “nativo o indígena” y que reclama su reconocimiento como “pueblo” en base a los siguientes derechos:

- El derecho a llamarse así mismos con su propio y verdadero nombre y expresar libremente su propia identidad.
- El derecho a gozar de un status oficial y a formar sus propias organizaciones representativas.
- El derecho a mantener en las áreas en donde viven su estructura económica y formas de vida tradicionales sin que ello afecte su derecho a participar libremente y sobre bases de igualdad en el desarrollo económico, social y político del país.
- El derecho a mantener y usar su propio idioma en donde sea posible para fines de educación y administración.
- El derecho a disfrutar de libertad de religión, o creencia.
- El derecho a tener acceso a la tierra y a los recursos naturales, particularmente a la luz de la importancia fundamental que estos elementos tienen para sus tradiciones y aspiraciones.
- Y el derecho a establecer, dirigir y controlar sus propios sistemas educativos.

1.3.1 FUNDAMENTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE PUEBLOS INDÍGENAS:

La noción de pueblo indígena, por lo tanto, está vinculada a la comunidad originaria de una cierta región. Los aymara, los guaraníes, los mapuches, los quechuas, aguarunas, shipibos, ashincas y wachipayris son algunos de los pueblos indígenas que existen en el territorio

americano. En todo caso, volviendo al análisis jurídico del artículo 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, ocurre que éste, no hace mención alguna a los pueblos indígenas, a pesar de que algunos insisten en que estos pueblos también son minorías. No obstante, los mismos pueblos indígenas se han opuesto rotundamente a ser reconocidos en la escena internacional como minorías étnicas. Los indígenas sostienen que su situación es diferente a la de las minorías en general y que, deben ser objeto de especial atención, por las siguientes razones:

- En primer lugar, porque en algunos países latinoamericanos y asiáticos no representan de ningún modo una minoría sino una mayoría numérica como es el caso obviamente de Bolivia, Perú, Ecuador y Guatemala.
- En segundo lugar, porque los indígenas son descendientes nativos de un país que fue poblado o colonizado por inmigrantes o conquistados por la fuerza.
- En tercer lugar porque han sido víctimas de ciertos procesos de desarrollo económico y político que los ha colocado en una situación de subordinación y dependencia con respecto a la sociedad dominante en su propio territorio.
- En cuarto lugar, los pueblos indígenas argumentan que ellos son los habitantes ancestrales de los territorios donde se ha establecido otras naciones y que sus derechos han sido sistemáticamente violados por los Estados dominantes, cuya legitimidad no siempre reconocen.

Basados en estos y otros argumentos, los indígenas reivindican la condición de “pueblos” y no de minorías o simples poblaciones como se les llama a veces y demandan su derecho a la libre autodeterminación tal como lo establece el Derecho Internacional. En el programa de acción adoptado por la Segunda Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, que tuvo lugar en agosto de 1983 en Ginebra y, posteriormente respaldado por la

Asamblea General se logró que los gobiernos respetaran los derechos básicos de los pueblos indígenas, reconociendo a saber:

1.3.2 CATEGORÍA DE “PUEBLO INDÍGENA” COMO PARTE DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN:

El derecho a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos es frecuentemente mencionado por los líderes indígenas como un derecho propio y una alternativa para reclamar crecientes grados de autonomía. También se ha sustentado la alternativa de que a través de este derecho fundamental se defienda el derecho a la consulta previa. Oficialmente se encuentra reconocido por los artículos 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un asunto necesario a analizar es si los pueblos indígenas son destinatarios de lo establecido en el Art. 1 de los dos Pactos internacionales de 1966 cuando establecen que:

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

Una primera cuestión que se debe hacerse notar es que pese a estar incluido este derecho en la Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 no incluye el reconocimiento de este derecho, tampoco lo hicieron posteriormente los instrumentos regionales sobre derechos humanos. No obstante, la Asamblea General por Resolución 637 (VII) reconoció en 1952 que el derecho de los pueblos y las naciones a la libre determinación es condición indispensable para el goce de todos los derechos humanos fundamentales. Otro paso histórico fue dado en 1960 cuando la Asamblea General adoptó la Resolución 1514 (XV) aprobando la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, en la que se establece solemnemente que:

“Todos los pueblos tienen derecho de libre determinación; en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación al caso de desplazamiento forzado de los indígenas miskito de Nicaragua tuvo que pronunciarse en cuanto al derecho a la libre determinación por haber sido expresamente alegado por varias organizaciones y personas de ese pueblo indígena. La Comisión rechazó la pretensión de los miskitos de que Nicaragua les reconozca el derecho a la libre determinación, por los siguientes motivos:

En primer lugar, hizo énfasis en que los miskitos son un grupo étnico y como tal gozan del derecho **“a una protección especial”** de su idioma, religión y cultura, pero no del derecho a la libre determinación. La Comisión concluyó implícitamente, que los miskitos no llenan las condiciones para su reconocimiento como pueblo, aunque dicha conclusión no aparece, expresamente, ni mucho menos explica los criterios que sirven para la tipificación de un pueblo. Por el contrario, el análisis de la Comisión parece asumir que un “grupo étnico” a priori no es un pueblo, aunque la doctrina no considera los dos conceptos excluyentes sino que más bien reconoce la unidad étnica, lingüística y religiosa como elementos que contribuyen a la identificación de un pueblo.

Con esta decisión, la Comisión dejaría constancia de su renuencia a reconocer el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas de América. Mientras tanto en otro caso relativo al pueblo Mapuche de Chile, la Comisión si llegó a calificar a dicha población indígena de pueblo en un informe publicado en 1980. En tal caso, la Comisión mostró su preocupación por las amenazas al derecho de poseer tierras colectivas y a la identidad cultural de los mapuches, así como por su pobreza y bajo nivel de salud, nutrición y educación. La Comisión (Informe Anual, 1979, p 169) concluye con una recomendación al Estado chileno para que las leyes que afecten al pueblo Mapuche sean modificadas en el sentido de **“dar una mejor protección a los derechos de dicho pueblo”**.

Pese a una positiva evolución, el derecho a la libre determinación aún no ha sido firmemente establecido para los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. La respuesta definitiva a la interrogante de si los pueblos indígenas son minorías o pueblos y naciones ayudará a determinar si la ley internacional finalmente les garantizará el derecho a la libre determinación o autodeterminación. Véase como hasta ahora la ONU se ha cuidado en no

emplear de frente el término de pueblo o pueblos indígenas en la misma denominación del Grupo de Trabajo, el Convenio N° 169 de la OIT y el Decenio Internacional que usan la denominación de “poblaciones” que, por cierto, ya es un paso adelante porque se encuentra cerca del concepto de pueblo o nación.

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas sería ciertamente resguardado con mayor efectividad si el ordenamiento legal de un país reconociese a los pueblos indígenas un óptimo grado de autonomía para el manejo de todos los aspectos que componen su vida cultural, social y económica. Ocurre en síntesis, que la defensa de sus derechos patrimoniales, territoriales y ambientales de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la consulta previa, puede ser un elemento determinante para que los pueblos indígenas redoblen esfuerzos dirigidos a que los Estados reconozcan a su favor el grado de autogobierno más amplio posible en concordancia a lo estipulado por el Artículo 7 del Convenio N° 169 de la OIT que reconoce el derecho de las poblaciones indígenas a decidir sus propias prioridades y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural sin que se fuerce la figura de que en base al derecho a la libre determinación, se les reconozca la posibilidad de formar su propio Estado.

SUBTÍTULO 1.4

PUEBLOS INDÍGENAS SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

En cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, tenemos en la escena del Derecho Internacional Público, un largo desarrollo desde el siglo XX que ha consolidado sus derechos. Veamos los principales aspectos de cómo se ha dado esa evolución.

1.4.1 RECONOCIMIENTOS EN EL SISTEMA DE LA ONU:

Varios son los organismos especializado de la ONU que ha reconocido derechos y programas especiales a favor de los pueblos indígenas. Estos reconocimientos y procesos especiales para los pueblos indígenas, han sido principalmente, los siguientes:

- Por Resolución 45/164 la Asamblea General de la ONU proclamó al año 1993 como Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo a fin de dar a conocer su situación en el plano mundial. En la ceremonia de apertura celebrada en Nueva York, y por primera vez en la historia, los dirigentes de los pueblos indígenas hicieron uso de la palabra desde el estrado de la Asamblea General.
- Por su parte, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el instrumento de trabajo denominado, “Líneas y normas para apoyar a los pueblos indígenas,” declara que:

“Proyectos que reúnan, usen y/o estén basados en conocimientos consuetudinarios indígenas deben incluir medidas que promuevan el reconocimiento de este conocimiento como propiedad intelectual, así como medidas que prevengan la diseminación de este conocimiento sin el previo consentimiento de los propietarios o sin cualquier reconocimiento o compensación a los custodiantes indígenas de este conocimiento”.

- Posteriormente, la Asamblea General de la ONU proclamó a 1993 como “Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo”, al que siguió el “Decenio Internacional de las poblaciones Indígenas del Mundo” (1995-2004).
- Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo aprobó en 1989 el Convenio de Poblaciones Indígenas y Tribales en Estados Independientes.
- La Asamblea General de la ONU del 2007 proclamó la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Por mandato de la ONU, en adelante, cada 9 de agosto se celebra el Día Internacional de los Pueblos Indígenas.

1.4.2 PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHO INTERNACIONAL DEL AMBIENTE:

El Derecho Internacional del Ambiente es probablemente el ámbito de más reciente aparición y decidida evolución del Derecho Internacional Público. Se ha desarrollado a partir de la regulación jurídica internacional, a nivel bilateral o multilateral, de los elementos ambientales de continuum ecológico, como son mares y océanos, ríos y lagos, la atmósfera terrestre, las especies migratorias de la fauna silvestre, los bosques, ecosistemas únicos y la conservación de la biodiversidad en tanto a que todos estos elementos de la naturaleza son comunes a los territorios de dos o más Estados y éstos han tenido que pactar para buscar su aprovechamiento y conservación desde hace mucho tiempo.

Por su gran contribución a la conservación del ambiente y los ecosistemas del planeta, los pueblos indígenas, son vistos como un gran ejemplo de vida porque históricamente han convivido en armonía con la naturaleza. El secreto de los pueblos indígenas por la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, ha sido esa particular cosmovisión que mantienen en pro de una equilibrada relación hombre - naturaleza.

Varios de los instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes del Derecho Internacional del Ambiente han hecho explícito ese reconocimiento en pro de la revaloración o rescate de las tecnologías indígenas para la gestión del ambiente, el territorio, el aprovechamiento de los recursos naturales y biológicos. Entonces, los Estados reconocen implícitamente que los pueblos indígenas han destruido menos que ellos y entonces, hay mucho que aprender de las culturas aborígenes para revertir la crisis ecológica y dirigirnos al desarrollo sustentable. A continuación, la cita de las principales declaraciones y convenios internacionales que destacan la contribución de los pueblos indígenas:

1.4.2.1 DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LOS BOSQUES:

En cuanto a la protección y conservación de los bosques bien sabemos que la Cumbre de Río o Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 fracasó en su intención inicial de aprobar un Convenio sobre la Conservación de los Bosques. El motivo de tal fracaso radicó principalmente en el enfrentamiento que generó el tema de la

conservación de los bosques y la explotación de la madera a nivel internacional, pues mientras varios países industrializados encabezados por los Estados Unidos sostenían la tesis de que los bosques eran todavía “patrimonio común de la humanidad” y que debía propiciarse su conservación en beneficio de la humanidad, Malasia y otros Estados en vías de desarrollo sostuvieron el principio de soberanía sobre los bosques, afirmando que solamente el Estado podía dictar políticas y normas de aprovechamiento siendo imposible que el Primer Mundo pudiera negar al Tercer Mundo el derecho de aprovechar sus recursos forestales.

Como no se pudo aprobar una Convención sobre Bosques, la Conferencia de 1992 aprobó la Declaración de Principios sobre la Ordenación de los Bosques en que se incluyeron hasta dos principios relacionados con los pueblos indígenas que precisan lo siguiente:

“En la planificación y ejecución de políticas forestales nacionales deberán participar múltiples sectores de la población, incluidos los habitantes de zonas forestales, las mujeres, los pueblos indígenas, la industria, los obreros y las organizaciones no gubernamentales. En las políticas forestales se deberá reconocer la identidad, la cultura y los derechos de los pueblos indígenas y de los habitantes de las zonas boscosas cuyos conocimientos sobre la conservación y el aprovechamiento de recursos forestales deberán respetarse y utilizarse en la formulación de programas forestales.”

1.4.2.2 DECLARACIÓN DE RÍO: PRINCIPIOS 22 Y 23

En la cumbre para la Tierra de 1992 se oyó la voz colectiva de los pueblos indígenas, que expresaron su preocupación por el deterioro de sus tierras, territorios y del medio ambiente. Aprobada durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil en 1992 el Principio 22 de esta Declaración establece que:

"Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas ancestrales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar porque participen efectivamente en el logro del desarrollo sostenible".

Concordantemente, el Principio 23 afirma que:

"Deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación".

De todos modos, es necesario aclarar que según el Derecho Internacional Público, la Declaración de Río y el Programa 21 no son instrumentos jurídicos vinculantes u obligatorios porque declaraciones internacionales sólo son aprobadas y proclamadas por una Asamblea General o una Conferencia Especial de la ONU sin que sean sometidos al proceso de ratificación en cada país. Sin embargo, el gran valor jurídico de éstos deriva del hecho de que todos los Estados del mundo han participado en su aprobación y se sobre-entiende que han estado de acuerdo en todos sus aspectos al haber participado en el proceso de análisis, debate y aprobación; por lo que se puede exigir a los Estados, su observancia y cumplimiento. Por eso mismo, sirven de fuente o inspiración para elaborar nuevos convenios o tratados -que sí son vinculantes- así como nuevos preceptos constitucionales o nuevas leyes ambientalistas.

1.4.2.3 CAPÍTULO 26 DEL PROGRAMA 21:

Siendo otro de los instrumentos jurídico-internacionales que se aprobaron durante la cumbre de Río de 1992, el Capítulo 26 del Programa 21 (conocido también como la Agenda 21 profundiza el contenido de la Declaración de Río. El referido Capítulo 26 reconoce en esencia que:

"Las poblaciones indígenas a lo largo de muchas generaciones han alcanzado un conocimiento científico tradicional holístico de sus tierras, recursos naturales y el medio ambiente" y precisa que: "Los gobiernos deberán reconocer la necesidad de proteger sus tierras y podrán, asimismo, adoptar legislaciones y políticas para preservar sus prácticas tradicionales y proteger la propiedad de las poblaciones indígenas, incluidas ideas y conocimientos".

Recomienda el capítulo 26, que los gobiernos deberán reconocer la necesidad de proteger las tierras de las poblaciones indígenas de actividades nocivas para el ambiente y otras prácticas que éstos consideren inapropiadas desde el punto de vista social y cultural. Recomendaba también, que los gobiernos incorporen en la legislación nacional los derechos y las

obligaciones de las poblaciones indígenas, pudiéndose adoptar legislaciones y políticas para preservar prácticas tradicionales y proteger sus tierras y territorios (Keating M, 1993, p 49).

1.4.2.4 CONVENIO DE LUCHA CONTRA LA DESERTIFICACIÓN:

Por su parte, el Convenio de Lucha contra la Desertificación en países que padecen sequía o desertificación, particularmente en África aprobado luego de la Cumbre de Río promueve la adopción de un nuevo paradigma en cuanto a la gestión de ecosistemas situados en tierras áridas o semiáridas. La Convención está siendo implementada a través de programas de acción que buscan incidir en las causas de la sequía y la desertificación a fin de identificar medidas para prevenirlas y revertirlas. Estos programas están basados en acciones que se originan en escenarios locales. La relevancia del conocimiento tradicional en el proceso de lucha contra la sequía y la desertificación se refleja en el texto de los artículos 16, 17, 18 y 19 de la Convención. Resulta particularmente interesante resaltar, lo dispuesto por el Art. 17 referente a la investigación y el desarrollo cuando dispone que:

“Las Partes o Estados se comprometen a promover la cooperación técnica y científica en la esfera de la lucha contra la desertificación y la mitigación de los efectos de la sequía, con ese fin apoyarán las actividades de investigación” que: (c) “Protejan, integren, promuevan y validen los conocimientos, la experiencia y las prácticas tradicionales y locales, velando por que, con sujeción a sus respectivas leyes y políticas nacionales, los poseedores de esos conocimientos se beneficien directamente, en forma equitativa y en condiciones mutuamente convenidas, de cualquier uso comercial de los mismos o de cualquier adelanto tecnológico derivado de dichos conocimientos”.

1.4.2.5 CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA:

El Preámbulo del Convenio comienza afirmando que la conservación de la diversidad biológica constituye un interés común de toda la humanidad. En cuanto a los pueblos indígenas, el Preámbulo reconoce explícitamente que la supervivencia de tales pueblos se encuentra ligada a la continuidad de sus accesos tradicionales a los recursos biológicos. Remarca asimismo la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, incluyendo el derecho

implícito de las comunidades a recibir beneficios cuando técnicas o conocimientos de sus prácticas tradicionales lleguen a ser más ampliamente usadas y valoradas.

El Preámbulo reconoce de modo expreso la conexión entre la conservación de la biodiversidad y de la diversidad cultural, Adicionalmente reconoce que los conocimientos de los recursos biológicos y de las técnicas de uso indígenas pueden tener valor fuera de las mismas comunidades. No hay duda que los objetivos fundamentales del Convenio se encuentran sintetizados en el artículo tercero. Son:

- La conservación y utilización sostenible de los elementos de la diversidad biológica.
- La participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la comercialización de los recursos genéticos.
- El acceso adecuado a los recursos biológicos y genéticos.
- La transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes y,
- La financiación adecuada para coadyuvar a la conservación de la biodiversidad.

Aprobado durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, este Convenio tiene el mérito ciertamente de ser el principal instrumento internacional obligatorio para los Estados, que incluye normas sobre el respeto y la adecuada valoración de conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas en relación a los usos de la diversidad biológica. La norma que de modo directo obliga a los Estados a respetar el conocimiento tradicional es el artículo 8 (j), que establece que cada Estado en la medida de lo posible y según proceda:

“Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y

locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

Con esta disposición, se quiere reconocer el aporte que han dado las comunidades indígenas y locales para la generación de técnicas e innovaciones aplicables en la industria, principalmente alimenticia, química, farmacéutica y biotecnológica. Ciertamente, traducir esos conocimientos en beneficios para dichas comunidades resulta justo, por lo que parte de lo que obtengan los países por la explotación comercial de productos derivados de sus recursos biológicos debe ser destinado para la compensación de quienes son titulares del componente intangible de los biorecursos, a través, por ejemplo, del establecimiento de un fondo especial que utilice esos recursos para programas de asistencia a dichas comunidades.

SUBTÍTULO 1.5

PUEBLOS INDÍGENAS SEGÚN EL DERECHO NACIONAL

1.5.1 CAMPELINOS ANDINOS Y NATIVOS AMAZÓNICOS:

Las comunidades campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

Las comunidades campesinas se asientan con más significación en los Andes (casi el 90%). Sin embargo, también existen en la costa y en la Amazonía. Por su ubicación geográfica y su modo de vida, es necesario diferenciar entre las comunidades campesinas de la costa y las comunidades nativas de selva. En términos generales podríamos decir que

el concepto de pueblo tribal, coincide con el concepto de **comunidad nativa** o Amazónica, mientras el segundo, el concepto de pueblo andino, coincide con el concepto de **comunidad campesina**.

En todo caso, las comunidades campesinas y comunidades nativas son instituciones históricas, reconocidos constitucionalmente en el artículo 89° de la Constitución Política del Perú. Se componen de grupos de personas que actúan como sujetos colectivos (con un interés colectivo o comunal) cuyo origen se encuentra en los pueblos originarios o pueblos “indígenas” que poblaron por primera vez el territorio peruano. En el pasado, la institución semejante se denominaba *Ayllu* para la zona andina con una fuerte relación con la tierra.

Mientras tanto la comunidad amazónica, de hecho, tiene también, una relación con la tierra, pero en mayor grado con el ecosistema amazónico para aprovechar sosteniblemente sus bosques, ríos y recursos desde hace milenios con los frutos, animales de caza, peces y otros recursos para su usufructo e intercambio. Las comunidades amazónicas de cualquier origen o pueblo, como los shipibos, ashánincas, aguarunas, etc han conservado una identidad indígena más sólida.

1.5.2 RECONOCIMIENTO LEGAL:

Dada la procedencia histórica de los pueblos o las comunidades andinas y amazónicas con anterioridad a la conquista y colonización española, su existencia es indiscutible. Sin embargo, en esta existencia histórica es importante distinguir dos niveles: una existencia de hecho y una existencia legal. La existencia de hecho, lleva a sostener que los pueblos o comunidades han existido y siguen existiendo al margen de las denominaciones y los reconocimientos constitucionales o legales.

La existencia legal implica el reconocimiento que hacen las autoridades del Estado basado en la Constitución y las leyes. En el caso del Perú, las comunidades andinas y amazónicas fueron reconocidas por primera vez en la **Constitución Política de 1920**. A partir de dicha Constitución las autoridades del Estado estuvieron obligadas a respetar a los comuneros

miembros de dichas comunidades y a promover su desarrollo a través de políticas diferenciadas (Figallo G, 2005, p 1084).

Conforme al Art. 89 de la Constitución Política del Perú de 1993, el reconocimiento de existencia legal de las comunidades, comprende dos niveles: el nivel de los sujetos individuales de una comunidad, y el nivel de la comunidad como tal. El primer nivel garantiza que los sujetos miembros de una comunidad tengan derechos y obligaciones individuales como todo ciudadano, al margen que sus comunidades sean o no reconocidas. El segundo nivel garantiza que la comunidad exista como sujeto colectivo, esto es que el conjunto de sus miembros se identifique con una situación especial basada en su cultura,

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

El citado artículo 89 de la Constitución señala que:

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

Complementariamente, desarrollando los preceptos constitucionales, el ordenamiento jurídico infraconstitucional, reconoce la existencia legal y personería de las comunidades campesinas y nativas. En efecto, el artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas (Ley N° 24656) señala que:

«Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país».

Asimismo, en conformidad con el artículo 8 de la Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de las regiones de selva y ceja de selva (Decreto Ley N° 22175):

«Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso».

Por último, citaremos el artículo 2 del Decreto Supremo N° 065-2005-PCM que precisa que los pueblos andinos «Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluye a las comunidades campesinas de la Sierra y de la Costa».

De igual manera, los pueblos amazónicos «Son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Incluye a las comunidades nativas y pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial». Finalmente, la referida disposición señala que «a los pueblos andinos y pueblos amazónicos, se les podrá denominar pueblos indígenas».

En esa misma línea tenemos el artículo 2, inciso a) de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (Ley N° 28736). Según esta norma, se consideran pueblos indígenas a:

«Aquellos que se auto reconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial».

1.5.3 DERECHOS CULTURALES BÁSICOS PARA LA CONSULTA PREVIA:

Nuestra Constitución reconoce la identidad étnica y cultural de toda persona, incluyendo a los pueblos indígenas u originarios en su texto. El numeral 19 del artículo 2° reconoce que 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”*.

Sin embargo, en un Estado constitucional de derecho, además de la Constitución deben tenerse en consideración las normas del bloque de constitucionalidad, entendido éste como el conjunto de normas: *“que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a [...] los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos”*.

Asimismo, desde 1995, los derechos de los pueblos indígenas u originarios se encuentran protegidos gracias a la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, el cual fue ratificado por el Congreso de la República en 1994. Entonces, Si bien las referencias al término “indígena” datan de varios siglos atrás, es a partir del trabajo de organismos internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con el Convenio N° 169, que la categoría “Pueblo Indígena” asume un nuevo protagonismo. Bajo este paradigma, los pueblos indígenas son entendidos como pueblos originarios cuyos antepasados se encontraban en territorios que luego fueron conquistados, que además han conservado instituciones culturales y una identidad propia.

En igual sentido, cuando de interpretación de derechos fundamentales se trate, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala:

“El contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Por último, tenemos que con fecha 23 de agosto de 2011, el Congreso de la República aprobó por unanimidad la Ley N° 29785 -“*Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*”. Dicha ley fue promulgada por el Presidente de la República con fecha 06 de septiembre de 2011 y se publicó en el diario oficial El Peruano el 7 de setiembre del 2011. Mediante la aprobación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa, se reconocen los compromisos asumidos con el Convenio N° 169, por ello, después de 16 años, se constituye en el punto de partida para la solución de los conflictos entre el Estado y los pueblos indígenas, mediante el respeto y garantía de sus libertades.

1.5.4 CONCEPTO DE PUEBLO INDÍGENA O TRIBAL DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT:

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue aprobado internacionalmente el año 1989, pero ratificada por el Perú el 2 de febrero de 1994, entrando en vigor por disposición del mismo Convenio al año siguiente, esto es el 2 de febrero de 1995. Este convenio regula en forma específica el conjunto de derechos y obligaciones de las comunidades campesinas o andinas, y de las comunidades nativas o amazónicas. Además, dicho Convenio tiene rango constitucional, por tratar de derechos humanos, conforme a la cuarta disposición final y el artículo 3 de la Constitución Política del Perú.

El referido Convenio Internacional de la OIT desarrolla en forma amplia los conceptos de Pueblo Indígena y Pueblo Tribal, incluyendo en los mismos los conceptos de comunidad campesina o andina, y comunidad nativa o amazónica. El amplio contenido de las definiciones de dichos conceptos se encuentra regulado en el artículo 1 del Convenio:

Artículo 1

“1. El presente Convenio se aplica:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

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

c) La conciencia de su identidad [indígena] o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

4. La utilización del término ‘pueblos’ en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”

Entonces, el párrafo 1, inciso “a”, define el concepto de Pueblo Tribal, en tanto el párrafo 1, inciso “b”, define el concepto de Pueblo Indígena. En términos generales podríamos decir que el primero, el concepto de pueblo tribal, coincide con el concepto de comunidad nativa o amazónica, mientras el segundo, el concepto de pueblo indígena, coincide con el concepto de comunidad campesina o andina. Un elemento adicional que sí puede establecer las diferencias de ambos grupos de comunidades es el que se refiere al elemento subjetivo destacado en el párrafo 2 en base a la conciencia de identidad que define la orientación o definición de los miembros de una comunidad por lo indígena o tribal. Si una comunidad se considera “indígena”, su carácter de “Pueblo Indígena” es la que se aplica, si una comunidad se considere “tribal”, su carácter de “Pueblo Tribal” se aplica.

TÍTULO II

DERECHOS HUMANOS Y CONSULTA PREVIA

DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En este capítulo presentamos la doctrina de los derechos humanos como aporte fundamental para la emergencia, desarrollo y consolidación del derecho fundamental a la consulta previa, tanto desde la óptica de los derechos clásicos del vigente sistema universal de los derechos humanos, como desde la visión de los derechos de los pueblos indígenas.

SUBTÍTULO 2.1

CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos valen ciertamente para todas las personas y seres humanos. Por ello mismo, el reconocimiento de los derechos del hombre, derechos humanos, derechos fundamentales o derechos universales debería dirigirse también a los pueblos indígenas. De hecho, los instrumentos nacionales e internacionales de los derechos humanos se aplican también a las personas indígenas, considerados como seres humanos individuales, pero no así, como colectivos o pueblos que mantienen una cultura distinta a la occidental.

2.1.1 CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS:

Recordemos en principio que los derechos humanos son aquel conjunto de libertades, atributos y facultades reconocidos por la Constitución a los habitantes de un país por su condición de ser humano. La perspectiva iusnaturalista de los derechos humanos se consagra en la siguiente definición:

“La idea de los derechos humanos deriva del concepto cristiano de dignidad y valores esenciales de la persona; la dignidad del hombre, es decir, su grandeza esencial proviene de su naturaleza, hecha a imagen y semejanza de Dios; por lo que son derechos fundamentales de la persona y por lo tanto inalienables, naturales y esenciales” (Paz JP, 1982, p 49).

Asimismo, tenemos el siguiente criterio:

“Son el conjunto de facultades que la persona está llamada a ejercer en orden a las exigencias fundamentales que le imponen la vida espiritual y natural”(Alzamora M, 1980, página 146).

Por su parte, Pedro Nikken afirma:

“Que la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado, el poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial”(CAL, 2001, p 271).

El mundo contemporáneo a través de múltiples declaraciones y pactos internacionales reconoce validez a estos derechos atribuyéndoles las más altas cualidades como las de ser inalienables, absolutos, imprescriptibles, sagrados, universales, etc. En todo caso, la doctrina del iusnaturalismo juega un papel importante en la caracterización de los derechos humanos como inherentes a la persona en base a su sola condición natural de ser humano y por ello, anteriores y superiores al Estado. Por ello se afirma que el Estado al expedir leyes que incorporan la validez de los derechos humanos no hace sino reconocer un conjunto de facultades pre-existentes a la norma positiva.

Así como se habla mucho de globalización económica, se sostiene que existe también una globalización de los derechos humanos, sin embargo, tal y como éstos han sido concebidos y desarrollados a partir de las contribuciones de la Declaración Americana de la Independencia y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, incluyendo los instrumentos relevantes posteriores como la Constitución de Weimar de Alemania o la Constitución de Querétaro de México; los derechos humanos aparecen como una efectiva contribución de la cultura europea.

2.1.2 CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Los derechos humanos se clasifican de muy diversas maneras en la doctrina. La más conocida forma de clasificarlos parte de su proceso histórico o evolución en derecho de primera, segunda y tercera generación. Entre los primeros, tenemos los derechos civiles y políticos o derechos humanos de primera generación, verigracia: el derecho al nombre y las libertades de opinión, culto y de tránsito; mientras tanto los derechos de segunda generación son los derechos económicos sociales y culturales como el derecho a la protección de la salud, el derecho al trabajo y a la seguridad social; los derechos de tercera generación son conocidos también como derechos de solidaridad como el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado y, el derecho a compartir el patrimonio común de la humanidad.

Los derechos humanos de segunda generación, entre los que se encuentran los derechos culturales como el derecho a la educación intercultural, el derecho a mantener la propia identidad étnica y cultural o el derecho a expresarse en el propio idioma vienen a ser los más cercanos a los derechos gozados y practicados por los pueblos indígenas, sin embargo, la perspectiva de estos derechos parte siempre de la consideración del individuo como eje o centro de referencia para el goce y ejercicio de tales derechos mientras que los derechos indígenas parten de una concepción colectiva o comunitaria de los derechos que coloca a la comunidad o a la etnia como eje referencial para el goce y ejercicio de los derechos esenciales.

La mayor parte de derechos humanos que los pueblos indígenas enfrentan y practican en su vida diaria, no son definitivamente asuntos de derechos humanos como individuos sino como

naciones indígenas, tribus, comunidades, etnias o pueblos. En años recientes, como veremos, se han consolidado los derechos de los pueblos indígenas como tales desde una perspectiva de derechos colectivos, como el derecho que tratamos a la consulta previa.

SUBTITULO 2.2

CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

COMO DERECHO HUMANO

A partir de la doctrina universal de los derechos humanos, pero con el énfasis de los derechos humanos colectivos, presentamos ahora los fundamentos doctrinarios que sustentan el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

2.2.1 DERECHOS CLÁSICOS QUE SUSTENTAN EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA:

De los derechos humanos de primera y segunda generación, los derechos clásicos que han servido de fundamento para el desarrollo y consolidación de derecho a la consulta previa, tenemos:

2.2.1.1 DERECHO A LA PARTICIPACIÓN:

En el Perú, el artículo 31° y 32° de nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho a la participación ciudadana como un derecho individual distinto del derecho a la consulta. El derecho a la participación involucra como mecanismos al referéndum -tipo de consulta ciudadana-, iniciativa legislativa, remoción de autoridades, entre otros. Ninguno de estos procesos es reconocido como derecho colectivo de algún grupo en particular, sino que se entienden aplicables a toda la población en general como una forma de participación en las decisiones políticas de los gobernantes.

Asimismo, la consulta popular reconocida en nuestra Carta Magna no corresponde con las características necesarias del proceso de consulta a los pueblos indígenas. De lo expresado, podemos concluir que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas no se encuentra reconocido expresamente en nuestra Constitución mediante los artículos referidos a la participación ciudadana por cuanto estamos ante un derecho de naturaleza y objetivos distintos. No obstante, hay que tener presente que los instrumentos internacionales han reconocido el derecho colectivo a los pueblos indígenas a participar en la formulación y aplicación de planes y programas, derecho que aún no ha sido desarrollado normativamente en nuestro país.

Al respecto, cabe precisar que el Convenio N° 169 de la OIT a través de sus artículos 6. b. y 7.1 y 2) y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 mediante sus artículos 5, 18 y 23 reconocen el derecho a la participación de los pueblos indígenas en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Se puede expresar que este derecho es más amplio que el derecho a la consulta pues se ejercerá desde la formulación de planes y programas incluso. Al igual que el derecho a la consulta y el derecho a la participación de los pueblos indígenas es un derecho colectivo, que busca asegurar la incorporación de las prioridades de los pueblos en los planes y programas del Estado. La aplicación de este derecho se podrá ejercer a través de la participación en espacios políticos con un diseño de cupos especiales para los representantes de los pueblos indígenas.

2.2.1.2 DERECHO A LA INFORMACIÓN:

La Constitución Política del Perú de 1993 reconoce entre los derechos fundamentales de las personas, el derecho a solicitar información a las entidades públicas, el cual es un derecho que corresponde a cualquier individuo y no tiene por finalidad la generación de un diálogo entre la ciudadanía y el Estado Peruano. El texto constitucional de este derecho fundamental tiene el siguiente enunciado:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho fundamental:

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”.

De hecho, no se podría entender al derecho a la consulta de los pueblos indígenas como un mero proceso de información, sino que será necesario que a lo largo del proceso de consulta se otorgue toda la información relevante para la toma de decisión. El otorgamiento de la información se configura como una característica imprescindible de un adecuado proceso de consulta, por lo que la provisión de la información y el mismo derecho a la información, han sido un importante aporte para el desarrollo del derecho fundamental a la consulta previa.

2.2.1.3 DERECHO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL:

Reconocido por el inciso 19 del Art. 2 de la Constitución como un derecho fundamental que por primera vez reconoce una constitución peruana y que refleja la diversidad cultural de nuestro país, implica que la persona en el Perú tiene derecho a conservar sus rasgos culturales y étnicos propios, lo cual, de hecho, fortalece la identidad de los pueblos indígenas en el Perú.

Este derecho ha sido reconocido también por los artículos 1.1, 21, 29.b de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que ha sido definido como un: “ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos” de los pueblos indígenas. En ese sentido, de acuerdo con la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, constituye un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Así, una falta de consulta a los miembros de un pueblo implica una afectación a dicho derecho en la medida que supone una intervención y destrucción del patrimonio cultural y, por ende, una falta grave al respeto debido a la identidad social y cultural, costumbres, tradiciones, cosmovisión y modo de vivir (CIDH, Sarayuku, p 213).

Este derecho ha merecido un desarrollo constitucional interesante de las normas constitucionales referidas a los derechos culturales, aun cuando todavía insuficiente. No se trata de una interpretación más, se trata de la interpretación que de la Constitución realiza el supremo y definitivo intérprete de la Constitución, de conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Comienza el TC reconociendo el multiculturalismo y pluriétnicidad en la Constitución, señalando que: «el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad.

Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43° de la Constitución». En otro momento dirá que: «cuando nuestra Ley Fundamental consagra, en primer lugar, el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, y, en segundo lugar, cuando impone al Estado la obligación de reconocer y proteger dicha identidad y pluralismo, está reconociendo que el Estado peruano se caracteriza, precisamente, tanto por su pluralidad étnica, así como por su diversidad cultural».

En esa misma línea de reconocimiento de una realidad cultural, material y profundamente heterogénea, el TC señala que la Constitución de 1993 ha adoptado un modelo de Estado social y democrático de Derecho y no por un Estado liberal de Derecho. Esto es importante en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado Social y Democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana».

Es más, el TC señala con firmeza que la heterogeneidad de nuestra sociedad no es una falla histórica, sino una virtud que debemos celebrar: «la multiculturalidad del Estado peruano, no debe significar un lastre para lograr la identidad nacional, sino un desafío constitucional en la medida que se debe tener en consideración el valor de la diversidad cultural».

Posteriormente, reconduce lo cultural a los principios constitucionales de tolerancia, de pluralismo y de respeto a la costumbre. Por su parte, el artículo 43 de la Constitución reconoce al Perú como una República democrática. Hay que puntualizar que en el principio democrático residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena.

En tal sentido, el hecho que, por efecto de la diversidad cultural constitucionalmente reconocida, diversos rasgos espirituales y materiales se concreten en grupos minoritarios, no puede ser razón válida para desconocer o, peor aún, menoscabar sus legítimas manifestaciones. Por el contrario, cuando al acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, éste pierde su valor de neutralidad, y prevalecen los valores contra mayoritarios de la Constitución, como la igualdad (inciso 2 del artículo 2) y el pluralismo (inciso 19 del artículo 2, artículo 43 y artículo 60) para recomponer el equilibrio constitucional del que el poder tiende a desvincularse.

De igual manera, en relación con la importancia de lo «cultural», señala el TC que «estas disposiciones constitucionales, junto con la dignidad humana –como premisa antropológica–, constituye la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencia».

De otro lado, desarrolla e intenta precisar y diferenciar los conceptos de identidad étnica e identidad cultural. Por un lado, se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de «(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico»; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales

comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie.

Asimismo, el TC desarrolla y establece tres obligaciones que le corresponden al Estado frente al tema cultural: el deber de respetar, el deber de promover y el deber de no promover. En efecto, a criterio de este colegiado: «la promoción de la cultura también constituye un deber primordial del Estado social y democrático de Derecho, establecidos en el artículo 44 de la Constitución. De ahí que el deber que asume el Estado, en relación con la Constitución cultural, se manifiesta en tres aspectos: en primer lugar, el Estado debe *respetar*, por mandato constitucional, todas aquellas manifestaciones culturales de los individuos o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2, inciso 8 de la Constitución); además de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad, de conformidad con los artículos 88, 89 y 149 de la Constitución».

Luego agrega que: «el Estado tiene la obligación de *promover* todos aquellos actos que atiendan al interés general, a desarrollar un conjunto de conocimientos que permitan el desarrollo del juicio crítico y de las artes, así como a la integración y fortalecimiento de las manifestaciones que contribuyen a la identidad cultural de la Nación». Finalmente, precisa que: «En tercer lugar, el Estado asume también el deber de *no promover* aquellos actos o actividades que pudiendo ser manifestaciones culturales o encubiertos por lo «cultural» [...] pongan en cuestión, por un lado, *derechos fundamentales como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2, inciso 22 de la Constitución)*».

Finalmente, el TC desarrolla lo que denomina la «Política cultural constitucional». Señala que: «la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y la Constitución cultural, no sólo se limita al reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19), al derecho fundamental a la cultura (artículo 2, inciso 8) o al establecimiento de una cláusula de protección del patrimonio cultural (artículo 21), sino

que también debe elaborar y llevar a cabo una política cultural constitucional, a través de la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar el deber de promover las diversas manifestaciones culturales.

Ello es así en la medida que en sociedades poliétnicas y multiculturales como es la sociedad peruana, el Estado debe garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas. En ese sentido, el pluralismo cultural constituye un imperativo del Estado y del sistema democrático frente a la diversidad cultural».

El contenido constitucional del derecho a la identidad cultural será desarrollado y delimitado luego en la sentencia del TC 00022-2009-PI/TC. Como podemos apreciar, el TC ha desarrollado un conjunto de reglas jurídicas que vinculan a los operadores del derecho y del sistema de justicia. Según el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que: «Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos, que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional».

2.2.1.4 DERECHO A EXPRESARSE EN EL PROPIO IDIOMA:

Reconocido por el segundo párrafo del Art. 2, inciso 19 de la Constitución Política del Perú, consagra el derecho de toda persona a expresarse en su propio idioma, lo cual es muy importante para la persona misma como para el sistema administrativo y judicial, dada la necesidad de que una persona exprese fielmente sus pensamientos en su propia estructura mental y según su propia lengua, lo cual es una muestra de respeto por la persona y una garantía para el desarrollo del derecho fundamental a la consulta previa dado que en las etapas del proceso a la consulta previa, empezando por la presentación de los proyectos de desarrollo y otras medidas a consultarse, es esencial el empleo del idioma indígena para la cabal comprensión de las implicancias del proceso en la cultura del pueblo originario correspondiente.

2.2.1.5 EDUCACIÓN BILINGÜE E INTERCULTURAL:

Reconocida por la Constitución Política del Perú en el último párrafo del Art. 17, determina que el Estado fomenta la educación bilingüe e intercultural según las características de cada zona, preservando las diversas manifestaciones lingüísticas y culturales respectivas, teniendo por base al derecho a la educación y el reconocimiento de la pluralidad cultural y étnica del Perú, implica el reconocimiento implícito no solo de un idioma aborígen o indígena, sino la valoración cultural de ese pueblo indígena, incluyendo su historia, tradiciones, valores, principios, tecnología y todo aquello que la hace una cultura única frente a la cultura urbana moderna para un intercambio cultural o intercultural horizontal. Por ello, los peruanos y pueblos indígenas en el Perú, tenemos derecho a recibir educación tanto en su idioma nativo como en castellano, pero además, con valores, conocimientos, prácticas, innovaciones e interpretaciones de la realidad cultural respectiva, a esto se refiere la educación intercultural, que de hecho también, es un gran sustento para el derecho y el proceso de la consulta previa.

2.2.1.6 RECONOCIMIENTO OFICIAL DE LOS IDIOMAS INDÍGENAS:

Establece el Art.48 de la Constitución peruana vigente que el idioma oficial del Perú es el castellano, el quechua, el aymara y las otras lenguas nativas en el ámbito de su utilización. Si bien este precepto constitucional ya tiene una ley de desarrollo constitucional, en la vida diaria de las entidades públicas del Perú tiene escasa aplicación, por lo que encuentra poca aplicación efectiva, no obstante, implica un reconocimiento implícito de la importancia de los idiomas nativos para todas las etapas del proceso de la consulta previa, porque en mérito a ese reconocimiento oficial, incluso de nivel constitucional, podremos exigir que en la consulta previa se haga en el respectivo idioma indígena desde el principio hasta el final del proceso.

2.2.1.7 RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DE LAS COMUNIDADES NATIVAS Y CAMPESINAS:

Según determinación del Art. 89 de la Constitución peruana, el Estado reconoce y apoya la identidad étnica y cultural de las comunidades campesinas y nativas. El Art. 88 establece que el desarrollo agrario es prioritario y que el Estado reconoce la propiedad

individual y colectiva sobre la tierra. La forma colectiva de posesión y propiedad sobre la tierra es justamente la que ejercen pueblos indígenas y las comunidades campesinas y nativas. El Art. 89 determina también que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y que son personas jurídicas. Este reconocimiento permite a las comunidades de los pueblos indígenas ejercer directamente sus derechos ante cualquier autoridad en el Perú, incluyendo por supuesto, el derecho a la consulta previa.

Cabe anotar que el uso del vocablo campesino -para el hombre del campo- es una imposición de la Ley de Reforma Agraria de la época del General Juan Velasco Alvarado y se usa hasta ahora para distinguir a las comunidades andinas de origen étnico quechua o aymara, mientras que el vocablo nativo se emplea para distinguir a los núcleos humanos organizados en comunidades de origen étnico amazónico. Mientras tanto en el Derecho Internacional se continúa usando el vocablo indígena para distinguir a los pueblos originarios de América y el mundo.

2.2.1.8 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO:

Entre los principios y derechos que establece el Art. 139 de la Constitución vigente en el Perú, en cuanto a la administración de justicia, el inciso 8 considera el principio de que, ante los vacíos y deficiencias de la ley, el juez no puede dejar de administrar justicia debiendo aplicar en tal caso, los Principios Generales del Derecho y del Derecho Consuetudinario. Igualmente, el Art. 149 considera como una jurisdicción especial a las normas del Derecho Consuetudinario a propósito del reconocimiento de las rondas campesinas y del sistema de administración de justicia al interior de las comunidades campesinas y nativas.

Con ello, lo que se llama justicia o fuero indígena y justicia consuetudinaria, implica que en el Perú tiene rango constitucional como un fuero especial de administración de justicia en los territorios de los pueblos indígenas, implicando que, en los procesos de consulta, las comunidades bien pueden exigir que se tome en cuenta sus sistemas tradicionales de organización.

2.2.1.9 DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA COMO PARTE DE LOS DERECHOS INNOMINADOS DE LA CONSTITUCIÓN:

Junto a los derechos nominados que reconocen como derechos fundamentales, los 24 incisos del Art 2 de la vigente Constitución, tenemos los llamados derechos “innominados” dado que no se han incorporado de modo taxativo o expreso en el listado expreso de los derechos que con nombre propio incorpora la Ley Fundamental o Constitución Política del Perú. Al respecto, la Constitución determina 4 requisitos esenciales de reconocimiento de estos derechos innominados a través del texto del artículo tercero, del modo siguiente:

Art. 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en:

- La dignidad del hombre.*
- Los principios de soberanía del pueblo.*
- El Estado democrático de derecho.*
- La forma republicana de gobierno.*

A través de este trabajo, postulamos precisamente, que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas del Perú es un derecho fundamental innominado por los siguientes fundamentos:

- Es plenamente compatible con la dignidad del hombre:** Porque persigue el respeto de la dignidad de los pueblos y comunidades indígenas (recordemos que el Art. 1 de la Constitución Política del Perú determina que la protección de la persona y su dignidad es el fin supremo del Estado y la sociedad), así como garantizar la identidad e integridad física, moral y psíquica de las personas y pueblos indígenas (recordemos también que el Art. 2 inciso 1 de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho fundamental a su identidad e integridad moral, física y psíquica), dado que los pueblos indígenas, por su forma de vida ancestral y el hábitat natural en el que se desenvuelven, requieren de un derecho que garantice su sobrevivencia, dignidad e integridad como pueblos, dadas las peculiares

características del goce y ejercicio de sus derechos humanos colectivos de estrecha vinculación con la naturaleza y la tierra que son, no solo la fuente de su sustento, sino de su filosofía, cosmovisión o forma de comprender la vida y el universo.

- Es también compatible con los principios de soberanía del pueblo: El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas es también compatible con los principios de soberanía del pueblo, dado que su reconocimiento se dirige a un segmento especial de la población peruana, que guarda armonía con el resto del ordenamiento jurídico y los demás derechos fundamentales. , sin que implique menoscabo alguno de la soberana facultad de establecer el propio régimen jurídico y los fundamentos del Estado de Derecho sin interferencias. Al respecto, el Art. 43 de la Constitución establece precisamente, que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana y el Art. 45 determina que el poder del Estado emana del pueblo.

- Es parte esencial del Estado democrático de derecho: Nada más compatible para un sistema pluralista y democrático que el pleno ejercicio de los derechos culturales de todos los pueblos o etnias que integran la diversidad étnica y cultural que reconoce expresamente la Constitución, en este caso, mediante el cabal ejercicio del derecho a la consulta previa de una parte tan importante de la población del Perú como son los pueblos indígenas andinos y amazónicos que le dan sustento a la nacionalidad peruana y cuyos integrantes, organizados tradicionalmente, en comunidades campesinas y nativas merecen el respeto del Estado y la sociedad conforme fluye del Art. 89 de la Constitución.

Por lo tanto, si entendemos que el Estado peruano se organiza en base a la forma democrática de un gobierno del pueblo por el pueblo, la mejor garantía para la plena democracia es el respeto de los derechos de los pueblos originarios del Perú, incluyendo el derecho a la consulta previa. Al respecto, recordemos otra vez que el Art. 43 de la Constitución establece que la República del Perú es democrática.

- **También es compatible con la forma republicana de gobierno:** Porque si entendemos que la forma republicana de gobierno se basa en la plena igualdad de derechos, condiciones y oportunidades, sin privilegios de ninguna clase, entonces, los derechos de los pueblos indígenas y en particular, el derecho a la consulta previa, se corresponde plenamente con esa forma de gobierno de todos sin diferencias, por lo que en efecto, el derecho a la consulta previa, es plenamente compatible con la forma de gobierno republicana contemplada por el Art. 43 de la Constitución, que justamente establece que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana:

SUBTÍTULO 2.3

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS

INDÍGENAS SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

Los pueblos indígenas del mundo han preservado un vasto acervo histórico y cultural de la humanidad. Las lenguas indígenas representan la mayoría de los idiomas del mundo y los pueblos indígenas han heredado y legado un rico patrimonio de conocimientos, formas artísticas y tradiciones religiosas y culturales, pero además, han conservado en el tiempo, por miles de años, una gran tradición filosófica, tecnologías, innovaciones y prácticas sostenibles de aprovechamiento de los recursos naturales, que a la vez han permitido conservar los principales ecosistemas del planeta, que permiten la subsistencia de toda la humanidad.

En el mundo, <pueblos indígenas y tribales> es una denominación común para más de 370 millones de personas que se encuentran en más de 70 países del mundo. Estos pueblos constituyen aproximadamente el 5 por ciento de la población mundial, pero paradójicamente, el 15 por ciento de los pobres en el mundo. Los pueblos indígenas y tribales se encuentran en todas las regiones del mundo, desde el Ártico hasta los bosques

tropicales. No hay una definición universal de pueblos indígenas y tribales, pero el Derecho Internacional ha ido consolidando la denominación de pueblos indígenas.

Sin embargo, en los continentes y países, los pueblos indígenas y tribales son a menudo designados por expresiones nacionales tales como avivaseis, montañeses, tribus de las colinas, cazadores-recolectores, y numerosos países han establecido registros específicos.

La historia de los pueblos indígenas está marcada por discriminación, marginación, etnocidio o incluso genocidio y, desafortunadamente, sus derechos fundamentales siguen siendo violados. Por lo tanto, como veremos en este capítulo, el Derecho Internacional a través del Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, reafirma que los pueblos indígenas y tribales tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que todos los demás seres humanos, pero además, les reconoce un estatus especial por su enorme contribución a la conservación del ambiente global.

Los derechos de los pueblos indígenas entonces se articulan a los derechos humanos universales que se aplican a los pueblos indígenas, empero tienen también, peculiaridades especiales porque son colectivos y de ejercicio muy vinculado con la naturaleza. Esto significa que conviene contextualizar los derechos en general, con la particular situación de los pueblos indígenas, como es la vinculación de los proyectos de desarrollo con su vida y valores, que se persigue resguardar a través de la consulta previa.

Así, el Derecho Internacional ha consolidado el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en todo el mundo, prácticamente como un nuevo principio de *ius cogens* junto a importante jurisprudencia de tribunales internacionales, que desarrollamos a continuación.

2.3.1 CONVENIO N° 169 DE LA OIT:

La situación de los pueblos indígenas ha sido una preocupación central de la OIT desde su creación. La discriminación y la explotación de los pueblos indígenas inspiraron directamente la adopción de normas laborales tales como el Convenio N° 29 sobre el

trabajo forzoso de 1930. Durante los años cincuenta, fue cada vez más evidente que las condiciones laborales de estos pueblos eran la consecuencia de injusticias y prejuicios profundamente arraigados y ligados intrínsecamente a cuestiones más amplias de identidad, idioma y cultura.

Por ende, en 1957 y en representación del sistema de las Naciones Unidas, la OIT adoptó el Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, que fue el primer tratado internacional en ocuparse de los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio sigue todavía en vigor en 17 países, en los que se usa como instrumento para garantizar ciertos derechos mínimos. Sin embargo, el Convenio N° 107 quedó cerrado a nuevas ratificaciones desde la entrada en vigor del Convenio N° 169.

Sin embargo, el Convenio N° 107 se orientaba hacia la asimilación, lo cual era típico en aquellos tiempos. El Convenio N° 107 se fundamentó en la suposición subyacente de que el único futuro posible para los pueblos indígenas era su integración en el resto de la sociedad, y que otros habían de tomar decisiones sobre su desarrollo. En 1986, una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que «el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno». En consecuencia, la OIT inició la revisión del Convenio N° 107.

En esa perspectiva, tras la convocatoria en Ginebra por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo y congregada en dicha ciudad el 7 junio 1989, en su septuagésima sexta reunión, observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación; considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.

Se reconocen también, las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida, desarrollo económico, mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los estados en que viven, observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión; pero también se reconoce la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación internacional.

Resaltando que en el proceso de revisión del Convenio N° 107 de 1957, colaboraron la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano con los niveles apropiados en sus esferas respectivas, después de haberse decidido adoptar un nuevo convenio sobre poblaciones indígenas, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, la OIT adoptó el Convenio N° 169 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Estados Independientes.

2.3.1.1 EL ESTATUS JURÍDICO DEL CONVENIO:

El Convenio N° 169 (el Convenio, en adelante) es de hecho, un instrumento del Derecho Internacional Público, que tiene la categoría de un tratado internacional que adquiere carácter obligatorio para los Estados en virtud de su ratificación. Hasta la fecha, el Convenio ha sido ratificado por 22 Estados miembros de la OIT, en América Latina, Asia, África y Europa, que cubren una población aproximada de más de 50 millones de personas indígenas. Más allá del círculo de los países ratificantes, el Convenio N° 169 es un punto de referencia internacional, citado y utilizado por los órganos de la ONU, órganos regionales de derechos humanos y tribunales nacionales.

El Convenio ha inspirado numerosas políticas de desarrollo y medidas de protección, y también marcos legislativos nacionales. La decisión de ratificar el Convenio N° 169, como cualquier otro convenio internacional del trabajo, es una decisión soberana y voluntaria de

los Estados. Dicha decisión implica a menudo un largo proceso de diálogo entre el Gobierno, los pueblos indígenas, las organizaciones de trabajadores y las organizaciones de empleadores, así como con otros sectores de la sociedad.

Los Estados ratificantes tienen la obligación de aplicar el Convenio de buena fe, en la legislación y en la práctica, y asegurar que los pueblos indígenas sean consultados y puedan participar en el proceso. Esto implica que los Estados deben revisar y adaptar la legislación, las políticas y los programas a lo estipulado en el Convenio, y garantizar que se alcancen en la práctica los resultados previstos, incluyendo la eliminación de las diferencias socioeconómicas entre los sectores

2.3.1.2 DERECHOS ESENCIALES RECONOCIDOS POR EL CONVENIO N° 169:

El Convenio N° 169 de la OIT es el más importante instrumento internacional que garantiza los derechos indígenas. Como sosteníamos, este convenio partió de la revisión de la anterior, Convención N° 107 del mismo organismo, que tenía enfoques integracionistas y asimilacionistas ya no son aceptables en el mundo de hoy, porque de hecho, los pueblos indígenas deben tener el derecho a mantener su cultura, sus tradiciones, e integridad política.

El Convenio fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989 y refleja el consenso logrado por los mandantes tripartitos de la OIT en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los Estados en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger estos derechos. El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo.

Dicho Convenio establece el deber para los estados de consultar las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios, estableciendo procedimientos apropiados de consulta a los pueblos interesados, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas

propuestas. Regula además, materias relacionadas con la costumbre y derecho consuetudinario de los pueblos originarios, establece ciertos principios acerca del uso y transferencia de las tierras indígenas y recursos naturales, junto con su traslado o relocalización. Finalmente, se refiere a la conservación de su cultura y a las medidas que permitan garantizar una educación en todos los niveles, entre otras materias.

El Convenio N° 169 de la OIT, de hecho, es un documento vinculante, que inicialmente fue pensado para defender y tratar los derechos del trabajo de los pueblos indígenas, pero al final el documento cubre una gama mucho más amplia de temas como, derechos a las tierras, acceso a recursos naturales, salud, educación y formación profesional, entre otros. Los principios fundamentales del convenio son que los pueblos indígenas y tribales pueden y deben participar plenamente y ser consultados en todos los niveles de toma de decisiones en procesos que les conciernen.

El Convenio identifica los pueblos indígenas y tribales a través de un enfoque práctico proporcionando solamente criterios para describir los pueblos que pretende proteger. Estos criterios son la autoidentificación, estilos tradiciones de vida, cultura y modos de vida diferentes a los otros segmentos de la población nacional, organización social y leyes tradiciones propios, etc.

Por ello el Convenio N° 169: ***“Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales”*** determina que:

“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 a garantizar el respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir medidas:

- a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;*
- b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y*

culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.”

Así mismo, el Convenio destaca la importancia de consulta y participación, y exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan. También exige que estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan.

2.3.1.3 RATIFICACION DEL CONVENIO N° 169 DE LA OIT:

Evidentemente, países como Bolivia, Perú, México o Guatemala tienen altos porcentajes de población indígena y sus movimientos indígenas han realizado notables esfuerzos de reivindicación social. Sin embargo, es interesante notar cómo otros países, como Chile o Argentina, a pesar de que albergan una cantidad mucho más reducida de personas y pueblos indígenas, también tienen movimientos vigorosos de grupos indígenas e indigenistas que luchan por condiciones de vida más aceptables.

No obstante, prevalece una paradoja: a pesar de su creciente influencia política, los pueblos indígenas de América Latina han avanzado poco en materia económica y social durante la última década y continúan sufriendo altos niveles de pobreza, menor educación y mayor incidencia de enfermedades y discriminación que otros grupos.

A Latinoamérica cada vez le pesan más las desigualdades. El último informe de Oxfam le puso números y estadísticas. A lo ya sabido, que es la región más desigual en cuanto a reparto de tierras, se le agrega un dato: el 1% de las fincas de América Latina concentra más tierra que el 99% restante. Hechos y números que profundizan la violencia en el continente y un retroceso cada vez mayor de la democracia.

En ese contexto, las tierras de los pueblos indígenas son las más apetecidas y vulnerables: *“Una de cada tres hectáreas que se entregan en concesión para la explotación minera, petrolera, agroindustrial y forestal en América Latina pertenece a pueblos indígenas”*. El dato del informe Oxfam es conciso, las empresas multinacionales están saqueando las tierras latinoamericanas, pero sobre todo, las que pertenecen a la población más vulnerable. Sigue: *“El derecho de los pueblos indígenas a decidir sobre sus territorios apenas existe en el papel, pues en la práctica la inmensa mayoría de las inversiones son impuestas a las poblaciones afectadas”*. Esto a pesar de los numerosos llamados de atención que han hecho organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En total, los 22 países que al momento han ratificado este Convenio, son:

País	Fecha	Notas
Argentina	03.07.2000	ratificado
Bolivia	11.12.1991	ratificado
Brasil	25.07.2002	ratificado
República Centroafricana	30.08.2010	ratificado
Chile	15.09.2008	ratificado
Colombia	07.08.1991	ratificado
Costa Rica	02.04.1993	ratificado
Dinamarca	22.02.1996	ratificado
Dominica	25.06.2002	ratificado
Ecuador	15.05.1998	ratificado
Fiyi	03.03.1998	ratificado
Guatemala	05.06.1996	ratificado
Honduras	28.03.1995	ratificado
México	05.09.1990	ratificado
Nepal	14.09.2007	ratificado
Holanda	02.02.1998	ratificado
Nicaragua	25.08.2010	ratificado
Noruega	19.06.1990	ratificado
Paraguay	10.08.1993	ratificado

Perú	02.02.1994	ratificado
España	15.02.2007	ratificado
Venezuela	22.05.2002	ratificado

2.3.2 DECLARACIÓN DE LA ONU DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL AÑO 2007:

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (la Declaración, en adelante) fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2007, después de más de 20 años de negociaciones entre los pueblos indígenas y los Estados. La Declaración es la más reciente y más plena expresión de las aspiraciones de los pueblos indígenas. En tanto que se trata de una Declaración, no tiene la fuerza vinculante de un tratado. Sin embargo, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y debe ser considerada de buena fe por todos los Estados miembros de la ONU. La Declaración resalta el carácter colectivo de muchos de los derechos que enuncia, articulando los derechos existentes en el contexto de los pueblos indígenas.

Las disposiciones de la Declaración y del Convenio N° 169 se complementan mutuamente. Sin embargo, la Declaración aborda otros temas que no fueron incluidos en el Convenio, tales como la militarización de las tierras indígenas y la protección de los conocimientos tradicionales. La Declaración, afirma explícitamente el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación, mientras que el Convenio N° 169 no incluye una disposición de tal tenor, mientras que el Convenio N° 169 si reconoce derechos expresos tales como los derechos a la participación, la consulta y la autogestión.

La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre de 2007, consta de 46 artículos que establecen principios jurídicos sobre los pueblos indígenas. Se trata de un instrumento de derecho internacional que representa un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el resultado de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conlleva una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el

respeto y la tutela de los pueblos indígenas. Veamos los derechos abordados por esta Declaración.

2.3.2.1 DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN:

Reconocido en los artículos 3 y 4 de la Declaración, como un gran avance en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas en el mundo, dado que, si bien existen diferentes interpretaciones, autodeterminación significa generalmente que los pueblos indígenas tienen el derecho a decidir lo que es mejor para ellos y sus comunidades en el manejo de su organización social, política, económica y cultural, conforme lo deja claro el artículo 3 de la Declaración. Por ejemplo, pueden tomar sus propias decisiones sobre temas que los conciernen y llevarlos a cabo de manera significativa, respetando a la vez los derechos humanos de los miembros de su comunidad (incluyendo a los niños) y también de otros pueblos.

Los pueblos indígenas tienen derecho a ser independientes y libres. Tienen derecho a ser ciudadanos del país en el cual viven y al mismo tiempo a ser miembros de sus comunidades indígenas. Como ciudadanos, tienen derecho a elegir forjar relaciones con otros pueblos y a adoptar roles activos en el país en el que viven, pero al mismo tiempo, tienen derecho a la autonomía y al autogobierno en cuestiones vinculadas con sus asuntos internos y locales, conforme al artículo 4.

2.3.2.2 DERECHO A CONSERVAR LA IDENTIDAD CULTURAL INDÍGENA:

La identidad cultural de los pueblos indígenas es fuertemente respaldada por la Declaración en varios artículos, empezando por su derecho a no ser asimilados, lo que significa que tienen derecho a no ser forzados a adoptar la cultura y forma de vida de otros, y a que su cultura no sea destruida, conforme al artículo 8.1, resaltando también su propio derecho de pertenecer a una nación o comunidad indígena (artículo 9) y el derecho a no ser desplazados de sus tierras y territorios conforme al artículo 10.

Igualmente relevante resulta el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbre culturales, así como el concurso que deben prestar los Estados para facilitar el acceso y/o repatriación de objetos de culto y restos humanos que poseen mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos con los pueblos indígenas interesado, de conformidad a los artículos 11 y 12 respectivamente, concluyendo con su derecho a recuperar, usar y legar a futuras generaciones sus historias e idiomas, tradiciones orales, sistemas de escritura y literatura, y a usar sus propios nombres para las comunidades, lugares y personas, según el artículo 13.

2.3.2.3 DERECHO A LA CONSERVACIÓN DEL AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES:

Varios son los artículos de contenido ambiental que reafirman los derechos de los pueblos indígenas respecto de su ambiente y recursos, destacando que para la cosmovisión indígena el planeta no es solo una fuente de recursos sino incluso la Madre de todos, como se conserva en la tradición quechua andina, es la Pacha Mama o Madre Tierra.

En ese contexto, la Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus propias medicinas tradicionales, a mantener sus prácticas de salud, a conservar sus plantas medicinales y a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con sus tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído, de conformidad a lo prescrito por los artículos 24 y 25.

Igualmente, los pueblos indígenas tienen derecho a que se proteja su medio ambiente. Los gobiernos deben respetar y proteger el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar y proteger sus tierras, aguas y otros recursos naturales. No debe ponerse ningún material peligroso en las tierras de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. Los gobiernos deben proteger la salud de los pueblos indígenas que estuviera afectada por la presencia de materiales peligrosos en sus tierras. Así lo determina el artículo 29 de la Declaración.

2.3.2.4 DERECHO AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO:

Remarcando que consentimiento libre, previo e informado significa que los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados y a tomar decisiones en cualquier cuestión que los afecte, libremente, sin presión, teniendo toda la información y antes de que cualquier cosa suceda, este derecho de esencia colectiva, viene claramente reconocido y reforzado por la Declaración a partir de los derechos y artículos siguientes:

- El derecho que los pueblos indígenas tienen a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo, en particular en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan, conforme al artículo 23.
- El deber de los Estados de celebrar consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares, conforme al artículo 30, inciso 2.
- El derecho de los pueblos indígenas a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas, así como a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales, de acuerdo al 31, inciso 1 y, conforme al deber de los Estados de adoptar medidas eficaces para proteger el ejercicio de estos derechos, conforme al inciso 2 de dicho artículo.

- El derecho de los pueblos indígenas a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, o territorios y otros recursos, incluyendo el deber de los Estados de celebrar consultas y de cooperar de buena fe con estos pueblos por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

SUBTÍTULO 2.4

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS

INDÍGENAS SEGÚN EL DERECHO NACIONAL

La consulta previa es un diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, su finalidad es llegar a acuerdos sobre medidas administrativas o legislativas que puedan afectar los derechos colectivos de los pueblos. Los acuerdos a los que se lleguen en el proceso son de cumplimiento obligatorio para ambas partes. En el ejercicio de este derecho se busca incorporar sus puntos de vista, opiniones e intereses en las medidas estatales que tuvieran relación con sus derechos colectivos.

Conforme al derecho nacional, se consulta previamente las propuestas de medidas legislativas o administrativas cuando se considere que podrían afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Se dice que hay afectación de derechos colectivos si hay un cambio en el ejercicio o en la situación jurídica de los mismos. Ejemplos de medidas legislativas son las leyes, ordenanzas regionales y municipales. Ejemplos de medidas administrativas son los decretos supremos y las resoluciones. Además, se deben consultar los planes, programas y proyectos del Estado relacionados con el desarrollo de dichos pueblos.

Se consulta a los pueblos indígenas u originarios a través de sus organizaciones representativas. La identificación de los pueblos indígenas que serán convocados a un proceso de consulta se hace en base a los criterios objetivos y el criterio subjetivo establecidos en la normativa nacional e internacional. Los pueblos indígenas son aquellos que tienen su origen antes del surgimiento de los Estados actuales y que conservan, en todo o en parte, sus instituciones distintivas y poseen una identidad colectiva.

La entidad promotora es la entidad estatal responsable de impulsar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta. Solo el Estado a través de sus distintas entidades y niveles de gobierno- puede convocar a dichos procesos. Ninguna entidad privada o empresa puede hacerlo. Se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

2.4.1 DESARROLLO LEGAL PREVIO DE LA CONSULTA PREVIA:

Tal como se puede verificar de las disposiciones legales existentes en el ordenamiento jurídico peruano, la consulta previa no resulta ser un tema que esté completamente regulado, como lo exige el Convenio N° 169 de la OIT, es decir, no hay reglamentación de todos y cada uno de los temas que les conciernen a las comunidades indígenas, sino sólo de algunos de ellos, e incluso, en las materias en que la consulta previa hace presencia, no se consigue una regulación precisa que garantice sus derechos como lo exige la normatividad internacional. Las principales normas que han abordado el tema de la consulta previa en Perú se pueden resumir así:

- Ley N° 28611 del 13/10/2005 - Ley General del Ambiente.

- Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH del 21/06/2000, que aprueba la directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas.
- El Decreto Supremo N° 038-2001-AG del 22/06/2001 reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas.
- Decreto Supremo N° 028-2008-EM que establece el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas.
- Decreto Supremo N° 042-2003-EM 12/12/2003 que establece el compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias,
- Decreto Supremo N° 012-2008-EM del 20/02/2008 que reglamenta la participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos.
- El Decreto Supremo N° 028-2008-EM 26/06/2008 que reglamenta la Participación Ciudadana en el Subsector Minero y la Resolución Ministerial N° 304-2008- MEM-DM 26/06/2008 que regula el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero.

2.4.2 NORMATIVA DIRECTA SOBRE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ:

Aclarando que las disposiciones precedentemente citadas no consagraban propiamente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú, luego de aquellas, se han desarrollado un conjunto importante de normas que reconocen, consagran y desarrollan propiamente este derecho, por lo que hoy en el Perú, las normas vinculantes, sobre el derecho a la consulta previa, en el momento, son las siguientes:

- Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes de 1989 aprobada por Resolución Legislativa N° 26253.
- Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios
- Decreto Supremo N° 001-2012-MC que aprueba el Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios
- Resolución Ministerial N° 375-2012-MC, que aprueba la Directiva que regula el procedimiento del registro de intérpretes de las lenguas indígenas u originarias
- Resolución Viceministerial N° 001-2012-MC de creación del registro de intérpretes y facilitadores.
- Resolución Ministerial N° 202-2012-MC que aprueba la Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas del Perú.
- Resolución Viceministerial N° 004-2014-VMI-MC que aprueba los Lineamientos que establece instrumentos de recolección de información social y fija criterios para su aplicación en el marco de la identificación de los pueblos indígenas u originarios
- Resolución Viceministerial N° 010-2013-VMI-MC que aprueba el procedimiento del derecho de petición de los pueblos indígenas para su inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura.

2.4.3 DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Recordando que, según el Tribunal Constitucional del Perú, la consideración especial de los indígenas es definida según la manera en que se reconoció el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas en la Constitución, del modo siguiente:

“Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o anti sistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de Gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto.”

Entonces, según el Tribunal Constitucional, la libre determinación concebida tal como se describe, junto a la importancia de la tierra para los pueblos indígenas, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional afirma que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Teniendo en cuenta lo anterior, para el Tribunal Constitucional de Perú los pueblos indígenas necesitan ser consultados porque de esa forma se protege y se concreta la identidad étnica y el respeto de las culturas que la Constitución de Perú promueve. Sin embargo, el TC es enfático en considerar que todos los niveles de gobierno, deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras, pues la consulta previa no puede realizarse bajo cualquier mecanismo improvisado sino que debe llevarse a cabo en un contexto previamente determinado, donde las partes sepan en qué están participando y cuenten con la información debida. Finalmente, el Tribunal Constitucional precisa por Sentencia N° 03343-2007-PA/TC del 10 de mayo del 2007, que el Convenio N° 169 de la OIT tiene rango constitucional.

TÍTULO III

PROCESO DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

En este capítulo presentamos los aspectos principales concernientes al debido proceso y sus principales aspectos, en relación a la forma de hacer efectiva la consulta previa en el Perú.

SUBTÍTULO 3.1

PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONSULTA PREVIA

Los principios que orientan la consulta previa en el Perú parten de los principios generales del Derecho aplicables al reconocimiento y defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por ello, creemos necesario desarrollar sintéticamente, primero la doctrina de los principios para seguir con los principios de la consulta propiamente, las características del proceso y otros aspectos relevantes que hacen realidad este proceso.

3.1.1 CONCEPTO DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO:

En cuanto al concepto jurídico de principios, Legaz Lecambra afirma que se trata de:

“Verdades jurídico-morales basadas en la noción de que el hombre es persona jurídica, de donde se desprende su valor frente a los demás, que requiere la igualdad y la legalidad, cuyos corolarios son: la soberanía de la ley, la igualdad de todos ante ella y la división de poderes. Esos principios y los que de ellos se desprenden, representan la razón suprema y el espíritu que informa las leyes” (CAL-UIGV, 1996, p 284).

Además de las declaraciones internacionales, los principios se encuentran enunciados en el preámbulo de convenios, pactos, convenciones, constituciones, así como en los títulos preliminares de los códigos y la exposición de motivos de las leyes ordinarias. Otra interesante definición, nos afirma que los principios vienen a ser:

“La expresión jurídica del conjunto de valoraciones sociales que el legislador recepciona de la voluntad popular. Contra lo que se suele pensar, no son los principios, ideas retóricas, sino verdaderos núcleos de valoración material y fórmulas verbales, con implicancias generales. En otras palabras, constituyen decisiones fundamentales que imprimen una orientación determinada a la que aspira el Estado, la sociedad o la comunidad internacional”(Palomino J, 2000, p 98).

Continuando con José Palomino Manchego podemos afirmar que los principios cumplen un doble papel: (1) Vertebrador, por el que se articula o dota de coherencia al ordenamiento jurídico. (2) Fundamentador, porque presiden cualquier proceso interpretativo obligando al intérprete a orientar su razonamiento en dirección a lo que aquellos pretenden significar. Por ese doble papel que cumplen los principios bien se puede afirmar que los mismos son la primera fuente y el primer nivel de jerarquía y de inspiración del ordenamiento jurídico internacional.

En ese sentido, las declaraciones internacionales, que contienen dichos principios, son parte de todo un proceso de liderazgo y fortalecimiento cultural, institucional y gremial que los pueblos indígenas han iniciado, aproximadamente, a mediados del Siglo XX, ya no en forma aislada y patrocinada por indigenistas paternalistas como antes, sino coordinadamente en todos los continentes y en todo el mundo bajo conducción de los propios indígenas.

En un principio, las demandas del nuevo movimiento indígena se centraban en la reivindicación de derechos colectivos clásicos como el derecho al territorio, la libre determinación, a conservar sus idiomas, culturas y religiones vernaculares; pero hoy incluyen también claras referencias y en muchos casos hasta en exclusividad reivindicaciones en cuanto al derecho de aprovechamiento de los recursos naturales, la conservación del ambiente natural, el pleno respeto por el conocimiento tradicional colectivo asociado a la biodiversidad y la

consulta previa e informada respecto de cualquier propuesta de desarrollo que podría afectar sus culturas y formas de vida.

3.1.2 PRINCIPIOS DE LA CONSULTA PREVIA:

La Ley incluye un conjunto de principios orientadores del proceso que tienen particulares efectos respecto a cada etapa. Su Art. 4 establece que los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

- a. **OPORTUNIDAD:** Reafirma la regla de que la consulta se realiza en forma previa a la adopción de la medida. Según el Tribunal Constitucional ello es así porque la consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Por tanto, trasladar la consulta a un momento posterior elimina dicha expectativa, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe.
- b. **INTERCULTURALIDAD:** Señala que el proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas.
- c. **BUENA FE:** Lo define como un deber del Estado y de los pueblos indígenas. De acuerdo con este principio, las entidades estatales deben valorar la posición de los pueblos indígenas en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. Incluye la prohibición de realizar proselitismo y conductas antidemocráticas. La cuestión del proselitismo es apropiada en tanto sirva para señalar que existe una diferencia entre promover un proyecto para convencer sobre su factibilidad y la consulta sobre el mismo. Ello quiere decir que la buena fe supone rechazar todo acto que suponga una manipulación del proceso hacia un resultado determinado.
- d. **FLEXIBILIDAD:** Atendiendo al tipo de medida legislativa o administrativa

que se busca adoptar y a las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas involucrados.

- e. **PLAZO RAZONABLE:** Para permitir a las instituciones representativas conocer, reflexionar y realizar propuestas sobre las medidas a consultar. Este principio es de fundamental importancia dado que, por lo general, se sacrifica el derecho de los pueblos indígenas a participar en igualdad de condiciones a la necesidad estatal de adoptar la medida en el tiempo más breve posible.
- f. **AUSENCIA DE COACCIÓN O CONDICIONAMIENTO:** Referido a que no debe haber ningún tipo de coacción o condicionamiento alguno en la participación de los pueblos indígenas.
- g. **INFORMACIÓN OPORTUNA:** Por el cual los pueblos indígenas tienen derecho a recibir toda la información que sea necesaria para manifestar su punto de vista, y el Estado la obligación de entregarla con anticipación. Sin embargo, es preciso señalar que la información que se brinde a los pueblos indígenas deberá ser lo más completa posible y en sus propios términos (lenguaje y estructura organizativa), empleando palabras y conceptos culturalmente adecuados, advirtiendo claramente alcances, obstáculos, retos e implicaciones positivas y negativas del proceso, tanto para el Estado como para los pueblos indígenas. Esta perspectiva ha sido asumida por el Tribunal Constitucional cuando cita al principio de transparencia en el sentido de que éste, también debe guiar la realización del proceso de consulta.

En conjunto los principios antes señalados permiten reafirmar que la consulta debe ser entendida como un proceso a desarrollarse en tiempos razonables para cada etapa con una visión de largo plazo. En este sentido, es necesario que el Estado y los pueblos indígenas se pongan de acuerdo respecto a las reglas de cada etapa y los puntos de diálogo y negociación en las mismas.

Además, hay que puntualizar que estando a que estos principios deben articular, orientar y ordenar todas las normas relativas a la consulta previa, hay que dejar constancia que al ser reconocidos no solo por instrumentos no vinculantes como la Declaración de la ONU de los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 sino también por instrumentos vinculantes como el Convenio N° 169 de la OIT y la Ley de Consulta Previa, por consiguiente, ya no son, solo principios morales sino principios de obligatoria observancia y cumplimiento.

3.1.3 CARACTERÍSTICAS DE UN PROCESO DE CONSULTA:

Como hemos revisado anteriormente, en nuestro país contamos con legislación que hace referencia a procesos de consulta por lo que resulta trascendental conocer las características de la consulta referidas en los instrumentos internacionales. De este modo, se podrá confirmar que los mecanismos de “consulta” planteados en nuestro país, no se adecuan a lo planteado a nivel internacional.

3.1.3.1 LA CONSULTA DEBE SER PREVIA:

Esto quiere decir que la consulta se debe realizar de modo previo a la adopción de la medida administrativa o legislativa o a la decisión de realizar proyectos a gran escala que afecten a las poblaciones indígenas que habiten en el área de influencia de la medida o proyecto. Así también lo establece el Art. 2 de la Ley N° 29785 – Ley de la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido por el Convenio N° 169 de la OIT.

3.1.3.2 EL PROCESO DE CONSULTA COMO PROCESO DE DIÁLOGO:

La OIT ha expresado que la consulta debe entenderse como una oportunidad de diálogo entre los representantes de los poderes estatales y los pueblos indígenas mediante la cual se podrá lograr la reducción de conflictos. De modo coincidente, al respecto, la Ley N° 29785 en el caso peruano, a través de su Art. 14, establece que se trata de un proceso de diálogo intercultural. Asimismo, la consulta no implica sólo el derecho de reaccionar sino también el derecho de proponer; los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.

De ahí que no se pueda decir que el Estado peruano cumpla con la obligación de consultar a los pueblos indígenas mediante la realización de un taller en la zona, pues como hemos visto lo que se debe privilegiar es la intención de llevar a cabo un diálogo entre las partes, lo que involucrará la generación de confianza y un proceso previo de información adecuado y oportuno para asegurar que el diálogo se dé en igualdad de condiciones (al menos en lo relativo a alcance de la información).

3.1.3.3 BUENA FE Y RESPETO DE LAS COSTUMBRES INDÍGENAS:

Como se acaba de señalar, la consulta debe tratarse de un proceso de diálogo para lo cual será necesario que el proceso se desarrolle con buena fe de ambas partes. Es decir, que la consulta no debe ser entendida como un mero proceso formal que se realice con la única finalidad de cumplir con una norma o un requisito, sino que se debe buscar la verdadera participación de los pueblos indígenas sobre la base de los principios de confianza y respeto mutuo entre ambos y con miras a obtener un acuerdo consensuado. La buena fe que debe primar en el proceso de consulta previa está también contemplada como uno de los principios rectores del derecho a la consulta previa en el inciso c) del Art. 4 de la Ley.

Asimismo, el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración señalan que la consulta se deberá llevar a cabo a través de los mecanismos que resulten adecuados a las circunstancias. Esta característica también guarda relación con la identificación de la consulta como proceso de diálogo, pues no se podría entender la generación de dicho diálogo sin la incorporación de medidas que busquen el entendimiento cabal de la información por parte de los participantes y también asegurar la participación plena y efectiva. De igual modo, se debe tener en cuenta la accesibilidad de los pueblos indígenas a los mecanismos de consulta, teniéndose en cuenta las limitaciones materiales, temporales e institucionales existentes.

3.1.4 FINALIDAD DE LA CONSULTA - ACUERDO O CONSENTIMIENTO:

La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto de la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en

los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos (Art. 3 de la Ley N° 29785). Coincidentemente, el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración establecen que la finalidad del proceso de consulta será lograr el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas con respecto a la aprobación de la medida o la realización del proyecto, por lo que la finalidad del proceso de consulta comprende:

3.1.4.1 EL CONSENTIMIENTO:

De acuerdo con el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, el objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. En otras palabras, es necesario que los acuerdos o el consentimiento sean la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos para alcanzarlos.

Si luego del proceso de diálogo instaurado, el pueblo en cuestión, en principio, no acepta la medida propuesta, cabría entrar en un proceso de negociación orientado a llegar a un acuerdo, en que ambas partes puedan revisar sus planteamientos iniciales. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado.

Si no se llega a un acuerdo, el Estado tiene la atribución de tomar una decisión. Sin embargo, no se trata de un acto arbitrario, sino que el Estado está obligado a motivarlo. En ese sentido, cabe aclarar que el Convenio N° 169 no otorga derecho a veto a los pueblos indígenas frente a la capacidad de actuación del Estado, sino que busca el respeto del derecho de tales pueblos a decidir sobre sus prioridades de desarrollo.

3.1.4.2 EL CONSENTIMIENTO COMO REQUISITO DEL PROCESO:

Cuestión distinta ocurre con la Declaración, pues en dicho instrumento ya no sólo se debe tener al consentimiento como finalidad, sino que se establece algunos casos en los que será necesario contar con el consentimiento de los pueblos indígenas previo a la adopción de la medida o realización de los proyectos. Así, la Declaración incorpora tres supuestos para los cuales será necesario contar con el consentimiento previo, libre e informado de los indígenas.

En los artículos 10, 29. 2 y 32.2 de la Declaración se señala que será necesario contar con el consentimiento previo (i) antes de realizar desplazamiento de población, (ii) antes de almacenar y/o eliminar material y/o residuos peligrosos en territorio donde habitan poblaciones indígenas y (iii) antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Es decir, que en estos supuestos el Estado sólo se podrá realizar la acción cuando los pueblos indígenas involucrados hayan aceptado, luego de un legítimo proceso de diálogo, la realización de la medida.

3.1.5 ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA:

De acuerdo a lo establecido por el artículo 8 de la Ley N°29785 - Ley del Derecho la Consulta Previa a Los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), está prescrito que las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa, deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

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

g. Decisión.

3.1.5.1 IDENTIFICACIÓN DE LA MEDIDA LEGISLATIVA O

ADMINISTRATIVA:

Conforme al Art. 17 de la Ley N° 29785, la entidad del Estado que va a emitir la medida legislativa o administrativa, es la competente para realizar el proceso de consulta previa. Sin embargo, la Ley no contiene criterios para llevar a cabo dicha identificación, considerándose que debe tenerse en cuenta por lo menos, dos cuestiones en la implementación de esta etapa.

La primera de carácter procesal, tiene que ver con analizar con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, las medidas específicas que a criterio de la entidad estatal deben ser consultadas. Ello en virtud de que la obligación de consultar alcanza también a las reglas del propio proceso, siendo la identificación de las medidas legislativas un aspecto principal del mismo. La segunda cuestión es de carácter sustantivo, es decir, relacionada a los criterios que se tendrán en cuenta para determinar el tipo de medidas a ser consultadas. En esta labor sin duda debe partirse por el principio general establecido por el Convenio, es decir, que se trate de medidas que vayan a afectar directamente a los pueblos indígenas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha buscado darle contenido al principio general comprendido en el Convenio y ha señalado que existen 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. Por ejemplo, la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N° 26505).
- Normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los

pueblos indígenas. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas.

- Una medida legislativa 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.

3.1.5.2 IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS PARA CONSULTA:

Conforme al Art. 10 de la Ley N° 29785, la identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuadas por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.

En virtud del Convenio, queda claro también que los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas, a través de sus instituciones u organizaciones representativas. En el caso peruano, ello lleva a resolver dos cuestiones preliminares. La primera está relacionada con la identificación de quiénes son los pueblos indígenas a los cuales les afectaría la medida legislativa y, la segunda, consiste en identificar a las instituciones e instancias representativas de dichos pueblos a nivel local, regional y nacional. Para tal efecto, sirve realizar el análisis comparativo entre el texto del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 29785 sobre la base de su contenido normativo siguiente:

a) Convenio N° 169 OIT:

Artículo 1

2. *El presente Convenio se aplica:*

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

3. *La conciencia de su identidad indígena (...) deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*

b) Ley N° 29785:

Artículo 7°.- Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios

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

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

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

c) Instituciones sociales y costumbres propias.

d) Patronos culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo.

3.1.5.3 PUBLICIDAD E INFORMACIÓN SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA:

Sobre este punto la Ley distingue dos etapas, que preferimos abordarlas conjuntamente en la medida que se encuentran estrechamente relacionadas. Respecto a la publicidad, la Autógrafa señala que la medida legislativa o administrativa debe ser puesta en conocimiento de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, mediante procedimientos adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan (Art. 11).

Con relación a la información establece que las entidades estatales deben brindar información a los pueblos indígenas y sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa. Al respecto, se sugiere que, en lugar de considerarlas en etapas diferentes del proceso de consulta, se priorice la calidad del proceso de brindar información a los pueblos indígenas respecto a la medida a ser consultada. De la lectura de ambos artículos se colige que la entidad encargada de llevar a cabo la consulta tiene las siguientes obligaciones:

- Reunir toda la información relativa a la medida a ser consultada, inclusive en lo referido a los motivos, implicancia, impactos, consecuencias de la misma.
- Adecuar la información a la cosmovisión, cultura y las lenguas de los pueblos indígenas.
- Prever medios de difusión apropiados culturalmente.
- Difundir la información sobre la medida con la suficiente anticipación para que los pueblos indígenas y sus representantes se formen una opinión integral acerca de la medida consultada.

En efecto, es en este momento donde se hace más evidente la necesidad de que la entidad encargada de la consulta se guíe escrupulosamente por los principios de buena fe, interculturalidad, plazo razonable e información oportuna, dado que del cumplimiento de los fines de esta etapa depende el éxito de las etapas siguientes.

3.1.5.4 EVALUACIÓN INTERNA DE LOS PUEBLOS SOBRE LAS MEDIDAS:

Al respecto, la Ley peruana mediante su Art. 13 establece que las organizaciones de los pueblos indígenas deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de las medidas legislativas o administrativas y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos. Dicho plazo deberá

determinarse en función a la dinámica y tiempo que toma la reflexión al interior de cada organización, de acuerdo a sus propias costumbres. Al respecto, sería bueno promover que la evaluación de la medida se lleve a cabo tanto en las organizaciones nacionales, regionales y locales indígenas, debido a que son éstas las que viven directamente los efectos de una regulación u otra.

3.1.5.5 PROCESO DE DIÁLOGO INTERCULTURAL:

La Ley N° 29785 mediante su Art. 14 define esta etapa en función a los asuntos que serán materia del diálogo; así, señala que éste se llevará a cabo sobre los fundamentos de las medidas, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, las sugerencias y recomendaciones que estos formulen. Asimismo, establece que todos los actos y ocurrencias presentadas en el desarrollo del proceso quedarán contenidos en un acta. Al respecto, es importante que el acta refleje fielmente el parecer de los actores involucrados, y no solo lo que el relator o relatora consideren relevante, dado que ello podría omitir, soslayar o minimizar la opinión de los pueblos indígenas.

Ahora bien, el dialogo intercultural, especialmente en el ámbito público, supone la interacción del Estado con los pueblos indígenas en un contexto de respeto a la diversidad de pensar, sentir y actuar para propiciar una interacción horizontal y sinérgica. Asimismo, debe reconocerse que ningún grupo social se encuentra por encima del otro, esto favorece la integración, el dialogo y la concertación. En tal sentido, se debe entender que lo intercultural implica interacción, comunicación, e integración, aspectos básicos para construir una adecuada gestión intercultural desde el Estado.

En ese sentido, en el marco de un proceso de consulta sobre una medida legislativa, antes del inicio del dialogo sobre los asuntos planteados por el artículo 14 de la Ley, deberían identificarse aquellos aspectos que reciben una diferente valoración por parte de los actores del proceso, desde sus paradigmas culturales, conocimientos y creencias, a fin de generar un adecuado entendimiento y reconocimiento de las diferentes concepciones que pueden existir sobre los planteamientos y consecuencias centrales de la medida.

3.1.5.6 DECISIÓN:

La Ley, en el Art. 15 regula la situación en que se arribe a un acuerdo, así como aquella en la que esto no suceda. Así, de llegarse a un acuerdo se establece que éste es de carácter obligatorio para ambas partes y, por tanto, exigible en sede administrativa y judicial. No queda claro sin embargo a qué tipo de procedimiento se vincularía un posible incumplimiento del acuerdo arribado en el marco del proceso de consulta. Sin duda, se trataría de una situación en la que sería demandada la entidad responsable del proceso, dado que éste comprende principalmente obligaciones para el Estado.

En caso no haya acuerdo respecto de la medida, la norma señala que la decisión de adoptar la medida debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteadas por los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de la medida tendría respecto de los derechos colectivos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados ratificados por el Perú.

SUBTÍTULO 3.2

LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO TITULARES DEL

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

En nuestro país aún resulta complejo comprender que los pueblos indígenas gocen de un derecho que a primera impresión les asigna un mayor beneficio que al resto de los ciudadanos, no obstante, debe tenerse una visión integral de esta situación. Históricamente, la población indígena ha sido excluida y luego de muchos años de lucha se ha logrado el reconocimiento de sus derechos a nivel internacional; por ello, luego de la aceptación de la actual situación de desigualdad en la que viven los pueblos indígenas, se afirmó la necesidad de otorgar derechos que busquen poner fin a las circunstancias de discriminación.

3.2.1 TITULARES DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA (LEY N° 29785):

En mérito al Art. 5 de la Ley N° 29785, los titulares del derecho a la consulta previa como beneficiarios del proceso, son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa. El fundamento del tal condición tiene como fuente de hecho a la propia Constitución que a través de su Art. 89 en concordancia con los artículos 1 y 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas, artículos 7 y 8 de la Ley de Comunidades Nativas y, directamente, conforme a Ley N° 29785 de Consulta previa, se tiene claro que el Estado peruano reconoce a las comunidades nativas y campesinas como organizaciones representativas de los pueblos indígenas y originarios del Perú, y se señala en tales normas algunas características que deben presentar los grupos en mención como el idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.

Además, según la Ley 28736, Ley de Pueblos Indígenas Aislados o en Contacto Inicial, se reconoce a los grupos que no se hallan en contacto con la población, como pueblos indígenas. De ahí que se pueda establecer que el Estado peruano reconoce como pueblos indígenas a aquellos que se encuentren organizados en comunidades nativas, campesinas o que habiten en reservas indígenas reconocidas para aquellos en aislamiento.

3.2.2 PUEBLOS INDÍGENAS COMO TITULARES DE LA CONSULTA PREVIA CONFORME AL DIP:

Mientras tanto conforme al Derecho Internacional Público (DIP), los pueblos indígenas, titulares del derecho y del proceso a la consulta previa, se determinan en base a los elementos siguientes:

- *Elemento Objetivo, referido a las características que presentan los pueblos indígenas más no sería necesario que concurran todas para el reconocimiento como miembro indígena. Entre tales características se puede mencionar: el origen de los miembros de tales pueblos y su existencia desde antes que se forme el actual Estado, conservar sus instituciones culturales, sociales y económicas, conservar sus tradiciones y costumbres, entre otras.*

- *Elemento Subjetivo, que es el auto reconocimiento que se refiere a la identificación que hace el propio miembro del pueblo indígena de sí mismo, reconociéndose como parte de un pueblo indígena.*

Adicionalmente, se debe tener presente que el Convenio N° 169 y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, establecen que la consulta se realiza a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. De ahí que podamos manifestar que se trata de un derecho que se ejerce colectivamente a través de los representantes designados por los propios pueblos indígenas. En ese mismo sentido ha opinado la propia OIT en su Guía para la Aplicación del Convenio 169, sobre las instituciones indígenas, que:

“La existencia de instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas conforma una parte integral de lo que significa ser un pueblo indígena y es en gran medida lo que distingue a los pueblos indígenas de otros sectores de la población nacional”.

Entre los derechos humanos reconocidos a los pueblos indígenas por el Convenio N° 169, podemos mencionar el derecho a retener y desarrollar sus propias instituciones sociales, culturales y políticas pues su existencia conforma una parte integral de lo que significa ser un pueblo indígena y es en gran medida lo que los distingue de otros sectores de la población nacional. A partir de la lectura del artículo 6° del Convenio 169 y el artículo 19° de la Declaración, se puede establecer que la institucionalidad indígena es vital para la consulta de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones que los afectan.

A pesar de lo complejo que pudiera resultar la identificación de las instituciones indígenas, los órganos de control de la OIT así como el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas han indicado la importancia de asegurar su participación en aras que el proceso de consulta sea acorde con lo establecido en el Convenio y la Declaración:

“Si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las

comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”.

3.3.3 DERECHO DE PETICIÓN Y ACREDITACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:

De acuerdo al Art. 9 del Reglamento, el derecho de petición de los pueblos indígenas para el proceso de consulta previa implica lo siguiente:

- El o los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, pueden solicitar su inclusión en un proceso de consulta; o la realización del mismo respecto de una medida administrativa o legislativa que consideren pueda afectar directamente sus derechos colectivos. El derecho de petición se ejercerá por una sola vez y nunca simultáneamente.
- El petitorio debe remitirse a la entidad promotora de la medida dentro de los quince (15) días calendario de publicado el Plan de Consulta respectivo, para el caso de inclusión en consultas que se encuentren en proceso. En caso el petitorio tenga como objeto solicitar el inicio de un proceso de consulta, dicho plazo correrá desde el día siguiente de la publicación de la propuesta de medida en el diario oficial. En este supuesto, si la propuesta de medida no se hubiera publicado, el derecho de petición se puede ejercer antes de que se emita la medida.
- La entidad promotora decidirá sobre el petitorio dentro de los siete (7) días calendario de recibido el mismo, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable.
- En el supuesto de que se deniegue el pedido, las organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden solicitar la reconsideración ante la misma autoridad o apelar la decisión. Si la entidad promotora forma parte del Poder Ejecutivo, la apelación es resuelta por el Viceministerio de Interculturalidad, quien resolverá en un plazo no mayor de siete (7) días calendario, sobre la base de lo establecido en el

Reglamento y la normativa vigente aplicable, bajo responsabilidad. Con el pronunciamiento de esta entidad queda agotada la vía administrativa. La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y sin efecto suspensivo.

- En caso de que el pedido sea aceptado y el proceso de consulta ya se hubiera iniciado, se incorporará al o los pueblos indígenas, adoptando las medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la consulta.

SUBTÍTULO 3.3

EL ESTADO PERUANO EN EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA

La determinación de la responsabilidad para conducir el proceso de la consulta previa es muy importante, pues en caso de incumplimiento de la obligación, se debe tener claridad sobre quien recae la responsabilidad. De hecho, la obligación de realizar la consulta recae en el Estado peruano, o de lo contrario la comunidad internacional podrá sancionarlo por incumplir con el acuerdo. De ninguna manera se debe entender que el Estado puede compartir su obligación con las empresas privadas que planean realizar actividades en nuestro país, pues el Estado debe asegurar un proceso de consulta imparcial. Ello significa que el proceso de consulta debe ser asumido plenamente por el Estado.

Asimismo, los mismos representantes de los pueblos indígenas podrán colaborar en la coordinación y ejecución del proceso de consulta, mas no podrían asumir la responsabilidad de la conducción, pues es el Estado peruano quien ha asumido tal obligación. Por lo que, en el supuesto de presentarse un caso en algún tribunal internacional, el Estado de ningún modo podría alegar la participación de representantes indígenas como causal de exclusión de responsabilidad. En todo caso, en cuanto a la participación del Estado en el proceso de consulta previa, tenemos en el Perú los dos niveles siguientes:

3.3.1 ENTIDAD PROMOTORA RESPONSABLE:

En fundamento a lo prescrito por el Art. 17 de la Ley, las entidades competentes del Estado responsables de realizar el proceso de consulta previa, son las entidades estatales que van a emitir las medidas legislativas o administrativas relacionadas de modo directo con los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Al respecto, los artículos 3.g y 8 del Reglamento de la Ley, aclaran que dichas entidades son la misma Presidencia del Consejo de Ministros, los ministerios con sus órganos competentes, los otros órganos públicos, los gobiernos regionales y locales a través de sus órganos competentes, que son las responsables de ejecutar o llevar a cabo el proceso.

3.3.2 ÓRGANO TÉCNICO ESPECIALIZADO EN MATERIA INDÍGENA:

La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley determina que el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura es el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. A su vez, el artículo 19 de la Ley y el artículo 28 del Reglamento fijan las funciones del órgano técnico especializado, en las siguientes:

- *Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Asimismo, brinda opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta.*
- *Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes, del o de los pueblos indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular, en coordinación con las entidades promotoras.*
- *Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades promotoras, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por dichas entidades, sobre el ámbito de la consulta y la determinación del o de los pueblos indígenas a ser consultados, así como sobre el Plan de Consulta.*

- *Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y al o los pueblos indígenas que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma.*
- *Elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial relativa a los pueblos indígenas, en donde también se registrarán sus organizaciones representativas.*
- *Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta.*
- *Crear, mantener y actualizar un Registro de Facilitadores, así como el Registro de Intérpretes de las lenguas indígenas.*
- *Dictar una Guía Metodológica para la implementación del derecho de consulta, incluyendo documentos modelo, en el marco de la Ley y el Reglamento.*

3.3.3 RESPONSABILIDADES DEL ESTADO PERUANO:

La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas derivada del Convenio N° 169 de la OIT y de la Ley N° 29785 conforme al Art. 5 del Reglamento, corresponde al Estado peruano e implica las siguientes responsabilidades:

a) *Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los*

aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta.

b) Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado.

c) Las consultas deben realizarse a través de los o las representantes de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas directamente afectados acreditados conforme al numeral 10.1 del artículo 10º del Reglamento.

d) Las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

e) El derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

f) La consulta debe tener en cuenta los problemas de accesibilidad que pudieran tener los miembros de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, y sus representantes, de llegar al lugar en donde se realice el proceso de consulta. Debe optarse por lugares que por su fácil acceso permitan lograr el máximo de participación.

g) Atendiendo a la diversidad de pueblos indígenas existentes y a la diversidad de sus costumbres, el proceso de consulta considera las diferencias según las circunstancias a

efectos de llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural. Se presta especial interés a la situación de las mujeres, la niñez, personas con discapacidad y los adultos mayores.

h) El proceso de consulta debe realizarse respetando los usos y tradiciones de los pueblos indígenas, en el marco de lo establecido por la Constitución y las leyes. La participación de las mujeres, en particular en funciones de representación.

i) Los pueblos indígenas deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección, en el proceso de consulta, en un marco de plena autonomía, y sin interferencia de terceros ajenos a dichos pueblos, respetando la voluntad colectiva.

j) La obligación del Estado de informar al pueblo indígena, así como la de apoyar la evaluación interna, se circunscribe sólo a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participen del proceso de consulta.

k) Las normas de carácter tributario o presupuestario no serán materia de consulta.

l) No requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas que requieren una intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas. El mismo tratamiento reciben las medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias, así como la persecución y control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes.

m) Son documentos de carácter público, disponibles, entre otros medios, a través de los portales web de las entidades promotoras: El Plan de Consulta, la propuesta de la medida administrativa o legislativa a consultar, el nombre de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y el de sus representantes, el nombre de los representantes estatales, el Acta de Consulta y el Informe de Consulta y,

n) La dación de medidas administrativas o legislativas que contravengan lo establecido en la Ley y el Reglamento, vulnerando el derecho a la consulta, pueden ser objeto de las medidas impugnatorias previstas en la legislación.

SUBTÍTULO 3.4

OBJETO DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA

Partimos de la premisa u obligación de deslindar si se tienen que consultar a los pueblos indígenas todas las iniciativas del Estado. Ocurre que no es así, pues de acuerdo con lo que se establece el mismo Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración, la Ley, las resoluciones del Relator de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana, se someterán a consulta de los pueblos indígenas, las medidas legislativas y administrativas. En ese sentido, lo han establecido los artículos 6 y 15 del Convenio 169, el artículo 19 de la Declaración y el Art. 9 de la Ley peruana.

Adicionalmente, en la Declaración el artículo 19 incorpora la necesidad de contar con el consentimiento cuando se vaya a implementar un proyecto que afecte a las tierras o territorio y otros recursos de los pueblos indígenas. De igual modo, lo ha establecido la Corte Interamericana en la Sentencia del Caso de Saramaka Vs. Surinam, señalando la obligación del Estado de realizar la consulta previa a la aprobación de proyectos de gran envergadura que posiblemente afecten a los pueblos indígenas, debiéndose obtener necesariamente el consentimiento para el desarrollo de los mismos. De lo expresado, podemos concluir que, de acuerdo con los actuales estándares internacionales de obligatoria observancia para el Estado peruano, debe realizarse un proceso de consulta previamente a la promulgación de medidas legislativas, administrativas y al desarrollo de megaproyectos.

3.4.1 MEDIDAS ADMINISTRATIVAS:

Son todas aquellas medidas que dictan los órganos de la administración pública en el Perú y que pueden afectar la vida, el territorio y otros derechos esenciales de los pueblos indígenas. De hecho, en este parámetro, están comprendidas las medidas que implican autorizaciones que puedan dar ministerios y otras entidades estatales dirigidas a permitir que terceros aprovechen los recursos naturales relacionados a la tierra y propiedades comunales de los pueblos indígenas. En ese sentido, concesiones para exploraciones o explotaciones de recursos naturales no renovables, como los que da el Ministerio de Energía y Minas, deben ser sometidas al proceso de consulta previa.

3.4.2 MEDIDAS LEGISLATIVAS:

Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú ha buscado darle contenido al principio general comprendido en el Convenio y la Ley, señalando que existen 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. Por ejemplo, la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N° 26505).
- Normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas.
- Una medida legislativa 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.

3.4.3 ALCANCES E IMPLICANCIAS DE LAS MEDIDAS A CONSULTARSE:

Al respecto, el artículo 27 del Reglamento de la Ley, sobre las medidas legislativas o administrativas de alcance general, incluyendo planes y programas, aclara y determina que sólo serán consultadas en aquellos aspectos que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, del modo siguiente:

- Para tal fin, se consultará al o los pueblos indígenas, a través de sus representantes elegidos de acuerdo a sus propios usos y costumbres.
- El proceso de consulta a los pueblos indígenas referido en el inciso anterior, se realizará a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida.
- Conforme al numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, las medidas reglamentarias no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes, por lo que no pueden cambiar la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas previstos en la ley. Sin perjuicio de lo anterior, podrían utilizarse los mecanismos de participación ciudadana previstos en la legislación, distintos a la consulta, conforme lo señala el Convenio N° 169 de la OIT.
- Cuando, de manera excepcional, el Poder Ejecutivo ejercite las facultades legislativas previstas en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, se consultará aquellas disposiciones del proyecto de Decreto Legislativo que

impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El Poder Ejecutivo incluirá, en el pedido de delegación de facultades, un período adicional para el desarrollo del proceso de consulta.

- La consulta de los proyectos de decretos legislativos se realizará sólo respecto del artículo o artículos que pudieran implicar un cambio en la situación jurídica de un derecho colectivo reconocido a los pueblos indígenas. Estarán comprendidos en el proceso de consulta sólo los pueblos indígenas que pudieran ser afectados directamente por el artículo o artículos antes indicados, a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida.

3.4.4 DEL PROCESO DE CONSULTA:

El Título III del Reglamento de la Ley, determina el proceso de la consulta previa, conforme a las etapas y documentos siguientes:

- **INICIO DEL PROCESO:**

El proceso de consulta se inicia con la etapa de identificación de la medida a consultar

- **REUNIONES PREPARATORIAS:**

Las entidades promotoras pueden realizar reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta. También, podrán realizar dichas reuniones en casos de procedimientos de especial complejidad que requieran precisiones mayores.

- **DEL PLAN DE CONSULTA:**

El Plan de Consulta debe ser entregado por la entidad promotora a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, junto con la propuesta de la medida a consultar, conteniendo al menos:

- Identificación del o de los pueblos indígenas a ser consultados;
- Las obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores del proceso de consulta;
- Los plazos y el tiempo para consultar, los que deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta;
- Metodología del proceso de consulta, lugar de reuniones e idiomas que se utilizarán, y las medidas que faciliten la participación de las mujeres indígenas en el proceso;
- Los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta.

- **ETAPA DE PUBLICIDAD DE LA MEDIDA:**

Las entidades promotoras de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta deben entregarla a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas que serán consultados, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, considerando el o los idiomas de los pueblos indígenas y sus representantes. Al mismo tiempo deben entregar el Plan de Consulta. Una vez que se haya entregado a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas tanto la propuesta de medida como el Plan de Consulta, culmina esta etapa e inicia la etapa de información. Tal hecho debe constar en el portal web de la entidad promotora.

- **ETAPA DE INFORMACIÓN:**

Corresponde a las entidades promotoras brindar información al o los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. La etapa de información dura entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario, según establezca la autoridad promotora.

La información debe darse de forma adecuada y oportuna, con el objetivo de que el o los pueblos indígenas cuenten con información suficiente sobre la materia de consulta, así como para evaluar la medida y formular sus propuestas. Se deben usar medios de comunicación cercanos a la población indígena de tal manera que puedan llegar efectivamente a sus organizaciones representativas y a sus representantes, sobre la base de un enfoque intercultural. La entidad promotora alentará que el o los pueblos indígenas cuenten con la asistencia técnica que fuera necesaria para la comprensión de la medida.

- **ETAPA DE EVALUACIÓN INTERNA:**

Las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas y sus representantes deben contar con un plazo razonable en consideración de la naturaleza de la medida con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.

Debe incorporarse dentro de los costos del proceso de consulta el apoyo logístico que debe brindarse a los pueblos indígenas para la realización de la etapa de evaluación interna y conforme lo señalado en el artículo 26 del Reglamento.

Acabado el proceso de evaluación interna, y dentro del plazo de dicha etapa, los o las representantes del o de los pueblos indígenas deberán entregarle a la entidad

promotora, un documento escrito y firmado, o de forma verbal, dejándose constancia en un soporte que lo haga explícito, en el cual podrán indicar su acuerdo con la medida o presentar su propuesta acerca de lo que es materia de consulta, debiendo referirse en particular a las posibles consecuencias directas respecto a las afectaciones a sus derechos colectivos. Si los o las representantes no pudieran firmarlo, pueden colocar su huella digital.

En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas señalen que se encuentran de acuerdo con la medida, concluye el proceso de consulta. La autoridad toma el documento indicado en el numeral anterior, en que se señala el acuerdo, como Acta de Consulta. En caso de que los o las representantes de las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas presenten modificaciones, aportes o propuestas, tales servirán para iniciar la etapa de diálogo propiamente dicha.

En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas no expresen su voluntad colectiva conforme lo señalado en el numeral 19.3 dentro del plazo previsto para la evaluación interna, la entidad promotora entenderá que existe desacuerdo con la medida y convocará a la primera reunión de la etapa de diálogo.

En dicha reunión los o las representantes deberán presentar los resultados de la evaluación interna. En caso no pudieran entregarlos, por razones debidamente justificadas, la entidad promotora volverá a citarlos en dicha reunión, y dentro del plazo de la etapa de diálogo, con el fin de recibir dicha evaluación e iniciar la búsqueda de acuerdos, de ser el caso. Si a pesar de lo señalado en el párrafo anterior, los o las representantes del o de los pueblos indígenas no presentaran los resultados de la evaluación interna, sean en forma oral o escrita, se entenderá abandonado el proceso de consulta y se pasará a la etapa de decisión.

En caso de haber varios representantes del o de los pueblos indígenas, con opiniones divergentes, cada una de ellos podrá emitir sus propias opiniones sobre la

medida materia de consulta. Todas las partes, incluso las que señalaron su acuerdo, tienen el derecho de participar en este caso en la etapa de diálogo. La evaluación interna debe completarse dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario.

- **ETAPA DE DIÁLOGO:**

El diálogo intercultural se realiza respecto de aquellos aspectos en donde se presentan diferencias entre las posiciones de la propuesta de la entidad promotora y las presentadas por el o los pueblos indígenas. Esta debe guiarse por un esfuerzo constante, y de buena fe, por alcanzar acuerdos sobre la medida objeto de consulta.

En el caso de medidas legislativas o administrativas de alcance general, la etapa de diálogo se realiza en la sede de la entidad promotora, salvo que las partes elijan una sede distinta, la cual debe contar con las facilidades que permitan el adecuado desarrollo del proceso.

En el caso de consulta de actos administrativos, la etapa de diálogo se realizará en un lugar que facilite la participación de los o las representantes del o de los pueblos indígenas. Si algún pueblo indígena, que ya es parte del proceso de consulta al haber sido debidamente informado y convocado, no participara en la etapa de diálogo, y en tanto aún no se haya firmado el Acta de Consulta, puede incorporarse al proceso, previa presentación de sus aportes y aceptando el estado en el que se encuentra el proceso al momento de su incorporación, incluyendo los acuerdos que ya se hubieran adoptado.

El período máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes. En el desarrollo de la etapa de diálogo se observarán las siguientes reglas mínimas:

- El o los pueblos indígenas tienen el derecho de usar su lengua nativa o el idioma oficial. Cuando alguna de las partes desconozca el idioma del interlocutor se contará con los intérpretes respectivos.

- Al iniciar la etapa de diálogo, la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa debe realizar una exposición sobre los desacuerdos subsistentes al terminar la etapa de evaluación interna sobre la base de los documentos que las partes presentaron al finalizar dicha etapa. Realizada esta presentación se inicia el proceso de búsqueda de consenso.

- **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. La decisión de suspensión se sustentará en un informe motivado sobre los actos o hechos que afectan el proceso de diálogo, no pudiendo dicha suspensión o la suma de ellas, de ser el caso, superar el plazo de quince (15) días calendario.

Cumplido ese plazo la entidad promotora podrá convocar al diálogo en un lugar que garantice la continuidad del proceso, en coordinación, de ser posible, con los o las representantes del o de los pueblos indígenas. En cualquier caso, la entidad promotora pondrá fin al proceso de diálogo si el incumplimiento del principio de buena fe impidiera la continuación del proceso de consulta, elaborando un informe sobre las razones que sustentan dicha decisión, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación, de ser el caso, luego de lo cual se pasará a la etapa de decisión.

El o los pueblos indígenas pueden desistirse, no continuar, o abandonar el proceso de consulta. Las entidades promotoras deben agotar todos los medios posibles previstos en la Ley y el reglamento para generar escenarios de diálogo. Si luego de lo señalado no es posible lograr la participación del o de los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, la entidad promotora dará el proceso por concluido, elaborando un informe que sustente la decisión adoptada, dentro del plazo de la etapa de diálogo.

- **ACTA DE CONSULTA:**

En el Acta de Consulta deben constar, de ser el caso, los acuerdos adoptados, señalando expresamente si los mismos son totales o parciales. En caso de no existir acuerdo alguno, o cuando el acuerdo es parcial, debe quedar constancia de las razones del desacuerdo parcial o total.

El Acta será firmada por los o las representantes del o de los pueblos indígenas y por los funcionarios y funcionarias debidamente autorizados de la entidad promotora. De negarse a firmar el Acta, se entenderá como una manifestación de desacuerdo con la medida, y se pasará a la etapa de decisión.

- **ETAPA DE DECISIÓN:**

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por el o los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias directas que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados ratificados por el Estado Peruano.

De alcanzarse un acuerdo total o parcial entre el Estado y el o los pueblos indígenas, como resultado del proceso de consulta, dicho acuerdo es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida. Los o las representantes que expresen su desacuerdo, tienen el derecho de que el mismo, conste en el Acta de Consulta.

- **INFORME DE CONSULTA:**

Culminado el proceso de consulta, la entidad promotora debe publicar en su portal web un Informe conteniendo: La propuesta de medida que se puso a consulta, el Plan de Consulta, desarrollo del proceso, Acta de Consulta y la Decisión adoptada, de ser el caso.

El Informe Final debe ser remitido a los o las representantes del o de los pueblos indígenas que participaron en el proceso de consulta. El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta.

Por último, cabe aclarar que conforme al Art. 26 del Reglamento, el financiamiento del proceso de consulta para el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponde a la entidad promotora cubrir los costos del proceso de consulta, siendo obligación de las entidades promotoras identificar o modificar en sus TUPA, los procedimientos respectivos.

TÍTULO IV

PROCEDIMIENTO PARA LA CONSULTA

PREVIA EN EL PERÚ

Las etapas de la consulta previa a favor de los pueblos indígenas en el Perú, se ha esclarecido recién con la promulgación de normas recientes como el Reglamento de la Ley de la Consulta previa. La determinación del procedimiento con todos sus componentes, veremos en este capítulo, pero era asunto vital para avanzar hacia el pleno respeto de este derecho colectivo de los pueblos indígenas, pues con el solo reconocimiento del derecho, no se garantizaba su respeto.

SUBCAPÍTULO 4.1

ENTIDAD COMPETENTE Y ÓRGANO TÉCNICO ESPECIALIZADO

Durante mucho tiempo, a pesar de que el Estado peruano había ratificado hace años el Convenio N° 169 de la OIT, no hubo una clara definición de la entidad competente que por el Poder Ejecutivo se encargara de la competencia y resguardo de los derechos de los pueblos indígenas u originarios, incluyendo por cierto, la realización del proceso para la consulta previa, pues durante el siglo XX se encomendó, por ejemplo, la competencia del reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas al Ministerio de Agricultura para luego establecerse el INDEPA que se suponía tenía que encargarse de la regulación y el

respeto de los derechos de los pueblos andinos y amazónicos originarios sin haber avanzado realmente hacia tales propósitos. Veamos ahora cómo hemos avanzado al respecto, en los recientes años.

4.1.1 DEFINICIÓN DE LA ENTIDAD COMPETENTE:

Recordemos, que la consulta previa libre e informada está definida en el Convenio N° 169 de la OIT como un mecanismo que busca proteger los derechos colectivos de estas poblaciones ante las políticas y proyectos estatales o privados que puedan afectarlos. A partir de este marco normativo, incluyendo la Ley de la Consulta Previa, especialmente luego de la promulgación de su reglamento, es que el Estado peruano ha terminado de darle contenido y forma institucional a este derecho anteriormente reconocido, pero no implementado, reconociéndolo como un proceso de diálogo intercultural entre los representantes estatales y los pueblos indígenas (Ver Ministerio de Cultura 2012).

Sin embargo, los alcances y, sobre todo, los titulares de este derecho son objeto de debate debido a diferentes interpretaciones jurídicas tanto de la Ley como del Convenio N° 169. Esta situación ha generado que la Ley sea cuestionada abiertamente por algunas organizaciones indígenas y que incluso se haya planteado su inconstitucionalidad. El debate sobre los titulares del derecho, es decir quiénes son indígenas o pueblos originarios de acuerdo a lo antes establecido, no es gratuito, sino que responde a la desconfianza de las autoridades nacionales ante la posibilidad de realizar este tipo de procesos en proyectos extractivos bajo una lógica de incertidumbre ante una supuesta falta de control sobre los resultados (ver Gálvez y Sosa 2013).

Esta situación ha llevado que, además de las complejidades históricas y sociales, el reconocimiento de grupos originarios andinos como los quechuas o aymaras (que representan un importante porcentaje poblacional) sea un tema aún que requiere de mayor definición de parte del Estado.

En términos de diseño institucional, la Ley y su reglamento han generado una serie de condiciones y procedimientos que no se condicen con el estado actual de funciones y

competencias en los distintos niveles de gobierno. Esto es especialmente importante si revisamos el proceso de descentralización, donde se generan espacios en los que el alto grado de especificidad origina tensiones e incluso contradice el funcionamiento real del Estado, como veremos en el caso de las áreas de conservación regional.

Esta situación además es ahondada por la desigual correlación de fuerza del Viceministerio de Interculturalidad, medida no solo en términos de influencia sino en la propia jerarquía formal del Estado, como ente rector de esta política frente a los demás sectores (ministerios) y los gobiernos regionales (ver Gálvez y Sosa 2013), en un contexto en el que se requiere un ente rector capaz de asegurar el funcionamiento de esta política (Abanto 2011, Correa 2011, 32-33).

Los instrumentos internacionales mencionan que corresponde al Estado la obligación de realizar la consulta, mas no se menciona el tipo de entidad que debiera asumir tal responsabilidad dentro de la estructura del Estado en cuestión, pues conforme al Principio de Soberanía Estatal, corresponderá a cada Estado la adecuación de su normativa.

4.1.1.1 SEGÚN DICTÁMENES INICIALES DEL CONGRESO:

En nuestro caso particular, en el dictamen recaído en los proyectos de Ley N° 413/2006-CR, N° 427/2006-CR, N° 3698/2009-CR y N° 2016/2007-CR presentados en el Congreso de la República para la regulación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas conforme al Convenio N° 169, se propuso inicialmente que la entidad que debiera asumir la responsabilidad de llevar a cabo el proceso de consulta debiera ser la Oficina Nacional de Procesos Electorales ONPE. No obstante, considerar a la ONPE como la entidad rectora para la ejecución de los procesos de consulta, hubiera sido entender a la consulta sólo como un proceso de participación ciudadana, sin considerar las características particulares de ella, equiparándola, por ejemplo, con los procesos de referéndum.

4.1.1.2 SEGÚN LA COMISIÓN MULTIPARTIDARIA DE PUEBLOS INDÍGENAS:

En el Informe intitulado: “Consulta Previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia”,

elaborado por la Comisión Multipartidaria del Congreso de la República se propuso una fórmula legal para implementar en el procedimiento legislativo del Congreso, la consulta previa a los pueblos indígenas.

En dicha propuesta se planteó que los proyectos de medidas legislativas que vayan a ser revisados y aprobados en el Congreso de la República deberán ser analizados por una comisión a fin de decidir si tal medida afectaría a los intereses de los pueblos indígenas del país y en ese caso realizar el proceso de consulta. En la propuesta no se mencionó quien sería la autoridad encargada del proceso de consulta en sí mismo.

4.1.1.3 UNA ENTIDAD SUPERVISORA Y UNA ENTIDAD EJECUTORA:

La consulta previa a los pueblos indígenas, en principio, se deberá realizar cuando haya propuestas de medidas legislativas, administrativas o proyectos que vayan a afectar a los pueblos indígenas, por ello, la determinación sobre qué entidad será la encargada del proceso dependerá de cada supuesto. Asimismo, se debe tener en cuenta que por las características que reviste un proceso de consulta, quien debe asumir la conducción y/o supervisión debe ser una entidad especializada en materia indígena que comprenda la interculturalidad de los pueblos indígenas del país.

De esta forma, cuando se trate de una propuesta de medida legislativa corresponderá ejecutar el proceso de consulta al ente que va a aprobar dicha medida. Así, se podrá estar ante una propuesta de rango nacional (Congreso de la República), regional (gobiernos regionales) o local (municipalidades provinciales y distritales) donde cada autoridad legislativa será la encargada de incluir o asumir la tarea de llevar a cabo la consulta. Lo mismo ocurrirá con las propuestas de medida administrativa, correspondiéndole esta responsabilidad a la autoridad que prevea emitir el Reglamento o Directiva. En el caso de la aprobación de realización de proyectos de desarrollo, la consulta estará a cargo de la entidad estatal encargada de la autorización de dicho proyecto con la mediación del ente técnico de nivel cultural.

Por otra parte, en la medida en que la ejecución del proceso de consulta recaería en más de una entidad pública, sería adecuado que tales procesos sean conducidos con la mediación y supervisión de una entidad especializada en materia indígena, a fin de asegurar el respeto a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, lo que fue perfilando la perspectiva de que tendría que ser la entidad rectora de la Cultura y del Patrimonio Cultural, la que tendría que asumir la competencia de conducir el proceso de la consulta previa.

Dado lo anterior, nos estaríamos refiriendo a dos entidades relacionadas a los procesos de consulta a los pueblos indígenas en el país: una de ellas encargada de llevar a cabo el proceso en sí mismo (**entidad ejecutora**), que como se ha mencionado sería la entidad que propone la promulgación de la medida legislativa o administrativa o el proyecto de desarrollo de gran envergadura, y otra entidad especializada en materia indígena que se encargase de supervisar y asegurar el desarrollo del proceso de consulta de conformidad con los instrumentos internacionales (**entidad supervisora**).

4.1.1.4 EL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD:

El Ministerio de Cultura, a través del Viceministerio de Interculturalidad, es el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Su misión es concertar, articular y coordinar la política de implementación del derecho a la consulta previa. Brinda asesoría, asistencia técnica y capacitación a las entidades promotoras de procesos de consulta previa y a los pueblos indígenas u originarios, lleva la Base de Datos de los Pueblos Indígenas u Originarios y un Registro de Intérpretes y Facilitadores, registra los resultados de las consultas realizadas y resuelve en última instancia administrativa los recursos que formulen los pueblos indígenas en ejercicio del derecho de petición, cuando se trata de entidades del Poder Ejecutivo. Mientras tanto ha quedado claro que la competencia y responsabilidad para conducir y ejecutar el proceso de consulta previa recae en las entidades promotoras de las medidas.

En ese contexto, cabe anotar que el procedimiento de la consulta previa, no implica la conducción de un referéndum o un plebiscito, procesos en los que las respuestas se limitan a un sí o a un no, porque si la consulta previa es un diálogo entre el Estado y los pueblos

indígenas sobre propuestas que tienen relación con los derechos colectivos de dichos pueblos, entonces se trata de contar con proceso amplio destinado a garantizar los derechos de los pueblos indígenas del Perú, así como el interés general de la colectividad nacional dado que finalmente con este procedimiento, se busca armonizar el interés nacional al desarrollo sostenible con el interés particular de los derechos de estos pueblos a respetarse su cultura e integridad.

SUBTÍTULO 4.2

BASES DE DATOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ

Conforme ya se sostuvo, el Viceministerio de Interculturalidad, en su calidad de organismo técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, es la entidad responsable de articular la implementación del derecho a la consulta previa, mientras que las entidades promotoras son las que ejecutan el proceso de consulta. A la fecha, el Ministerio de Cultura ha publicado la base de datos de Pueblos Indígenas en base al idioma nativo u originario de los pueblos o comunidades respectivas, así como en consideración a las resoluciones previas de reconocimiento. Veamos a continuación cómo ha evolucionado el reconocimiento formal de los pueblos indígenas para efectos de la consulta previa.

4.2.1 RECONOCIMIENTO DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA:

La forma del reconocimiento de la existencia legal y de la personería jurídica ya en época de la República se ha dado por medio de resoluciones administrativas del Ministerio de Agricultura y de sus órganos desconcentrados en el nivel subnacional, son las direcciones regionales de Agricultura, hoy de Agricultura y Riego, que fueron dando en los distintos departamentos, las resoluciones directorales de reconocimiento, en base a las cuales, el Viceministerio de Interculturalidad ha publicado en su página web, la Base de Datos de los Pueblos Indígenas del Perú como fundamento del sujeto pasivo de la consulta previa, implicando que si en el ámbito de una medida administrativa o proyecto, se

encuentra una comunidad que aparece en la Base de Datos, será viable iniciar el proceso de consulta.

4.2.2 INSCRIPCIÓN EN LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE REGISTROS PÚBLICOS:

Muchas comunidades campesinas y nativas, además, de su reconocimiento formal por los órganos del Ministerio de Agricultura, lograron la inscripción de su resolución de reconocimiento, en Libro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos – SUNARP que también ha sido fuente para la Base de Datos de los Pueblos Indígenas del Perú y el proceso de consulta previa en los casos pertinentes.

4.2.3 BASE DE DATOS OFICIAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS:

En base a los criterios y fuentes antes expuestas, el Art. 20 de la Ley peruana determina que se crea la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios del Perú a cargo del Viceministerio de Interculturalidad como órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, que contiene la siguiente información:

- Denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
- Referencias geográficas y de acceso.
- Información cultural y étnica relevante.
- Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
- Sistemas, normas de organización y estatuto aprobado.

- Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, periodo y poderes de representación.

Y conforme al artículo 29 del Reglamento, tenemos las siguientes precisiones:

- La Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley, constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas. No tiene carácter constitutivo de derechos.
- El Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Cultura se aprueba la directiva que la regula, incluyendo los procedimientos para la incorporación de información en la misma, en particular la disponible en las distintas entidades públicas, así como para la coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.
- Todo organismo público al cual se le solicite información para la construcción de la Base de Datos Oficial está en la obligación de brindarla.

CAPÍTULO VI: DISCUSIÓN DE RESULTADOS

6.1 CONCLUSIONES:

Llegamos a la parte final del trabajo de investigación en que se plantean las conclusiones siguientes:

6.1.1 SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA:

- Como parte de un reciente proceso de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas del mundo a través del Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de la ONU de los Derechos de los Pueblos Indígenas y la actuación de tribunales internacionales, el derecho a la consulta previa se ha fortalecido en la escena internacional, regional y nacional y además, en el Perú, tiene rango constitucional conforme lo establece el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0022-2009-PI/TC.
- Sin embargo, en el Perú, pese a haberse promulgado la Ley N° 29785 y su reglamento por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, el nivel de aplicación del derecho a la consulta previa es muy escaso y esporádico, por lo que, las normas peruanas implican un avance muy relativo, pero para nada, completo en la perspectiva de asegurar el cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT y la debida implementación del derecho a la consulta previa.

6.1.2 VACÍOS LEGALES O CONTRADICCIONES NORMATIVAS:

- La relatividad de la Ley peruana y su Reglamento, deviene principalmente del carácter optativo o voluntario y no obligatorio que tiene la consulta previa en el Perú en función a la figura central del “acuerdo” que debe implicar el proceso, conforme se infiere claramente del segundo párrafo del artículo 15 de la Ley y del artículo 1.5 del Reglamento que determina que el resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes, sin olvidar el artículo 5.d) del mismo Reglamento, que refiere que las consultas deben realizarse con la finalidad de “llegar a un acuerdo.”
- Más grave aún es la determinación sobre la competencia en cuanto a la aprobación de la medida legislativa o administrativa tras el proceso de consulta, que corresponde solo a la “entidad estatal competente” (artículo 15 de la Ley) aclarando que dicha entidad es la propia entidad promotora, que es a quien corresponde adoptar la decisión final, es decir, a la misma entidad que propone la medida administrativa o legislativa (artículo 23.1 del Reglamento), con lo que, la entidad promotora que además, es la responsable de conducir la consulta, resulta siendo al final juez y parte de todo el proceso de consulta previa.
- Si bien, la consulta previa funciona sobre la base del principio de buena fe: y otros principios incluidos en el artículo 4 de la Ley, queda claro que la misma Ley ni el Reglamento reconocen ni como fuente de inspiración, el derecho a la determinación de los pueblos indígenas y tampoco mencionan ni reconocen, el “derecho al veto” o de oposición, ni la licencia social que deberían dar los pueblos indígenas al menos, frente a un proyecto de gran dimensión.
- Asimismo, cabe resaltar la diferencia entre la Ley y el Convenio N° 169 de la OIT en cuanto al objeto de la consulta, pues para la primera son las medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, mientras que el segundo tiene por objeto de la consulta a todas las medidas “suceptibles de

afectarlos directamente” con lo que queda claro que el Convenio ventila toda posibilidad de afectación, mientras que la Ley, solo las afectaciones directas.

- Otra cuestión controversial e incluso contraria al Derecho Internacional y a la misma ratificación del Estado peruano del Convenio N° 169 de la OIT que entró en vigencia en 1995, es la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley que establece que ésta no deja sin efecto las medidas administrativas dictadas antes de su promulgación esta Ley el 2011, con lo que repito, se estaría contrariando la misma ratificación del Estado del Convenio N° 169 de la OIT y se estarían validando los cientos de medidas legislativas y administrativas que se dictaron antes de la Ley estando en vigencia el Convenio.
- El carácter prácticamente optativo o voluntario del proceso de consulta previa en el Perú ha traído por consecuencia el muy escaso número de procesos que se han realizado, pues si bien tenemos hasta el 2016, solo un total de 24 procesos realizados y hay algunos procesos valiosos que se han hecho en el sector hidrocarburos en los lotes 164, 169, 189, 175 y 195 con buenos resultados, empero, la tendencia dominante sigue siendo la de soslayar o hasta burlar el derecho y el proceso a la consulta previa (MC, 2014, l 164).

6.2 RECOMENDACIONES:

Llegamos también a las siguientes recomendaciones y soluciones:

6.2.1 SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA:

- Revisar la vigente legislación sobre la consulta previa en el Perú, concretamente la Ley N° 29785 y su Reglamento para modificarlos y fortalecer y ampliar la debida y correcta implementación de las normas internacionales, teniendo en cuenta las necesidades específicas de estas comunidades y las falencias que se han presentado hasta el momento.

- En las nuevas disposiciones, deberá consagrarse una mayor y efectiva participación de los pueblos indígenas del Perú no solo en los procesos mismos desde su preparación sino también en la misma Decisión final junto al Estado.

6.2.2 ALTERNATIVAS REGLAMENTARIAS VÍA MODIFICACIONES DE LA LEY DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y REGLAMENTO:

- En principio, debe precisarse y regularse claramente, que la finalidad de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, informado y sustentado de los pueblos y comunidades indígenas u originarios respecto a cualquier medida legislativa o administrativa que suceptiblemente pueda afectar sus derechos, haciendo prevalecer la figura misma del consentimiento en vez del acuerdo. Para tal efecto y en ese sentido deberá modificarse el artículo 3 de la Ley y el artículo 5 inciso d) del Reglamento. El texto que se propone para modificar el artículo 3 de la Ley, es el siguiente:

“Artículo 3. Finalidad de la Consulta

La finalidad de la consulta es alcanzar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medida respetuosas de sus derechos colectivos.”

El texto que se propone para modificar el artículo 5.d) del Reglamento de la Ley, es el siguiente:

Artículo 5.- De la obligación de consultar

d) Las consultas deben realizarse con la finalidad de lograr el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas u

originarios sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas que suceptiblemente podrían afectar sus derechos. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad, implica la negación u oposición de los pueblos indígenas u originarios a la medida, que no podrá realizarse.

- Deberá determinarse también que el resultado del proceso de consulta es vinculante y que debe darse sin excepción, respecto de todas las medidas legislativas y administrativas que puedan afectar derechos de los pueblos indígenas, para cuyo efecto, debe modificarse el artículo 1.5 del Reglamento, con el texto siguiente:

Artículo 1.- Del objeto

1.5 El resultado del proceso de consulta es vinculante.

- La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa deberá corresponder conjuntamente a las organizaciones nacionales y locales representativas de los pueblos indígenas junto al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura en su condición de órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo a fin de garantizar la imparcialidad del proceso, en fundamento a su especialidad y funciones de articulación de la consulta previa. Para tal efecto y en tal sentido habrá que modificar el artículo 15 de la Ley y, el artículo 23 del Reglamento. El texto que se propone para el artículo 15.de la Ley, es:

“Artículo.15.- Decisión

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a los representantes de los pueblos indígenas u originarios presentes en el proceso y al órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los

puntos de vista, sugerencias, recomendaciones y decisiones fundamentadas planteadas por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo intercultural, así como el análisis de las consecuencias que la adopción o no adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

El consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para las partes. En caso de que no se alcance el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas u originarios, corresponde al órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el pleno respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad, desarrollo sostenible, propiedad colectiva, territorio, conservación de su ambiente y recursos naturales.

Los resultados del proceso de consulta previa son exigibles en sede administrativa y judicial.”

El texto que se propone para modificar el artículo 23 del Reglamento de la Ley, es el siguiente:

“Artículo 23.- Etapa de la decisión

23.1 *La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a los representantes de los pueblos indígenas u originarios presentes en el proceso y al órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias, recomendaciones y decisiones adoptadas*

por los pueblos indígenas u originarios que participaron del proceso de diálogo intercultural, así como el análisis de las consecuencias directas que la adopción o no adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados ratificados por el Estado Peruano.

23.2 El consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para las partes.

23.3 En caso de que no se alcance el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas u originarios, corresponde al órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el pleno respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad, desarrollo sostenible, propiedad colectiva, territorio, conservación de su ambiente y recursos naturales, promoviendo siempre la mejora de su calidad de vida. Las sugerencias, recomendaciones y decisiones adoptadas por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, deberán constar en el acta de consulta.”

- Asimismo, debe establecerse que la obligación de realizar la consulta previa debe darse desde la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT de parte del Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253, esto es, desde el año de 1995, para cuyo efecto, deberá modificarse la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley. El texto que se propone para modificar la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley, es el siguiente:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

“SEGUNDA.- La presente Ley se aplica para las medidas legislativas y administrativas que suceptiblemente pueden afectar los derechos de los pueblos indígenas u originarios a partir de la ratificación del Estado peruano del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes mediante Resolución Legislativa N° 26253.”

- Deberá también incluirse la asignación de una adecuada partida presupuestal con una específica de gasto especial para que las entidades promotoras cuenten con los recursos necesarios destinados a conducir adecuadamente los procesos de consulta previa.
- Deberán dejarse sin efecto la décimo segunda y décimo cuarta disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento que ahora disponen que la aprobación de otras medidas administrativas de carácter complementario y las que aprueben el reinicio de actividad, no requieren del proceso de consulta previa.

6.3 FUENTES DE INFORMACIÓN

En este trabajo de investigación, se han consultado, analizado y procesado las fuentes bibliográficas, documentales, libros, estudios, tesis relacionadas e información clasificada de páginas web en cuanto a derechos de los pueblos indígenas, siguientes:

- Alzamora Valdez, Mario. “Los Derechos Humanos y su protección”. Eddili Editores S.A. Lima, 1980.
- Araucaria. Agencia Española de Cooperación Internacional. Ministerios de Asuntos Exteriores, Economía y Hacienda, Educación y Cultura y, Medio Ambiente. Separata de presentación. 1986.
- Aurelio Cristescu. “El derecho a la Libre Determinación”. ONU, 1981.
- Arroyo, Perú: balance preliminar del conflicto amazónico. Lima: Servindi. P.2009.
- Bebbington, A. Industrias extractivas: conflicto social y dinámicas institucionales en la región andina. Lima: IEP. 2013.
- Carhuatocto Sandoval Henry, “Implicancias del derecho a la consulta previa en 42 las futuras sentencias del Tribunal Constitucional”, en Gaceta Constitucional, T. 18, junio de 2009, Gaceta Jurídica Perú,
- CEACR: Observación 43 individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, núm. 169, Perú, ratificación: 1994, publicación: 2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 1979 – 1980.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2009.
- Coronado, H. La experiencia de la consulta previa y la apuesta por un nuevo consenso social indígena. Lima: Mirador Empresarial. 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sarayaku, San José, 1986.
- Daniel O’donnell. “Protección internacional de los derechos humanos”. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1989.

- Defensoría del Pueblo. Reporte de Conflictos Sociales, N.º 139. 12 de septiembre. Blog de la Defensoría del Pueblo: 2015.
- Directorio de Comunidades Campesinas. PETT. Ministerio de Agricultura. Base de Datos de Comunidades Nativas. Marzo 2003. Defensoría del Pueblo. 2002.
- Figallo Adrianzén, Guillermo. “Comunidades Campesinas y Nativas: comentario al artículo 89 de la Constitución Política del Perú 1993”. En: *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Tomo I, 2005.
- Fundación para el Debido Proceso Legal, Instituto de Defensa Legal Seattle University School of Law, El derecho a la consulta en los pueblos indígenas del Perú, Washington, DC, 2010.
- Informe Capotorti. “Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”. ONU, 1979.
- Indian Law Resource Center. “Derechos indios, derechos humanos: Manual para indígenas sobre procedimientos de reclamaciones en el campo de los derechos humanos internacionales”. Washington, 1984.
- Instituto de Defensa Legal - Seattle University School of Law. El derecho a la consulta en los pueblos indígenas del Perú, Washington, DC, 2010. Disponible desde internet en www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales-reportes.php, consultada el 23 de octubre de 2009.
- Germán Vélez. “Los derechos de las comunidades sobre sus recursos genéticos. Programa Semillas”. Bogotá, octubre de 1995.
- Instituto del Bien Común. Las Comunidades que mueven al país. El estado de las comunidades rurales en el Perú. Informe 2012.
- Mamani, Elmer. Diario La República. Lima, 28 de julio del 2015.
- Mayer, Enrique. Propiedad comunal y desarrollo. Conferencia presentada al Congreso de la República del Perú, Octubre 1996
- Méndez G, Cecilia. De indio a serrano: nociones de raza y geografía en el Perú (siglos XVIII-XXI). En: *Histórica XXXV.1* (53-102) 2011.
- Nicken, Pedro. Derecho Civil – Material de Lectura. Ilustre Colegio de Abogados de Lima & Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Praxis Editorial. Lima, 2001.

- Mesclier, Evelyne. De la complementariedad a la voluntad de “Aplanar los Andes”: representaciones de la naturaleza y pensamiento económico y político en el Perú del siglo XX. Boletín del Instituto Francés de Estudios Andinos, Vol. 30, núm. 3, 2001
- Ministerio de Cultura. Base de datos de pueblos originarios. Marco legal. Recuperado de <http://bdpi.cultura.gob.pe/marc>
- Ministerio de Cultura. La implementación del derecho a la Consulta Previa en el Sector Hidrocarburos. La experiencia de los lotes 169 y 195 – Lima noviembre del 2014; así como de los lotes 164, 189 y 175 – Lima setiembre del 2015.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. OIT. Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe,.2005.
- Palomino Manchengo, José. “Derecho Civil y Procesal Civil”. Academia de la Magistratura del Perú. Material de lectura. Lima, 2000.
- Parlamento Amazónico, Secretaría Ejecutiva. “Bases Jurídicas para la Implementación del Convenio sobre la Diversidad Biológica”. Documento para discusión preparado por el Dr. Francisco Astudillo Gómez. Caracas, setiembre de 1994.
- Pareja Paz Soldán, José. “Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979”. Editora Itala Perú S.A. Lima, 1982.
- Prado, Elizabeth. Diario La República. Lima, 28 de julio del 2015.
- Programa para el Cambio. Resumen de la Agenda 21 publicado por el Centro para Nuestro Futuro Común..Texto de Michael Keating. Ginebra, junio de 1993.
- Rodolfo Stavenhagen. “Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos. La Cuestión de las Minorías”. Centro de Investigación y Promoción Amazónica. Revista Temas Amazónicos. Lima, 1983.
- SPDA. “Actualidad Ambiental”. Lima, 5 de mayo del 2015.

ANEXOS:

ANEXO 1.- MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN DE INFORMACIÓN:

Objetivos	Categoría	Subcategoría	Pregunta orientadora	Fuente	Técnicas
1. Ubicar las causas de la escaza o limitada implementación del derecho a la consulta previa.	<ul style="list-style-type: none"> • Pueblos indígenas. • Consulta 	<ul style="list-style-type: none"> • Comunidades campesinas, nativas y pueblos originarios del Perú. • Derecho a la participación. • Derecho a la información. • Manifestación del consentimiento. 	¿ Por que tiene una limitada implementación el derecho a la consulta previa ?	Observación documental.	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicación de encuestas. • Recolección de datos. • Revisión de datos. • Lectura y observación. • Organización y sistematización de la información.
2. Aportar al proceso de análisis sobre aquello que es necesario complementar para hacer realidad el derecho a la consulta previa.	<ul style="list-style-type: none"> • Ordenamiento jurídico. • Derechos humanos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Principios y normas del derecho formal nacional e internacional sobre el derecho a la consulta previa. • Derechos ambientales, culturales y territoriales. 	¿ Que podemos hacer para que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú sea realmente eficaz ?	Observación documental.	<ul style="list-style-type: none"> • Recolección de datos. • Revisión de datos. • Lectura y observación. • Organización y sistematización de la información.

ANEXO 2.- INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

criterio	Indicador	Fuentes	Evidencias	Técnicas	Instrumentos
Demostrar la escasa implementación del derecho a la consulta previa.	Existe evidencia de que el derecho a la consulta previa no se cumple debidamente.	Documentales: <ul style="list-style-type: none"> • Estudios y • Libros. • Denuncias. Personas: <ul style="list-style-type: none"> • Comunidades. • Pueblos. • Personas indígenas. 	Normas que no consagran debidamente el derecho a la consulta previa.	Análisis de documentos. Observación experimental.	Encuestas.
Demostrar que es necesario hacer aportes para fortalecer la aplicación del derecho a la consulta previa.	Existe evidencia de que se puede fortalecer el derecho a la consulta previa	Documentales: <ul style="list-style-type: none"> • Estudios y • Demandas. Personas: <ul style="list-style-type: none"> • Comunidades. • Pueblos. • Personas indígenas. 	Legislación comparada de otros países que consagran debidamente el derecho a la consulta previa.	Análisis de documentos.	Encuestas.

ANEXO 03
MATRIZ DE VALIDACIÓN DE CONTENIDO

TÍTULO DEL INSTRUMENTO: TESIS "EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ, AÑO 2016."

Nº	CATEGORÍAS / ítems	Pertinencia ¹		Relevancia ²		Claridad ³		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	
	Enunciar categoría 1							
1	Consulta: Acción y procedimiento de poner a consideración y conocimiento previo.	X		X		X		
2	Cultura: Conjunto de conocimientos, habilidades y tecnologías que permiten comprender la realidad y gestionar los recursos necesarios para la vida.	X		X		X		
	Enunciar categoría 2							
3	Derechos humanos: Conjunto de atributos que son inherentes a los seres humanos y las personas.	X		X		X		
4	Pueblos indígenas: Etnias, colectivos o poblaciones originarias de un lugar que conservan sus formas de vida, conocimientos, costumbres, tecnologías y tradiciones ancestrales u originarias.	X		X		X		
5	Ordenamiento jurídico: Conjunto de valores, principios y normas válidamente reconocidos.	X		X		X		

Observaciones: Hay suficiencia.

Opinión de aplicabilidad: Aplicable [X]

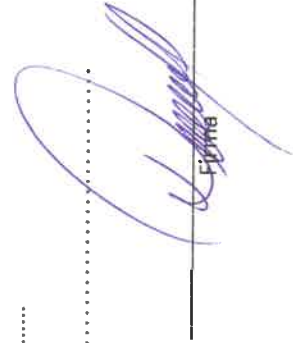
Aplicable después de corregir [] No aplicable []

Lima, 05 de febrero del 2019

Apellidos y nombres del juez evaluador: Amado Gonzales, Donato

.....DNI: 23807563

Especialidad del evaluador: Magister en Historia y Doctor en Historia con mención en Estudios Andinos.....



 Firma

ANEXO 04
CONSENTIMIENTO INFORMADO

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN
El Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, Año 2016.
PROPÓSITO DEL ESTUDIO
Coadyuvar al fortalecimiento del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas del Perú, analizando los vacíos legales existentes para proponer las normas reglamentarias que permitan el pleno respeto de este derecho fundamental.
PROCEDIMIENTO PARA LA TOMA DE INFORMACIÓN
Se trata de un tipo de investigación cualitativa, de nivel interpretativo, empleándose la técnica de la investigación experimental para incidir en el análisis, revisión e interpretación de documentos de carácter bibliográfico y etnográfico.
RIESGOS
Escaso conocimiento del proceso para hacer efectivo el derecho a la consulta previa y confusión con otros derechos fundamentales como el derecho a la información o a la participación.
BENEFICIOS
Estar preparados para un proyecto o iniciativa de inversión que podría venir en cualquier momento a la comunidad, así como familiarizarse con las categorías jurídicas de los derechos humanos.
COSTOS
Para el que brinda información, se podría presentar un costo de horas – hombre o inversión de tiempo para absolver los cuestionarios, dado que en la comunidad las personas tienen tiempo muy limitado fuera de sus tareas agrícolas.
INCENTIVOS O COMPENSACIONES
Oportunidades de establecer contactos y coordinaciones con gente de la academia, ambientalistas para proyectos y oportunidades de trabajo relacionadas al tema.
TIEMPO
La toma de la información de gabinete durará 3 meses, procesar dicha información durará otros 3 meses aproximadamente y, la toma de información en campo durará 2 meses más su desarrollo, otros 2 meses. En total se trata de un tiempo de 10 meses.
CONFIDENCIABILIDAD
Los datos recabados serán utilizados estrictamente en la presente investigación respetando la autoría y confidencialidad respectiva, los cuales serán eliminados al término del estudio.

CONSENTIMIENTO:

Por lo que acepto voluntariamente participar en esta investigación. Declaro que tengo pleno conocimiento del mismo y entiendo que puedo decidir no participar y que puedo retirarme del estudio si los acuerdos establecidos se incumplen.

Lima, 07 de febrero del 2016.

En fe de lo cual firmo a continuación:



Carreño Peralta, Elias Julio
DNI N° 23877003

ANEXO 05

DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD DE LA TESIS

Por la presente, el suscrito Elias Julio Carreño Peralta, bachiller en Derecho, alumno egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de nuestra Universidad Alas Peruanas, con código 2014114041 y estando a lo dispuesto por la Resolución Directoral N° 2564-2016-EPG-UAP de fecha 31 de agosto del 2016, sobre la tesis denominada: “El Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, Año 2016” declaro bajo juramento, que se trata de una tesis original.

El desarrollo de la investigación persigue alcanzar los objetivos propuestos de identificar los vacíos y/o contradicciones normativas, que registra la Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y su reglamento, dado el desconocimiento que tienen de la misma los propios pueblos indígenas y la gran mayoría de la población, debiéndose plantear consiguientemente, las recomendaciones o soluciones que permitirán, alcanzar mejoras sustanciales en la implementación de este derecho fundamental.

Lima, 07 de febrero del 2016.



Elias Julio Carreño Peralta
Bachiller en Derecho
DNI N° 23877003
Tesista

COMUNIDAD CAMPESINA DE WILLOQ
DISTRITO DE OLLANTAYTAMBO – PROVINCIA DE URUBAMBA – CUSCO

Ollantaytambo, 8 de febrero del 2016.

Señor

Elias Julio Carreño Peralta

Av. Infancia 441 – Cusco

Calle Los Apaches 121-A

Santiago de Surco

Presente.-

Asunto: Autorización para trabajo de campo.

Referencia: Su carta del 6 de enero del 2016 para trabajo de campo sobre conocimiento de la Ley de Consulta Previa.

De mi mayor consideración:

Por el presente tengo a bien en dirigirme a su persona en relación a su carta del 06 de enero, proponiendo realizar un trabajo de campo en nuestra comunidad campesina de Willoq, consistente en aplicar cuestionarios para indagar el nivel de conocimiento de los comuneros en cuanto a la Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas.

Sobre su pedido y teniendo en cuenta que nuestra comunidad de Willoq es un ayllu heredero de las tradiciones de los incas, cuyos miembros hemos sabido conservar a lo largo del tiempo, nuestras costumbres, cantos, danzas, conocimientos, medicina natural y mucha sabiduría, le comunicamos que su pedido ha sido analizado por la Junta Directiva reunida el 22 de enero y ha sido aprobado para que en el transcurso de este año hasta diciembre, por el tiempo de 16 semanas continuas o con intervalos, pueda usted aplicar dichos cuestionarios como parte de su investigación, rogándole al mismo tiempo, informar a la Junta Directiva de los resultados mediante una presentación. en momento oportuno por ser asunto de alto interés de la comunidad ante cualquier proyecto que podría afectarnos.

Atentamente,


Alberto Huaman Huamanhuilca
DNI No. 42973131
Presidente

ANEXO 07

**ENCUESTA SOBRE LA LEY DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y SU
REGLAMENTO**

**COMUNIDAD CAMPESINA DE WILLOQ – DISTRITO DE OLLANTAYTAMBO –
PROVINCIA DE URUBAMBA – DEPARTAMENTO DEL CUSCO (FEBRERO A
DICIEMBRE, 2016)**

Nombre.....

Fecha.....

1. ¿ Conoce sus derechos fundamentales o constitucionales ?
Si...../No.....
2. ¿ Conoce que la Constitución como máxima ley reconoce sus derechos ?
Si...../No.....
3. ¿ Se siente orgulloso de su cultura y tradiciones ?
Si...../No.....
4. ¿ Practica sus costumbres, ritos y conocimientos ancestrales ?
Si...../No.....
5. ¿ Conoce la Ley General de Comunidades Campesinas ?
Si...../No.....
6. ¿ Conoce sus derechos culturales ?
Si...../No.....
7. ¿ Se siente diferente culturalmente a la población mestiza del Cusco y otras ciudades ?
Si...../No.....
8. ¿ Hay proyectos de desarrollo en su comunidad ?
Si...../No.....
9. ¿ Esos proyectos de desarrollo han afectado a su comunidad ?
Si...../No.....
10. ¿ Le han preguntado o consultado sobre proyectos en su comunidad ?
Si...../No.....
11. ¿ Hay turistas que visitan a su comunidad ?
Si...../No.....

12. ¿ Trabaja usted como porteador del camino inka hacia Machupicchu ?
Si...../No.....
13. ¿ Sabe que el turismo o los proyectos de desarrollo podrían afectar su cultura ancestral ?
Si...../No.....
14. ¿ Sabe que hay una ley que protege su derecho al desarrollo para su comunidad ?
Si...../No.....
15. ¿ Sabe que hay una ley que protege sus decisiones en cuanto a los proyectos de desarrollo que podrían afectar su cultura y forma de vida ?
Si...../No.....
16. ¿ Sabe entonces que existe la Ley del Derecho a la Consulta Previa ?
Si...../No.....
17. ¿ Conoce que establece o dice esa ley ?
Si...../No.....
18. ¿ Conoce que esa ley ya tiene su Reglamento ?
Si...../No.....
19. ¿ Alguna vez se ha aplicado esa Ley o su Reglamento en su comunidad ?
Si...../No.....
20. ¿ Conoce las disposiciones del Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa ?
Si...../No.....

ANEXO 08

FICHA DE VALIDACION DE INSTRUMENTO

I, DATOS GENERALES

- 1.1 Apellidos y nombres del experto: Muelle Góngora, Edgar.....
- 1.2 Grado académico: Magister en Derecho Penal y Procesal Penal.....
- 1.3 Cargo e institución donde labora: Ministerio de Cultura.....
- 1.4 Título de la Investigación: El Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, Año 2016.
- 1.5 Autor del instrumento: Elias Julio Carreño Peralta.....
- 1.6 Maestría/ Doctorado/ Mención: Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos
- 1.7 Nombre del instrumento: Tesis para optar al grado de maestro

INDICADORES	CRITERIOS CUALITATIVOS/CUANTITATIVOS	Deficiente 0-20%	Regular 21-40%	Bueno 41-60%	Muy Bueno 61-80%	Excelente 81-100%
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.					90 %
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.					90 %
3. ACTUALIDAD	Adecuado al alcance de ciencia y tecnología.					90 %
4. ORGANIZACION	Existe una organización lógica.					90 %
5. SUFICIENCIA	Comprende los aspectos de cantidad y calidad.					90 %
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para valorar aspectos del estudio.					90 %
7. CONSISTENCIA	Basados en aspectos Teóricos- Científicos y del tema de estudio.					90 %
8. COHERENCIA	Entre los índices, indicadores, dimensiones y variables,					90 %
9. METODOLOGIA	La estrategia responde al propósito del estudio.					90 %
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas en la investigación y construcción de teorías.					90 %
SUB TOTAL						90 %
TOTAL						90 %

VALORACION CUANTITATIVA (Total x 0.20): 18

VALORACION CUALITATIVA: Positiva.....

OPINIÓN DE APLICABILIDAD: Aplica.....

Lima, 07 de febrero del 2019.


Firma/Posfirma
Muelle Góngora, Edgar
DNI No. 10571220

FICHA DE VALIDACION DE INSTRUMENTO

I, DATOS GENERALES

- 1.1 Apellidos y nombres del experto: Amado Gonzales, Donato
- 1.2 Grado académico: Magister en Historia y Doctor en Historia con mención en Estudios Andinos
- 1.3 Cargo e institución donde labora: Ministerio de Cultura.....
- 1.4 Título de la Investigación: El Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, Año 2016.
- 1.5 Autor del instrumento: Elias Julio Carreño Peralta
- 1.6 Maestría/ Doctorado/ Mención: Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos
- 2 1.7 Nombre del instrumento: Tesis para optar al grado de maestro

INDICADORES	CRITERIOS CUALITATIVOS/CUANTITATIVOS	Deficiente 0»20%	Regular 21-40%	Bueno 41-60%	Muy Bueno 61-80%	Excelente 81-100%
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.				80 %	
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.				80 %	
3. ACTUALIDAD	Adecuado al alcance de ciencia y tecnología.				80 %	
4. ORGANIZACION	Existe una organización lógica.				80 %	
5. SUFICIENCIA	Comprende los aspectos de cantidad y calidad.				80 %	
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para valorar aspectos del estudio.				80 %	
7. CONSISTENCIA	Basados en aspectos Teóricos- Científicos y del tema de estudio.				80 %	
8. COHERENCIA	Entre los índices, indicadores, dimensiones y variables,				80 %	
9. METODOLOGIA	La estrategia responde al propósito del estudio.				80 %	
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas en la investigación y construcción de teorías.				80 %	
SUB TOTAL					80 %	
TOTAL					80 %	

VALORACION CUANTITATIVA (Total x 0.20): 16

VALORACION CUALITATIVA: Positiva.....

OPINIÓN DE APLICABILIDAD: Aplica.....

Lima, 05 de febrero del 2019.


Firma/Postfirma
Amado Gonzales, Donato
DNI No. 23807563

FICHA DE VALIDACION DE INSTRUMENTO

I, DATOS GENERALES

- 1.1 Apellidos y nombres del experto: Oros Arias, Yudith.....
- 1.2 Grado académico/Título: Bachiller en Antropología - Antropóloga.....
- 1.3 Cargo e institución donde labora: Ministerio de Cultura Cusco.....
- 1.4 Título de la Investigación: El Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, Año 2016
- 1.5 Autor del instrumento: Elias Julio Carreño Peralta.....
- 1.6 Maestría/ Doctorado/ Mención: Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos
- 1.7 Nombre del instrumento: Tesis para optar al grado de maestro

INDICADORES	CRITERIOS CUALITATIVOS/CUANTITATIVOS	Deficiente 0-20%	Regular 21-40%	Bueno 41-60%	Muy Bueno 61-80%	Excelente 81-100%
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.					90 %
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.					90 %
3. ACTUALIDAD	Adecuado al alcance de ciencia y tecnología.					90 %
4. ORGANIZACION	Existe una organización lógica.					90 %
5. SUFICIENCIA	Comprende los aspectos de cantidad y calidad.					90 %
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para valorar aspectos del estudio.					90 %
7. CONSISTENCIA	Basados en aspectos Teóricos- Científicos y del tema de estudio.					90 %
8. COHERENCIA	Entre los índices, indicadores, dimensiones y variables,					90 %
9. METODOLOGIA	La estrategia responde al propósito del estudio.					90 %
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas en la investigación y construcción de teorías.					90 %
SUB TOTAL						90 %
TOTAL						90 %

VALORACION CUANTITATIVA (Total x 0.20): 18

VALORACION CUALITATIVA: Positiva

OPINIÓN DE APLICABILIDAD: Aplica

Lima, 04 de enero del 2019.


Firma/Posfirma
Oros Arias, Yudith
DNI No. 40639830

FICHA DE VALIDACION DE INSTRUMENTO

I, DATOS GENERALES

- 1.1 Apellidos y nombres del experto: Huilca Quispe, Antonia Yovana.....
- 1.2 Grado académico/Título: Bachiller en Antropología - Antropóloga.....
- 1.3 Cargo e institución donde labora: Ministerio de Cultura Cusco
- 1.4 Título de la Investigación: El Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, Año 2016.
- 1.5 Autor del instrumento: Elias Julio Carreño Peralta
- 1.6 Maestría/ Doctorado/ Mención: Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos
- 1.7 Nombre del instrumento: Tesis para optar al grado de maestro

INDICADORES	CRITERIOS CUALITATIVOS/CUANTITATIVOS	Deficiente 0-20%	Regular 21-40%	Bueno 41-60%	Muy Bueno 61-80%	Excelente 81-100%
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.				80 %	
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.				80 %	
3. ACTUALIDAD	Adecuado al alcance de ciencia y tecnología.				80 %	
4. ORGANIZACION	Existe una organización lógica.				80 %	
5. SUFICIENCIA	Comprende los aspectos de cantidad y calidad.				80 %	
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para valorar aspectos del estudio.				80 %	
7. CONSISTENCIA	Basados en aspectos Teóricos- Científicos y del tema de estudio.				80 %	
8. COHERENCIA	Entre los índices, indicadores, dimensiones y variables,				80 %	
9. METODOLOGIA	La estrategia responde al propósito del estudio.				80 %	
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas en la investigación y construcción de teorías.				80 %	
SUB TOTAL					80 %	
TOTAL					80 %	

VALORACION CUANTITATIVA (Total x 0.20): 16

VALORACION CUALITATIVA: Positiva

OPINIÓN DE APLICABILIDAD: Aplica

Lima, 06 de febrero del 2019.



Firma/Posfirma
Huilca Quispe, Antonia Yovana
DNI No. 41685400

FICHA DE VALIDACION DE INSTRUMENTO

I, DATOS GENERALES

- 1.1 Apellidos y nombres del experto: Bañares Castillo, Edgar
- 1.2 Grado académico/Título: Bachiller en Historia - Historiador.....
- 1.3 Cargo e institución donde labora: Profesor
- 1.4 Título de la Investigación: El Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, Año 2016.
- 1.5 Autor del instrumento: Elias Julio Carreño Peralta.....
- 1.6 Maestría/ Doctorado/ Mención: Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos
- 1.7 Nombre del instrumento: Tesis para optar al grado de maestro

INDICADORES	CRITERIOS CUALITATIVOS/CUANTITATIVOS	Deficiente 0»20%	Regular 21-40%	Bueno 41-60%	Muy Bueno 61-80%	Excelente 81-100%
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.				80 %	
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.				80 %	
3. ACTUALIDAD	Adecuado al alcance de ciencia y tecnología.				80 %	
4. ORGANIZACION	Existe una organización lógica.				80 %	
5. SUFICIENCIA	Comprende los aspectos de cantidad y calidad.				80 %	
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para valorar aspectos del estudio.				80 %	
7. CONSISTENCIA	Basados en aspectos Teóricos- Científicos y del tema de estudio.				80 %	
8. COHERENCIA	Entre los índices, indicadores, dimensiones y variables,				80 %	
9. METODOLOGIA	La estrategia responde al propósito del estudio.				80 %	
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas en la investigación y construcción de teorías.				80 %	
SUB TOTAL					80 %	
TOTAL					80 %	

VALORACION CUANTITATIVA (Total x 0.20): 16

VALORACION CUALITATIVA: Positiva.....

OPINIÓN DE APLICABILIDAD: Aplica.....

Lima, 01 de febrero del 2019.


Firma/Posfirma
Bañares Castillo, Edgar
DNI No. 41904713