

¿CUÁL ES EL TEMA DE FONDO EN EL CONFLICTO ENTRE LOS PUEBLOS AMAZÓNICOS Y EL ESTADO?

Razones que sustentan la inconstitucionalidad
de los Decretos Legislativos 994, 1081, 1064,
1079, 1089, 1090 Y 1085



INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL

Lima, junio de 2009

© IDL - Justicia es el proyecto que viene ejecutando el Instituto de Defensa Legal.
Edición a cargo del Instituto de Defensa Legal
Autor: Juan Carlos Ruiz Molleda

Alberto Alexander 2694, Lima 14 - Perú
T. (511) 6283484
www.idl.org.pe

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-07421

Lima, junio de 2009
Primera edición: 500 ejemplares

Impresión: Bellido Ediciones EIRL. Telf.: 470 2773

ESQUEMA

	Pág.
Presentación	5
¿Cuál es el objetivo de esta publicación?	7
¿Cuál es tema de fondo en el conflicto entre los pueblos indígenas amazónicos y el Estado?	7
¿Qué derecho constitucional ha violado el Poder Ejecutivo?	7
¿En qué consiste el derecho a la consulta de los pueblos indígenas?	7
¿Cuál es la finalidad del derecho a la consulta?	7
¿Qué decretos legislativos violan los derechos colectivos de los pueblos indígenas?	7
¿Las comunidades nativas constituyen pueblos indígenas?	8
¿Qué derechos de los pueblos indígenas violan los decretos legislativos?	8
¿Fueron consultados los siete decretos legislativos con los pueblos indígenas?	10
¿Cómo se define el contenido constitucional de un derecho?	10
¿Reconoce la Constitución Política el derecho a la consulta?	10
¿Qué dice el Convenio 169 de la OIT sobre el derecho a la consulta?	11
¿Qué otras normas reconocen el derecho a la consulta?	12
¿Ha reconocido el Sistema Universal de Derechos Humanos el derecho a la consulta?	14
¿Hay algo sobre el derecho a la consulta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?	16
¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta?	18
¿Hay legislación sobre el derecho a la consulta?	20
¿Qué criterios ha fijado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas sobre el derecho a la consulta?	21
¿Cuáles son, para la Defensoría del Pueblo, las características del proceso de consulta?	22

¿Cuáles son las etapas del proceso de consulta?	23
¿El Convenio 169 de la OIT es parte del derecho nacional?	25
¿Tienen rango constitucional los tratados internacionales de derechos humanos?	25
¿Son vinculantes las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas?	26
¿Ha reconocido el Tribunal Constitucional el rango constitucional del Convenio 169 OIT y del derecho a la consulta?	27
¿Cuál es la función de los tratados internacionales de derechos humanos en la interpretación constitucional?	27
¿El artículo 169 de la OIT es una norma de aplicación inmediata, o su vigencia está condicionada a la existencia de una ley?	28
¿Qué otros derechos de los pueblos indígenas han sido violados con la publicación de los decretos legislativos?	31
¿Cuál es la diferencia entre el derecho a la participación, a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado?	37
Conclusión	40

PRESENTACIÓN

Diversas autoridades del Gobierno acusan desde hace un tiempo a los pueblos indígenas amazónicos de haber iniciado una huelga y recurrido a la violencia como forma de expresar sus reclamos y de actuar contra el desarrollo y los intereses del país, por el hecho de que esos pueblos han propuesto la derogatoria de los decretos legislativos expedidos por el Gobierno, por considerar que afectan sus intereses. Sin embargo, lo que no se quiere ver es que el Poder Ejecutivo ha emitido tales normas sin respetar el derecho de los pueblos indígenas a la consulta, derecho reconocido de manera clara e inequívoca en el Convenio 169 de la OIT, suscrito por el Perú.

Al respecto, puede advertirse que si el artículo 44.º de la Constitución señala que uno de los deberes primordiales del Estado es “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”; que, según el artículo 1.º de la misma Carta Política, “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; y que el artículo 59.º de la ley fundamental establece que “[e]l Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”, se debe concluir entonces que el Estado no es un fin en sí mismo, sino una herramienta que tiene como función esencial la defensa y protección de los derechos de todos los ciudadanos, lo que le obliga a hacer esfuerzos para que los pueblos excluidos, entre ellos los amazónicos, tengan oportunidades de desarrollo y de bienestar.

En esa misma línea, el artículo 6.º, inciso 1, letra ‘a’ del Convenio 169 de la OIT señala con claridad la obligación del Estado de: “[...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Agrega el inciso 2 de la misma disposición:

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

Por ello, el derecho de los pueblos indígenas a la consulta es una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos, de conformidad con lo señalado por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución. Esto ha sido reiterado por el propio Tribunal Constitucional (TC) cuando señala que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional (sentencias 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC acumuladas, fj. 25), rango también reconocido al Convenio 169 de la OIT (sentencia 03343-2007-PA/TC, fj. 31).

Las consecuencias de este reconocimiento son claras. Según el TC, el rango correspondiente a los tratados de derechos humanos —y, como se ha indicado ya, éste es el caso

del Convenio 169 de la OIT— los dota de la fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional (sentencias 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, acumuladas fj. 34).

No obstante ello, en junio del 2008 el Gobierno expidió siete decretos legislativos haciendo uso de las facultades que le fueran delegadas por el Congreso a través de la ley 29157. Se trata de los decretos legislativos 994 (modificado por el DL 1064), 1081, 1015 (modificado por el DL 1073), 1064, 1079, 1089, 1090 y 1085. Al margen de si sus contenidos son convenientes o inconvenientes para el país, hay que destacar que estos decretos NUNCA fueron consultados, a pesar de que así lo exige el Convenio 169 de la OIT.

Pero esto no es lo único que el Convenio 169 de la OIT les reconoce a los pueblos indígenas: les reconoce también su derecho a la existencia como pueblos indígenas, a su integridad cultural, a la participación, a decidir sus prioridades de desarrollo y a controlarlo hasta donde sea posible, al mejoramiento de sus condiciones de vida como prioridad en los planes y proyectos de desarrollo, a participar de los beneficios de la explotación de sus tierras, a la autonomía, al uso de las tierras, etcétera. Todo este conjunto de derechos conforman el “bloque de constitucionalidad”.

No se trata de negar la posibilidad de explotar los recursos naturales que se encuentran en los territorios indígenas. La Constitución y el ordenamiento jurídico no solo reconocen los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio; establecen, asimismo, el derecho de los inversionistas a la libre empresa, así como la obligación del Estado de garantizar y procurar una explotación de los recursos naturales sostenible.

Se está ante bienes jurídicos constitucionales dignos, todos ellos, de protección, y que deben ser armonizados gracias a una adecuada ponderación y recurriendo al principio de proporcionalidad. Dicho de otro modo: el Gobierno peruano no solo debe proteger los intereses del gran capital, sino que debe preocuparse también por garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Como se ha podido ver, el Poder Ejecutivo primero, y luego el Congreso de la República, tendrían responsabilidad por el desconocimiento del derecho a la consulta. El Gobierno ha incumplido el mandato del artículo 118.º, inciso 1, que señala que es obligación del Presidente de la República: “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”. De igual manera, el Congreso ha transgredido el artículo 102.º, inciso 2, que establece como obligación del Estado: “Vigilar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”, al violar el derecho a la consulta, que se ha vinculado por medio de las cláusulas de apertura al elenco de derechos fundamentales.

No cabe pues duda alguna de que son el Gobierno y el Congreso quienes están violando el Estado de Derecho, los derechos de los pueblos indígenas y los compromisos internacionales contraídos al firmar y ratificar tratados internacionales como el Convenio 169 de la OIT.

Hace mal, en consecuencia, el Gobierno al sancionar y reprimir penalmente las protestas, cuando debería comenzar por respetar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, antes de que el TC declare inconstitucionales los decretos materia de análisis en este trabajo.

¿Cuál es el objetivo de esta publicación?

El objetivo de esta publicación es demostrar que los decretos legislativos 994, 1081, 1064, 1079, 1089, 1090 y 1085 son inconstitucionales, porque violan el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y otros derechos conexos.

¿Cuál es tema de fondo en el conflicto entre los pueblos indígenas amazónicos y el Estado?

El que no se haya realizado la consulta previa sobre los decretos legislativos que afectan directamente a los pueblos indígenas amazónicos se ha traducido en una violación de sus derechos constitucionales.

¿Qué derecho constitucional ha violado el Poder Ejecutivo?

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas (artículo 6.º del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado e incorporado a la legislación nacional mediante resolución legislativa 26253, publicada el 2 de diciembre de 1993).

¿En qué consiste el derecho a la consulta de los pueblos indígenas?

Es el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados por los gobiernos mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislati-

vas o administrativas que puedan afectarlos directamente.

¿Cuál es la finalidad del derecho a la consulta?

Este derecho tiene por finalidad propiciar que se llegue a un acuerdo o se logre el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

¿Qué decretos legislativos violan los derechos colectivos de los pueblos indígenas?

Los siguientes:

1. DL 994 (13/3/2008): Promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola.
2. DL 1081 (28/6/2008): Crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos.
3. DL 1064 (28/6/2008): Régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario.
4. DL 1079 (28/6/2008): Establece medidas para garantizar el patrimonio de las áreas naturales protegidas.
5. DL 1089 (28/6/2008): Fija el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales.
6. DL 1090 (28/6/2008): Aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.
7. DL 1085 (28/6/2008): Ley que crea el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre.

¿Las comunidades nativas constituyen pueblos indígenas?

Las comunidades nativas de la Amazonía constituyen, sin lugar a dudas, pueblos indígenas. En efecto, si se revisa la definición

que el ordenamiento jurídico nacional reconoce a tales comunidades, se aprecia que ella se encuadra en la terminología que el Convenio 169 de la OIT establece en relación con los pueblos indígenas.

¿Qué derechos de los pueblos indígenas violan los decretos legislativos?

Decreto legislativo	Contenido de la norma	Derecho vulnerado	Observaciones y estado actual de la norma
994 (13/3/2008) : Promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola	Promueve la inversión privada. Tierras ricas en aptitud agrícola. Registros Públicos. Proyectos de irrigación. Aprovechamiento de recursos naturales. Transferencia de propiedad de las tierras. (Modificado por el decreto legislativo 1064).	A la consulta, a la tierra y al territorio, a la identidad, al uso de los recursos naturales, a la libre determinación (autodeterminación), al desarrollo.	Este decreto está vinculab con los decretos legislativos 1081 y 1083. Reglamentado mediante decreto supremo 020-2008-AG del 259/2008.
1081 (28/6/2008) : Crea el Sistema Nacional de Recursos hídricos	La norma pretende articular la actuación del Estado para la gestión integrada y multisectorial de los recursos hídricos, que comprende, entre otras actividades, la evaluación, valoración, disposición, asignación del uso y aprovechamiento multisectorial eficiente y sostenible del recurso agua, creando para tal efecto el Sistema Nacional de Recursos Hídricos. Esta norma se relaciona con el decreto legislativo 1083 (28/6/2008), que promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos.	A la consulta, a la tierra y al territorio, a la identidad, al uso de los recursos naturales, a la libre determinación (autodeterminación), al desarrollo.	Reglamentado mediante decreto supremo 021-2008-AG del 259/2008. El 31/3/2009 se publicó la Ley de Recursos Hídricos (29338), que regula el uso y gestión de los recursos hídricos; éstos comprenden el agua superficial, subterránea y continental, y los bienes asociados a ésta, y se extienden al agua marítima y atmosférica en lo que resulte aplicable. Esta ley 29338 deroga expresamente los decretos legislativos 1081 y 1083, así como el decreto ley 17752, Ley de Aguas del 24/7/1969.
1064 (28/6/2008) : Régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario	Interpretación restrictiva del derecho de propiedad. Facilita el cambio de uso de las tierras. Contratos de cesión de uso. Limita el acceso al bosque. Restricciones para el acceso a la propiedad comunal. Establecimiento de servidumbres legales.	A la consulta, a la tierra y al territorio, a la identidad, al uso de los recursos naturales, a la libre determinación (autodeterminación), al desarrollo.	La norma no está vigente hasta que se apruebe su reglamento. Este decreto legislativo está vinculab con los decretos legislativos 1079 y 1089.

Decreto legislativo	Contenido de la norma	Derecho vulnerado	Observaciones y estado actual de la norma
1079 (28/6/2008) : Establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas	Establece que la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, de flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente, a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas. Señala que en los casos de superposición de funciones o potestades con otra autoridad, prevalecen las otorgadas al Ministerio del Ambiente.	Ala consulta, a la tierra y al territorio, a la identidad, al uso de los recursos naturales, a la libre determinación (autodeterminación), al desarrollo.	Reglamentado mediante decreto supremo 008-2008-MINAM del 12/12/2008.
1089 (28/6/2008) : Establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales	Régimen temporal extraordinario. Acciones de formalización de oficina de propiedad comunal vs. propiedad individual. Procedimiento especial de titulación.	Ala consulta, a la tierra y al territorio, a la identidad, al uso de los recursos naturales, a la libre determinación (autodeterminación), al desarrollo.	Reglamentado mediante decreto supremo 032-2008-AG del 14/12/2008.
1090 (28/6/2008) : Aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre	Administración de patrimonio forestal: Ministerio del Ambiente (Servicio Nacional de ANP). Principio de dominio eminential. Derogación expresa de la ley 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre (2001). Inseguridad para los pueblos respecto de sus bosques.	Ala consulta, a la tierra y al territorio, a la identidad, al uso de los recursos naturales, a la libre determinación (autodeterminación), al desarrollo.	Este decreto legislativo está vinculado con el decreto legislativo 1085. Ha sido modificado y ampliado por la ley 29317 (14/1/2008).
1085 (28/6/2008) : Ley que crea el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre	Crea el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR), como organismo público ejecutor, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.	Ala consulta, a la tierra y al territorio, a la identidad, al uso de los recursos naturales, a la libre determinación (autodeterminación), al desarrollo.	Aún no ha sido reglamentado.

Fuente: Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica.¹

¹ Pronunciamento público titulado "Los decretos legislativos que vulneran los derechos de los pueblos indígenas: Implementación de las recomendaciones de la Comisión de Expertos de la OIT sobre el cumplimiento del Convenio 169

en el Perú", elaborado por el Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica en abril del 2009. Puede ser consultado en: <<http://www.caaap.org.pe>>.

¿Fueron consultados los siete decretos legislativos con los pueblos indígenas?

A pesar del inequívoco mandato del artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT, el Gobierno no ha realizado la consulta previa de ninguno de los decretos legislativos mencionados en el ítem anterior. Ha ignorado, así, que este derecho constituía un límite material a la delegación de facultades legislativas que le concedió el Congreso.

¿Cómo se define el contenido constitucional de un derecho?

Según el TC:

[...] el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), *sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*" (sentencia 4587-2004-AA/TC, fj. 44; énfasis nuestro).

¿Reconoce la Constitución Política el derecho a la consulta?

Si se revisa con detenimiento la Constitución, se constata que si bien los artículos 2.º (17), 31.º y hasta 35.º no han recogido de manera expresa y literal el derecho a la consulta, sí lo hace al momento de regular el sistema electoral, cuando menciona explícitamente "otras consultas populares".

En efecto, en el capítulo XIII del título IV, referido al sistema electoral, que trata de la estructura del Estado, la Constitución reconoce en diferentes disposiciones, de manera expresa aunque genérica y abierta, la posibilidad de realizar "consultas populares":

Artículo 176.º: El sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa. Tiene por funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares [...]

Artículo 178.º: Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras *consultas populares*, así como también la elaboración de los padrones electorales.

[...]

5. Proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de *otros tipos de consulta popular* y expedir las credenciales correspondientes.

Artículo 181.º: El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de *otro tipo de consultas populares*, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

Artículo 182.º:

[...] Le corresponde organizar todos los procesos electorales, de referéndum y los de *otros tipos de consulta popular*, incluido su presupuesto, así como la elaboración y el diseño de la cédula de sufragio (todos los énfasis son nuestros).

Adviértase que, a diferencia de los artículos 2.º (17) y 31.º, que son cerrados, las dis-

posiciones que regulan el sistema electoral son abiertas, pues abren la posibilidad de realización de “otras consultas populares”. No se trata de una afirmación suelta y aislada fruto de un exceso. Muy por el contrario: el constituyente reitera sistemáticamente la existencia de “otras consultas populares”.

De la lectura de las normas referidas al sistema electoral se puede concluir, en primer lugar, que sí existe un reconocimiento general del derecho a la consulta. Ciertamente, es necesario hacer una interpretación de estas normas y su relación con los artículos 2.º (17) y 31.º de la Constitución, y esto es posible en virtud de los principios de unidad y concordancia práctica de la Carta Magna. Según el primero, la Constitución es considerada como un “todo” armónico y sistemático a partir del cual se interpreta el conjunto del ordenamiento jurídico. Por ello, no es posible realizar una interpretación aislada de los artículos 31.º y 2.º (17) exclusivamente,² pues ella devendría equívoca. Según el segundo, las disposiciones constitucionales que aparezcan como contradictorias deben ser interpretadas conjuntamente, sin sacrificar los valores constitucionales protegidos. En síntesis, hay que optar por una interpretación de todo el material normativo (artículos 2.º [17], 31.º, 176.º, 178.º, 181.º, 182.º y 185.º de la Constitución Política), que armonice y concilie los diferentes contenidos interpretativos de todas las disposiciones.

² Para el TC: “[...] el principio de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución señala que los diferentes operadores del sistema de justicia, al interpretar cada una de las cláusulas de la Constitución, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fuera compartimentos estancos o aislados, sino cuidando que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico está constituido por las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere

Queda claro, entonces, que la Constitución deja abierta la posibilidad de realizar consultas populares en general. Además, se sabe bien que ella es una “norma piso” de protección, abierta a posteriores desarrollos legislativos y normativos que mejoren y hagan más eficaz la protección de los derechos. Por otro lado, cada vez que se la interprete se debe respetar el reconocimiento y reparto de competencias del constituyente, de conformidad con el principio de corrección funcional, que exige que la interpretación del juez deba cuidarse de no tergiversar las funciones y competencias de los órganos del Estado. En todo caso, independientemente de que el Congreso lo regule o no, existe un reconocimiento constitucional de esta facultad.

¿Qué dice el Convenio 169 de la OIT sobre el derecho a la consulta?

La norma general que regula el derecho a la consulta es el artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT.³ Esta norma establece, si se quiere, las pautas y los principios generales de la consulta:

Artículo 6.º:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados

superposición de normas, normas contradictorias o redundantes” (sentencia del TC recaída en el expediente 0005-2003-AI/TC, fj. 23; véase también sentencia del TC recaída en el expediente 5854-2005-PA/TC, fj. 12).

³ Organización Internacional del Trabajo: *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Costa Rica: OIT, 1989. Fue aprobado e incorporado a la legislación nacional mediante resolución legislativa 26253, publicada el 2 de diciembre de 1993.

y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

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

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

Esta norma reconoce claramente las instituciones y mecanismos de consulta, la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios, y la promoción de mecanismos e instituciones de consulta adecuados; y exige buena fe y proceder de acuerdo con las circunstancias para lograr el desarrollo de la consulta. Sin embargo, un aspecto que merece ser destacado es que no se trata de una formalidad por superar. En tanto su objetivo es llegar a un acuerdo, hay que orientar los esfuerzos hacia esa finalidad. Este aspecto teleológico no puede pasar desapercibido.

¿Qué otras normas reconocen el derecho a la consulta?

Al lado de esta norma general existen otras, conexas, que deben ser consultadas, porque forman, en conjunto, parte de ese ámbito normativo que delimita el contenido constitucional protegido del derecho a la consulta. Ellas, como el artículo 6.º del citado Convenio de la OIT, son de naturaleza vinculante.

Una segunda norma es el numeral 1 del artículo 7.º del Convenio 169 de la OIT. Aun cuando esta norma no se refiere de manera expresa al derecho a la consulta, sí está estrechamente relacionada con él. En ella se alude al derecho a la participación de los pueblos indígenas en la determinación de las prioridades del desarrollo en sus localidades:

Artículo 7.º:

1. Los pueblos interesados deberán tener el *derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo*, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán *participar* en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (énfasis nuestro).

Otra norma importante es el artículo 13.º del Convenio 169 de la OIT, referido a la tierra y los territorios. Su importancia reside en que constituye un criterio de interpretación de las demás normas cuando está en juego el derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras. Si bien no hace ninguna referencia expresa al derecho a la consulta, sí reconoce la importancia de las tierras y los territorios para los pueblos indígenas:

Artículo 13.º:

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, *los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna u otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación (énfasis nuestro).*

El artículo 15.º del mismo Convenio hace referencia a la protección especial que el Estado debe prestar a los recursos naturales. Esta norma establece el derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales. También reconoce que los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre la explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras o territorios, antes de su prospección o explotación. Finalmente, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar de los beneficios de la explotación, así como a recibir una indemnización:

Artículo 15.º:

1. Los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras *deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán *establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados,*

y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (énfasis nuestros).

El artículo 17.º del Convenio también es importante, pues su primer numeral se refiere a la utilización de las tierras y, en concreto, exige respeto a usos y costumbres en las prácticas de transmisión de estas tierras. Su segundo numeral ordena la consulta a los pueblos interesados, siempre que esté de por medio la disposición de las tierras de estos pueblos:

Artículo 17.º:

1. *Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.*
2. *Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad (énfasis nuestros).*

Como se deja ver, las normas del Convenio 169 son claras en relación con los derechos que asisten a los pueblos indígenas sobre la tierra y a la consulta. Sin embargo, no faltarán opiniones que sostengan que el Convenio no es vigente, pues no está reglamentado.⁴ Resulta por ello necesario analizar la

⁴ Véase la entrevista con el presidente del Congreso, Javier Velásquez Quesquén, en el diario *El Comercio*, Lima, 23 de agosto del 2008.

fuerza normativa de estas normas, tarea a la que se dedicará el acápite que sigue.

¿Ha reconocido el Sistema Universal de Derechos Humanos el derecho a la consulta?

El derecho a la consulta también ha sido recogido en el artículo 32.º de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, recientemente aprobada en la Asamblea General de la ONU con el apoyo del Estado Peruano.⁵ Allí se establece:

Artículo 32º:

[...]

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

Esta norma debe ser leída e interpretada en consonancia con otras contenidas en la misma Declaración. El artículo 18.º, por ejemplo, recoge el derecho a la participación de los pueblos indígenas cuando sus derechos sean afectados:

Artículo 18.º:

Los pueblos indígenas tienen *derecho*

a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones (énfasis nuestro).

El artículo 19.º de la misma Declaración alude específicamente a las consultas:

Artículo 19.º:

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

Aun cuando no está referido al tema de la consulta, sí resulta relevante el artículo 23.º, pues concierne al derecho de los pueblos indígenas a determinar sus prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. Esta disposición orienta y ayuda a comprender la finalidad del derecho a la consulta:

Artículo 23º:

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho

Se le pregunta: “¿Se debió consultar a los nativos antes de emitir los decretos?”. Y él responde “No está reglamentado. El Convenio 169 de la OIT establece que cuando se legisla sobre temas que conciernen a las comunidades deben consultarles. Pero el Reglamento del Congreso no establece el procedimiento para ese tipo de consulta y el decreto es vía facultades delegadas. Vamos a incluirlo; ése ha sido otro de los puntos

del acta firmada con los nativos. El Ejecutivo no estaba obligado a consultar, porque la Ley 26505 que ellos quieren restablecer y que la dio Fujimori no les fue consultada y, sin embargo, la aceptan”.

⁵ Fue aprobada el 13 de septiembre del 2007, con el voto a favor de 143 países, 4 en contra y 11 abstenciones.

a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Finalmente, el artículo 38.º establece la obligación estatal de consulta y cooperación con los pueblos indígenas cuando se adopten medidas orientadas a lograr los fines de la mencionada Declaración:

Artículo 38º:

Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Existen también pronunciamientos de diversos órganos del Sistema Universal de Derechos Humanos en los que se ha fijado posición respecto del tema del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado que:

[...] siempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [...] Los efectos principales

[...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.⁶

Es importante señalar que si bien la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es vinculante, pues no se trata de un tratado ratificado por el Estado peruano, puede interpretarse la cuarta disposición final y transitoria, cuando hace referencia a los "acuerdos",⁷ como la expresión de la buena fe y la voluntad de honrar su palabra en relación con los acuerdos que suscribe.

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recurre a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como criterio interpretativo para arrojar luz sobre el derecho a la consulta.

Un último comentario, más general, apunta a que no se trata de reconocimientos aislados. Como se ha podido ver, existen otros organismos y organizaciones internacionales que han señalado que, en determinadas circunstancias y además de otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo sobre su dere-

⁶ ONU: "Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas", supra nota 97, p. 2. Citado por "Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam", de fecha 28 de noviembre del 2007 (Excepciones Preliminares,

Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 131.

⁷ "Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

cho al uso y goce de sus territorios ancestrales.⁸

¿Hay algo sobre el derecho a la consulta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

El Sistema Interamericano no ha sido indiferente al derecho a la consulta de los pueblos indígenas. La Corte IDH lo ha abordado en una reciente sentencia⁹ recaída en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.¹⁰ En realidad, no es la primera vez que hace mención al derecho a la consulta de los pueblos indígenas: lo había hecho ya en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.¹¹

La sentencia en relación con el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam hace referencia al derecho a ser consultado y, en ese caso particular, a la obligación de obtener

consentimiento. Esta sentencia es importante, porque contiene un conjunto de reglas vinculantes, incluso para aquellos países que no han sido parte en el proceso, como Surinam:

[...] la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar

⁸ El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial ha observado que: “[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades” (cfr. Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial: *Consideraciones de los informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003)*, ONU, Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio del 2003, párr. 16. Citado por la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, loc. cit., párrafo 136.

⁹ “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, loc. cit., párrafos 133 al 137.

¹⁰ El pueblo Saramaka demandó que el Estado no había elaborado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que

el Estado ha presuntamente violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales; y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas.

¹¹ En realidad, la primera sentencia que menciona al derecho a la consulta de los pueblos indígenas es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto del 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Acusaba a Nicaragua de haber violado los derechos de la comunidad Awas Tingni por no garantizar y proteger efectivamente sus derechos de propiedad basados en su uso y ocupación tradicionales, por violar activamente esos derechos al otorgar una concesión de explotación maderera, por discriminar contra la comunidad y no suministrarle una igualdad de protección ante la ley, y por no proveer remedios judiciales adecuados y efectivos que permitieran a la comunidad afirmar y proteger sus derechos ante la justicia nicaragüense.

a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse de que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.¹²

De igual manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó a propósito de otro caso que:

[...] los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales.

En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de “consentimiento pleno e informado” requiere:

[...] como mínimo, que todos los

integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso y que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva.¹³

La Corte IDH va incluso más allá y habla de la necesidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando se trata de planes de desarrollo o de inversiones a gran escala:

Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis.¹⁴

Finalmente, es también interesante revisar el numeral 8 del fallo de la sentencia de la Corte en el Caso del Pueblo Saramaka:

8. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar

¹² *Ibidem*, párrafo 133.

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe 40/04 (Fondo). Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, supra nota 84, párr. 142. Citada por la Comisión en la Sentencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *loc. cit.*, pie de página 130.

¹⁴ “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *loc. cit.*, párrafo 134.

su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se lleven a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia.

No corresponde hacer aquí un análisis de esta sentencia. Basten tres comentarios. El primero es que queda claro cuál es la obligación del Estado en materia de respeto del derecho a la consulta, así como la obligación estatal de remover todos los obstáculos que se opongan o dificulten el efectivo ejercicio de este derecho. Un segundo comentario se refiere al hecho de que la sentencia establece la regla del consentimiento de los pueblos indígenas en aquellos casos en los que están de por medio proyectos de gran envergadura, yendo más allá de la simple consulta. Y el tercero es que, a pesar de que el derecho invocado en la demanda es el derecho de propiedad contenido en el artículo 21.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, la CIDH recurre y utiliza el Convenio 169 para desarrollar y dotar de contenido la norma convencional, con lo que concede otro significado y reinterpreta esta última.¹⁵

¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta?

El TC se ha pronunciado sobre el derecho a

la consulta en una sentencia del 19 de febrero del 2009, recaída en el expediente 03343-2007-PA/TC, correspondiente al conocido caso Cordillera Escalera. La importancia de esta sentencia reside en que es la primera vez que el TC reconoce el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en sede jurisprudencial.¹⁶ Es importante, además, porque señala que el Convenio 169, al estar referido a los derechos humanos de los pueblos indígenas, tiene rango constitucional.

Lo primero que hace el TC en su fundamento es reiterar su uniforme jurisprudencia en relación con la función de los tratados de derechos humanos. Señala, citando jurisprudencia pasada, que:

[...] nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades.¹⁷

Luego cita otra jurisprudencia que precisa que los “[...] tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”.¹⁸

Más adelante señala el rango constitucional del Convenio 169 en los siguientes términos:

[...] habiéndose aprobado el Convenio 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la

¹⁵ Esta tesis fue desarrollada por la abogada colombiana María Clara Galvis en el II Encuentro de Expertos en Derechos Colectivos, realizado en el Cuzco el 11 y 12 de septiembre del 2008. El evento fue organizado por el Centro Regional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de América Latina (CRESPAL).

¹⁶ Ciertamente, no es el único tema abordado en esa sentencia; también se desarrollan otros asuntos importantes que exceden este artículo:

el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, el medio ambiente y la Constitución ecológica, el desarrollo sostenible, el principio de prevención, la responsabilidad de la empresa, comunidades nativas y medio ambiente, el derecho a la identidad étnica y cultural, el Convenio 169 y los recursos naturales.

¹⁷ Sentencia 0025-2005-PI/TC, fj. 33.

¹⁸ *Ibidem*.

Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar —normativa e interpretativamente— las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.¹⁹

Por otro lado, el TC hace referencia al derecho a la consulta cuando señala que:

[...] esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser concretización también del artículo 2.17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio 169.

Nótese que el TC entiende que el derecho a la consulta constituye una concreción del derecho a la participación política. A continuación, el TC analiza y cita diferentes extremos de los artículos 6.º y 15.º del referido Convenio de la OIT.

Luego de revisar y analizar estas disposiciones, el TC afirma que, en virtud de ellas:

[...] la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que

al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla (sentencia expediente 03343-2007-PA/TC, fj. 35).

También señala el TC que el derecho a la consulta materializa y concreta la responsabilidad social de la empresa: “[...] en cuanto busca una consolidación del vínculo que deberán establecer las empresas con las comunidades que puedan sufrir los efectos del impacto de la actividad hidrocarbúfera”. Luego agrega que:

[...] no solo es la preocupación que la empresa pueda tener respecto del ambiente, sino también en relación con la población aledaña, debiendo plantear medidas que busquen, por ejemplo, el menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades. De igual forma, si se lleva a efecto la extracción de recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades nativas, es claro que tendrán que implementarse mecanismos de participación de las comunidades en actividad y de las rentas que se puedan generar (sentencia expediente 03343-2007-PA/TC, fj. 39).

Finalmente, luego de identificar algunos avances normativos para regular el procedimiento de consulta en materia de activi-

¹⁹ *Ibidem*, fj. 31.

dades de hidrocarburos (decreto supremo 012-2008-EM), el TC reconoce que:

[...] es claro que no existe una norma general que desarrolle los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad del derecho de consulta establecido en el tratado internacional citado [el Convenio 169 de la OIT]. Dicha tarea se encuentra, desde luego, en manos del Legislativo, quien tendrá que elaborar la regulación del caso a fin de hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida, en todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas (expediente 03343-2007-PA/TC, fj. 40).

¿Hay legislación sobre el derecho a la consulta?

Diversas normas de la legislación interna han sido aprobadas con el fin de desarrollar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Sin embargo, como bien señala Ruiz Figueroa, buena parte de estas normas se reducen a meros actos de información y no constituyen verdaderos procesos de consulta conforme a lo establecido en el Convenio.²⁰ Entre las más importantes se encuentran:²¹

- La directiva 012-2000-PROMUDEH/SETAI, expedida por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en toda decisión que los involucre o pueda afectarlos.
- La resolución ministerial 010-2001-EM/DGAA del Ministerio de Energía y Minas,

que establece el proceso de consulta en las actividades energéticas, mineras y de hidrocarburos.

- La resolución ministerial 596-2002-EM-DM, del Ministerio de Energía y Minas, que aprueba el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas. Esta norma fue sustituida por el decreto supremo 028-2008-EM, mediante el cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero, publicado el 27 de mayo del 2008.
- El decreto supremo 042-2003-EM, del Ministerio de Energía y Minas, que establece el compromiso previo de las empresas mineras de respetar las instituciones, autoridades, culturas y costumbres de las localidades donde operan.
- La ley 28611, Ley General del Ambiente, cuyo artículo 70.º dispone que las autoridades públicas deben promover la participación e integración de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas en la gestión del ambiente.
- El decreto supremo 12-2008-EM, norma mediante la cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos, publicado el 20 de febrero del 2008.

Esta insuficiencia de normas constituye, al parecer del TC, un déficit del Legislativo que debe ser subsanado para cumplir con la obligación internacional del Estado:²²

40. No obstante, y a pesar de la normativa indicada, es claro que no existe una norma general que

²⁰ Ruiz Figueroa, Wuille M.: "El Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho a la consulta y participación en el aprovechamiento de los recursos de la naturaleza". Ponencia en el seminario "Gobernabilidad y las Industrias Extractivas en Territorios Indígenas", Lima, 1-2 de febrero del 2007, p. 18. Organizado por la

Asociación Paz y Esperanza.

²¹ Cfr. "Perú, Informe Alternativo 2006 sobre el Convenio 169 de la OIT". Versión abreviada. Lima: Paz y Esperanza, pp. 23 y 24.

²² Sentencia del 19 de febrero del 2009, expediente 0.3343-2007-PA/TC.

desarrolle los alcances, detalles, condiciones y vinculatoriedad del derecho de consulta establecido en el tratado internacional citado [el Convenio 169 de la OIT]. Dicha tarea se encuentra, desde luego, en manos del Legislativo, quien tendrá que elaborar la regulación del caso a fin de hacer realmente viable y efectiva la obligación internacional asumida, en todos los ámbitos en donde intervengan los pueblos indígenas.

¿Qué criterios ha fijado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas sobre el derecho a la consulta?

El RE ha establecido un conjunto de principios internacionales relativos a la consulta a los pueblos indígenas:²³

1. La consulta debe realizarse con carácter previo. Según este principio: “Resulta evidente que toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada, incluyendo medidas legislativas. Según han confirmado los órganos de control de la OIT, las reuniones posteriores a la tramitación de dicha medida legislativa no cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio 169.”²⁴
2. La consulta no se agota con la mera información. De acuerdo con este principio: “Una de las situaciones más comunes a las que han tenido que enfrentarse los órganos de control

normativo de la OIT es la realización de supuestas consultas a los pueblos indígenas que consisten en meros trámites de audiencia o de información. Según han reiterado estos órganos, ‘una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio’, particularmente a la vista del establecimiento de un ‘diálogo genuino entre ambas partes signado por la comunicación y el entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común’ ”.²⁵

3. La consulta debe ser de buena fe, como parte de un procedimiento que genere confianza entre las partes. En virtud de este principio: “El cumplimiento por los Estados de la consulta ‘en buena fe’, como estipula el Convenio 169, responde a la exigencia de cumplir con el objeto último de dicha obligación. En esta línea de pensamiento, los órganos de control normativo de la OIT han subrayado en múltiples ocasiones que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como ‘un verdadero instrumento de participación’, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas” .²⁶
4. La consulta debe ser adecuada y realizarse a través de las instituciones representativas indígenas. Según este principio: “El Convenio 169 enfatiza que las consultas a los pueblos indí-

²³ Los principios internacionales relativos a la consulta a los pueblos indígenas han sido definidos por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en un documento titulado “Principios internacionales aplicables a la consulta en

relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, de abril del 2009.

²⁴ *Ibidem*, párr. 18.

²⁵ *Ibidem*, párr. 21.

²⁶ *Ibidem*, párr. 23.

genas deben ser 'adecuadas', y realizarse en particular a través de las 'instituciones representativas' de estos pueblos (art. 6.1.a). En idénticos términos, la Declaración de Naciones Unidas especifica que los Estados 'celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas' (art. 19)".²⁷

5. La consulta debe ser sistemática y transparente. De acuerdo con este principio: "En la medida en que constituyen un trámite prescriptivo en relación con la planificación y adopción de las medidas legislativas o administrativas que les afecten, las consultas deben responder a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Este requisito responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios. La adopción de dichos procedimientos debería ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas".²⁸
6. El alcance de la consulta. En virtud de este principio: "Resulta evidente que la responsabilidad última de legislar en Chile, inclusive en relación con la Carta Fundamental, corresponde en última instancia al Parlamento en representación de la ciudadanía chilena. En este sentido, el contenido de las consultas a los pueblos indígenas con la reforma constitucional

no es, en sentido estricto, jurídicamente vinculante, tal como señaló el Comité Tripartito de la OIT en el caso sobre la reforma constitucional en México. Sin embargo, como ha afirmado el Tribunal Constitucional de Chile: «Si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante *stricto sensu*, sí tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2 del mismo artículo 6° que dice: 'Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas'»".²⁹

¿Cuáles son, para la Defensoría del Pueblo, las características del proceso de consulta?

La Defensoría del Pueblo³⁰ identifica un conjunto de características que permiten precisar y orientar de mejor manera la realización del proceso de consulta previa. En líneas generales, señala:

1. La realización de una consulta es responsabilidad del Estado. La consulta debe ser realizada por el Estado peruano a través de las instituciones de la administración pública que prevean implementar una medida administrativa o legislativa que pueda afectar de forma directa a los pueblos indígenas.
2. La consulta se realiza sobre medidas que pudiesen afectar directamente a los pueblos indígenas.

²⁷ *Ibidem*, párr. 26.

²⁸ *Ibidem*, párr. 34.

²⁹ *Ibidem*, párr. 38.

³⁰ Informe 011-2009-DP/AMASPP-PP, titulado "El derecho a la consulta de los pueblos

indígenas: Opinión de la Defensoría del Pueblo sobre dictamen recaído en los proyectos de ley N.º 413/2006-CR, 427/2006-CR y 2016/2007-CR; que en un texto sustitutorio propone una Ley que regula el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas, pendiente de evaluación por el Pleno del Congreso de la República", p. 26.

3. La consulta es previa a la toma de decisión por el Estado. Debe realizarse siempre con anterioridad a la toma de una decisión por parte de la institución de la administración pública responsable.
4. La consulta requiere un tiempo razonable que garantice el desarrollo del proceso de diálogo. Es necesario fijar tiempos razonables para ambas partes, con el fin de no afectar el proceso de toma de decisiones de los pueblos y del Estado.
5. La consulta requiere la participación de instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultados. Los pueblos indígenas eligen a quienes los representarán. Es importante que la institución representativa sea definida según la información que proporcionen las propias poblaciones indígenas. Corresponderá a las autoridades garantizar la participación de las instituciones u organizaciones representativas.
6. La consulta requiere una metodología intercultural. Debe realizarse sobre la base de una metodología intercultural que haga posible un entendimiento entre los consultados y quienes la efectúan. Esto implica sensibilizar y capacitar a las autoridades y a los representantes indígenas con herramientas que permitan el diálogo intercultural respetando las costumbres y formas de aprendizaje de ambos actores.
7. La consulta requiere el uso del idioma o idiomas propios de los pueblos indígenas que serán consultados. La accesibilidad de los procedimientos de consulta debe tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena.
8. La consulta se debe realizar en un lugar que garantice la participación de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas. El lugar seleccionado debe reunir condiciones de espacio, seguridad y tranquilidad para un diálogo adecuado. Además, la entidad del Estado a cargo de la consulta debe prever los medios de financiamiento necesarios para el desplazamiento de los representantes de instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas.
9. La consulta es un proceso que se agota con la toma de decisión por parte de la institución de la administración pública responsable. Sin embargo, en el caso de que los pueblos indígenas no se encuentren de acuerdo con la medida adoptada por el Estado porque consideran que se vulneran sus derechos fundamentales, deben contar con mecanismos legales para cuestionar tal decisión.

¿Cuáles son las etapas del proceso de consulta?

La Defensoría del Pueblo identifica las etapas que deben seguirse en la realización del proceso de consulta:

1. *Verificación:* La entidad estatal deberá identificar si el acto administrativo o legislativo que prevé emitir afectará o no a los pueblos indígenas, para determinar si resulta procedente o improcedente realizar un proceso de consulta. Para ello deberá solicitar opinión previa al Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA), la que será vinculante.
2. *Identificación:* De proceder la consulta, la entidad estatal encargada de ejecutar el proceso solicitará al INDEPA la identificación de los pue-

blos indígenas que resultarían afectados. Además, proporcionará el detalle de las instituciones y organizaciones indígenas que los representan a efectos de la consulta.

3. *Publicidad y transparencia:* La entidad competente para adoptar la medida debe publicar la propuesta y notificar a las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultadas, empleando medios de comunicación que lleguen a la zona donde éstos residen.
4. *Información:* El Estado brindará información adecuada, empleando métodos y procedimientos culturalmente apropiados, respecto de los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida que se piensa adoptar, con el fin de que la evalúen con conocimiento de causa y efecto; se les dará también la posibilidad de solicitar el asesoramiento técnico necesario, cuando resulte pertinente.
5. *Evaluación interna:* Las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas deben contar con un tiempo razonable para la evaluación interna con los pueblos, a efectos de analizar cabalmente la materia consultada, lo que debe servir para brindar una adecuada respuesta al Estado.
6. *Proceso de diálogo:* El proceso de consulta se caracteriza por ser un diálogo de buena fe entre los representantes del Estado, a través de la entidad que planea adoptar una medida, y los representantes de los pueblos que podrían ser afectados directamente. La Comisión de Expertos de la OIT considera que es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua.
7. *Decisión:* La decisión sobre la implementación de la medida legislativa o administrativa debe corresponder a la institución de la adminis-

tración pública competente para adoptar la medida como consecuencia del proceso de consulta. La deliberación de la autoridad ha de implicar un cuidadoso proceso en el que se consideren y sopesen las alternativas. Estas decisiones conllevan importantes consecuencias, y en ese proceso, en definitiva, los valores cumplen un rol principal.

En cuanto a los resultados de la consulta, se mencionan tres:

1. *Acuerdo total o consentimiento:* En el caso de que exista el consentimiento de los pueblos indígenas expresado a través de sus representantes, la entidad estatal competente debe enriquecer su decisión con los aportes derivados del proceso de consulta, respetando íntegramente los acuerdos adoptados en la resolución que da por aprobada la medida.
2. *Acuerdo parcial:* Cuando exista un consentimiento parcial, la entidad estatal competente debe enriquecer su propuesta con los aportes de los representantes indígenas formulados en el proceso de consulta, con el fin de adecuar la medida o desistirse de ella.
3. *No consentimiento:* Si no se llega a un acuerdo, el Estado debe evaluar su decisión de adoptar la medida, adecuarla o desistirse de ella. Así mismo, debe fundamentar su decisión en las consideraciones derivadas de los hechos y el derecho. Además, le corresponde informar a los representantes de la población involucrada la decisión adoptada, así como las razones que la motivan.

Ello se debe a que la responsabilidad final por la toma de la decisión corresponde a las autoridades de los órganos del Estado con competencia en el tipo de medida por adoptar, en el marco del sistema constitucional, democrático y representativo. Por tal

motivo, al tomar una decisión las autoridades y funcionarios públicos asumen las responsabilidades, y deberán rendir cuentas sobre las consecuencias de ésta.

¿El Convenio 169 de la OIT es parte del derecho nacional?

El artículo 3° de la Constitución señala que:

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, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Esto quiere decir que los derechos fundamentales no se pueden restringir a aquéllos contenidos en la Carta Política, lo que deja la puerta abierta para que este listado se incremente.

Por otro lado, el artículo 55.° de la Constitución establece que: “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, afirmación que implica una toma de distancia respecto de cualquier tesis dualista que considera que existen dos sistemas jurídicos que no se tocan: el Derecho Constitucional nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En su lugar, asume la tesis monista, según la cual se trata de un solo ordenamiento con distintas fuentes de derecho, todas ellas aplicables.

Más adelante, la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución señala: “Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Esta norma es reiterada en el artículo V.° del título preliminar del Código Procesal

Constitucional, que dice:

El contenido y alcances 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.

En consecuencia, queda claro que los tratados de derechos humanos —como los de los sistemas Interamericano y Universal de Derechos Humanos— forman parte del Derecho nacional.

¿Tienen rango constitucional los tratados internacionales de derechos humanos?

El TC ha establecido, en reiterada y vinculante jurisprudencia, que: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. Dichos tratados no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional” (sentencias 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC acumuladas, fj. 25).

El reconocimiento del rango constitucional de los tratados de derechos humanos implica dos consecuencias fundamentales:

El rango que detentan trae consigo que dichos tratados estén dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, *fuerza activa*, conforme a la cual *estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición*, sino a título de derechos de rango constitucional. Su *fuerza*

pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución (sentencias 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC acumuladas, fj. 34; énfasis nuestro).

Tal como se desprende de la jurisprudencia recién citada del TC, los tratados internacionales de derechos humanos, al tener rango constitucional, integran el bloque de constitucionalidad. Como se sabe, esta técnica constitucional hace posible la ampliación del contenido normativo de la Constitución, para permitir su adaptación histórica. Se posibilita así la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que trae como resultado la aplicabilidad directa de los estándares internacionales y la ampliación del sistema de fuentes (con las fuentes internacionales de producción de derecho: normas y decisiones judiciales internacionales).

¿Son vinculantes las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas?

Es necesario tomar en cuenta, además, que no solo el Convenio 169 de la OIT tiene fuerza normativa; la tienen también las diferentes reglas contenidas en las sentencias

de la Corte IDH, entre ellas las que conciernen a los pueblos indígenas,³¹ siempre que de ahí se pueda deducir reglas vinculantes. Este punto está contenido en el artículo V.º del título preliminar del Código Procesal Constitucional y en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política.

En efecto, las sentencias de la Corte IDH no tienen solo un carácter ilustrativo para el ordenamiento jurídico interno peruano, sino también una fuerza vinculante, de conformidad con la jurisprudencia del TC:

Tal interpretación, conforme a los tratados sobre derechos humanos, contiene implícitamente una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos de la región.

Nótese que no solo vinculan los tratados de derechos humanos, sino también la interpretación que de ellos hagan los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones contenciosas (expediente 0218-2002-HC/TC, fj. 2).

Sin embargo, la sentencia más reciente, más lograda y más contundente es la que sigue:

En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos

³¹ Madariaga, Isabel: "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los pueblos indígenas", en *Derechos Humanos y Acción Defensorial*,

revista especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia, año 1, n.º 1, 2006.

Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso (expediente 00007-2007-PI/TC, fj. 36).

Ésta es, sin duda, una línea jurisprudencial consolidada por el TC.³² La conclusión es evidente: sentencias como la del Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam³³ contienen reglas que son vinculantes para el ordenamiento jurídico peruano, de modo que las diferentes autoridades públicas y particulares en general tienen que ajustar y acatar sus reglas. En otras palabras: estas sentencias —y, concretamente, las reglas en ellas contenidas— se integran en el sistema de fuentes del derecho.

¿Ha reconocido el Tribunal Constitucional el rango constitucional del Convenio 169 OIT y del derecho a la consulta?

En la sentencia recaída en el expediente 3343-2007-PA/TC, del 19 de febrero del 2009, el TC ha reconocido el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT y, en tanto parte de él, el derecho a la consulta:

[...] habiéndose aprobado el Convenio N° 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal

Constitucional, el tratado internacional viene a complementar —normativa e interpretativamente— las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (sentencia 03343-2007-PA/TC, fj. 31).

¿Cuál es la función de los tratados internacionales de derechos humanos en la interpretación constitucional?

Un presupuesto que ha de ser tomado en cuenta a la hora de interpretar las normas constitucionales en materia de derechos fundamentales son los tratados de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado peruano, pues ellos “desarrollan”, “completan” y “amplían” el contenido de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política.

En efecto, las normas constitutivas de estos instrumentos tienen la función de ayudar a delimitar el contenido de las normas constitucionales. Como señala el TC:

[...] las obligaciones, en materia de derechos humanos, no solo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de

³² Véanse, por ejemplo, las sentencias recaídas en los expedientes 0217-2002-HC/TC, fj. 2; 26-2004-AI/TC, fj. 13; 2798-04-HC/TC, fj.8; 4677-2005-PHC/TC, fj. 11; 4587-2004-AA/TC, fj. 44; 0174-2006-PHC/TC, fj. 22; 8817-2005-PHC/TC,

fj. 22, etcétera.

³³ “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, *loc. cit.*, párrafos 133 al 137.

las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito.³⁴

En ese sentido, cuando el Estado incorpora a su derecho interno el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ese orden interno ya no queda cerrado en la Constitución, sino coordinado y compatibilizado con el Derecho Internacional.³⁵ En consecuencia, el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional deben ser abordados en forma dinámica e integral y, por lo tanto, el intérprete ha de conciliar ambas fuentes, que forman parte de un único sistema de derechos. Esto significa que antes de presumir incompatibilidades o efectuar confrontaciones entre ambos, existe el deber de integrarlos y descifrar en ellos un contenido congruente de los derechos fundamentales.³⁶

¿El artículo 169 de la OIT es una norma de aplicación inmediata, o su vigencia está condicionada a la existencia de una ley?

Debe insistirse en este punto, pues a menudo algunos operadores del derecho a nivel

regional y local, le asignan a la Constitución y a toda norma de rango constitucional —como los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT—, una naturaleza programática y política, en detrimento de su fuerza normativa, cuestión que ha quedado por demás descartada, pues estas normas jurídicas tienen fuerza vinculante. Sin embargo, se puede objetar que no todas las disposiciones de la Constitución tienen vigencia inmediata, pudiendo señalarse que muchas normas requieren una norma de desarrollo legislativo para entrar en vigencia. Es el caso por ejemplo, de aquellos órganos que requieren una ley orgánica para concretar su funcionamiento, pues en ella se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares.

En efecto, una de las principales objeciones que se hace al derecho a la consulta, es que no es una norma de aplicación inmediata, pues no existe una norma de desarrollo legislativo que desarrolle la consulta en concreto. Para comenzar esto es falso, pues sí existen normas reglamentarias que desarrollan este proceso. Tal como ya lo hemos visto³⁷, sustentan esta posición en la

³⁴ Sentencia del TC recaída en el expediente 2798-04-HC/TC, fj. 8.

³⁵ Carpio Marcos, Edgar: *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra, 2004, p. 130.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Estos son:

- La Directiva N° 012-2000- PROMUDEH/SETAI, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en toda decisión que los involucre o pueda afectarlos, del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.
- La Resolución Ministerial N° 010-2001-EM/DGAA, que establece el proceso de consulta en las actividades energéticas, mineras y de hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas.
- La Resolución Ministerial N° 596-2002-EM-DM, que aprueba el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el

Sector Energía y Minas, del Ministerio de Energía y Minas. Esta norma fue sustituida por el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, mediante el cual se aprobó el Reglamento de participación ciudadana en el sub sector minero, la cual fue publicada el 27 de mayo del año 2008.

- El Decreto Supremo N° 042-2003-EM, que establece el compromiso previo de las empresas mineras de respetar las instituciones, autoridades, culturas y costumbres de las localidades donde operan, del Ministerio de Energía y Minas.
- La Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, cuyo artículo 70° dispone que las autoridades públicas deben promover la participación e integración en la gestión del ambiente de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas.
- Decreto Supremo N° 12-2008-EM, norma mediante la cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos y publicado el 20 de febrero del año 2008.

referencia a “procedimientos apropiados” y a “medios” contenidos en el artículo 6 del Convenio 169; es decir, se exige la regulación de procedimientos previos:

Artículo 6.º:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, *mediante procedimientos apropiados* y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) *establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente*, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una *manera apropiada* a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (énfasis nuestros).

Si el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT es una verdadera norma jurídica, y además no cualquiera sino una de carácter fundamental (rango constitucional), es necesario atribuirle un carácter adicional a efectos de que su finalidad de limitación al poder político no se vea desacreditada. Como señala Castillo Córdova, tal carácter, como regla general, es el de aplicabilidad inmediata, particularmente de las normas referidas a derechos constitucionales³⁸. Agrega Castillo que “lo contrario, supondría dejar su efectividad en manos (y al arbitrio) de aquel a cuyo control y limitación va precisamente dirigida la norma constitucional, pues se estaría supeditando el cumplimiento de las normas constitucionales en general, y las referidas a los derechos en particular, a una futura legislación o reglamentación, ya del órgano Legislativo, ya de la Administración pública”³⁹.

Y es que “una norma de tales caracteres (norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico) no puede depender en su eficacia de ninguna otra. Es por eso que es de aplicación inmediata”⁴⁰. Si esto es así en relación con las normas constitucionales en general, con mucha mayor razón, las normas que reconocen derechos son de aplicación inmediata. Como señala Castillo, debido al importante papel que juegan como límites al poder y, por tanto como obligaciones estatales, se “exige además que los derechos humanos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado (...) que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia”⁴¹.

³⁸ Luis Castillo Córdova: “*Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*”, Palestra, Lima 2007, pág. 200.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 201.

⁴¹ Luis Prieto Sanchis: “*El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española*”, ADH 2, Universidad Complutense, Instituto de derechos Humanos, Madrid, marzo de 1983, pág. 382. Citado por Luis Castillo Córdova, op. cit., pág. 201.

Agrega este autor que “La regla general de directa aplicabilidad de los derechos constitucionales no tiene problema alguno de verificarse para cuando se trata de normas sobre derechos que por su propia naturaleza o contenido, basta sean recogidos en el texto constitucional para que, a partir de ahí y sin ninguna dificultad puedan desplegar toda su virtualidad normativa”⁴².

Sobre el particular, debe comenzarse por hacer una distinción entre disposiciones de la parte dogmática (que recoge los derechos fundamentales) y disposiciones de la parte orgánica (que establecen funciones y competencias de los diferentes órganos del Estado). No le falta razón a quienes señalan que hay normas cuya vigencia está supeditada a su desarrollo legislativo, estableciéndose una obligación positiva sobre el legislador para que desarrolle determinadas disposiciones constitucionales, admitiéndose la posibilidad de conminarse al legislador a hacerlo a través del proceso de violación de la Constitución por omisión legislativa.

En todo caso, lo que sí es claro es que los derechos fundamentales son de aplicación inmediata, sin necesidad de intermediación legislativa. Basta revisar los diferentes incisos del artículo 2º de la Constitución para darse cuenta que estas normas no necesitan intermediación legislativa. Así por ejemplo, se señala que “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (art. 2º inciso 2), o el derecho de toda persona “a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siem-

pre que no ofenda la moral ni altere el orden público” (art. 2 inciso 3). Podrá discutirse si algunas normas de la parte orgánica necesitan ley de desarrollo legislativo para tener aplicación inmediata, sin embargo, lo que sí es claro es que los derechos fundamentales son de aplicación inmediata.

Lo contrario significaría que la vigencia de la Constitución estaría supeditada a la voluntad -si es que no a la paciencia y al temperamento- del legislador, lo cual es un absurdo, pues el poder constituido (Congreso) estaría por encima del poder constituyente (la Constitución Política), lo cual no es posible en el Estado Constitucional de Derecho, pues contradice los dos elementos antes referidos.

Se debe insistir en señalar que tal interpretación es incompatible con el principio de *fuerza normativa de la Constitución*. Según él, dado que la Constitución pretende verse actualizada, y en virtud de que las posibilidades y condicionamientos históricos de tal actualización van cambiando, en la solución de los problemas jurídico-constitucionales será preciso dar preferencia a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso⁴³.

Finalmente, negarle dicha característica implica regresar al Estado Legislativo de derecho en el cual la Constitución no vinculaba a los poderes públicos. En tal sentido, en la medida en que los preceptos constitucionales o las normas de rango constitucional sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligatoria. La supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes y la eficacia o aplicación directa de la Constitución se encuentra recogida en los artículos 51º y 138º de la Carta Política.

⁴² Citado por Luis Castillo Córdova, *op. cit.*, pág. 201.

⁴³ Hesse, Konrad: “La interpretación de la

Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1992, p. 48.

Si el Convenio 169 tiene rango constitucional constituye una verdadera norma jurídica y, en consecuencia, es de aplicabilidad inmediata y representa un criterio de validez de cualquier procedimiento establecido legislativa y reglamentariamente. En otras palabras, no necesita de la intermediación legislativa para surtir sus efectos normativos y para constituir en límite material de la facultad legislativa del Congreso, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional (STC N° 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, acumulados f.j. 34).

Como se puede advertir, el que no exista una ley de desarrollo del derecho a la consulta no impide la vigencia de este derecho. La fuerza vinculante del artículo 6° del Convenio es tal que, en caso se encontrase ante un vacío normativo o una deficiente reglamentación en sede interna, es el juez el llamado a suplir las lagunas o las deficiencias normativas a través de una adecuada interpretación constitucional de todo el material normativo, y hacer lo necesario para garantizar el derecho a la consulta, que, como ya se ha visto, tiene rango constitucional. Como señaló el Tribunal Constitucional “A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo” (Exp. N° 1230-2002-HC/TC, f.j. 4; exp. N° 2488-2002-HC/TC, f.j. 22).

Esto resulta aun más evidente si se tiene en cuenta que el derecho a la consulta está conectado con otros derechos fundamentales, y que su ejercicio permite proteger y tutelar otros derechos básicos.

¿Qué otros derechos de los pueblos indígenas han sido violados con la publicación de los decretos legislativos?

El derecho a la participación política y el principio democrático como fundamento del derecho a la participación política

El derecho a la consulta no es un derecho aislado, ni uno más del cuadro de derechos reconocidos en la Constitución: es un derecho de especial importancia, pues permite concretar el derecho fundamental a la participación política. En otras palabras, la consulta es una forma de ejercer el derecho a la participación.

El Convenio 169 es muy claro al reconocer el derecho a la participación de los miembros de los pueblos indígenas.

El derecho a la consulta concreta el derecho a la libre determinación (autodeterminación) de los pueblos indígenas

De igual manera, el derecho a la consulta es una herramienta con la que cuentan los miembros de los pueblos indígenas para ejercer su derecho a la libre determinación o a la autodeterminación. Según el artículo 3.º de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Agrega esta Declaración en el siguiente artículo que:

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

El artículo 7.º (1) del Convenio 169 de la OIT lo ha recogido bajo el derecho de los

pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades. En tal sentido, los autores de este trabajo comparten la tesis de Yrigoyen cuando señala que el derecho a la libre determinación fue consagrado por el Convenio 169 como el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo, bajo el principio de que los pueblos controlan su modo de vida.⁴⁴

Artículo 7.º (1):

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Para Yrigoyen, se trata del derecho de decidir autónomamente o determinar libremente su desarrollo, que implica la:

[...] potestad de los pueblos de organizarse y tomar decisiones que les incumben sin interferencia estatal o de terceros. En todo caso, podrían contar con presupuesto o ayuda estatal o de terceros, pero en ningún caso el Estado o terceros están autorizados a interferir. Éste es el caso de la definición y elección de sus propias autoridades, la definición

de sus prioridades de desarrollo, el establecimiento de programas educativos o de salud, etc.⁴⁵

Este derecho no solo ha sido recogido por el TC: el supremo intérprete de la Constitución en el Perú ha ido más lejos, al señalar que éste es el fundamento del derecho a la consulta. Comienza el TC indicando que el derecho a la autodeterminación no debe ser confundido con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que debe considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43.º y 54.º de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto.⁴⁶

Luego define este derecho, precisando que:

[...] la libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.⁴⁷

En relación con las pretensiones, es oportuno recordar la doctrina del TC y su diferenciación entre la autonomía y la autarquía. Una cosa es reconocer márgenes de libertad en diferentes asuntos y materias en el marco de la Constitución y de las normas

⁴⁴ Yrigoyen Fajardo, Raquel: *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: Fundamentos, balance y retos para su implementación*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS), 2009, pp. 10 y 11.

⁴⁵ Yrigoyen (*op. cit.*) también encuentra en el artículo 7.1 la cobertura normativa del derecho a la libre determinación.

⁴⁶ Sentencia 03343-2007-PA/TC, fj. 32.

⁴⁷ *Ibidem*.

legales, y otra incurrir en autarquía incompatible con el Estado Constitucional de Derecho. Dice sobre el particular el pronunciamiento del TC:

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, aunque la autonomía concedida a los gobiernos municipales les permite desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos), la misma no supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias, pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél.⁴⁸

El otro tema es la necesidad de respetar la unidad del Estado. Todos los ciudadanos —ya sea que pertenezcan a instituciones públicas o privadas— están obligados a respetar el principio de unidad del Estado o el carácter unitario del Estado, fundamento del Estado Constitucional de Derecho. Como señala el TC:

El carácter descentralizado del Estado peruano, por otro lado, no es incompatible con la configuración de Estado unitario, desde el momento que si bien ella supone el establecimiento de órganos de poder territorialmente delimitados, a los cuales se les dota de autonomía política, económica y administrativa,

sin embargo, su ejercicio debe realizarse dentro de lo previsto por la Constitución y las leyes marco que regulan el reparto competencial de los gobiernos regionales y municipales.⁴⁹

Agrega el TC que:

Si bien el gobierno del Perú es descentralizado, su Estado es uno e indivisible (artículo 43.º de la Constitución), motivo por el cual ninguna política descentralizadora puede soportar decisiones gubernativas incompatibles o asistemáticas. Por el contrario, el proceso de descentralización debe ser concebido como el sistema más eficiente para asegurar el desarrollo integral del país.⁵⁰

Finalmente, la libre determinación de los pueblos indígenas también ha sido objeto de pronunciamiento de la Corte IDH. Este alto tribunal ha señalado, en su sentencia del 28 de noviembre del 2007, referida al Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam:

95. El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que *determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico*, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los

⁴⁸ Sentencia 007-2001-AI/TC, fj. 6.

⁴⁹ Sentencia 00020-2005-AI/TC, fj. 39.

⁵⁰ Sentencia 00020-2005-AI/TC, fj. 45.

artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria (énfasis nuestro).

El derecho a la consulta como herramienta mediante la cual el Estado cumple con su obligación de proteger el derecho a la identidad cultural

El ejercicio del derecho a la consulta puede ser una herramienta mediante la cual el Estado cumple con su obligación no solo de reconocer sino también de proteger el derecho a la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas, campesinas y nativas, cuando son procesados ante la justicia ordinaria, tal como lo exige el artículo 2.º, inciso 19, de la Constitución: “Artículo 2.º: Toda persona tiene derecho: [...] 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”.

Este derecho ha sido desarrollado por las jurisprudencias del TC y de la Corte IDH. En relación con el máximo órgano de control de la constitucionalidad en el Perú, hay que decir que el derecho a la identidad cultural no ha sido ajeno a su jurisprudencia. Éste ha merecido un desarrollo constitucional interesante —aun cuando todavía insuficiente— de las normas constitucionales referidas a los derechos culturales. No se trata de una interpretación más, sino de aquella realizada por el supremo y definitivo intérprete de la Constitución, de conformidad con el artículo 1.º de su Ley Orgánica.

El derecho a la consulta como un medio para defender el derecho a la tierra y al territorio

Dado que el derecho a la consulta surge fun-

damentalmente para conocer la opinión de los miembros de los pueblos indígenas en relación con actividades mineras o de hidrocarburos que se realizan en sus territorios (lo que se demuestra en el Perú con el hecho de que los mecanismos de consulta reglamentados solo están referidos a esos propósitos, tal como se verá más adelante), tiene sentido analizar aquí el derecho a la tierra y al territorio.

Se trata de un derecho fundamental para los pueblos indígenas; tanto, que el Convenio 169 de la OIT destina varias normas para referirse a él:

Artículo 14.º (1):

Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

Artículo 17.º (1):

Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

Artículo 14.º (2):

Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

Artículo 14.º (3):

Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 17.º (3):

Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18.º:

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas también ha precisado cómo entiende el derecho a la tierra en su artículo 26.º:

Artículo 26.º:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección

jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Por otro lado, el TC ha reconocido la especial relación que se establece y se desarrolla entre los pueblos indígenas y sus tierras. Este tema es muy importante para comprender el derecho a la consulta, sobre todo cuando extraños o ajenos a la comunidad intentan disponer de sus tierras, muchas veces con la anuencia del Estado. Así, el TC precisa que:

[...] la relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos; en consecuencia, el artículo 13 del Convenio 169 establece que el término tierras, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de 'territorio', ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial.⁵¹

Agrega que "se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra".⁵²

Esta relación especial y este significado que la tierra tiene para los pueblos indígenas ya había sido reconocido con anterioridad por el propio TC:

Artículo 13.º (1):

Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna

⁵¹ Sentencia 03343-2007-PA/TC, fj. 32.

⁵² Sentencia 03343-2007-PA/TC, fj. 32.

u otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Artículo 13.º (2):

La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera.

Por otro lado, han sido reiterados los pronunciamientos de la Corte IDH en relación con este derecho de los pueblos indígenas.⁵³ En la ya citada sentencia correspondiente al Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, este alto tribunal precisó que:

91. En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, les asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

[...]

95. El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de

exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.

96. Aplicando el criterio mencionado en el presente caso, la Corte, por lo tanto, concluye que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio.

⁵³ Así, por ejemplo, en la sentencia del Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, del 31 de agosto del 2001, párr. 149; sentencia del Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, del 17 de junio del 2005, párr.

131, 135, 136, 137; sentencia del Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, del 29 de marzo del 2006, párr. 1, 117, 118, 119, 120, 121 y 154.

¿Cuál es la diferencia entre el derecho a la participación, a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado?

Un cuadro muy interesante, que permite diferenciar el derecho a la participación, el derecho a la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado, es el realizado por Raquel Yrigoyen⁵⁴:

	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
Concepto	Por este derecho los pueblos intervienen en todas las fases del ciclo de elaboración, aplicación o evaluación de planes, políticas y programas de desarrollo nacionales o regionales que les puedan afectar.	Por este derecho el Estado está obligado a implementar procesos de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles.	Por este derecho, el Estado no sólo está obligado a hacer una consulta o garantizar la participación indígena en caso de políticas, planes, programas o medidas, sino que, dado el derecho en juego (existencia, integridad), no puede adoptar una decisión sin el expreso consentimiento de los pueblos.
Objetivo	El objetivo es que a través de la participación se asegure que en las políticas, programas o proyectos a adoptarse por el Estado, estén plasmadas las prioridades de desarrollo de pueblos, que los proyectos prioricen el mejoramiento de la vida de los pueblos, y que no se afecte su integridad.	El objetivo es obtener el consentimiento del PI o llegar a un acuerdo. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si no se llega a un acuerdo, el Estado puede tomar la decisión y debe motivar su acto. Aunque no llegue a acuerdo, Estado debe asegurar mejoramiento de PI, beneficios, y no afectar integridad.	El objetivo es garantizar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas que puedan verse afectados por una política, un proyecto o una actividad. Ejem.: en caso de: traslados territoriales (Convenio 169, art. 16), actividades militares (Declaración) megaproyectos que puedan afectar la integridad de pueblos (Sentencia CIDH: Sarayaku vs. Surinam, 2007).
¿Cómo?	La participación o intervención de PI puede ser: - en forma de cupos permanentes (ejem. en entidades electivas como el Congreso, o administrativas, -mediante representantes permanentes), o -de modo puntual cuando el Estado va a adoptar ciertas políticas.	La consulta se hará por el Estado a través de las organizaciones representativas de PI, de buena fe, brindando información previa y suficiente, mediante procedimientos adecuados (en los idiomas que comprendan los PI). No hay buena fe si el Estado ya tiene una decisión adoptada antes del proceso de consulta.	Al emprender un proceso de participación (en caso de políticas, programas o proyectos) o de consulta (en caso de medidas concretas), el Estado, por la materia en cuestión -actividades que puedan afectar derechos fundamentales de pueblos-, debe informar con anticipación de beneficios y riesgos, y pedir expresamente su consentimiento libre. Sin consentimiento, el Estado no puede adoptar acto o medida.

⁵⁴ Yrigoyen Fajardo, Raquel: *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento*:

Fundamentos, balance y retos para su implementación. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS), 2009, pp. 29-31.

	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
¿Ante qué casos o materias?	Elaboración, aplicación o evaluación de planes, políticas y programas de desarrollo nacionales o regionales.	Adopción de medidas administrativas o legislativas.	Dependiendo del derecho en juego, es una garantía adicional a la participación y consulta en caso de proyectos, políticas o medidas concretas que puedan afectar la existencia o integridad de los pueblos (como traslados).
¿Cuándo?	Antes, durante y después de la adopción de planes, políticas y programas susceptibles de afectar a pueblos indígenas.	Antes de que Estado adopte medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar a los pueblos.	Antes de adoptar medidas o proyectos que puedan afectar derechos fundamentales de los pueblos relativos a su existencia o integridad biológica o cultural (modo de vida de acuerdo a su propia cultura y costumbres).
¿Quién decide?	Estado y pueblos indígenas.	Estado.	Estado, pero sólo con consentimiento de pueblos.
Papel del Estado	<p><u>Procesal:</u> Genera condiciones para que las autoridades estatales y los pueblos indígenas adopten conjuntamente políticas, planes, programas. Co-decide con pueblos.</p> <p><u>Sustantivo:</u> -Asegura respeto de prioridades de desarrollo de los pueblos. -El mejoramiento de la vida de pueblos. -No afectar su integridad.</p>	Consulta, busca consentimiento o acuerdo y adopta medida, motivando su acto. -Si se llega a acuerdo, el Estado queda vinculada al mismo. -Si no llega a acuerdo, el Estado tiene la atribución de decidir. -Però siempre debe: En lo procesal, justificar su acto y explicar cómo ha considerado lo que dicen los pueblos. Y en lo sustantivo, asegurar las prioridades de desarrollo de los PI, beneficios (no sólo indemnizaciones), y no afectar integridad de PI.	En los casos que se exige este requisito, el Estado sólo puede tomar la decisión en caso que logre el consentimiento de pueblos. No puede adoptar una decisión sin tal consentimiento o sin un procedimiento legal que lo autorice. (Ej. en Traslado territorial, megaproyecto, etc). -El consentimiento no exige al Estado de buscar el desarrollo y mejoramiento de pueblo, ni autoriza al Estado a vulnerar la vida o integridad. Se requiere el consentimiento porque hay un riesgo potencial. Si hubiera seguridad de que el acto va a afectar o extinguir a un pueblo, el Estado no puede adoptar tal acto o medida ni con el consentimiento del PI.
En todos los casos, el Estado debe	1. Informar de modo previo y completo. 2. Actuar de buena fe (supone que el Estado decidirá luego del resultado de estos procesos y considerando lo que digan los PI. Si ya tiene una decisión tomada, ej. una licitación ya concedida, no hay buena fe). 3. Tratar con representantes de los pueblos (no con individuos). 4. Motivar su acto, explicando cómo ha llevado a cabo el proceso y cómo ha considerado lo que dicen los pueblos. 5. Garantizar (decida lo que decida) que, en lo sustantivo, a) la medida respeta al máximo posible las prioridades de desarrollo de los pueblos; b) el proyecto prioriza el mejoramiento de los pueblos, y c) la medida o proyecto en ningún caso afecta existencia o integridad física o cultural de los pueblos, y toma medidas para minimizar riesgos.		

	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
Papel del pueblo indígena	Participa en la adopción de la decisión conjuntamente con el Estado. Co-decide al ser parte de instancias electivas o representativas, o mediante representación puntual para casos específicos.	Participa en el proceso de consulta. Puede dar su consentimiento o, si no, entrar en una negociación para llegar a un acuerdo que le convenga. Valora y negocia beneficios o ganancias, e indemnizaciones. Puede no llegar a un acuerdo y sabe que el Estado decide, pero debiendo considerar sus planteamientos y respetando siempre sus derechos sustantivos. PI No decide. Puede reclamar si Estado vulnera derecho a la consulta u otros derechos afectados.	Tiene derecho a dar o no dar su consentimiento. No decide, pero la decisión del Estado depende de su consentimiento.
Base Legal Convenio 169 (algunos artículos ilustrativos)	Art. 2 Art. 5 Art. 6,1,b) Art. 6,1,c) (hacia autonomía) Art. 7 Art. 8,1 Art. 15,1 Art. 22,2 Art. 22,3 Art. 23 Art. 25 Art. 27 y fortalecer autonomía Art. 33,2	Art. 6,1, a) Art. 6, 2 Art. 15,2 Art. 17,2 Art. 20 (en cooperación) Art. 22,3 Art. 28,1	Art. 4,2 Art. 16,2 Art. 16,4
Declaración ONU (algunos artículos ilustrativos)	Art. 4, 5 Art. 14,3 Art. 18 Art. 22,2 Art. 23 Art. 27 Art. 29,3 Art. 31,2 Art. 37 Art. 41	En consulta y cooperación Art. 15,2; Art. 17,2 Art. 19 Art. 32,2 Art. 36,2 Art. 38	Art. 10 Art. 19 Art. 28,2 Art. 29,2 Art. 30 Art. 32,2

✓

CONCLUSIÓN

Los argumentos desarrollados en este trabajo han demostrado que los decretos legislativos 994, 1081, 1064, 1079, 1089, 1090 y 1085 son inconstitucionales, pues violan el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa y otros derechos conexos.

Esto significa que los referidos decretos legislativos adolecen de un vicio de nulidad sustancial, porque han sido expedidos violando el derecho a la consulta contenido en el artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT, tratado que ostenta rango constitucional. Así lo establece no solo la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, sino también el TC, máximo intérprete de la Carta Magna, como ha señalado en jurisprudencia consolidada y en una sentencia reciente.

La consecuencia es evidente: el derecho a la

consulta contenido en el Convenio 169 de la OIT, al ser una norma de mayor jerarquía que los decretos legislativos, constituye un límite material de la facultad legislativa del Congreso y del Ejecutivo. En otras palabras, los referidos decretos tienen un problema de validez sustancial, de modo que no pueden modificar ni afectar el derecho a la consulta.

Por todo ello, el Congreso está en la obligación de derogar estos decretos, de conformidad con el artículo 102.º, inciso 2, de la Constitución. Si no lo hace, la tarea queda a cargo del TC, a través de un proceso de inconstitucionalidad. En última instancia, estos decretos pueden ser inaplicados por los jueces e incluso por los funcionarios administrativos, a través del control difuso, ya que se trata de normas incompatibles con la Constitución.