



Universidad
Continental

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

**La implementación de la ley de consulta
previa en el Perú respecto a los estándares
internacionales de protección de los
derechos humanos de los pueblos indígenas**

Agueda Ligia Castillo Oscanoa

Huancayo, 2018

Tesis para optar el Título Profesional de
Abogada



Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Obra protegida bajo la licencia de [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)

AGRADECIMIENTOS

Expreso mi más profundo y sincero agradecimiento a todas las personas que con su orientación han contribuido en la realización del presente estudio.

A la Mg. Flaminia Maietti, por su paciente y entusiasta tutoría académica, quien desde el momento que le comenté la propuesta de tesis tuvo la gentileza de brindarme generosamente su valioso tiempo y apoyo.

Al Mg. David Anglas, quien se convirtió en mi mano derecha y pieza fundamental en la realización de la presente investigación, guiándome en este complicado proceso con sus relevantes aportes, críticas, comentarios y sugerencias.

Al Mg. Oscar Rojas de la Torre, amigo y maestro, quien con su sabiduría, ejemplo, actitud, personalidad y carisma; me estimula a seguir amando y valorando las tradiciones - costumbres de nuestros pueblos y a partir de estas realizar acciones para su protección y defensa.

A mis amados padres Mery y Alejandro, pilares que dan fundamento a mi formación académica y humana. Por su incondicional amor y apoyo sostenido a través del tiempo.

A mis hermanas Yasmina y Sally, quienes con su ejemplo, amor, paciencia y entrega me alientan a seguir cumpliendo mis metas y objetivos.

DEDICATORIA

A mis amados padres Mery y Alejandro

ASESORA:

Mg. Flaminia Maietti

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PORTADA	
AGRADECIMIENTOS	ii
DEDICATORIA	iii
ASESORA	iv
ÍNDICE	v
LISTA DE TABLAS	ix
LISTA DE FIGURAS	x
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xiv
INTRODUCCIÓN	xvi
CAPÍTULO I	19
PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO	19
1.1. Planteamiento del problema	19
1.2. Formulación del problema	22
1.2.1. Problema general	22
1.2.2. Problemas específicos	22
1.3. Objetivos	23
1.3.1. Objetivo general	23
1.3.2. Objetivos específicos	23
1.4. Justificación e importancia	23
1.5. Hipótesis	25
1.6. Variables	25
1.6.1. Definición conceptual de la variable.	25
1.6.2. Definición operacional de la variable	26
1.7. Delimitación	27
1.8. Limitaciones	27
CAPÍTULO II	28
MARCO TEÓRICO	28
2.1. Antecedentes del problema	28
2.1.1. Antecedentes nacionales	28
2.1.2. Antecedentes internacionales	34
2.2. Bases teóricas	37
2.2.1. La consulta previa en el Perú	37
2.2.1.1. ¿Qué es la consulta previa?	37
2.2.1.2. Marco normativo nacional sobre consulta previa	40
2.2.1.2.1. Antecedentes de la consulta previa en el Perú	40

2.2.1.3.	Principios que guían el derecho a la consulta previa	46
2.2.1.4.	¿Cuál es la finalidad/objeto de la consulta previa?	47
2.2.1.5.	¿Quién consulta?	49
2.2.1.6.	¿A quién se consulta?	51
2.2.1.7.	Criterios de identificación de pueblos indígenas u originarios	52
2.2.1.7.1.	Comunidades campesinas y nativas	54
2.2.1.8.	¿Quiénes son los actores del proceso de consulta previa?	55
2.2.1.9.	¿Cuáles son las etapas del proceso de consulta previa?	58
2.2.1.9.1.	Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.	59
a)	Medida	60
b)	Afectación directa	60
2.2.1.9.2.	Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.	60
2.2.1.9.3.	Publicidad de la medida legislativa o administrativa.	61
2.2.1.9.4.	Información sobre la medida legislativa o administrativa.	61
2.2.1.9.5.	Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.	61
2.2.1.9.6.	Proceso de diálogo entre representantes del estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.	62
2.2.1.9.7.	Decisión	62
2.2.1.10.	¿Quién se beneficia de la consulta previa?	63
2.2.1.11.	Posición del tribunal constitucional	63
2.2.1.11.1.	Jurisprudencia	63
a)	Tc 03343-2007-pa	63
b)	Sentencia 00022-2009-pi/tc	66
c)	Sentencia 05427-2009-pc/tc	68
d)	Sentencia 00023-2009-pi/tc	70
e)	Sentencia 00025-2009-pi/tc	71
f)	Sentencia 00027-2009-pi/tc	72
2.2.1.12.	Experiencias de procesos de consulta previa en el Perú	73
2.2.1.13.	Derechos colectivos de los pueblos indígenas	82
2.2.2.	La consulta previa en el derecho internacional	88
2.2.2.1.	Estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas	88
2.2.2.1.1.	Estándares internacionales	88
2.2.2.1.2.	¿Dónde podemos encontrar los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas?	88

2.2.2.1.3. Jerarquía de los tratados de derechos humanos en materia indígena en el ordenamiento interno	89
a) Con respecto a la jerarquía del convenio 169 de la oit:	89
b) Con respecto a la declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (dundpi):	90
c) Con respecto a la declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.	91
2.2.2.1.4. ¿Cuáles son los estándares internacionales en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas?	92
2.2.2.2. Mecanismo legales de los pueblos indígenas en el marco internacional	98
2.2.2.2.1. Convenio 169 de la organización internacional del trabajo	99
2.2.2.2.2. Declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	100
2.2.2.2.3. Declaración americana sobre derechos de los pueblos indígenas.	102
2.2.2.3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	103
2.2.2.4. Jurisprudencia internacional	105
□ Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua	105
□ Caso Mary y Carrie Dann Vs. Estados Unidos	106
□ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua	106
□ Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam	107
□ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay	107
□ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay	108
□ Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam	109
□ Caso Chitay Nech Vs. Guatemala	110
□ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua	111
□ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador	112
□ Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá	113
2.3. Definición de términos básicos	114
2.3.1. Acta de consulta	114
2.3.2. Afectación directa	114
2.3.3. Ámbito geográfico	114
2.3.4. Aspectos generales	115
2.3.5. Base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios	115
2.3.6. Buena fe	115
2.3.7. Comisión interamericana de derechos humanos	115
2.3.8. Consulta previa en el Perú	116

2.3.9.	Convenio 169 de la organización internacional de trabajo	116
2.3.10.	Corte interamericano de derechos humanos	116
2.3.11.	Declaración americana sobre derechos de los pueblos indígenas	116
2.3.12.	Declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	116
2.3.13.	Derechos colectivos	117
2.3.14.	Enfoque intercultural	117
2.3.15.	Entidad promotora	117
2.3.16.	Estándares internacionales de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas	117
2.3.17.	Institución u organización representativa de los pueblos indígenas	118
2.3.18.	Medidas administrativas	118
2.3.19.	Medidas legislativas	118
2.3.20.	Objeto de la ley	118
2.3.21.	Organización de estados americanos	118
2.3.22.	Organización de naciones unidas	119
2.3.23.	Plan de consulta	119
2.3.24.	Pueblo indígena u originario	119
	CAPITULO III	120
	METODOLOGÍA	120
3.1.	Métodos y alcances de la investigación	120
3.1.1.	Método de investigación	120
3.2.	Diseño de investigación	121
3.3.	Población y muestra	122
3.4.	Técnicas e instrumentos de recolección y procesamiento de datos	123
3.4.1.	Técnicas de recolección de datos	123
	CAPÍTULO IV	124
	RESULTADOS Y DISCUSION	124
4.1.	Resultados del tratamiento y análisis de la información	124
4.2.	Discusión de resultados	150
	Conclusiones	154
	Recomendaciones	157
	Anexos	165

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Proceso de Consulta Previa en el Perú.....	74
Tabla 2. Situación de las ratificaciones de los Convenios núm. 107 y núm. 169 de la OIT, 2014.....	100
Tabla 3. Datos Generales de normas utilizadas.....	125
Tabla 4. Artículos correspondientes al Título I - Aspectos Generales de la Ley de Consulta Previa con la normatividad internacional.....	126
Tabla 5. Artículos correspondientes al Título II – Pueblos Indígenas u Originarios a ser consultados con la normatividad internacional	134
Tabla 6. Artículos correspondientes al Título III – Etapas del proceso de consulta con la normatividad internacional	137
Tabla 7. Artículos correspondientes al Título IV – Obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta con la normatividad internacional	142
Tabla 8. Artículos correspondientes a disposiciones complementarias finales con la normatividad internacional.....	147

LISTA DE FIGURAS

Figura 01.	Viceministerio de Interculturalidad.....	57
Figura 02.	Resultados de los Procesos de Consulta	82
Figura 03.	Derechos Colectivos.....	87
Figura 04.	Marco Jurídico Internacional relativo a los Pueblos Indígenas.....	93
Figura 05.	Mecanismos Internacionales que abordan de forma específica los Pueblos Indígenas y sus derechos	95
Figura 06.	Documentos que orientan las prácticas de desarrollo con los Pueblos Indígenas	95
Figura 07.	Otros Instrumentos normativos importante que reconocen los Derechos Humanos para todas las personas	97
Figura 08.	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	105

RESUMEN

La presente investigación tiene como finalidad conocer de qué manera la ley de consulta previa en el Perú cumple con los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas durante el periodo 2017. Los objetivos a alcanzar fueron: (i) Analizar las definiciones de consulta previa en el Perú, (ii) Identificar los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas, (iii) Analizar los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas, (iv) Analizar el proceso de implementación de consulta previa en el Perú y (v) Identificar la relación entre la ley de consulta previa y los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas. La metodología general empleada en la elaboración de la presente investigación fue siguiendo el método científico como método general y el método descriptivo como método específico. La población está conformado por normatividad internacional y nacional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios y la muestra está conformada por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas; debido a la extensa cantidad de mecanismo legales a nivel internacional en materia indígena. La técnica e instrumento empleado para la recolección de datos fue la lista de cotejo y para el procesamiento de datos se empleó tablas estadísticas y análisis normativo. Las conclusiones a las que se arribaron fueron las siguientes: Primera, a partir del análisis de la Ley de Consulta Previa en el Perú y de la adopción de estándares internacionales, se verifica que no se recogieron todos los criterios que se consideran esenciales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, como por ejemplo no reconocer otra fuente de derecho más que el Convenio 169 de la OIT, considerar que solo deben proceder procesos de consulta previa cuando exista evidencia de afectaciones directas, debiendo incluir todo tipo de afectación de los derechos de los pueblos indígenas, carecer de contenido en el cual especifique que el ejercicio del derecho a la consulta previa del cual los pueblos indígenas son titulares no restringe o limita de disfrutar de los derechos humanos de los cuales gozamos todas las personas, no proteger todos los derechos de los cuales los pueblos indígenas son titulares, exigir más criterios de identificación a los pueblos indígenas para ser considerados como titulares del derecho a la consulta como demostrar vínculos históricos con el territorio que tradicionalmente se ocupa, limitar la denominación indígena solo a los descendientes

“directos” y a quienes conserven “todos” sus elementos culturales, no dejar claro cuál es el rol del Viceministerio de Interculturalidad pues por un lado omiten opiniones de oficio o pedido cuando la entidad promotora de desentienda de la realización del proceso de consulta y por el otro que ante la negativa de la entidad promotora de realizar el proceso de consulta los pueblos pueden impugnar tal acto ante el Viceministerio de Interculturalidad, finalmente la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios en la práctica resulta ser constitutiva de derechos; por lo tanto no se otorga a los pueblos, actores principales del proceso de consulta previa, la seguridad y garantía en el cumplimiento de sus derechos. Segunda, respecto a los criterios que si fueron recogidos en la Ley de Consulta Previa, algunos si reflejan el verdadero espíritu de protección de parte de los mecanismos internacionales en favor de los pueblos indígenas, otros por el contrario cambiaron de sentido y fueron incluidos criterios que contravienen estándares internacionales, así tenemos, considerar la lengua (institución social y cultural de todo pueblo) y las tierras comunales (existencia de conexión territorial) como criterios fundamentales para identificar a un pueblo indígena para ser reconocidos como titulares del derecho a la Consulta Previa. Tercera, el desarrollo de la Ley de Consulta Previa, se encuentra fundamentalmente en instrumentos normativos en el ámbito internacional, los cuales protegen derechos colectivos que a la vez son derechos humanos de tercera categoría, en forma especial se puede mencionar al Convenio 169 de la OIT y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena, como en los casos: Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, entre otros. Cuarta, el Estado Peruano, al haber ratificado tratados internacionales de protección de derechos humanos de pueblos indígenas, tiene la obligación de garantizar la protección de todos sus derechos, de no hacerlo incurriría en responsabilidad por la violación de derechos humanos ante toda la comunidad internacional; responsabilidad que no configura una sanción de tipo penal, pues al tratarse de Derechos Humanos, no cabe dicha posibilidad. Sin embargo, se comprometería la imagen del estado peruano, se evidenciaría un rol negligente, una acción defectuosa, inexistente u omisa por parte del estado cuando se originen determinados hechos que comprometan derechos de los pueblos indígenas y finalmente se contravendría uno de los principios fundamentales de esta materia, el “Principio Pro Homine”. Es menester señalar que cada cuatro años el estado peruano pasa por una evaluación periódico universal del Consejo de Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas y por el control de los órganos de la OIT que se encargan de la implementación de los convenios: Comisión de Expertos en Aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR) y la Comisión

de Aplicación de normas (CAN) de la Conferencia Internacional de Trabajo. Quinta, el Convenio 169 de la OIT en el Perú, se encuentra vigente desde 1995, por lo tanto es exigible en vía judicial mediante un proceso de amparo, el cual debe ser interpuesto por la persona afectada a través de un representante procesal u en su defecto puede presentar la demanda la Defensoría del Pueblo en el ejercicio de sus funciones ante un Juzgado Civil o Mixto, dependiendo de la sentencia de primera instancia declarando fundada o infundada la acción, se interpone recurso de apelación ante una instancia superior para finalmente poder llegar el Tribunal Constitucional; de manera que se anulen todas aquellas medidas que fueran adoptadas antes de la dación de la Ley de Consulta Previa en el Perú. Sexta, el Derecho a la Consulta Previa, es uno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos en el marco internacional y en la norma doméstica, el cual se fundamenta en la participación activa de los pueblos indígenas antes de la aprobación de medidas legislativas y administrativas que afecten sus derechos como el derecho a la libre determinación o autonomía, derecho a la identidad cultural, derecho a la participación, derecho a decidir y/o elegir sus prioridades de desarrollo, derecho a conservar sus costumbres, derecho a la jurisdicción especial, derecho a la tierra y al territorio, derecho a los recursos naturales, derecho a la salud intercultural, derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma.

ABSTRACT

This research aims to investigate how the domestic “Ley de Consulta Previa” (Prior Consultation Law) in Peru fulfills international standards of Human Rights protection of Indigenous People in 2017. Main outcomes to achieve were: (i) Analyze the definition of Prior Consultation in Peru, (ii) Identify international standards in terms of protection of Indigenous Peoples` human rights; (iii) Analyze the international standards of protection of Indigenous Peoples` Human Rights, (iv) Analyze the process of Prior Consultation’s implementation in Peru and (v) Identify the relation between the domestic Prior Consultation Law and the international standards of protection of Indigenous Peoples’ Human Rights. In the elaboration of this research work we have used the scientific method as general methodology and the descriptive method as specific methodology. The population consists of the international and national legal framework related to the right to prior consultation of Indigenous and Native Peoples and the sample consists of the Convention n. 169 of the International Labour Organization (ILO), the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples; due to the vast amount of legal instruments at international level on Indigenous issues we have selected only the above-mentioned ones. The checklist has been used as technique and instrument to gather data for the research and statistic tables and legal analysis have been used to process the data. The research work has achieved the following conclusions: First, from the analysis of the Prior Consultation Law” in Peru and the International Standards, we have understood that all the essential criteria for the protection of Indigenous Peoples’ Rights have not been considered in the domestic law, therefore it does not give any security and guarantees to the Indigenous Peoples. For instance we can mention that the ILO Convention n. 169 is the only law binding instrument recognised, the prior consultation proceedings can be opened only in presence of direct evidence of violation, even if they must include all violations of indigenous peoples rights, the lack of a specific explanation on the idea that fulfilling the right to prior consultation for indigenous people should not limit the access to all the human rights to which every human being is entitled, the requirement of more identification criteria for indigenous peoples to be considered entitled to prior consultation right, such as demonstrating historic connections with the land where they traditionally live, to limit the indigenous denomination only to “direct” descendants and to those who preserve “all” their cultural elements, do not clarify what is the role of the “Viceministerio de Interculturalidad”, considering that on one hand they bypass ex-

officio or requested opinions in case of insolvency of the promoting institution and on the other hand due to the promoting institution's refusal to take care of the prior consultation Indigenous people can contest it before the "Viceministerio de Interculturalidad", finally the official database of Indigenous and native people creates rights, therefore we can deduce that Indigenous and native peoples' rights are not secured and guaranteed.

Second, regarding the criteria included in the Prior Consultation Law, some of them reflect the true spirit of the protection as stated in the international mechanisms protecting indigenous people, other criteria changed their meaning and other criteria that contravene international standards have also been included. So we have the following: to consider the language (social and cultural institution of all the people) and the communal lands (existence of territorial connections) as fundamental principles to identify an indigenous people as entitled to the prior consultation right. Third, the development of the Prior Consultation Law could be found in international legal instruments, which guarantee collective rights that are also known as third generation human rights. It is noteworthy to recall the ILO Convention n. 169 and the Inter-American Court of Human Rights' jurisprudence on indigenous issues: Case Pueblo de Saramaka vs. Surinam and Case Kichwa Indigenous People vs. Ecuador, among others.

Fourth, Peru ratified the international treaties related to the protection of Human Rights of Indigenous Peoples, therefore has a legal international obligation to guarantee the protection of Indigenous Peoples Rights. If Peru does not fulfill these obligations, it will be found responsible for Human Rights violations. Responsibility that will not directly generate a criminal sanction for the State, due to the sovereignty principle. However, the image of the Peruvian State in the international arena would be compromised, and the State would be guilty of negligence, faulty, silent or non-existent action when it has negative effects on indigenous peoples' rights and finally there will be a violation of one of the essential principle of the International Human Rights Law: the "Pro-homine" principle. It is noteworthy that every four years Peru goes through the Universal Periodic Review of the United Nations Human Rights Council and is also monitored by the ILO's bodies in charge of supervising the implementation of the conventions: the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) and the Conference Committee on the Application of Standards. Fifth, the ILO Convention n. 169 entered into force in Peru in 1995, thus it is possible to bring it and claim its implementation before a Court though an "amparo" proceeding, which must be filed by the victim through an attorney ad litem or by the Peruvian Ombudsman (Defensoría del

Pueblo) before a Civil or Mixed Court, after the first instance decision it is possible to lodge an appeal to a superior instance before finally reaching the Constitutional Court; so that all the measures adopted before the entry into force of the Peruvian Prior Consultation Law would be nullified.

Sixth, the Right to Prior Consultation is a collective right of Indigenous Peoples recognized in the international legal framework and in the domestic law, which is based in the active participation of Indigenous Peoples before the approval of legislative and administrative measures that can affect their rights, such as the right to self-determination or autonomy, the right to cultural identity, the right to participation, the right to decide and/or to choose their development priorities, the right to preserve their customs, the right to special jurisdiction, the right to land and territory, the right to natural resources, the right to intercultural health, the right to intercultural education and the right to language.

INTRODUCCIÓN

La implementación de la Consulta Previa en el Perú constituye hasta la fecha unos de los retos más difíciles para la sociedad y la administración pública, quien es la encargada de realizarla. El marco legal del derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas presupone el reconocimiento y valoración del conjunto de sus derechos.

La presente investigación analiza las normas internas existentes en el Perú en materia indígena: Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios “Ley 29785” y su respectivo reglamento, a partir de la adopción de Estándares Internacionales, para saber si se han tomado en cuenta criterios establecidos en dichos cuerpos normativos, con la única finalidad de otorgar a los pueblos, actores principales del proceso de consulta previa, la seguridad y garantía en el cumplimiento de sus derechos, así como respetar los acuerdos que se tomen al finalizar los procesos, contribuyendo en su empoderamiento para el uso y disfrute pleno de sus derechos, mejorando su calidad de vida y sentir el respaldo del Estado. Es vital lograr el enlazamiento entre los derechos de los pueblos indígenas a través de la consulta previa con el marco internacional. El respeto y el cumplimiento de la consulta previa es una de las principales exigencias de todos los pueblos.

El objetivo primordial de la investigación es identificar la relación entre la ley de consulta previa y los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas.

En el desarrollo de la investigación, se tomaron en cuenta como antecedentes las siguientes investigaciones en el ámbito nacional: “La Ley de Consulta Previa N° 29785 y el derechos de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida” Chuquiruna (2014), “Marco normativo e internacional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios y su aplicabilidad” Quispe (2016), “El Proyecto Conga desde los Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” Blanco (2013) y “Encuentro y desencuentros de discursos sobre la consulta previa a pueblos indígenas: experiencias a partir de su implementación” Vega (2015); y con respecto al ámbito internacional “La consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del convenio 169 de la OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los pastos que habitan en el departamento de Nariño” Perdomo (2011), “Consulta Previa a pueblos indígenas

y tribales: Análisis y propuestas de legislación” Vega (2012) y “La ley de Consulta Previa en el Perú y su reglamento” Herrera (2014).

La presente investigación ha sido estructurada en 4 capítulos los cuales se dividen de la siguiente manera:

En el primer capítulo se expone el planteamiento y la formulación del problema, los objetivos, la justificación e importancia de la investigación, las variables, las delimitaciones y las limitaciones de la investigación.

En el segundo capítulo se expone el marco teórico, los antecedentes de la investigación, las bases teóricas respecto a la Consulta Previa en el Perú y la Consulta Previa en el Derecho Internacional, finalmente la definición de términos básicos que fundamentan la investigación.

En el tercer capítulo se presenta la metodología de la investigación, tipo y diseño de investigación, población - muestra y análisis de datos.

En el cuarto capítulo se presenta los resultados de la investigación, discusión de los resultados, las conclusiones, las recomendaciones y finalmente se presenta las referencias bibliográficas.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. Planteamiento del problema

La puesta en marcha de la consulta previa ha originado un clima de incertidumbre y desconfianza por parte de las poblaciones indígenas en el Perú; esto debido al desconocimiento si realmente la norma recogió los criterios que protegen y preservan los derechos colectivos señalados en mecanismos legales de protección de derechos humanos en materia indígena a nivel internacional, originados desde la intensificación de las actividades extractivas en el territorio y sobre todo en la internacionalización de los derechos colectivos, también conocidos como derechos de tercera generación.

Desde un punto de vista internacional, existen muchos mecanismos que protegen y velan por el respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, tratando de cambiar la visión de considerarlos como personas que obstaculizan decisiones estatales, por personas sujetas de derechos a las cuales se les debe permitir y garantizar vivir en sus tierras ancestrales y ser parte en la toma de decisiones en toda medida legislativa o administrativa que les afecte directamente; hablamos de estándares internacionales desde los instrumentos jurídicos desarrollados en el Sistema de las Naciones Unidas como la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948 en París y aprobado por el Perú con resolución legislativa N° 13282 del 9 de diciembre de 1959, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo OIT sobre pueblos indígenas y tribales adoptado el 27

de junio de 1989 en Ginebra y ratificado por el Perú mediante resolución legislativa N° 26253 el 26 de noviembre de 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada el 13 de setiembre del 2007 en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas, suscrita por el Estado Peruano, las Directrices sobre Pueblos Indígenas presentada en febrero del 2008 y elaborado por un grupo de trabajo interinstitucional, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 y entrada en vigor el 4 de enero de 1969 de conformidad con el artículo 19 del mismo cuerpo normativo, que Perú firmó el 22 de julio de 1966 y ratificó el 29 de setiembre de 1971, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) ambos adoptados el 16 de diciembre de 1966 y entrados en vigor el 23 de marzo de 1976, que Perú ratificó el 28 de abril de 1978 respectivamente mediante decreto legislativo N° 22128 y 22129. Por otro lado se tiene a Estándares Internacionales que se han desarrollado en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que hace referencia a la Organización de los Estado Americanos, cómo la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, que fue aprobada en 1948 en la ciudad de Bogotá la misma que dispuso la creación de la OEA, fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipando la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Posteriormente en 1969 se suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica o CADH, que entró en vigor en 1978 y que estableció el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (Wikipedia, 2017). El Perú ratificó el Pacto de San José el 27 de julio de 1977 mediante decreto legislativo N° 22231. Finalmente podemos mencionar a la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada el 14 de junio de 2016 y la Declaración de Atitlán del 19 de abril del 2002. A la luz de este marco normativo internacional la presente investigación se enfoca en los instrumentos que consideramos más relevantes: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas.

A partir de la existencia de estas normas internacionales, en América Latina

solo seis países de los quince con presencia de pueblos indígenas (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Panamá y Perú) , han adoptado mecanismos legales ya sea de manera

incipiente o no; solo Panamá y El Salvador no han ratificado el Convenio 169 de la OIT, el tratado más relevante en la materia. De hecho, 14 de los 22 Estados Parte con que cuenta este tratado son latinoamericanos, con lo cual su aplicación práctica e implementación se presenta principalmente en nuestro continente. No olvidemos, además, que en América Latina, la población indígena u originaria equivale a más del 8% del total de la población, y pertenece a más de 800 pueblos indígenas u originarios distintos (Vargas, 2016, pág. 13).

En cuanto a la implementación de la Consulta Previa en países de América Latina que desarrollaron mecanismos legales, podemos distinguir tres escenarios diferentes.

El primer grupo está conformado por los países donde existe un marco normativo que permite aplicar procesos de consulta previa. Se encuentran en este estado seis países de la región: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Panamá y Perú. No significa esto que los marcos normativos que presentan sean completos o del todo compatibles con los parámetros internacionales, sino que han adoptado medidas que—con mayor o menor éxito— les permiten aplicar procesos de consulta en ciertos rubros. En un segundo ámbito, se encuentran los Estados que están en proceso de implementación de este derecho, como Costa Rica y Honduras, que desde marzo del 2016 vienen elaborando normas específicas. Por último, se encuentran siete países —Argentina, Brasil, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua y Venezuela— en los que hay un avance nulo o poco significativo al respecto. Son Estados en los que, aunque puedan existir ciertas normas relevantes, ello no ha conducido a permitir el ejercicio de este derecho. De este modo, puede decirse que en la mayoría de países latinoamericanos con presencia de pueblos indígenas (47%) no se han producido aún avances significativos en la implementación de la consulta previa (Vargas K. , 2016, pág. 14).

Al respecto el Perú cuenta con dos mecanismos legales: La Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios “Ley 29785”, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicada el 7 de setiembre del 2011 y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC del 3 de abril del 2012 que son materia de análisis en la presente investigación. Así mismo cabe resaltar que el Ministerio de Cultura del Perú, a través del Vice Ministerio de Interculturalidad y la Dirección de Consulta Previa, organismos responsables en materia indígena, elaboraron otros instrumentos que complementan la ley y su reglamento para llevar a cabo proceso de consulta previa, como la Guía Metodológica para la Identificación de Pueblos Indígenas u Originarios,

la Guía Metodológica para facilitar procesos de consulta, Consulta Previa: Orientaciones para la participación de los pueblos indígenas u originarios y otros elemento metodológicos - formativos orientados a los actores de los procesos de consulta previa.

El ministerio de Cultura del Perú

están encargados de formular políticas, programas y proyectos que promuevan la interculturalidad, como principio rector, para fomentar y garantizar los derechos y el desarrollo integral de los grupos culturalmente diversos del país, y construir una ciudadanía que reconozca, respete y se enriquezca de la interacción con la diversidad cultural. (Ministerio de Cultura, 2017)

De manera incipiente o no, queda la interrogante de saber si la Ley de Consulta Previa en el Perú junto con su reglamento durante el desarrollo de los procesos de consulta, recogieron criterios establecidos en estándares internacionales que garantizan el respeto y cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas. En este marco de referencia se plantea la siguiente interrogante.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿De qué manera la ley de consulta previa en el Perú cumple con los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas, 2017?

1.2.2. Problemas específicos

¿Qué se entiende por consulta previa en el Perú?

¿Qué se entiende por estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas?

¿Cuáles son los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas?

¿Cómo se desarrolla el proceso de implementación de la consulta previa en el Perú?

¿Cuál es la relación entre la ley de consulta previa y los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Conocer de qué manera la ley de consulta previa en el Perú cumple con los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas, 2017.

1.3.2. Objetivos específicos

Analizar las definiciones de consulta previa en el Perú.

Definir los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas.

Identificar los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas.

Analizar el proceso de implementación de consulta previa en el Perú.

Identificar la relación entre la ley de consulta previa y los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas.

1.4. Justificación e importancia

Se vive en una sociedad donde los pueblos indígenas u originarios han visto vulnerados sus derechos durante muchos años, el Estado Peruano desde la adopción del Convenio 169 de la OIT el 02 de febrero de 1994, no evidenció interés y preocupación en preservar y velar por el cumplimiento de sus derechos colectivos, priorizando la inversión privada en territorio indígena sin ejecutar un proceso de consulta previo sobre toda medida legislativa o administrativa que les afecte directamente, generado conflictos sociales con consecuente desplazamiento y destrucción de sus hábitats, desconociéndolos como sujetos de derechos reconocidos en el marco internacional. Posterior a ello el Estado Peruano adoptó la creación de mecanismos legales como la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios “Ley 29785” y su respectivo reglamento, evidenciando un avance normativo que

promueve y garantiza los derechos de los pueblos en el país, a través del Ministerio de Cultura, que a la fecha es el ente rector en materia indígena.

A partir de esta premisa,

la consulta previa a pueblos indígenas y grupos étnicos se ha convertido en uno de los temas más difíciles y controvertidos del derecho nacional e internacional de los derechos humanos. En efecto, en apenas dos décadas, desde la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, pasó de ser un asunto relativamente especializado e invisible a ser el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales en los que se juegan tanto intereses económicos como la supervivencia de pueblos indígenas y otras comunidades étnicas alrededor del mundo (Rodríguez, Morris, Orduz, & Buriticá, 2010, pág. 11).

El proceso de consulta previa en el Perú se ha ido formalizando en determinados momentos, lo que genera un clima de desconfianza sobre su viabilidad, se desconoce si el contenido es el correcto y si realmente se respeta los derechos colectivos de los pueblos y más aún si estos cumplen con estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas, poniendo en debate el rol de los Estados y su forma de tomar decisiones, obligándolos a dejar sus prácticas acusadas de asimilacioncitas, para asumir posiciones que considere aspectos interculturales. “No basta leer la ley de consulta y su reglamento, sino que estos cuerpos normativos deben ser leídos obligatoriamente, “desde” los estándares internacionales del derecho internacional de los derechos humanos que han desarrollado este derecho” (Molleda, 2012, pág. 16).

La presente investigación analiza las normas internas existentes en el Perú en materia indígena: Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios “Ley 29785” y su respectivo reglamento, a partir de la adopción de estándares internacionales, para saber si se han tomado en cuenta criterios establecidos en dichos cuerpos normativos, con la única finalidad de otorgar a los pueblos, actores principales del proceso de consulta previa, la seguridad y garantía en el cumplimiento de sus derechos, así como respetar los acuerdo que se tomen al finalizar los procesos, contribuyendo en su empoderamiento para el uso y disfrute pleno de sus derecho, mejorando su calidad de vida y sentir el respaldo del Estado. Es vital lograr el enlazamiento entre los derechos de los pueblos indígenas a través de la consulta

previa con el marco internacional. El respeto y el cumplimiento de la consulta previa es una de las principales exigencias de todos los pueblos.

1.5. Hipótesis

La presente investigación no presenta hipótesis por ser de carácter descriptivo.

No en todas las investigaciones se plantean hipótesis; el hecho que formulemos o no una hipótesis dependen de un factor esencial: el alcance inicial del estudio. En el caso de un estudio descriptivo, sólo se formulará hipótesis cuando se pronostica un hecho o un dato (Sampieri, 2014 , pág. 104) .

En el presente estudio, lo que se pretende es conocer de qué manera la ley de consulta previa en el Perú cumple con los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas, para ello se analizaran definiciones, normas, el proceso de consulta previa en el Perú, la relación de la normativa interna con la internacional para finalmente arribar a conclusiones y sugerencias.

1.6. Variables

1.6.1. Definición Conceptual de la Variable.

La Ley de Consulta Previa en el Perú

La Consulta Previa es un diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, cuya finalidad es llegar a acuerdos en torno a medidas administrativas o legislativas que pudieran afectar sus derechos colectivos. Los acuerdos alcanzados en el proceso de consulta previa son de cumplimiento obligatorio para ambas partes. (Ministerio de Cultura, 2014, pág. 9)

Estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas

Son mecanismo legales de protección y defensa de derechos de los pueblos indígenas en el marco del derecho internacional, que son usados como pautas de comportamiento de los Estados Partes de una Convención, teniendo en cuenta, criterios de evaluación del mismo comportamiento y reglas jurídicas, cuyo contenido implica el establecimiento de obligaciones

concretas a cargo de los Estados, cuya inobservancia acarrea consecuencias en materia de responsabilidad internacional.

1.6.2. Definición Operacional de la Variable

La Ley de Consulta Previa en el Perú

La medición de la Variable “La ley de Consulta Previa en el Perú” tomará en cuenta las dimensiones: aspectos generales, los pueblos indígenas u originarios a ser consultados, las etapas del proceso de consulta, las obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta y finalmente las disposiciones complementarias; las subdimensiones consideradas son: el objeto de la ley, el derecho a la consulta, la finalidad de la consulta, los principios, los sujetos del derecho a la consulta, la forma de participación de los pueblos indígenas u originarios, los criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios, etapas del proceso de consulta, el idioma, la entidad competente, los recursos para la consulta, las funciones del órgano técnico especializado en materia, la creación de la base de datos oficiales de pueblos indígenas u originarios y finalmente las disposiciones complementarias; para la elaboración de los indicadores se tomó en cuenta los artículos de la ley y a partir de estas se elaboraron los ítems.

(Ver anexo 01)

Estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas

No se requiere operacionalizar la variable “Estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas”, pues el motivo de la presente investigación es buscar el alineamiento de la norma peruana con respecto a normas internacionales, para dicha actividad se utilizará únicamente la operacionalización de la Variable “La ley de Consulta Previa en el Perú”.

Debido a la extensa cantidad de mecanismo legales a nivel internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas, la presente investigación se enfoca en los instrumentos que consideramos más relevantes: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

y la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas; normas que servirán para realizar la respectiva comparación de normas.

1.7. Delimitación

La presente investigación permite conocer de qué manera la Ley de Consulta Previa en el Perú cumple con los Estándares Internacionales de Protección de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, en favor de los actores de los procesos de consulta y de personas interesadas en el tema, para ello se tuvo en cuenta también la Base de Datos de los Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura del Perú y los 33 procesos de consulta que desde la creación y entrada en vigencia de la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios “Ley 29785” y su respectivo reglamento se han llevado a cabo.

La Republica del Perú reconoce y protege su diversidad étnica y cultural constitucionalmente (art. 2.19° de la Constitución Política del Perú), a la fecha según bases del Ministerio de Cultura cuenta con 55 pueblos indígenas u originarios identificados.

El presente estudio se desarrolla en el año 2017, teniendo en cuenta solo un número determinado de normas internacionales para conocer si la norma interna cumple con los criterios establecidos por los estándares internacionales, debido a la existencia de una amplia gama de instrumentos internacionales en materia indígena.

1.8. Limitaciones

En cuanto a la validación de instrumentos, en la ciudad de Huancayo son pocos los expertos del tema desarrollando en la presente investigación, sin embargo se consideró como expertos a personas que con su conocimiento y experiencia amplia en el mundo del Derecho pudieran validar los instrumentos elaborados, teniendo que ser flexible en cuanto a su horario de trabajo y otras responsabilidades.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del problema

2.1.1. Antecedentes Nacionales

Chuquiruna (2014) presentó la tesis “La Ley de Consulta Previa N° 29785 y el derechos de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida” en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo – Perú, para optar el título profesional de Abogado. Este estudio tuvo como objetivo determinar de qué manera la Ley de Consulta Previa N° 29785 garantiza el derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, reconocido en el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo en el Perú, 2014. La metodología utilizada durante el desarrollo de la investigación fue siguiendo el enfoque descriptivo, el universo y la muestra abarcó normatividad internacional y nacional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios, específicamente sobre protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; las técnicas de recojo de información utilizada fueron la observación documental (libros, revistas, legislación nacional e internacional, y Jurisprudencia) tanto en la doctrina nacional como en la doctrina internacional con relación al derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa. Y finalmente las conclusiones a la que arribó fueron: en primer lugar que el

derecho a la consulta se puede definir como el derecho que tienen los pueblos indígenas para que el Estado, dentro de un proceso de diálogo intercultural, les consulte sobre los proyectos de inversión que puedan afectar su vida, costumbres, ambiente y territorio, y tiene por objeto efectuar un análisis consensuado sobre los posibles daños que puedan afectar directamente sus derechos colectivos, para que así los pueblos indígenas puedan evaluar, estudiar y analizar los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre la comunidad. Por lo tanto el ejercicio de la consulta previa permitirá la protección del derecho a gozar de un ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida de los pueblos indígenas. En segundo lugar el Convenio N° 169 de la OIT no define qué se entiende por pueblo indígena, pero establece dos criterios para la identificación de dicha entidad: el criterio objetivo, que se manifiesta en la pertenencia a un grupo poblacional anterior a la colonización que conserva todas sus instituciones propias; y el criterio subjetivo, que se manifiesta en la conciencia de la identidad indígena, es decir el factor reconocimiento (auto reconocerse como pueblo indígena u originario). La tercera conclusión a la cual llegó este trabajo de investigación fue que la Ley de Consulta Previa N° 29785 señala que se realizará la consulta previa cuando se afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, pero dicha norma distingue y limita la consulta exclusivamente a estos criterios. A tal propósito, cabe mencionar que a pesar que el Convenio N°169 de la OIT, es mucho más amplio y protector, pues en su artículo 6° no restringe a los derechos colectivos, lo único que exige es que afecten a los pueblos indígenas, sin embargo, el artículo 2° de la ley domestica restringe la consulta a los derechos colectivos. Esta restricción se reitera en varios artículos de esta Ley. Asimismo, la Ley de Consulta Previa N° 29785 exige nuevos requisitos para identificar a un pueblo indígena, no incluyendo a las comunidades campesinas en esta categoría. En cuarto lugar, la Ley de Consulta Previa N° 29785 desconoce abiertamente el propio contenido del Convenio 169 de la OIT cuando impide la adecuación de las medidas administrativas y legislativas que no fueron consultadas desde que se encontraba vigente dicho tratado, o sea desde el 02 de febrero de 1995. Asimismo, la Ley de Consulta Previa N° 29785, recorta gravemente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, por lo tanto esta Ley no garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida de los pueblos indígenas, situación que ha generado y seguirá generando en nuestro país conflictos ambientales entre los pueblos indígenas, las empresas extractivas y el Estado, producidos por el desencuentro

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

Quispe (2016) presentó la tesis “Marco normativo e internacional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios y su aplicabilidad” en la Universidad Nacional del Altiplano de Puno - Perú, para optar el título profesional de Abogado. Este estudio tuvo como objetivo analizar el marco normativo nacional e internacional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas originarios y su aplicabilidad. La metodología utilizada durante la investigación fue siguiendo el enfoque cualitativo, el universo y la muestra abarco la normatividad nacional e internacional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios; la técnica de recojo de información utilizada fueron fichas de observación. Concluye que la ley de consulta previa desarrolla los principios de: oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción o condicionamiento e información oportuna; “el Tribunal Constitucional agrega los principios de: objetivo de alcanzar un acuerdo, transparencia e implementación previa del proceso de consulta” (Demanda de Inconstitucionalidad , 2010) ; así también el Convenio 169 de la OIT en los artículos 6, 7 y 15 precisa los principios de consulta previa, que desde la puesta en vigencia de la mencionada ley y teniendo el porcentaje de pueblos indígenas, solo se consultaron y/o están en proceso de consulta los casos relacionados en hidrocarburos, sin embargo en sector de minería no se realizó ninguna consulta, quedando demostrado que no hay un cabal cumplimiento de toda la normatividad sea internacional y nacional en nuestro país. Más aún no existe un real compromiso del Estado y de los poderes públicos como el Poder Judicial y Ejecutivo que realmente por un lado tengan conciencia de cumplir la Ley de consulta previa y su Reglamento a pesar de que saben que tienen rango constitucional y es de aplicación prioritaria, y en segundo lugar de preservar actitudes de exclusión hacia los pueblos indígenas y originarios y finalmente la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas previas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos socio-ambientales.

Blanco (2013) presentó la tesis “El Proyecto Conga desde los Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en la Pontificia Universidad Católica del Perú – Lima, para optar el título de Magíster en Derechos Humanos. Este estudio tuvo como objetivo demostrar si el Estado peruano ha incumplido sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos con relación al proyecto conga; consistentes en el deber de realizar consultas previas, libres e informadas frente a un proyecto extractivo que afectará directamente a las comunidades en la zona y así mismo con relación a las comunidades afectadas se limitó a recoger diversos aspectos que sugieren la necesidad de considerar a las comunidades afectadas como indígenas. La metodología utilizada durante la investigación consistió en la recolección de información documental (directa e indirecta), síntesis y la deducción. Concluye, en primer lugar, que en el Derecho internacional no existe una definición precisa y cerrada de “pueblos indígenas”, sino que se encuentran criterios o pautas que permiten determinar cuando un grupo humano puede ser considerado “indígena”. A este efecto, el Convenio 169 de la OIT es de singular relevancia, pues contiene los criterios que son comúnmente utilizados, denominados objetivos (continuidad histórica, conexión territorial, y permanencia total o parcial de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas) y subjetivos (autoidentificación). Independiente de la denominación que reciban o de su reconocimiento formal, lo determinante para el Derecho internacional resulta atender a la presencia de los elementos que hacen que un grupo humano se considere indígena. En segundo lugar, en el ordenamiento interno peruano, como regla general, ha estado ausente el sujeto “pueblo” y en cambio, la denominación utilizada ha sido la de comunidades campesinas y nativas. No obstante, pueden calificarse como pueblos indígenas aquellas comunidades que reúnan los elementos subjetivos y objetivos. Asimismo, existen normas y pronunciamientos del Estado peruano que equiparan derechos de las comunidades y rondas campesinas a los de pueblos indígenas. En tercer lugar, la adaptación del ordenamiento interno al reconocimiento internacional del derecho a la consulta, ha generado la incorporación del sujeto “pueblo” como titular de este derecho, lo que ha llevado a dos procesos en tensión. De un lado, en la implementación del derecho a la consulta se ha tendido a adoptar ciertos criterios de identificación restrictivos que tendrían un efecto de dejar fuera a las comunidades y rondas campesinas; y de otro lado, que a partir de dicho reconocimiento de derechos éstas, junto con sus organizaciones nacionales, estarían retomando el concepto de pueblo, reivindicando su identidad indígena y su titularidad del derecho a la consulta. Y finalmente, concluye que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han desarrollado estándares en

materia de protección al derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, partiendo del reconocimiento de la especial relación que tienen con sus territorios y los recursos naturales que en ellos se encuentran. Sobre esta base, se han establecido obligaciones específicas para la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios indígenas, consistentes en participación (derecho a la consulta y consentimiento), estudios previos de impacto social y ambiental, y beneficios compartidos. Estas tres salvaguardas se dirigen, en general, a preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, la cual a su vez garantiza su subsistencia como pueblo.

Vega (2015) presentó la memoria profesional “Encuentro y desencuentros de discursos sobre la consulta previa a pueblos indígenas: experiencias a partir de su implementación” en la Pontificia Universidad Católica del Perú – Lima, para optar el título de Licenciada en Derecho. Este estudio tuvo como objetivo poner en cuestión, con fundamento jurídico, los discursos sobre la consulta previa y sobre los pueblos indígenas identificados en su experiencia de campo con el propósito de favorecer la puesta en práctica de dicho derecho. La metodología utilizada durante la investigación hace mención al arco temporal de la memoria profesional, comprendida entre el mes de enero de 2012 hasta mayo de 2015, para la elaboración de esta memoria se realizó una revisión documental de normas y jurisprudencia nacional e internacional, informes técnicos producidos en el marco de procesos de consulta previa, doctrina relacionada a pueblos indígenas y sus derechos y diversas materias relacionadas al problema identificado; para sistematizar y reflexionar la experiencia de campo se utilizó anotaciones propias elaboradas en actividades de capacitación, en eventos realizados en el marco de las diversas etapas del proceso de consulta previa (reuniones preparatorias, etapa de información y etapa de diálogo), en reuniones de acompañamiento y asistencia técnica y en conversaciones con actores involucrados en diversos procesos de consulta. Las conclusiones a las que se arribó fueron las siguientes, en primer lugar, los criterios de identificación establecidos en el ordenamiento nacional resultan lo suficientemente amplios como para evitar que se restrinjan derechos a los diversos pueblos indígenas que existen en nuestro país. La normativa debe adecuarse e interpretarse de acuerdo al contexto específico de cada pueblo indígena, considerando los procesos históricos vividos y la formación de diversas identidades. Por lo tanto, la identificación de pueblos indígenas no está determinada por el espacio geográfico que habitan, por la forma en la que se organizan, o por la relación

que tengan con la modernidad. Son los criterios de identificación y su adecuada interpretación los que permitirán dar cuenta de la existencia o no de pueblos indígenas en un determinado caso, conforme el discurso jurídico de la consulta. En segundo lugar, el derecho a la consulta previa no es un privilegio ni un obstáculo para aprobar decisiones estatales, sino un derecho específico exigible desde 1995, conforme el ordenamiento nacional. La consulta previa no da la posibilidad de vetar decisiones estatales y es obligatoria, respecto de los acuerdos que se alcancen. Se diferencia de otros procesos llamados también “consulta” y, debido a sus características específicas, no puede ser considerado como un requisito cualquiera. Un derecho no puede ser concebido como una traba u obstáculo. Es necesario trabajar en la adecuación y predictibilidad de la consulta, a partir de la identificación de medidas a consultar por parte de las entidades estatales por un lado y, por el otro, en la generación de información sobre los pueblos indígenas. En tercer lugar, los procesos de consulta previa constituyen una oportunidad para dotar de sostenibilidad a las decisiones estatales que los involucren. Para determinar cuándo es obligatorio realizar un proceso de consulta previa, debe analizarse la existencia de pueblos indígenas, en los términos antes indicados, y la posible afectación a sus derechos. Conforme está establecido, hablamos de afectación, en términos de cambio, no de perjuicio o vulneración. No existe valoración, dado que no se trata de analizar si la propuesta estatal beneficia o perjudica a los pueblos indígenas, sino de la existencia de cambios respecto de la situación o ejercicio de sus derechos. En cuarto lugar, en cuanto al momento para consultar, debe evaluarse que sea posible la incorporación de acuerdos, que se cuente con información suficiente y que se trate de una propuesta técnicamente válida y final. El análisis no debe limitarse a una evaluación del momento más conveniente según los intereses de las partes. El Estado debe analizar que el momento en el que se realice la consulta previa contribuya a alcanzar acuerdos con los pueblos indígenas. Y finalmente, resulta fundamental señalar que los discursos sobre los indígenas y la consulta y el discurso jurídico que les hace frente se encuentran en constantes encuentros y desencuentros en la puesta en práctica de la consulta previa en nuestro país. Los discursos identificados en los protagonistas de dicho derecho son contrarios a la normativa vigente que da lugar al discurso jurídico que los enfrenta en su implementación. En ese sentido, existe el riesgo de que la normativa se aplique de manera restrictiva y errónea si dichos discursos influyen el accionar de los referidos protagonistas.

2.1.2. Antecedentes Internacionales

Perdomo (2011) abordó el trabajo de investigación “La consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del convenio 169 de la OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los pastos que habitan en el departamento de Nariño” en la Universidad Nacional de Colombia para optar el grado de Magister en Derecho. Este estudio tuvo como objetivo examina desde una perspectiva jurídica y social, la situación de los pueblos indígenas colombianos frente al reconocimiento de sus derechos fundamentales, y específicamente el derecho a la consulta previa, más allá de la mera consagración normativa, e incluso, más allá de que sean tenidos en cuenta a manera de derechos humanos; examinando el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el marco de los Tratados Internacionales, de La Carta Política, la ley, la jurisprudencia constitucional, y además, de estudios desde el punto de vista de la eficacia normativa. Las conclusiones finales fueron: aún se deben dar pasos hacia el reconocimiento y la garantía real de los derechos de estas comunidades. El desarrollo legislativo en la materia presenta una tendencia evolutiva, que se acentúa con la expedición de la Constitución de 1991. No obstante, aún es evidente que no se han adoptado las decisiones legislativas acertadas para garantizar el derecho a la consulta previa en las condiciones y ámbitos que se señalan en el Convenio 169 de la OIT. “La Corte Constitucional ha hecho verdaderos aportes a la protección de las comunidades indígenas y al efectivo cumplimiento de sus derechos” (Derechos Fundamentales de Comunidad Indígena - Titularidad (Caso Uwa), 1997). La práctica demuestra que a pesar de los avances en la materia, aún es muy significativo el abandono por parte del Estado a las comunidades indígenas, al menos en lo referente a verificar de manera efectiva, el cumplimiento previo de la consulta previa, libre e informada y la existencia de consentimiento para la expedición de medidas legislativas o administrativas que los afecten, no solo en relación con la exploración y explotación de recursos naturales, sino también con otros asuntos directamente relacionados con sus derechos. Finalmente, la situación de los pueblos indígenas de Bolivia, Ecuador y Perú no es en mucho diferente. Tampoco en estos países se ha desarrollado con rigurosidad y compromiso el convenio 169 de la OIT, e incluso, los avances normativos y jurisprudenciales en algunos casos podrían ser menos significativos que en el ejemplo Colombiano.

Vega (2012) abordó el trabajo de investigación “Consulta Previa a pueblos indígenas y tribales: Análisis y propuestas de legislación” en la Universidad Nacional de Colombia para optar el grado de Magister en Derecho. Este estudio tuvo como objetivo analizar las convenciones, tratados, principios y sentencias tanto nacionales como internacionales sobre el derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales; así como el análisis de un caso colombiano que ha sido tratado a nivel internacional y nacional. La metodología utilizada es de carácter cualitativo y dogmático que quiere proponer los elementos que permitan diseñar un proyecto de normatividad para la consulta previa que adecúe la legislación colombiana al Convenio 169 de 1989 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas para Pueblos Indígenas. Las conclusiones fueron: Es importante destacar la evolución del derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados de las decisiones que los pueden afectar no solamente con los derechos ligados a los territorios, sean estos titulados o no, sino con respecto a las medidas administrativas y legislativas que puedan afectarlos. El derecho a la consulta previa ha evolucionado en los últimos años hacia el consentimiento previo, libre e informado, a través de diferentes mecanismos e instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Pueblos Indígenas, e incluso en los documentos del Foro Permanente para las cuestiones Indígenas de la ONU. Esta evolución se ha visto en la codificación del derecho internacional, tanto en el denominado derecho de minorías, en los pronunciamientos de los órganos internacionales encargados de vigilar ciertos tratados como la CEACR (La Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones) de la OIT; además de la expedición de la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, que avanza más allá del Convenio 169, en establecer casos en los que las consultas deben ser obligatorias para conseguir el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos. Esta evolución también se ha dado en lo interno con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha sentado las bases para la exigibilidad del derecho a la consulta previa como un derecho colectivo, con características especiales, que ha llevado incluso a que normas generales como el Estatuto de Desarrollo Rural y la Ley Forestal, hayan sido declarados inexecutable por no haber surtido la consulta con los pueblos afectados.

Herrera (2014) abordó el trabajo de investigación “La ley de Consulta Previa en el Perú y su reglamento” en la Universidad Nacional de San Martín – Buenos Aires, Argentina, para optar el grado de Magister en Derechos Humanos. Este estudio tuvo como objetivo determinar la real situación de protección y/o vulneración de los derechos de las comunidades campesinas

y nativas en los procesos de consulta previa en el Perú. Para ello, se realizó un estudio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se tomó como instrumentos principales: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, las opiniones que sobre el mismo ha emitido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; se ha recurrido también a los informes temáticos emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Las conclusiones fueron, en primero lugar, la consulta ha sido considerada como un derecho procedimental y como un derecho fundamental que está orientado a proteger la existencia e integridad misma de los Pueblos Indígenas. Por esta razón, solo reconociendo el derecho de los Pueblos Indígenas a decidir y determinar asuntos de su interés es que se entiende que no solo deben participar en las decisiones que los afecten sino que además deben ser consultados y su consentimiento requerido toda decisión de carácter general por la que se afecten sus derechos fundamentales. En segundo lugar, tanto el Convenio 169 de la OIT, la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, como la jurisprudencia internacional han establecido que la consulta no es suficiente en casos de planes o proyectos cuyos impactos sobre los Pueblos Indígenas sean específicamente graves; es decir, cuando afecten la esencia y supervivencia misma del pueblo. En estos casos, el Estado no sólo debe consultarles sino además obtener su consentimiento sobre las medidas a tomarse. Siguiendo este razonamiento, entonces, debe identificarse en cada caso aquellos derechos que son afectados, de manera que el contenido de la consulta y el consentimiento esté en función de los derechos en juego. En tercer lugar, la normativa internacional y nacional son claras en reconocer el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación; es decir la capacidad de decidir sobre sus prioridades y la forma en la que van a regir su vida como comunidad. En base a esta autonomía, los pueblos indígenas podrán decidir acerca de las formas de elección de sus representantes, las formas en que solucionan sus conflictos, sus tipos de intercambio y su forma de desarrollo. Es por ello que cada vez que se pretenda ingresar en el ámbito territorial indígena es necesario que se promueva la obtención del consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas. En cuarto lugar, la aplicación de la consulta previa en el Perú, a pesar del marco jurídico vigente, todavía es un tema pendiente. Es necesario que los diversos actores puedan entablar procesos de debate para conocer el tema y definir los procedimientos de aplicación. En quinto lugar, el texto final del Reglamento

contiene cinco artículos en los que no se han respetado los acuerdos a los que llegaron el Estado y las organizaciones indígenas, en el proceso de consulta del reglamento. Esta situación es grave y refleja la ausencia de una voluntad sincera del Estado por respetar los compromisos asumidos con las organizaciones indígenas, además de incumplir la Ley de Consulta Previa. En quinto lugar, la Ley de Consulta Previa y su Reglamento recogen adecuadamente los criterios objetivos y subjetivos de identificación de los pueblos indígenas previstos en el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la Resolución Ministerial 202-2012-MC, que aprueba la Directiva 03-2012/MC que regula la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios, contraviniendo la propia Ley de Consulta Previa y su Reglamento, restringe significativamente los criterios objetivos y subjetivos de identificación de los pueblos indígenas. En sexto lugar, la consulta no debe ser entendida solamente, ni debe agotarse como la posibilidad de estar de acuerdo o no, sino como un proceso de armar de manera conjunta una propuesta que recoja prioridades de desarrollo y que permita que el Estado se vea influenciado por la propuesta y finalmente es importante tener en cuenta la urgencia de contar con una institucionalidad estatal indígena veraz, que en relación a la implementación de los procesos de consulta, permita una revisión periódica de los procedimientos, para identificar si estos responden a lo establecido como espíritu del Convenio 169 de la OIT, asegurando, tal como han señalado los órganos de control de la OIT, que ésta no se convierta en un mero intercambio de opiniones y sugerencias.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. La Consulta Previa en el Perú

2.2.1.1. ¿Qué es la Consulta Previa?

Debido a la importancia que se ha dado al estudio de la Consulta Previa, para su mejor y mayor conceptualización, en las siguientes líneas se describe las principales definiciones:

Para explicar la definición de Consulta Previa, el Ministerio de Cultura, a través de su Viceministerio de Interculturalidad y la Dirección de Consulta Previa, plantean que:

“la Consulta Previa es un diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, cuya finalidad es llegar a acuerdos en torno a medidas administrativas o legislativas que pudieran afectar sus derechos colectivos. Los acuerdos alcanzados en el proceso de

consulta previa son de cumplimiento obligatorio para ambas partes”. (Ministerio de Cultura, 2014, pág. 9)

Este diálogo es un procedimiento de interacción directa donde las partes intervinientes del proceso de consulta exponen sus puntos de vista; cuando medidas administrativas (normas reglamentarias de carácter general) y legislativas (disposiciones del Estado con rango de ley) pudieran afectar sus derechos colectivos; para que al finalizar el proceso de consulta se alcancen acuerdos que serán de obligatorio cumplimiento.

Al respecto el Art. 2 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originados “Ley N° 29785”; define el Derecho a la Consulta como,

el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado”. (Hernandez, Fernadez, & Baptista, 2014)

A partir de estas definiciones por parte del Ministerio de Cultura y de la ley marco respecto al significado de Consulta Previa, se describen a continuación definiciones asumidas por diferentes autores y organizaciones, que refuerzan la definición adoptada por el Ministerio de Cultura y la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originados “Ley N° 29785”.

Para explicar la definición de Consulta Previa, un equipo investigadores del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) liderada por Elizabeth Salmón, se centran en el Derecho a la vida, como principio rector para la definición del derecho a la Consulta Previa.

“El derecho a la consulta es esencial para poder asegurar muchos de los derechos de los pueblos indígenas, puesto que es el mecanismo mediante el cual se busca proteger la voluntad real de estos grupos y proteger su derecho a una vida digna. El derecho a la consulta significa un recurso de protección reforzada a las poblaciones indígenas,

producto de la larga historia de exclusión de la cual han sido víctimas”. (Elizabeth, Bregaglio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 33)

Para la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), la Consulta Previa es “el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados antes de decidirse la adopción de cualquier medida estatal, general o particular, que afecte –o vaya a afectar– directamente sus intereses grupales o sus derechos colectivos”. (Comisión de Derechos Humanos - COMISEDH, 2013, pág. 7); entendiéndose como derecho fundamental como aquellos derechos inherentes al ser humano que pertenece a toda persona en razón a su dignidad humana, y que al tener esa característica de “fundamental” las acciones estatales no pueden contravenirla; sin embargo textualmente se menciona que la Consulta Previa “es el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales”, entonces son derechos exclusivos para un determinado grupo y/o colectividad, esta característica no recae de manera individual en las personas que forman parte de un pueblo indígena o tribal (Derechos Colectivos) sino a todos en su conjunto.

Así mismo Bartolomé Clavero, miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas señala:

“La consulta previa es un derecho de los pueblos indígenas que obliga a los Estados a celebrar consultas con estos pueblos en función de razones especiales que atañen solo a los pueblos indígenas y tribales ya que está vinculada con el derecho a la identidad y la integridad cultural, el derecho a conservar las propias instituciones, usos y costumbres, el derecho al territorio y los recursos y el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo, entre otros”. (Pedro García Hierro citado en Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por Bartolomé Clavero, pág 1).

Entonces:

La consulta previa es un proceso previsto para hacer efectivo el derecho a la participación de los pueblos indígenas en todos los asuntos que puedan afectar a sus personas, a sus bienes o a sus derechos individuales y colectivos. Se trata de una consulta independiente de otras a los que los ciudadanos indígenas puedan tener derecho como ciudadanos (participación en consultas para estudios de impacto ambiental, etc.). (Clavero, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO LIBRE E

INFORMADO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2012, pág. 1)

Para Yohannaliz Y. Vega Auqui, Especialista legal en el Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Cultura “La consulta previa es un derecho cuya puesta en práctica representa significativos desafíos no solo para los actores directamente involucrados, como los pueblos indígenas u originarios, o las y los servidores públicos, sino también para la sociedad en su conjunto”. (Vega Y. , Discursos sobre los pueblos indígenas u originarios a partir de la puesta en práctica de la consulta previa en el Perú , 2016, pág. 49)

Por otro lado, Diego Ocampo en la entrevista realizada a Antolín Huáscar Flores titulada “Desafíos y aprendizajes para la participación de las comunidades campesinas originarias en la implementación de la consulta previa”, señala “La consulta previa es un derecho, es un derecho a la información, de conocer qué es lo que van a hacer las empresas que vienen a las comunidades campesinas y a las comunidades nativas”. (Ocampo, 2016, pág. 166)

Así mismo para la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú, en su manual de capacitación para mujeres indígenas señala que la Consulta Previa, “[...] es un derecho colectivo que corresponde únicamente a los pueblos indígenas u originarios. Se realiza a través de un proceso de información, evaluación y diálogo intercultural, con la finalidad de alcanzar acuerdos entre los pueblos indígenas y el Estado, cuando se van a tomar medidas que pueden afectar los derechos de estos pueblos. La consulta previa es esencial para proteger otros derechos de los pueblos indígenas”. (ONAMIAP, 2016)

2.2.1.2. Marco Normativo Nacional sobre Consulta Previa

2.2.1.2.1. Antecedentes de la Consulta Previa en el Perú

a) Constitución política del Perú de 1993

Es la Carta Magna sobre la cual reposan los pilares del Derecho, la justicia y las normas del país. Esta controla, regula y defiende los derechos y libertades de los peruanos; organiza los poderes e instituciones políticas. Fue redactada por el Congreso Constituyente Democrático. Fue aprobada mediante el referéndum de 1993 y entró en vigencia el 1 de enero de 1994, durante el gobierno de Alberto Fujimori. (Congreso de la República , 1993)

En materia indígena la Constitución Política del Perú desarrolla los siguientes artículos:

- Reconocimiento de los tratados internacionales: Artículo 55°
- Derecho a la libre autodeterminación o autonomía: Artículo 89°
- Derecho a la identidad: Artículo 2.19° y 89°
- Derecho a la participación: Artículo 2.17°, 31°, 191° y 197°
- Derecho a la Consulta: Artículo 2.17°
- Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo: Artículo 89°
- Derecho a conservar sus costumbres e instituciones: Artículo 139.8°
- Derecho a la jurisdicción especial: Artículo 149° y 139.8°
- Derechos a la tierra y al territorio: Artículo 88° y 89°
- Derecho a los recursos naturales: Artículo 89°
- Derecho a la salud intercultural: Artículo 7° y 9°
- Derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma: Artículo 13°, 14°, 17° y 48° (Ministerio de Cultura del Perú, 2016, pág. 13)

b) Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originados “Ley N° 29785”

Vigente desde el 07 diciembre del año 2011. Instrumento legal que desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento para implementar el derecho a la consulta a los pueblos indígenas u originarios antes de la aprobación de medidas administrativas o legislativas, planes, proyectos o programas que puedan afectar sus derechos colectivos.

c) Reglamento de la Ley N° 29785

Aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC, entró en vigencia el 03 de abril de 2012. Este Reglamento regula el acceso a la consulta, las características esenciales del proceso y la formalización de acuerdos.

d) Ley de creación del Ministerio de Cultura “Ley N° 29565”

Aprobado el 15 de julio del 2010, es un instrumento legal que fomenta la afirmación de la identidad nacional y promueve el desarrollo cultural a través del diálogo intercultural y el reconocimiento de la diversidad cultural entre los peruanos. En particular el Viceministerio de Interculturalidad es la autoridad en materia de interculturalidad, inclusión, pluralidad étnica y

cultural de la nación y discriminación étnico-racial. Son sus funciones entre otras: formular, dirigir, coordinar, implementar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales sobre interculturalidad, pueblos indígenas y población afroperuana; promover y generar mecanismos y acciones para difundir una práctica intercultural en la sociedad, orientada a promover la cultura de paz y solidaridad. Para ejecutar estas acciones cuenta con una Dirección de Políticas Indígenas y Dirección de Consulta Previa, así como otras direcciones de línea que se ocupan de temas estrechamente relacionados entre sí: lucha contra la discriminación y diversidad cultural, lenguas, etc.

e) Resolución Viceministerial N° 001-2012-VMI-MC que crea el Registro de Interpretes de Lenguas indígenas u Originarios y el Registro de Facilitadores.

Elaborada por el Vice Ministerio de Interculturalidad y vigente desde el 20 de agosto del 2012, esta resolución crea respecto al Proceso de Consulta Previa los registros de Intérpretes de Lenguas Indígenas u Originarias y el registro de facilitadores; así mismo dispone la apertura del libro de Registro de Resultados de los Procesos de Consulta Previa, en el que se consignan los acuerdos adoptados en los procesos realizados y dispone finalmente que la Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos es el encargado de mantener y actualizar los Registros descritos.

f) Resolución Viceministerial N° 202-2012-MC que aprueba la Directiva N° 03-2012/MC “Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios”, la misma que en documento anexo forma parte integrante de la presente resolución.

Elaborada por el Vice Ministerio de Interculturalidad y vigente desde el 22 de mayo del 2012, esta resolución aprueba la Directiva N° 03-2012/MC, que tiene como finalidad elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos, así como los procedimientos para la incorporación de informes en dicho instrumento, en particular la información sobre pueblos indígenas u originarios producida, obtenida o recogida por las diversas entidades de la administración pública competentes, y aquella que se obtenga en coordinación con los pueblos indígenas del país.

- g) Resolución Viceministerial N° 375-2012-MC que aprueba la Directiva N° 006-2012/MC que regula el “Procedimiento para el registro de Interpretes de las Lenguas Indígenas u Originarios”, la misma que se encuentra contenida como anexo que forma parte de la presente resolución.**

Elaborada por el Vice Ministerio de Interculturalidad y vigente desde el 5 de octubre del 2012, resolución que aprueba la Directiva N° 006-2012/MC, que tiene como finalidad contribuir a que las entidades promotoras puedan recurrir a interpretes debidamente capacitados en las distintas lenguas indígenas u originarias utilizadas en el territorio nacional cuando realicen procesos de consulta previa, permitiendo el dialogo intercultural y creando un ambiente de confianza, colaboración y respeto mutuo.

- h) Resolución Viceministerial N° 010-2013-VMI-MC que aprueba la Directiva N° 002-2013-VMI-MC “Procedimientos del derecho de petición de los Pueblos Indígenas para su inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura.**

Elaborada por el Vice Ministerio de Interculturalidad y vigente desde el 09 de diciembre del 2013, este instrumento aprueba la Directiva N° 002-2013-VMI-MC que desarrolla el procedimiento administrativo que debe seguirse para ejercer el derecho de petición, establecido en el artículo 9 de la Ley de Consulta Previa (Ley N° 29785). A través del derecho de petición se determina si un pueblo indígena debe ser incluido en un proceso de consulta previa o si este debe realizarse, respecto de una medida legislativa o administrativa que podría afectar directamente sus derechos colectivos.

- i) Resolución Viceministerial N° 004-2014-VMI-MC que aprueba la Directiva N° 001-2014-VMI-MC “Lineamientos que establece instrumentos de recolección de información social y fija criterios para**

su aplicación en el marco de la identificación de los pueblos indígenas u originarios.

Elaborada por el Vice Ministerio de Interculturalidad y vigente desde el 25 de febrero del 2014. Este instrumento aprueba la Directiva N° 001-2014-VMI-MC que establece un conjunto de lineamientos, procedimientos e instrumentos para llevar a cabo la identificación de pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos podrían ser afectados directamente en el marco de la Ley de Consulta Previa (Ley N° 29785). A partir de los criterios de identificación establecidos plantea instrumentos de recolección de información en campo.

j) Directiva N° 001-2016-VMI/MC “Procedimientos para aplicación de lo dispuesto en la Décimo Quinta Disposición Complementaria, transitoria y final del Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”

Elaborada por el Vice Ministerio de Interculturalidad y vigente desde el 20 de enero del 2016. Este instrumento establece los procedimientos para la aplicación de lo dispuesto en la Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, en las medidas administrativas vinculadas con la construcción y/o mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos.

k) Resolución Ministerial 350-2012-MEM que aprueba los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar proceso de consulta

Elaborado por el Ministerio de Energía y Minas y vigente desde el 20 de julio del 2012. Mediante este instrumento se aprobaron los procedimientos administrativos en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa, la oportunidad en la que será realizada y la Dirección a cargo.

l) Reglamento de la Ley de áreas Naturales Protegidas aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG (normas pertinentes)

Vigente desde el 22 de junio del 2001, este instrumento legal norma la creación, administración, conservación, y gestión de las Áreas Naturales Protegidas en función a las disposiciones establecidas en la Ley N° 26834 - Ley de Áreas Naturales Protegidas, y su Plan Director, siendo la Autoridad Nacional Competente el Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA.

m) Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas R.M. N° 596-2002-EM/DN

Elaborado por el MEM y vigente desde el 20 de diciembre del 2002. Este instrumento norma la participación de las personas naturales, organizaciones sociales, titulares de proyectos mineros o energéticos y autoridades, en el procedimiento por el cual el Ministerio de Energía y Minas desarrolla actividades de información y diálogo con la población involucrada en proyectos mineros o energéticos; así como en el procedimiento de evaluación de los Programas de Adecuación de Manejo Ambiental (PAMA) para pequeños mineros y mineros artesanales, Estudios de Impacto Ambiental (EIA), Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIAsd), Estudios de Impacto Ambiental Preliminar (EIAP) y Evaluaciones Ambientales (EA), que se requieren para la autorización de las actividades que regula y supervisa.

n) Decreto Supremo N° 042-2003-EM, mediante la cual se establece el compromiso previo como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias.

Elaborado por el MEM y vigente desde el 13 de diciembre del 2003. Este instrumento tiene como objetivo agregar contenido al Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, respecto al compromiso previo en forma de declaración jurada, realizando sus actividades productivas en el marco de una política que busca la excelencia ambiental, actuando con respeto frente a las instituciones, autoridades, cultura y costumbres locales, manteniendo una relación propicia con la población del área de influencia

de la operación minera; manteniendo un diálogo continuo y oportuno con las autoridades regionales y locales, la población del área de influencia de la operación minera y sus organismos representativos, alcanzándoles información sobre sus actividades mineras, logrando con las poblaciones del área de influencia de la operación minera una institucionalidad para el desarrollo local en caso se inicie la explotación del recurso, elaborando al efecto estudios y colaborando en la creación de oportunidades de desarrollo más allá de la vida de la actividad minera, fomentando preferentemente el empleo local, brindando las oportunidades de capacitación requeridas, adquirir preferentemente los bienes y servicios locales para el desarrollo de las actividades mineras y la atención del personal, en condiciones razonables de calidad, oportunidad y precio, creando mecanismos de concertación apropiados.

o) Derogado Reglamento de actividades: Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas para las actividades minero energéticas, aprobado mediante Decreto supremo N° 023-2011-MINEM.

Publicado el 12 de mayo del 2011. Dicha norma fue emitida en respuesta a la sentencia del Tribunal Constitucional N 05427-2009-PC/TC, que obligaba al MINEM a emitir un reglamento especial de consulta a los pueblos indígenas.

2.2.1.3. Principios que guían el Derecho a la Consulta Previa

Los principios son la base, origen, razón fundamental (Real Academia Española, 2017) al respecto, el Ministerio de Cultura desarrolla siete principios que también están contenidos en el artículo 4° de la LCP:

- a) Oportunidad: El proceso de consulta se realiza antes de que el Estado apruebe una medida administrativa o legislativa que pueda afectar los derechos de los pueblos indígenas u originarios.
- b) Interculturalidad: La interculturalidad fomenta y garantiza los derechos y el desarrollo de los grupos culturalmente diversos del país. La interculturalidad ayuda a que el proceso de consulta se adapte a las diferencias culturales de los pueblos indígenas u originarios.

- c) Buena fe: Las entidades del Estado respetan, analizan y valoran la posición de los pueblos en un clima de confianza. La confianza ayuda que exista colaboración en el proceso de consulta y voluntad de lograr acuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios.
- d) Flexibilidad: La consulta debe desarrollarse con procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o medida administrativa que se busca adoptar. Esta regla permite que se tomen en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios.
- e) Plazo razonable: Los tiempos adecuados en el proceso de consulta permiten que las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conozcan la medida legislativa o medida administrativa que se les va a consultar. Les permite pensar con calma y hacer propuestas concretas.
- f) Ausencia de coacción o condicionamiento: La participación de las personas u organizaciones en un proceso de consulta debe ser realizada sin ninguna exigencia o restricción.
- g) Información oportuna: Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir toda la información sobre la medida legislativa o medida administrativa a ser consultada. Solo así, podrán expresar su punto de vista conociendo lo que se va a consultar. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con tiempo suficiente. (Ministerio de Cultura, 2015, págs. 11-12)

2.2.1.4. ¿Cuál es la finalidad/objeto de la Consulta Previa?

El artículo 3 de la LCP señala que el objeto de la Consulta Previa es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente, a través de un dialogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

La ley no ha incluido una lista detallada de tipos de medidas legislativas o administrativas que deben ser consultadas. No obstante, en su artículo 2° extiende el ámbito de las medidas por consultar a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y

regional que afecten directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014, pág. 99)

De otro lado los incisos i) y j) del artículo 3° del reglamento de la LCP indican que para la aplicación de norma se debe tener en cuenta también normas reglamentarias de carácter general, así como acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice la administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto pueda afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como las medidas legislativas, normas rango de ley que puedan afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Para el caso de los decretos de urgencia el artículo 27.7° del reglamento de la LCP señala que la dación de los decretos de urgencia se rige por las reglas establecidas en el numeral 19 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú.

El reglamento también prevé en qué casos no es necesario iniciar procesos de consulta previa, para ello el artículo 5° inciso k) y l) señalan lo siguiente: “Las normas de carácter tributario o presupuestario no serán materia de consulta. No requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas que requieren una intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas. El mismo tratamiento reciben las medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias, así como la persecución y control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes.”

Así mismo la décima quinta disposición complementaria, transitoria y final del reglamento de la Ley de Consulta Previa, señala que la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento; con la condición de realizar previamente una sesión de dialogo donde se informe el beneficio del servicio a otorgar.

La LCP que expresamente señala que el derecho a la consulta tiene por objeto,

alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios...dicho objetivo para las consultas lo hace para resaltar que éstas deben suponer un verdadero diálogo entre las partes (Estado y pueblos indígenas) guiado, como no podía ser de otra manera, por el deseo sincero de alcanzar un acuerdo...De esta forma, no solamente el Estado está obligado a implementar el proceso de consulta sino que, una vez abierto el mismo, debe hacer todos los esfuerzos del caso por alcanzar un acuerdo con los pueblos indígenas o tribales a ser afectados. (COMISEDH, 2013, pág. 18)

Teniendo como base la LCP, el objeto del proceso de consulta previa plantea dos escenarios. Uno es que los pueblos indígenas dan su consentimiento a la propuesta del Estado. El otro escenario es aquel en el cual el Estado y los pueblos indígenas, luego de un intenso y prolongado dialogo se ponen de acuerdo, lo cual implica múltiples concesiones mutuas. (Ruiz, Guía de Interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley N°29785): Análisis, comentarios y concordancias de cada uno de los artículos, 2011, pág. 91)

De acuerdo con lo que se establece en el Convenio 169 de la OIT, la Declaración y las resoluciones del Relator de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana se someterá a consulta de los pueblos indígenas las medidas legislativas y administrativas. En ese sentido, lo han establecido los artículos 6° y 15° del Convenio 169 y el artículo 19° de la Declaración. Adicionalmente, en el art. 32 de la Declaración se incorpora la necesidad de contar con el consentimiento cuando se vaya a implementar un proyecto que afecte a las tierras o territorio y otros recursos de los pueblos indígenas. (Sevillano, 2010, págs. 49-50)

2.2.1.5. ¿Quién Consulta?

Los instrumentos internacionales mencionan que corresponde al Estado la obligación de realizar la consulta mas no se menciona el tipo de entidad que debiera asumir tal responsabilidad dentro de la estructura del Estado en cuestión (en la medida en que corresponderá a cada Estado la adecuación de su normativa). (Sevillano, 2010, pág. 57)

Cada Estado deberá definir qué entidad estatal llevará adelante el proceso de consulta, pudiendo señalarse... a aquella que adoptará la medida legislativa o administrativa. Esto,

desde luego, no solo incluye a los gobiernos nacionales, sino también a los sub-nacionales. (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014, pág. 20)

Al respecto el Ministerio de Cultura señala como los responsables de organizar los procesos de consulta al Estado, en sus diferentes niveles de gobierno (nacional, regional y local), así como cualquier otra entidad de la administración pública. En el marco de la Ley N° 29785, la entidad estatal responsable de realizar un proceso de consulta previa a pueblos indígenas se denominan entidad promotora. (Ministerio de Cultura, 2014, pág. 11)

El artículo 17° de la LCP señala que la entidad competente para realizar los procesos de consulta son las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios.

[...] Esta responsabilidad recae en el Estado, la misma que bajo ningún supuesto puede ser delegada en una empresa privada o en otros terceros. En ese sentido, las “consultas” efectuadas o que vayan a ser efectuadas directamente por las empresas interesadas, por ejemplo, en la explotación de los recursos ubicados en los territorios de los pueblos indígenas, no califican como procesos de consulta previa propiamente dichos. (COMISEDH, 2013, pág. 13)

La obligación de consultar es enteramente una responsabilidad del Estado, quien como ente tiene el deber de respetar y garantizar los derechos humanos dentro de su jurisdicción; se encuentra en la situación de imparcialidad adecuada para garantizar que la consulta se realizará de manera correcta. (Bregaglio, Olivera, Ocampo, & Salmón, 2012, págs. 46-47)

La entidad promotora es responsable de asumir todos los gastos del proceso de consulta. Por esto, los distintos organismos del Estado deben desarrollar las capacidades técnicas para identificar las medidas administrativas o legislativas que requerirán consulta previa, por un lado, y los obstáculos que limitan la participación de las comunidades a ser consultadas (y de grupos vulnerables al interior de éstas), por el otro. Una adecuada identificación de las medidas a consultar y de los costos de implementar la consulta permite desarrollar un plan de financiamiento que garantice que la consulta sea verdaderamente inclusiva y evite demoras. (Banco Mundial con

colaboración del Ministerio de Cultura del Perú y contribuciones externas, 2016 , pág. 12)

2.2.1.6. ¿A quién se Consulta?

El artículo 5° de la LCP señala que los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.

[...] la consulta solo procederá ante la violación de los derechos colectivos. Una pregunta relevante que conviene analizar, a propósito de este artículo, es la siguiente: ¿el Estado declara o constituye los derechos? Los derechos humanos o los derechos constitucionales no son concesiones del Estado, sino que son anteriores a este. El fundamento de los derechos de los pueblos indígenas tiene su fundamento es la dignidad humana y no en la voluntad del Estado. Lo que hace el Estado es reconocer una realidad anterior a ella, en ese sentido el Estado no constituye, no crea los derechos, sino que reconoce derechos que existían antes que ellos sean positivizados. (Ruiz, Guía de Interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley N°29785): Análisis, comentarios y concordancias de cada uno de los artículos, 2011, pág. 141)

El artículo 7.2° del reglamento de la LCP, indica que los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas del ámbito geográfico en el cual se ejecutaría dicha medida o que sea afectado directamente por ella. La consulta se realiza a través de sus organizaciones representativas. Para ello, los pueblos indígenas nombrarán a sus representantes según sus usos, costumbres y normas propias.

Al respecto el Ministerio de Cultura, señala que los “procesos de consulta son solo a los pueblos indígenas u originarios, que han sido identificados como tales según los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT, cuyos derechos colectivos podrían verse afectados de forma directa por la medida”. (Ministerio de Cultura , 2014, pág. 21)

La definición de quién es y quién no es indígena ha adquirido renovada importancia con la aprobación creciente de leyes que protegen los derechos de la población indígena. Para facilitar la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados, el VMI ha creado la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI), publicada en 2012 tras un intenso debate. La BDPI no tiene carácter constitutivo de derechos, sino

de referencia, y está en permanente revisión y desarrollo. Al día de hoy, la BDPI identifica a 55 pueblos indígenas de las zonas amazónica y andina. Adicionalmente, el VMI ha desarrollado diversos instrumentos para identificar a los pueblos indígenas ante una posible afectación de sus derechos, destacando una guía metodológica que incorpora mecanismos participativos de levantamiento de datos. La identificación en campo permite recabar información relevante y generar nuevos insumos que nutren la BDPI. (Banco Mundial con colaboración del Ministerio de Cultura del Perú y contribuciones externas, 2016 , pág. 11)

Entonces “La consulta es un derecho orientado a garantizar que los pueblos indígenas tengan una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos, y en los procesos que puedan afectarles directamente”. (Elizabeth, Bregaglio, Olivera, & Ocampo, 2012, pág. 37)

En nuestro país aún resulta complejo comprender que los pueblos indígenas gocen de un derecho que a primera impresión le asigna un mayor beneficio que al resto de los ciudadanos, no obstante, debe tenerse una visión integral de esta situación. Históricamente, la población indígena ha sido excluida y luego de muchos años de lucha se ha logrado el reconocimiento de sus derechos a nivel internacional; por ello, luego de la aceptación de la actual situación de desigualdad en la que viven los pueblos indígenas, se afirmó la necesidad de otorgar derechos que busquen poner fin a las circunstancias de discriminación. (Sevillano, 2010, pág. 46)

2.2.1.7. Criterios de Identificación de pueblos indígenas u originarios

Si analizamos el Convenio 169 de la OIT, tal como lo indica el Ministerio de cultura, para tomar en cuenta los criterios de identificación de pueblos indígenas, se pudo evidenciar que no existe una definición exacta del término “pueblos indígenas” y que en general en el derecho internacional e interno tampoco se podrá encontrar una definición precisa, sin embargo no es indispensable para efecto de proteger sus derechos humanos.

El Convenio 169 de la OIT señala:

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

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

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

“De acuerdo con ello, los pueblos indígenas descenden de las poblaciones que en la época de la conquista o de la colonización habitaban el territorio que ahora pertenecen a un determinado país, cualquiera sea la situación jurídica de dicho pueblo y en tanto conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Esto es lo que se denomina el “criterio objetivo”. Al criterio objetivo se le agrega la conciencia de su identidad indígena que dicho pueblo debe conservar. A esta conciencia se le denomina el “criterio subjetivo”. Cabe destacar que, el ámbito de aplicación del Convenio 169 se basa en una combinación de ambos criterios, por lo que la auto-identificación indígena se complementa con el criterio objetivo antes descrito, y viceversa”. (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014, págs. 16-17)

El Ministerio de Cultura, tomando como base el artículo 3° inciso k del reglamento de la LCP señala que, el Pueblo Indígena u Originario son aquellos que descenden de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal.

Así mismo, a partir de este artículo y del Convenio 169 de la OIT, el Ministerio de Cultura indica que:

Son pueblos que tienen su origen en tiempos anteriores al Estado, que conservan todas o algunas de sus instituciones distintivas y que poseen una identidad colectiva y originaria. Para ello, se deben considerar los siguientes criterios:

- Continuidad histórica: da cuenta de la existencia del pueblo desde tiempos anteriores al Estado.
- Conexión territorial: da cuenta de pueblos cuyos ancestros habitaban este país o región. Es decir, que sean originarios del Perú.
- Instituciones distintivas: da cuenta de pueblos que conservan todas o parte de sus instituciones sociales, políticas, económicas y culturales.
- Autoidentificación: da cuenta de pueblos que tienen una identidad colectiva y originaria. Es decir, que tengan una identidad de grupo cuya historia se remonte a periodos anteriores a la creación del Estado.

Estos cuatro criterios son necesarios y deben presentarse de forma conjunta para hablar de pueblos indígenas u originarios. (Ministerio de Cultura, 2014, pág. 12)

“La falta de identificación de alguno(s) de los miembros de la comunidad con respecto de los usos y costumbres vigentes en ésta, no será utilizado por el Estado como argumento para denegar al pueblo la condición de indígena o tribal” (COMISEDH, 2013, pág. 10).

2.2.1.7.1. Comunidades campesinas y nativas

“Nuestro TC ha interpretado las disposiciones sobre comunidades campesinas y nativas de la Constitución (artículos 88° y 89°)...lo que claramente quiere decir que en nuestro marco constitucional existe una equiparación entre los conceptos pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas” (COMISEDH, 2013, pág. 10)

El Ministerio de Cultura señala lo siguiente:

Cuando hablamos de comunidades campesinas o nativas no necesariamente estamos hablando de pueblos indígenas u originarios. Si bien una o muchas comunidades pueden ser o formar parte de un pueblo indígena u originario, otras pueden no serlo. Asimismo,

existen muchas localidades o colectivos, no organizados en comunidades, que pueden ser o formar parte de un pueblo indígena u originario. (Ministerio de Cultura , 2014, pág. 21)

Para poder tener certeza si una comunidad andina (campesina) y/o nativa forma parte de pueblos indígenas u originarios se debe revisar el artículo 3.k° del reglamento de la Ley de Consulta Previa que señala: “los criterios establecidos en el artículo 7° de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos.”

2.2.1.8. ¿Quiénes son los actores del Proceso de Consulta Previa?

Los procesos de consulta previa se realiza entre el Estado a través de la entidad promotora, quien es la entidad pública responsable de realizar este proceso y los pueblos indígenas u originarios con sus representantes; sin embargo no podemos dejar de lado la participación de otro actores que intervienen en los procesos de consulta, quienes garantizan y velan por el respeto y cumplimiento de sus derechos.

Entre ellos se puede mencionar al Viceministerio de Interculturalidad, que es el órgano rector y especializado en pueblos indígenas u originarios y lógicamente responsables también del proceso de implementación de la consulta previa, a través de sus direcciones, brinda asistencia técnica y capacitación a la entidad promotora y a los pueblos indígenas; además, es el órgano que emite opinión especializada en los procesos de consulta previa sobre la afectación que pueden tener las medidas administrativas y legislativas en los pueblos indígenas, sobre dónde se realizará la consulta y la identificación de los pueblos indígenas consultados. En caso de las consultas organizadas por los gobiernos regionales o locales, el Viceministerio tiene la responsabilidad de autorizarla por medio de un informe favorable (Ministerio de Cultura - Interculturalidad , 2017).

El Viceministerio de Interculturalidad, es el órgano rector y responsable de formular políticas, programas y proyectos que promuevan la interculturalidad, como principio rector, para fomentar y garantizar los derechos y el desarrollo integral de los grupos culturalmente

diversos del país, y construir una ciudadanía que reconozca, respete y se enriquezca de la interacción con la diversidad cultural.

Entre las funciones y objetivos del Viceministerio de Interculturalidad se incluye la capacidad y responsabilidad de generar mecanismos para difundir la práctica intercultural, y para evitar cualquier tipo de exclusión y discriminación. Las funciones específicas del Viceministerio de Interculturalidad son:

- a) Promover y garantizar el sentido de la igualdad social y el respeto a los derechos de los pueblos del país, en conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- b) Formular políticas de inclusión de las diversas expresiones culturales de nuestros pueblos y generar mecanismos para difundir una práctica intercultural integrando a la sociedad peruana y sustentada en una cultura de paz y solidaridad.
- c) Proponer mecanismos para evitar cualquier tipo de exclusión o discriminación de los diferentes pueblos del país, asegurando la construcción y el fortalecimiento de una identidad nacional.
- d) Coordinar, orientar y supervisar las actividades que cumplen los órganos del Ministerio de Cultura, los organismos públicos y demás entidades correspondientes al sector, para promover la construcción de políticas que permitan conocernos mejor y que reconozcamos las diversas culturas que existen en nuestro país y que su respeto y valoración permitan construir una ciudadanía intercultural.
- e) Formular, ejecutar y supervisar políticas y normas que promuevan prácticas vigilantes para evitar expresiones de discriminación contra los ciudadanos y pueblos del país. (Ministerio de Cultura , 2017)

Además son de su competencia las funciones asignadas por la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) (Ministerio de Cultura - Interculturalidad , 2017)

El Viceministerio de Interculturalidad está organizado de la siguiente manera:

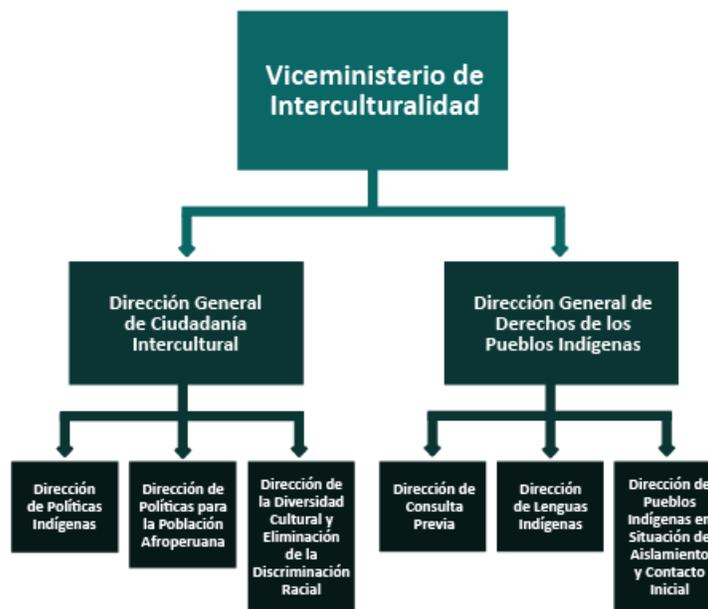


Figura 01. Viceministerio de Interculturalidad

Fuente: Web Ministerio de Cultura

Por otro lado la Dirección de Consulta Previa, es el órgano de línea encargado de realizar las acciones vinculadas a la promoción de la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas del país, brindando asistencia técnica. El órgano tiene las siguientes funciones:

- a) Concertar y coordinar con las entidades promotoras la realización de procesos de consulta previa en el marco de la normatividad vigente sobre consulta previa.
- b) Organizar y mantener el registro de los resultados de los procesos de consulta previa realizados y el registro de facilitadores.
- c) Informar y sensibilizar a los pueblos indígenas y otras organizaciones sobre el alcance del derecho a consulta previa, su implementación y sus efectos.
- d) Brindar asistencia técnica a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes del o de los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.
- e) Brindar capacitación a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes del o de los pueblos indígenas u originarios, para implementar los procesos de consulta previa.

- f) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos a ser consultados en el marco de la normativa vigente sobre el derecho de consulta previa.
- g) Asesorar a las entidades responsables de ejecutar procesos de consulta y a los pueblos que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.
- h) Proponer a la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas, cuando corresponda, las normas, directivas y lineamientos en el marco de sus competencias.
- i) Coordinar con otras entidades del sector público y privado, nacional e internacional.
- j) Promover la suscripción de convenios de colaboración interinstitucional nacionales e internacionales. (Ministerio de Cultura , 2017)

Así mismo podemos mencionar al trabajo de la Defensoría del Pueblo, “que participa como observador en función a su rol constitucional de defensa de los derechos fundamentales y supervisa a las demás entidades en el cumplimiento de sus funciones” (Ministerio de Cultura, 2015, pág. 19); se tiene también a los Asesores, que tienen el rol de acompañar a los pueblos indígenas u originarios durante el desarrollo de todo el proceso brindándoles asesoría. Los Facilitadores, “encargados de orientar el proceso de consulta y conducir los eventos que se lleven a cabo, manteniendo una posición imparcial” (ONAMIAP, 2016, pág. 62), también están los Observadores, son instituciones gubernamentales o no gubernamentales que observan el proceso de consulta y pueden emitir un informe sobre el proceso y finalmente los Intérpretes y traductores, “son las personas convocadas por la entidad promotora para realizar la interpretación oral y/o traducción escrita de la información en las distintas etapas del proceso de consulta” (Ministerio de Cultura, 2015, pág. 18).

2.2.1.9. ¿Cuáles son las etapas del proceso de Consulta Previa?

Las etapas del proceso de consulta previa se establecieron en el artículo 8° de la LCP y los artículos 14° al 23° del reglamento de la LCP. Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

2.2.1.9.1. Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.

La etapa de identificación de la medida es la primera etapa del proceso de consulta previa. Es responsabilidad del Estado y consiste en evaluar, conforme a la normativa vigente, cuándo una propuesta estatal debe ser objeto de consulta previa y cuándo no. Al respecto el art. 9° de la LCP, señala:

Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas. Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que considere que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio. En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Conforme a la normativa vigente, corresponde que las entidades públicas, a través de los órganos correspondientes, evalúen si por sus contenidos, implicancias, efectos o consecuencias, una medida podría afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, es decir, cambiar la situación o el ejercicio de alguno o algunos de dichos derechos. (Ministerio de Cultura, 2017, pág. 13)

La medida podría ser de tipo legislativo (ley, ordenanza) o administrativo (decreto supremo, resolución, acuerdo de concejo municipal o consejo regional), así como planes, proyectos o programas.

a) Medida

Una medida es una propuesta estatal que, por su contenido, podría afectar derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios. Pueden ser medidas legislativas o administrativas. Estas pueden aprobar planes, programas o proyectos.

Para la descripción y análisis de la medida, se deben considerar las disposiciones y las actividades que ella contiene. Las disposiciones son mandatos que la medida contempla para alcanzar sus objetivos. Estas disposiciones pueden establecer derechos, obligaciones (de hacer o de no hacer), restricciones, autorizaciones y otros, con la finalidad de alcanzar los objetivos propuestos.

b) Afectación Directa

Cuando la Ley de Consulta Previa y su Reglamento usan el concepto afectar/afectación no lo están usando solamente en sentido de perjuicio o con una carga negativa. Cuando se refieren a medidas que pudieran afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios no están diciendo medidas que pudieran perjudicar la situación o el ejercicio de dichos derechos. Según las referidas normas, afectar no es sinónimo de perjudicar.

El art. 3° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa señala “se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas u originarios cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”.

Como se puede ver, “afectación” queda entendida como un cambio o una modificación en la situación o en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Los cambios pueden ser vistos o considerados como positivos o como negativos (beneficio o perjuicio) según amplíen, ensanchen o restrinjan las posibilidades para el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos concernidos.

2.2.1.9.2. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.

Consiste en identificar al sujeto del derecho a la consulta previa. Es decir, si la población que podría verse afectada por la aprobación de la medida es un colectivo que además es o pertenece a un pueblo indígena u originario. En este punto se debe tomar en cuenta que la

consulta previa aplica en los casos en que se estén afectando los derechos colectivos de estos pueblos. La identificación de los pueblos indígenas u originarios es una tarea que está a cargo de la entidad promotora y no tiene plazo definido. La identificación se realiza sobre la base de los criterios de identificación que desarrolla la normativa nacional e internacional vigente. (Ministerio de Cultura, 2014, págs. 17 - 19)

2.2.1.9.3. Publicidad de la medida legislativa o administrativa.

Consiste en la difusión de la medida y del Plan de Consulta. Para ello deben entregarse la propuesta de la medida a consultar y el Plan de Consulta a las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios. Estos documentos, y el acto de entrega, deben ser publicados en el portal web de la entidad promotora. Es a partir de este momento que se contabiliza el plazo de inicio del proceso de consulta previa. Esta etapa también está a cargo de la entidad promotora y no tiene plazo definido. (Ministerio de Cultura , 2014, págs. 17 - 19)

2.2.1.9.4. Información sobre la medida legislativa o administrativa.

Esta etapa tiene como objetivo el conocimiento y la comprensión de la medida legislativa o administrativa a consultar por parte de los pueblos indígenas u originarios, de manera que estos tengan a la mano todos los elementos para realizar un análisis de la medida. Es así que la entidad promotora tiene como tarea informar a las organizaciones y representantes de los pueblos sobre los motivos, implicancias, afectaciones, impactos y consecuencias que tendría la medida. Cabe mencionar que la información proporcionada debe ser culturalmente adecuada, por lo que debe considerar, por ejemplo, el idioma, la geografía y el ambiente en el que se desenvuelven estos pueblos, entre otros aspectos. Esta etapa está a cargo de la entidad promotora y debe realizarse en un plazo de entre 30 y 60 días calendario. (Ministerio de Cultura , 2014, págs. 17 - 19)

2.2.1.9.5. Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.

Consiste en el proceso de evaluación y análisis que realizan los pueblos indígenas u originarios acerca de los alcances, incidencias, afectaciones e impactos que la medida

administrativa o legislativa pueda ocasionar sobre sus derechos colectivos. Este proceso está a cargo de los pueblos consultados y debe tener una duración máxima de 30 días calendario. El proceso terminará con la entrega de los Resultados de la evaluación interna a la entidad promotora. En este caso, la tarea de la entidad promotora es brindar apoyo logístico a las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios para que lleven a cabo esta etapa. (Ministerio de Cultura , 2014, págs. 17 - 19)

2.2.1.9.6. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.

En esta etapa se concreta el diálogo entre la entidad promotora y los pueblos indígenas u originarios a través de sus representantes acreditados. El objetivo es la búsqueda de consensos sobre aquellos aspectos de la medida que susciten diferencias respecto a las posiciones de los pueblos indígenas u originarios. El diálogo culmina con un Acta de Consulta, el cual incluye los acuerdos, desacuerdos, actos u ocurrencias del proceso. Los acuerdos a los que se llegue en esta etapa son de cumplimiento obligatorio para las partes. Esta etapa cuenta con la participación de la entidad promotora y los pueblos indígenas u originarios, teniendo una duración máxima de 30 días calendario. (Ministerio de Cultura , 2014, págs. 17 - 19)

2.2.1.9.7. Decisión.

Se trata de la etapa en la cual la entidad promotora toma la decisión final respecto a la medida que ha sido consultada. Esta decisión debe respetar los acuerdos resultantes del proceso de consulta previa. En el caso de no tener acuerdos, la entidad promotora debe tomar la decisión sobre la base de una motivación que garantice el respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Una vez que la entidad promotora toma la decisión final, esta debe elaborar el Informe final sobre el proceso de consulta y enviarlo a los representantes de las organizaciones de los pueblos indígenas u originarios que fueron parte del proceso. Esta etapa está a cargo de la entidad promotora y no tiene plazo definido. (Ministerio de Cultura , 2014, págs. 17 - 19)

2.2.1.10. ¿Quién se beneficia de la Consulta Previa?

Los directos beneficiados de los procesos de consulta previa recaen en los pueblos indígenas u originarios.

Los pueblos indígenas u originarios sienten el respaldo del Estado, estos mismos no están en contra de actividades por las cuales se inician los procesos de consulta, si no que demandan más atención e información sobre cuando, como, porque, quien desarrollará actividades en su zona, la idea es empoderarlos en la toma de decisiones respecto a sus derechos colectivos. (Livia, 2017)

2.2.1.11. Posición del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, en su condición de supremo intérprete de la Constitución, ha brindado un paulatino reconocimiento a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Para ello, ha seguido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud del mandato establecido de manera general en la IV Disposición Final y Transitoria, y de manera particular lo prescrito en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (Ministerio de Cultura del Perú, 2016, pág. 16)

2.2.1.11.1. Jurisprudencia

a) TC 03343-2007-PA

Contexto: Se trata de un recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jaime Hans Bustamante Johnson contra la resolución de la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 926, su fecha 10 de mayo de 2007, que declara infundada la demanda de autos. La demanda inicial de amparo fue contra las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Petrolera del Perú, LLC Sucursal del Perú), Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú (en adelante REPSOL) y Petrobras Energía Perú S.A. (en adelante PETROBRAS), por considerar que se amenazan sus derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; a la vida, el libre desarrollo y el bienestar; a la protección de la salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber

de contribuir a su promoción y defensa; a exigir del Estado la promoción de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas; alimentación; y al agua. Solicitan que se repongan las cosas al momento en que se inició la amenaza de violación de dichos derechos y se suspenda la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural protegida “Cordillera Escalera”.

Al respecto la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín confirma la apelada considerando que de la lectura del Informe N.º 082-2006-MEM-AAE/MB, el mismo versa sobre la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de exploración sísmica de la estructura Pihuicho en el lote 103, emitiendo una opinión favorable para la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), de acuerdo a lo establecido en el Decreto supremo N.º 015-2006-EM, por lo que no existe amenaza de violación al medio ambiente; y que del peritaje obrante en autos se colige que no se ha generado impactos ambientales de envergadura, habiéndose determinado que en las operaciones de análisis sísmico experimental realizado por las emplazadas, no se hizo uso del recurso hídrico, precisándose que no existe afectación directa o indirecta sobre el agua superficial y subterránea que atente contra el uso y consumo humano.

Decisión del TC: Declarar FUNDADA la demanda. En consecuencia, queda prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad entre la actividad de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. En caso de que ya se encuentre en ejecución la última fase de la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas. (Recurso de Agravio Constitucional , 2009)

Fundamentos relevantes en Materia Indígena:

- La tolerancia de la diversidad como valor constitucional y la necesidad de erradicar toda fuerza homogenizadora como contenido del derecho a la identidad cultural (f.j. 27)

- La dimensión objetiva del derecho a la identidad cultural obliga al Estado a proteger la pluralidad étnica y cultural (f.j. 28)
- El contenido constitucional protegido del derecho a la identidad étnica (f.j. 29)
- El contenido constitucional protegido del derecho a la identidad cultural (f.j. 30)
- El rango constitucional del Convenio 169 de la OIT y la obligación de su aplicación por todas las entidades del Estado (f.j. 31)
- La necesidad de una tutela adecuada a su contexto y necesidades (f.j. 32)
- El contenido del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas de los pueblos indígenas (f.j. 32)
- La libre determinación de los pueblos indígenas es sustento del derecho a la consulta (f.j. 33)
- La concepción de los pueblos indígenas sobre la tierra es fundamento del derecho a la consulta. (f.j. 33)
- Necesidad de armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos. (f.j. 34)
- El contenido del derecho a la consulta previa (f.j. 35)
- La participación y la consulta previa legítima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de recursos naturales. (f.j. 36)
- Necesidad de generar el menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades (f.j. 39)
- Necesidad de implementar mecanismos de participación de las comunidades en actividad y de las rentas que pueda generar (f.j. 39).
- En caso de colisión o superposición entre concesiones y áreas protegidas no es el criterio temporal o cronológico el que predomina sino la importancia del bien jurídico constitucional afectado. (f.j. 49)
- Obligación de implementar fórmulas que permitan conciliar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y humano. (f.j. 60)
- Prohibición de formas de exploración y explotación de hidrocarburos irrazonables, que en sí mismas puedan ser destructivas y no sostenibles para el

desarrollo regional y el beneficio de las generaciones presentes y futuras involucradas. Ello exige que el Estado controle el uso racional de los recursos naturales dentro de un desarrollo económico armónico, criterio que el Tribunal Constitucional busca enfatizar en esta sentencia. (f.j. 60 y 61) (Ruiz, La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, 2012, pág. 335)

b) Sentencia 00022-2009-PI/TC

Contexto: Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1089; en razón de que la mencionada norma fue promulgada sin efectuar ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), afectándose con ello los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral, establecidos en los artículos 6, 15, 17 del mencionado convenio. De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Se alega también que con dicha norma se afectan otros derechos establecidos en el Convenio N.º 169, como el derecho sobre las tierras de los pueblos indígenas (artículos 13 al 19), en el considerando que no se tomaron en cuenta medidas que garanticen la protección de sus derechos de propiedad y posesión, se afecta también el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas, previsto en el artículo 17 del Convenio, que declara el respeto de sus formas tradicionales de transmisión de sus territorios. Por último, alegan que se estaría vulnerando lo previsto en el artículo 19 del Convenio en cuanto se afecta el derecho al desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas.

Decisión del TC: Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. INTERPRETAR el Decreto Legislativo N.º 1089 de conformidad con el fundamento 57 de la presente sentencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas. (Demanda de Inconstitucionalidad, 2010)

Fundamentos relevantes en Materia Indígena:

- Reconocimiento de la fuerza normativa moral y persuasiva de la DNUDPI (f.j. 8).
- Reiteración del reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT y de su función normativa e interpretativa (f.j. 31)
- Inaplicabilidad de norma que contradiga el Convenio 169 de la OIT (f.j. 10).
- Reconocimiento de la aplicabilidad inmediata del Convenio 169 aun cuando no haya sido reglamentada (f.j. 12 y 13).
- Reconocimiento de la inicio de la fuerza vinculante del Convenio 169 de la OIT (f.j. 41).
- Principio de la inclusión antes que de la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante (f.j. 14 y 18).
- Reconocimiento del principio de la protección de los derechos para garantizar la subsistencia de los pueblos indígenas (f.j. 14)
- Reconocimiento del principio del dialogo intercultural (f.j. 17).
- Establecimiento de reglas para definir la afectación directa a los pueblos indígenas (f.j. 19, 20, 21 y 23)
- La diferencia entre el derecho a la consulta y el derecho al veto (f.j. 24 y 25)
- Reconocimiento de principios que orientan la realización de la Consulta Previa (f.j. 26).
- Principio constitucional de buena fe (f.j. 27 y 28)
- Principio constitucional de la flexibilidad (f.j. 31).
- Principio constitucional de la finalidad de alcanzar un acuerdo (f.j. 33).
- Principio constitucional de transparencia (f.j. 35).
- Principio constitucional de implementación previa del proceso de consulta (f.j. 36).
- La determinación del contenido constitucional protegido del derecho a la consulta (f.j. 37, 38 y 40).
- La determinación de reglas sobre las etapas del proceso de consulta (f.j. 41).
- El principio de la obligación jurídica del Estado de delimitar los territorios indígenas (f.j. 44).

- Principio de la interpretación constitucional intercultural de las normas civiles de propiedad (f.j. 45 y 46)
- Reconocimiento de la obligación de compartir los beneficios de las actividades consultadas (f.j. 52).
- Los derechos constitucionales son vinculantes incluso aun cuando no han sido desarrollados normativamente. (f.j. 12).
- La facultad de legislador positivo de los jueces (f.j. 13). (Ruiz, La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, 2012, pág. 335)

c) Sentencia 05427-2009-PC/TC

Contexto: Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP) contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 593, su fecha 4 de junio de 2009, que confirmó la apelada que declaraba improcedente la demanda de cumplimiento de autos; que versaba sobre demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas a fin de que dé cumplimiento al Convenio N.º 169 de la OIT y, en consecuencia, adecue sus normas, reglamentos y directivas al texto del mencionado tratado internacional; estimando que para establecer el cumplimiento por parte del Estado de las disposiciones establecidas en el Convenio 169 de la OIT se hace necesaria la verificación o confrontación de normas que se han emitido sobre la materia, lo cual no puede realizarse en un proceso constitucional como el de cumplimiento.

Decisión del TC: Declarar FUNDADA la demanda de cumplimiento interpuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), por haberse acreditado el incumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT. ORDENAR al Ministerio de Energía y Minas a que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia. EXHORTAR al Congreso de la República a que, dentro del marco de sus competencias establecidas en el artículo 108° de la Constitución, culmine con el trámite de promulgación de la “Ley del Derecho

a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, aprobada en la sesión ordinaria del 19 de mayo del 2010, en el término más inmediato posible. Declarar IMPROCEDENTE la demanda en el extremo referido a la obligación del Ministerio de Energía y Minas de adecuar sus reglamentos a lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT, en materia de derecho a la tierra, al medio ambiente y los recursos naturales, por no ser asunto de su competencia. (Recurso de Agravio Contitucional , 2010)

Fundamentos relevantes en Materia Indígena:

- La fuerza normativa de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT (f.j. 9)
- El proceso de cumplimiento no estaba pensado para demandar el cumplimiento de las cláusulas de rango constitucional (f.j. 10, 12).
- El principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales (f.j. 15).
- La obligación de «operativizar» las clausulas constitucionales (f.j. 15).
- La renuencia a acatar la eficacia de las normas constitucionales constituye «fraude a la Constitución» (f.j. 16).
- Un tema clave: Libertad de configuración legislativa del Congreso vs. Fuerza normativa de la Constitución (f.j. 17 y 27)
- La adecuación del proceso de cumplimiento a la violación de la Constitución por la omisión de legislar y reglamentar normas constitucionales (f.j. 19, 23 y 25).
- La diferencia entre lo constitucionalmente posible y lo constitucionalmente necesario (f.j. 33).
- La no reglamentación desprotege a los pueblos indígenas y genera inseguridad en las inversiones (f.j. 39 y 48).
- La reglamentación del derecho a la consulta no ha sido idónea ni se ha hecho referencia expresa a los pueblos indígenas (f.j. 53, 62 y 63).
- Las reglas sobre el derecho a la consulta, establecidas jurisprudencialmente (f.j. 60) (Ruiz, La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, 2012, pág. 335)

d) Sentencia 00023-2009-PI/TC

Contexto: Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1079, que Establece Medidas que Garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas, publicado el 28 de junio de 2008, en el diario oficial El Peruano. Los demandantes refieren que, “sin entrar al fondo del contenido de la norma”, ésta fue legislada y promulgada sin hacer ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Explican que con ello se afectan los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral establecido en los artículos 6, 15, 17 del mencionado convenio. De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Argumentan que el decreto legislativo no contempla el hecho y existencia de comunidades nativas no tituladas al interior o en las zonas de amortiguamiento de las Áreas Naturales. De otro lado, afirma que puesto que la norma postula el principio de “dominio eminential” con ello se excluye toda pretensión jurídica de los pueblos indígenas a reivindicar su derecho de propiedad sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, contraviniéndose así los artículos 13, 14, 15 y 16 del Convenio N.º 169. Alegan además que al no haberse respetado el derecho de consulta de los pueblos indígenas se ha contravenido el artículo 118, inciso 1 de la Constitución, que obliga al Presidente de la República a cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

Decisión del TC: Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N.º 1079, que Establece Medidas que Garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas. (Demanda de Inconstitucionalidad , 2010)

Fundamentos Relevantes en Materia Indígena:

- Toda norma no consultada es nula (f.j. 5).
- Necesidad de ponderar los bienes jurídicos constitucionales en tensión (f.j. 9) (Ruiz, La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, 2012, pág. 335)

e) Sentencia 00025-2009-PI/TC

Contexto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama y ocho mil noventa y nueve ciudadanos contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, emitida por el Congreso de la República. Se alega que la norma impugnada fue promulgada sin que se efectuara ninguna consulta a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, señala que la ley no establece mecanismos por los cuales las comunidades nativas y campesinas puedan desarrollarse y mejorar su economía poniendo en grave riesgo su supervivencia. Por otro lado, impugnan que el sistema de incentivos de licencias de uso de agua para aquellos operadores que generen excedentes en el manejo de los recursos hídricos pone en una situación de desventaja a las comunidades nativas y campesinas, quienes carecen de capacidad para competir con dichas empresas operadoras. Finalmente, consideran que la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, colisiona con el artículo 66 de la Constitución, que establece que las condiciones de la utilización de los recursos naturales y su otorgamiento a particulares debe darse exclusivamente por Ley Orgánica.

Decisión del TC: Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. (Proceso de Inconstitucionalidad , 2011)

Fundamentos Relevantes en Materia Indígena:

- La consulta previa como derecho colectivo y la identidad cultural como fundamento de esta (f.j. 22)
- ¿Desde cuándo tiene vigencia el Convenio 169 de la OIT? (f.j. 23)
- Sobre el concepto de afectación directa a los pueblos indígenas de las medidas legislativas y administrativas (f.j. 25.) (Ruiz, La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, 2012, pág. 335)

f) Sentencia 00027-2009-PI/TC

Contexto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de ocho mil trescientos siete ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N.º 1020, mediante el cual se promueve la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario, publicado el 10 de junio de 2008 en el diario oficial El Peruano. Los demandantes aducen que el referido decreto no ha contado con un proceso participativo por parte de las comunidades campesinas y nativas, las mismas que podrían resultar afectadas. La norma fue legislada y promulgada sin hacerse ninguna consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas, tal como lo exigen el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (artículos 6, 15 y 17) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 19, 30 y 32). Señalan que el Poder Ejecutivo, amparado en la delegación de facultades que le hizo el Congreso con motivo de la implementación de la normatividad relacionada a la suscripción del TLC con Estados Unidos, promulgó la norma cuestionada. Precisan que la citada delegación se formalizó mediante la Ley N° 29157; además alegan que de la interpretación y concordancia de los artículos 2.1. Y 2.2. De dicha ley, el Poder Ejecutivo no podía excederse de los marcos previstos en el TLC Perú - Estados Unidos, máxime cuando el Congreso que es el titular de la potestad legislativa, fijó los términos estrictos y razonables del contenido enunciado en la ley de delegación. Asimismo, refieren que la norma cuestionada viola el artículo 101, inciso 4 de la Constitución Política que establece que existen ciertas materias legislativas indelegables, entre las que se encuentran las leyes orgánicas. A su entender, al imponer este decreto legislativo, un mandato a los Gobiernos Regionales de constituir un fondo y fideicomisos, está afectando su autonomía política y económica, así como sus competencias, establecidas en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Decisión del TC: Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad. (Demanda de inconstitucionalidad, 2010)

Fundamentos Relevantes en Materia Indígena:

- El crédito agrario como materia que tiene incidencia en la actividad económica de los pueblos indígenas, sobre todo si se tiene en cuenta que estos desarrollan

la actividad agrícola en sus tierras de manera colectiva. (f.j.10) (Ruiz, La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, 2012, pág. 335)

Finalmente se debe realizar un balance de aspectos positivos y negativos de las Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, por un lado podemos resaltar que el mejor y más valioso aporte que le dieron están sentencias a los pueblos indígenas es desarrollar contenidos, principio, directrices, valores y reconocimiento de derechos que son necesarios para llevar a cabo procesos de consulta y por el otro lado las sentencias fueron resueltas de diferente forma y teniendo incluso a veces contenidos confusos, muchas de las sentencias reconocen contenidos a favor de los pueblos y otras contradecían estas mismas, resultando un avance y retroceso “Nuestro TC no ha brindado una protección efectiva sino una protección retórica, desperdiciando oportunidades valiosas para desarrollar su jurisprudencia”. (SERVINDI, 2011)

2.2.1.12. Experiencias de Procesos de Consulta Previa en el Perú

A continuación se presenta la lista de procesos de consulta previa que se han implementado en el ámbito del Ministerio de Cultura.

Tabla 1. Proceso de Consulta Previa en el Perú

PROCESOS DE CONSULTA PREVIA									
PROCESOS FINALIZADOS									
N°	Caso	Alcance / Ubicación Departamento (Provincia / Distrito)	Pueblo Indígena	Número de comunidades / localidades indígenas involucradas	Entidad Promotora	Etapas	Fecha de publicidad	Fecha de diálogo	Fecha de aprobación de medida
1	Área de conservación regional Majuna Kichwa	Loreto (Maynas/ Napo y Mazán) y (Putumayo / Putumayo)	Majuna y Kichwa	12	Gobierno Regional de Loreto a través del PROCREL	Decisión	23 de mayo del 2013	22 de octubre del 2013	16 de junio del 2015
2	Lote 169	Ucayali (Atalaya/ Yurúa y Tahuanía) y (Coronel Portillo/ Iparía)	Ashaninka, Asheninka y Yaminahua	17	MINEM / PERUPETRO S.A.	Decisión	14 de octubre del 2013	20 de diciembre del 2013	13 de enero del 2014
3	Propuesta de Categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional	Ucayali (Coronel Portillo/ Callería) y Loreto (Requena/ Yaquerana y Soplin)	Matsés, Shipibo - Konibo, Ashéninka, Ishconahua Shipibo - Konibo, Wampis	6	Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP)	Decisión	17 de diciembre del 2013	31 de enero del 2014	9 de noviembre del 2015
4	Política Sectorial de Salud Intercultural	Proceso a nivel nacional	Todos	Nacional Todos	Ministerio de Salud - Centro Nacional de Salud Intercultural - CENSI	Decisión	15 de noviembre del 2013	12 de setiembre del 2014	1 de abril del 2016
5	Lote 195	Ucayali (Padre Abad / Aguaytía e Irazola) y Huánuco (Puerto Inca / Codo del Pozuzo)	Kakataibo y Shipibo - Konibo	9	MINEM / PERUPETRO S.A.	Decisión	14 de febrero del 2014	30 de abril del 2014	2 de junio del 2014
6	Lote 164	Loreto (Requena / Emilio San Martín, Maquía y Alto Tapiche; Ucayali / Sarayacu)	Capanahua y Kukama - Kukamiria	5	MINEM / PERUPETRO S.A.	Decisión	20 de junio del 2014	9 de setiembre del 2014	25 de noviembre del 2014
7	Lote 189	Ucayali (Atalaya / Yurúa y Raimondi) y (Coronel Portillo / Iparía)	Ashaninka, Asheninka, y Shipibo - Konibo	37	MINEM / PERUPETRO S.A.	Decisión	4 de agosto del 2014	22 de setiembre del 2014	25 de noviembre del 2015

8	Lote 175	Junín (Satipo/ Río Tambo) y Ucayali (Atalaya/ Raymondi y Sepahua)	Ashaninka, Asheninka, Yine, Amahuaca, Matsigenka	83	MINEM / PERUPETRO S.A.	Decisión	4 de agosto del 2014	1° de noviembre del 2014	17 de diciembre del 2014
9	Reglamento de la Ley Forestal y Fauna Silvestre	Proceso a nivel nacional	Todos	Nacional Todos	Ministerio de Agricultura - Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre	Decisión	13 de octubre del 2014	19 de febrero del 2015	30 de setiembre del 2015
10	Lote 190	Madre de Dios (Tahuamanu / Iberia)	Yine	1	MINEM / PERUPETRO S.A.	Diálogo	25 de febrero del 2015	29 de abril del 2015	Aún no se tiene
11	Lote 191	Madre de Dios (Tampopata / Tahuamanu, Tambopata y Las Piedras)	Ese Eja, Shipibo, Amahuaca, Yine, Kichwa y Matsigenka	6	MINEM / PERUPETRO S.A.	Diálogo	28 de febrero del 2015	22 de mayo del 2015	Aún no se tiene
12	Lote 165	Loreto (Datem del Maraón / Manseriche, Morona y Barranca)	Wampis, Kukama - Kukamiria, Awajun y Shawi	50	MINEM / PERUPETRO S.A.	Diálogo	24 de marzo del 2015	19 de junio del 2015	Aún no se tiene
13	Hidrovia Amazónica	Ucayali / Loreto (Abarca los ríos Huallaga, Maraón, Ucayali y Amazonas)	Achuar, Awajún, Ashaninka, Bora, Capanahua, Kichwa, Kukama kukamiria, Murui Muinani, Shawi, Yagua, Tikuna, Murui, Shipibo - Konibo, Yine y Urarina	Más de 350	Ministerio de Transportes y Comunicaciones	Decisión	21 de mayo del 2015	22 de setiembre del 2015	28 de setiembre del 2015
14	Lote 192	Loreto (Datem del Maraón / Andoas y Pastaza) y (Loreto / Trompeteros y El Tigre)	Quechua, Kichwa y Achuar	25	MINEM / PERUPETRO S.A.	Decisión	23 de mayo del 2015	18 de agosto del 2015	29 agosto del 2015
15	Lote 197	Loreto (Maynas / Napo, Mazán y Alto Nanay)	Kichwa	16	MINEM / PERUPETRO S.A.	Diálogo	27 de mayo del 2015	23 de agosto del 2015	Aún no se tiene
16	Lote 198	Loreto (Maynas / Punchana, Alto Nanay, Mazán y Napo)	Kichwa y Murui muinani	22	MINEM / PERUPETRO S.A.	Diálogo	27 de mayo del 2015	8 de agosto del 2015	Aún no se tiene

17	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Aurora. Focus S. A.	Cusco (Calca / Yanatile)	Quechuas	1	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)	Decisión	4 de setiembre del 2015	No aplica por evaluación interna	24 de noviembre del 2015
18	Propuesta de Área de Conservación Regional Tres Cañones	Cusco (Espinar/ Coporaque y Suykutambo)	K'ana	8	Gobierno Regional de Cusco a través de la Gerencia Regional de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente	Diálogo	18 de setiembre del 2015	13 de enero del 2016	Aún no se tiene
19	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Toropunto. SMC Toropunto LTDA	Ancash (Huaylas / Pamparomas)	Quechuas	1	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)	Decisión	22 de setiembre del 2015	No aplica por evaluación interna	09 de diciembre del 2015
20	Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe	Proceso a nivel nacional	Todos	Nacional Todos	Ministerio de Educación	Decisión	21 de octubre del 2015	22 de enero del 2016	14 de diciembre del 2016
21	Consulta Previa para el Proyecto de exploración Misha. Barrick Miskychilca	Apurímac (Aymaraes / Cotaruse)	Quechuas	1	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)	Decisión	27 de noviembre del 2015	No aplica por evaluación interna	04 de marzo del 2016
22	Reglamento de la Ley de Lenguas	Proceso a nivel nacional	Todos	Nacional Todos	Ministerio de Cultura	Decisión	17 de diciembre del 2015	17 y 18 de marzo de 2016	21 de julio del 2016
23	Propuesta del Plan Maestro del Área de Conservación Regional Imiria	Ucayali (Coronel Portillo/ Masisea)	Shipibo-konibo	15	Gobierno Regional Ucayali	Diálogo	12 de febrero del 2016	8 de junio 2016	Aún no se tiene
24	Consulta Previa para el Proyecto de exploración La Merced. Barrick Miskychilca	Ancash (Aija / Huaclán, La Merced y Aija)	Quechuas	2	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)	Decisión	12 de mayo del 2016	14 de junio de 2016	08 de agosto de 2016
25	Consulta Previa para el Proyecto de explotación minera Apumayo. APUMAYO SAC	Ayacucho (Lucanas/ Chaviña y Sancos)	Quechuas	2	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)	Diálogo	16 y 18 de agosto del 2016	No aplica por evaluación interna	11 de enero de 2017

26	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Apumayo. APUMAYO SAC	Ayacucho (Lucanas/ Chaviña)	Quechuas	2	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)	Decisión	17 y 18 de agosto del 2016	29 de setiembre y 25 de octubre del 2016	10 de enero de 2017
27	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Corcapunta. Angloamerican Peru	Ancash (Recuay/ Llaclín)	Quechuas	2	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)	Diálogo	21 de agosto del 2016	No aplica por evaluación interna	23 de enero de 2017
28	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Anama. Anabi SAC	Apurímac (Antabamba/ Huaquirca)	Quechuas	1	Proyecto de exploración minera Anama	Diálogo	22 de agosto del 2016	No aplica por evaluación interna	Aún no se tiene
29	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Guadalupe	Ancash (Recuay y Huarmey / Pararin y Huarmey)	Quechuas	1	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)	Diálogo	25 de octubre del 2016	29 de enero de 2016	21 de abril de 2017
30	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Puquiopata	Ayacucho (Parinacochas/Coronel Castañeda)	Quechuas	1	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)	Diálogo	27 de octubre 2016	No aplica por evaluación interna	21 de marzo de 2017
31	Consulta Previa para el Proyecto Centrales Hidroeléctricas del Río Araza	Cusco (Quispicanchi/ Marcapata)	Quechuas	4	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)	Diálogo	15 y 16 de noviembre del 2016	Primera reunión 5 y 6 de abril 2017; segunda reunión 3 y 4 de mayo de 2017; tercera reunión 26 de mayo de 2017.	Aún no se tiene
32	Propuesta de categorización de la Zona Reservada Yaguas	Loreto (Putumayo/Yaguas y Putumayo; Mariscal Ramón Castilla/Pebas, San Pablo y Ramón Castilla)	Bora, Yagua, Ocaina, Kichwa, Tikuna y Murui	29	Ministerio del Ambiente - Servicio Nacional de Áreas Naturales protegidas por el Estado (SERNANP)	Diálogo	11 y 12 de enero del 2017	29, 30 y 31 de mayo del 2017	Aún no se tiene

33	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Panteria.	Huancavelica (Castrovirreyna/ Capillas)	Quechuas	1	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)	Diálogo	10 de mayo del 2017	No aplica por evaluación interna	Aún no se tiene
----	--	---	----------	---	---------------------------------------	---------	---------------------	----------------------------------	-----------------

Fuente: Ministerio de Cultura

RESULTADOS DE LOS PROCESOS DE CONSULTA		
N°	CASO	ACUERDOS ALCANZADOS
1	Área de conservación regional Maijuna Kichwa	<p>1. Sobre la carretera Napo Putumayo. Mantener la zona de la trocha carrozable como zona de recuperación (zonificación).</p> <p>2. Sobre la zonificación. Ampliar la zona de aprovechamiento directo (considerando el acceso a recurso del pueblo kichwa), por tanto modificar la zonificación del Expediente Técnico.</p> <p>3. Sobre el nombre del Área de Conservación Regional. Modificar el nombre de Área de Conservación Regional Maijuna por “Área de Conservación Regional Maijuna – Kichwa”.</p> <p>4. Sobre participación y gestión. Participación de los pueblos indígenas Maijuna y Kichwa en la gestión del ACR a través del comité de Gestión del ACR, para ello se mantendrán procesos de información con enfoque intercultural.</p>
2	Lote 169	Se aprobó la decisión para la implementación de la Medida Administrativa – Decreto Supremo, que aprobaría la suscripción del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 169, en la oportunidad que corresponda.
3	Propuesta de Categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional	Se publicó el Decreto Supremo (DS) N°014-2015-MINAM, que aprueba la categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor (ZRS) como Parque Nacional.
4	Política Sectorial de Salud Intercultural	Se publicó el Decreto Supremo N° 016-2016-SA, que aprueba la Política Sectorial de Salud Intercultural, que tiene por objetivo regular las acciones de salud intercultural en el ámbito nacional, a fin de lograr la atención de salud como un derecho humano, que favorezca la inclusión, igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Asimismo, cabe señalar que la norma aprobada crea una Comisión Multisectorial de carácter permanente con la finalidad de hacer seguimiento e implementación a la política, así como elaborar el Plan Sectorial de Salud Intercultural 2016-2021.
5	Lote 195	Se acordó que PERUPETRO revise y mejore la Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Licencia, relacionada a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, que será incorporada en el Modelo de Contrato para futuras licitaciones y que deberá ser coordinada con el Ministerio de Cultura. Asimismo se alcanzaron acuerdos relacionados con el cuidado ambiental, la contratación de mano de obra indígena, la participación de las comunidades en el monitoreo de las actividades de la empresa operadora, entre otros.
6	Lote 164	Se aprobó la decisión para la implementación de la medida administrativa, Decreto Supremo que aprobaría la suscripción del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 164, en la oportunidad que corresponda.
7	Lote 189	Se aprobó la decisión de la implementación de la medida administrativa del proceso de consulta. Esta medida es el Decreto Supremo que aprueba la suscripción de contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Lote 189, además se tomaron acuerdos en cuanto a la capacitación e información, el cuidado ambiental, la contratación de mano de obra

		indígena, la participación de las comunidades en el monitoreo de las actividades de la empresa operadora, entre otros.
8	Lote 175	Se aprobó la decisión para la implementación de la medida administrativa, Decreto Supremo que aprobaría la suscripción del Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 175, en la oportunidad que corresponda
9	Reglamento de la Ley Forestal y Fauna Silvestre	Se aprobó cuatro (04) reglamentos de la Ley N° 29763 Ley Forestal y de Fauna Silvestre, que se detallan a continuación: • D.S. N° 018-2015-MINAGRI, Reglamento de la Gestión Forestal, • D.S. N° 019-2015-MINAGRI, Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre. • D.S. N° 020-2015-MINAGRI Reglamento para la Gestión de Plantaciones Forestales y los Sistemas Agroforestales y, • D.S. N° 021-2015-MINAGRI Reglamento para la Gestión Forestal y de Fauna Silvestre en Comunidades Nativas y Comunidades Campesinas. Con la promulgación y publicación de los citados reglamentos entran plenamente en vigencia todos los contenidos de la Ley N° 29763 Ley Forestal y de Fauna Silvestre, conforme a lo dispuso por su sexta disposición complementaria y final. Por tanto, se cuenta con un nuevo marco legal cuya finalidad es la de regular, promover y supervisar la actividad forestal y de fauna silvestre, la promoción de la conservación, protección, incremento y uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre dentro del territorio nacional.
10	Lote 190	Aún no se tienen acuerdos
11	Lote 191	Aún no se tienen acuerdos
12	Lote 165	Aún no se tienen acuerdos
13	Hidrovía Amazónica	Se acordó modificación de cláusulas del Contrato de Concesión. Los acuerdos no relacionados directamente con la medida en consulta ni con el Contrato de Concesión y que serán asumidos como compromisos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, conforme a sus competencias.
14	Lote 192	En el proceso de consulta se llegó a acuerdos con los pueblos indígenas de las cuencas del Tigre y del Alto Pastaza. Los acuerdos alcanzados incluyen la creación de un fondo que permite el beneficio directo de los pueblos indígenas por las actividades económicas que se realicen sobre sus territorios. La fórmula propuesta establece la inclusión de una cláusula en el contrato de operación que destina el 0.75% del valor monetario de la producción fiscalizada a un fideicomiso privado. Los pueblos indígenas determinarán el uso de este fondo a través de una Junta de Administración.
15	Lote 197	Aún no se tienen acuerdos
16	Lote 198	Aún no se tienen acuerdos
17	Consulta Previa para el Proyecto de exploración	Se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de Minera Focus S.A.C., en el Proyecto Minero "Aurora", ubicado

	minera Aurora. Focus S. A.	en el distrito de Yanatile, provincia de Calca y departamento de Cusco.
18	Propuesta de Área de Conservación Regional Tres Cañones	Aún no se tienen acuerdos
19	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Toropunto. SMC Toropunto LTDA	Se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de SMC TOROPUNTO LTD. SUCURSAL DEL PERÚ, en el Proyecto Minero "Toropunto", ubicado en el distrito de Pamparomas, provincia de Huaylas y departamento de Ancash.
20	Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe	Se promulgó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Ministerial N° 629-2016-MINEDU, que aprueba el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe. La EIB es una política pública que tiene por finalidad, hacer llegar la educación a la población indígena u originaria de modo culturalmente pertinente, lo que incluye que sea brindada en la lengua materna de dichos usuarios. El Plan Nacional EIB, es la herramienta de gestión que orienta la implementación, define la finalidad, objetivos, resultados, acciones estratégicas y actividades que regirán las actuaciones del sector educación en todos sus niveles de gobierno hasta el 2021 en materia de EIB.
21	Consulta Previa para el Proyecto de exploración Misha. Barrick Miskychilca	Se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de Minera Barrick Misquichilca S.A., en el Proyecto Minero "Misha", ubicado en el distrito de Cotaruse, provincia de Aymaraes y departamento de Apurímac.
22	Reglamento de la Ley de Lenguas	Se promulgó el Decreto Supremo que aprueba el reglamento de la Ley N° 29735 Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú. Siendo el decreto el siguiente: • D.S. N° 004-2016-MC, Reglamento de la Ley N° 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú.
23	Propuesta del Plan Maestro del Área de Conservación Regional Imiria	Aún no se tienen acuerdos
24	Consulta Previa para el Proyecto de exploración La Merced. Barrick Miskychilca	Se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de MINERA BARRICK MISQUICHILCA S.A., en el Proyecto Minero "La Merced"-Fase 1, ubicado en los distritos de Huacllan y Aija, provincia de Aija y departamento de Ancash.
25	Consulta Previa para el Proyecto de explotación minera Apumayo. APUMAYO SAC	Se autorizó el inicio de actividades de desarrollo, preparación y explotación de la Modificación del Plan de Minado del proyecto "Apumayo" (Ayahuanca) a favor de Apumayo S.A.C., ubicado en los distritos de Chaviña y Sancos, provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho.
26	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Apumayo. APUMAYO SAC	Se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de APUMAYO S.A.C., en el Proyecto Minero "Apumayo" (Primera Etapa 102 plataformas de perforación), ubicado en los distritos de Chaviña y Sancos, provincia de Lucanas y departamento de Ayacucho.
27		Se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de Anglo American S.A., en el Proyecto Minero "Corcapunta" (20

	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Corcapunta. Angloamerican Peru	plataformas), ubicado en el distrito de Llacllin, provincia de Recuay en el departamento de Ancash.
28	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Anama. Anabi SAC	Aún no se tienen acuerdos
29	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Guadalupe	Se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de la Compañía Minera Milpo S.A.A., en el Proyecto Minero "Guadalupe" (20 plataformas y 40 pozas de sedimentación), ubicado en los distritos de Huarmey y Pararin, provincias de Huarmey y Recuay en el departamento de Ancash.
30	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Puquiopata	Se autorizó el inicio de actividades mineras de exploración a favor de la Compañía Minera Ares S.A.C., en el Proyecto Minero "Puquiopata" (10 plataformas de exploración), ubicado en el distrito de Coronel Castañeda, provincia de Parinacochas, departamento de Ayacucho.
31	Consulta Previa para el Proyecto Centrales Hidroeléctricas del Río Araza	Aún no se tienen acuerdos
32	Propuesta de categorización de la Zona Reservada Yaguas	Aún no se tienen acuerdos
33	Consulta Previa para el Proyecto de exploración minera Pantería.	Aún no se tienen acuerdos

Figura 02. Resultados de los Procesos de Consulta
Fuente: Ministerio de Cultura, 2016

2.2.1.13. Derechos Colectivos de los pueblos indígenas

Los derechos colectivos tienen como titular a un grupo de personas, mediante los cuales se protege sus derechos e intereses, al respecto el Ministerio de Cultura señala:

A diferencia de los derechos individuales que tienen como sujeto a una persona o individuo, los derechos colectivos corresponden a un grupo social. Lo que se busca proteger con la Consulta Previa, de acuerdo al Convenio 169 y la legislación peruana, son los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En este sentido, el sujeto a la consulta previa es un conjunto de individuos caracterizado por pertenecer a un pueblo indígena u originario. (Ministerio de Cultura, 2017)

En lo que respecta a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, nuestra Constitución en sus artículos 88 y 89 reconoce algunos de ellos bajo el epígrafe de “Régimen agrario de las comunidades campesinas y nativas”, entre estos derechos tenemos la propiedad comunal sobre sus tierras (artículo 88), su existencia legal y como personas jurídicas, autonomía organizativa, libre disposición de sus tierras, la imprescriptibilidad de las mismas, salvo abandono; y el respeto de su identidad cultural (artículo 89). A los señalados y en virtud del principio de unidad de la Constitución, deben incorporarse los derechos a la identidad étnica y cultural y al uso de su propio idioma (artículo 2.19), a la salud comunal (artículo 7), a la educación bilingüe e intercultural (artículo 17), y a la jurisdicción comunal (artículo 149), entre otros. (Ministerio de Cultura del Perú, 2016, pág. 11)

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos por la Constitución Política del Perú, el Convenio 169, entre otros tratados internacionales incluyen: 1) el derecho a la identidad cultural; 2) el derecho a la participación de los pueblos indígenas; 3) el derecho a la consulta; 4) el derecho a elegir sus prioridades de desarrollo; 5) el derecho a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente; 6) el derecho a la jurisdicción especial; 7) el derecho a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente de la legislación vigente; 8) el derecho a la salud con enfoque intercultural; y 9) el derecho a la educación intercultural, entre otros (artículo 3° de la Ley 29785).

El reglamento de la LCP, en el art. 3.º señala:

Derechos Colectivos.- Derechos que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se

encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural.

A partir de la Jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional, en las sentencias emitidas que reconocen los Derechos Colectivos de los pueblos indígenas, que también son desarrollados en el marco del derecho internacional y por nuestra Constitución Política; se infiere que los pueblos indígenas, gozarán de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política del Perú, más los derechos colectivos reconocidos.

El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios no significa que estos no ejerzan los demás derechos fundamentales. Si bien los derechos colectivos son derechos esenciales para dichos pueblos, sus miembros también son titulares de derechos fundamentales a título individual. (Ministerio de Cultura del Perú, 2016, pág. 23)

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento de sus historias, lenguas, identidades y culturas distintas, pero también de su derecho colectivo a las tierras, los territorios y los recursos naturales que tradicionalmente han ocupado y usado, así como el derecho a su conocimiento tradicional, poseído colectivamente. Al crear y cumplir derechos colectivos para los pueblos indígenas, la comunidad internacional ha afirmado que tales derechos no deben entrar en conflicto con las normas internacionales de derechos humanos existentes sino complementarlas. Es decir, la implementación de los derechos humanos colectivos no debe afectar negativamente la implementación de los derechos individuales. (Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo , 2009, pág. 15)

Los derechos relacionados con los pueblos indígenas buscan proteger, además de los derechos individuales, sus derechos colectivos, ya que el reconocimiento de tales derechos es necesario para asegurar la existencia, el desarrollo y el bienestar de los pueblos indígenas como colectividades distintivas. (Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo , 2009, pág. 15)

Al respecto el Ministerio de Cultura, elaboró un resumen que contiene la caracterización de los derechos colectivos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional:

DERECHOS COLECTIVOS	CARACTERIZACIÓN
Derecho a la libre autodeterminación o autonomía	<p>Este derecho supone el reconocimiento de la existencia legal de los pueblos indígenas u originarios, así como de un ámbito de autonomía que se ejerce dentro del marco de lo establecido por la Constitución y las leyes. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas un ámbito de autonomía organizativa, económica y administrativa, así como el respeto a sus formas de trabajo comunal y de su capacidad para decidir sobre el uso y la disposición de sus territorios.</p> <p>Este derecho, al igual que el de consulta previa, tiene la particularidad de ser transversal, pues la libre determinación o autonomía presenta otras manifestaciones que identifican a otros derechos. En dicho sentido, se garantiza la libre autodeterminación o autogobierno para establecer sus propias instituciones, mecanismos y procedimientos de elección de sus representantes y toma de decisiones, lo que está conectado con el derecho a conservar sus costumbres e instituciones. Asimismo, tienen derecho a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.</p> <p>A pesar de estas conexiones necesarias con otros derechos colectivos, el derecho a la libre autodeterminación tiene un contenido propio, distinguible y diferenciable de otros, tal como se verá en el numeral 3 del presente documento.</p> <p>La autonomía supone el reconocimiento del autogobierno a través de sus instituciones, tradiciones y procedimientos.</p> <p>Este autogobierno de los pueblos indígenas u originarios se traduce en el respeto hacia la forma como se organizan y adoptan sus decisiones.</p> <p>No obstante, como todo derecho, el derecho de autonomía también tiene límites. Así, este no les otorga la facultad de desligarse del Estado, ni de los mandatos constitucionales, en especial aquellos que reconocen derechos fundamentales, los que actúan como límites al autogobierno.</p>
Derecho a la identidad cultural	<p>Este derecho busca que se reconozca y garantice la existencia del pueblo indígena u originario como tal. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas u originarias a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.</p> <p>En razón de ello, los Estados deben respetar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones, para lo cual además deberá reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales que les son propias, siempre que no vulneren ni contravengan otros derechos fundamentales, como señala el artículo 139 <i>in fine</i> de la Constitución.</p>
Derecho a la participación	<p>Este derecho busca asegurar la incorporación de las prioridades de los pueblos indígenas u originarios en las políticas, planes y programas del Estado. A través de la participación, se les reconoce a los pueblos indígenas u originarios la capacidad política y jurídica de actuar activamente en los diversos procesos de desarrollo en los que se vean involucrados, desde su elaboración hasta su ejecución. Es decir, la construcción del proceso será conjunta entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios.</p> <p>Esta participación no se restringe a la participación política, sino que es mucho más amplia, dado que al igual que el derecho a la consulta, se constituye en un derecho transversal que permite el ejercicio de otros derechos colectivos reconocidos en el Convenio 169, tales como la</p>

	<p>educación (participación en la gestión y desarrollo de programas de educación intercultural) y la salud (participación en la gestión, desarrollo y ejecución de programas de salud intercultural), entre otros.</p> <p>El derecho a la participación requiere instituciones y mecanismos apropiados para los pueblos interesados y también que dichas instituciones cuenten con los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.</p> <p>Estos programas deberán incluir por ejemplo:</p> <p>a) planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el Convenio;</p> <p>b) proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas, en cooperación con los pueblos interesados.</p>
Derecho a la consulta previa	<p>Implica el reconocimiento de su capacidad a decidir respecto de aquellas afectaciones ocasionadas por medidas estatales (legislativas o administrativas) que puedan tener incidencia, positiva o negativa, en sus derechos colectivos, lo que conlleva a la búsqueda de un acuerdo o consentimiento sobre la concreción de esas medidas.</p> <p>Implica que la consulta se efectúe con procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas, de manera libre, informada, de buena fe y con la finalidad de llegar un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas para gestionar las posibles afectaciones a sus derechos colectivos.</p> <p>Cabe agregar que el derecho a la consulta previa no incluye un derecho a veto sobre las medidas administrativas o legislativas que el Estado decida implementar.</p>
Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo	<p>Este derecho permite a los pueblos indígenas u originarios participar e incidir en las decisiones estatales, así como en la formulación, aplicación y evaluación de estrategias, planes y programas de desarrollo nacional y regional, con la finalidad que se respeten sus cosmovisiones, planes, prioridades sustentado en el derecho que tienen de controlar su propio.</p>
Derecho a conservar sus costumbres e instituciones	<p>Este derecho consiste en retener y desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, incluyendo sus prácticas, costumbres, derecho consuetudinario y sistemas legales; siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el ordenamiento jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.</p>
Derecho a la jurisdicción especial	<p>Es el derecho a administrar justicia en el ámbito de su jurisdicción y de acuerdo a sus usos y costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es una obligación del Estado establecer mecanismos de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la indígena.</p> <p>Incluye el respeto a los métodos que emplean para reprimir los delitos cometidos por sus miembros, en la medida que sean compatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos reconocidos.</p>
Derecho a la tierra y al territorio	<p>Este derecho comprende la conservación y protección de sus tierras y territorios, con los que guardan una estrecha relación de índole espiritual, cultural y económica.</p> <p>El territorio incluye el concepto de tierra y comprende la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera.</p>

	<p>Supone el reconocimiento y protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente usan para sus actividades de subsistencia.</p> <p>Incluye la protección de tierras desocupadas que tradicionalmente son utilizadas en actividades tradicionales, temporales y de subsistencia.</p>
Derecho a los recursos naturales	<p>Comprende el uso, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentren en su ámbito geográfico y que tradicionalmente utilizan para su subsistencia, así como participar, siempre que sea posible, de los beneficios de su explotación, en el marco de la legislación vigente. Del mismo modo, supone recibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.</p> <p>En el caso que los recursos del subsuelo pertenezcan al Estado, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de los pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus territorios.</p>
Derecho a la salud intercultural	<p>Este derecho consiste en que los servicios de salud, en territorios habitados por pueblos indígenas u originarios, deben organizarse a nivel comunitario y tomar en consideración los métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.</p> <p>Esta disposición constituye un reconocimiento del valor de la medicina tradicional y la necesidad de preservarla, aprender de ella y, ulteriormente, enriquecerla.</p> <p>Los servicios de salud deberán ser adecuados y se proporcionará a los pueblos indígenas los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, con el propósito que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.</p> <p>El sistema de asistencia sanitaria deberá dar preferencia a la formación y empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.</p>
Derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma	<p>Este derecho consiste en recibir educación teniendo en cuenta las necesidades especiales de los pueblos indígenas u originarios.</p> <p>Los programas y servicios de educación deben adaptarse con el objetivo de responder a sus necesidades y deberán abarcar su historia, conocimientos y técnicas, sistemas de valores y aspiraciones sociales, económicas y culturales.</p> <p>Incluye el reconocimiento del derecho de los pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Asimismo, siempre que sea viable, incluye el deber de enseñar a los niños de los pueblos interesados a leer y escribir en su propia lengua o en aquella que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan. Y cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.</p>

Figura 03. Derechos Colectivos

Fuente: Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios – Ministerio de Cultura, 2016

2.2.2. La Consulta Previa en el Derecho Internacional

2.2.2.1. Estándares Internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas

La consulta previa en el Perú cuenta con el respaldo de normas internacionales, revisaremos en adelante conceptos y normas del desarrollo normativo existente a nivel internacional que protegen derechos colectivos de los pueblos indígenas.

2.2.2.1.1. Estándares Internacionales

La noción de “estándar” no se encuentra normativamente definida; sin embargo, su uso es muy frecuente en el derecho internacional de los derechos humanos. La doctrina postula que los estándares “son usados tanto como pautas de comportamiento de los Estados Partes en la Convención, como criterios de evaluación del mismo comportamiento y como reglas jurídicas, cuyo contenido implica el establecimiento de obligaciones concretas a cargo de los Estados, cuya inobservancia acarrea consecuencias en materia de responsabilidad internacional” (Quinche Ramírez, 2009) citado en (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 9)

Para la Real Academia Española la definición de estándar es “lo que sirve como tipo, modelo, patrón, nivel o referencia” (Real Academia de la Lengua Española, 2010).

De este modo, es posible entender que el término estándares se refiere al modelo de referencia que se debe seguir para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, que viene determinado por los razonamientos desarrollados a través de pronunciamientos de los órganos competentes en materia de derechos humanos. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 9)

2.2.2.1.2. ¿Dónde podemos encontrar los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas?

Se debe entender y considerar este punto, como las fuentes existentes en el derecho internacional en materia indígena, que brindan aportes y alcances sobre mecanismos de protección y defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

El origen de la fuente se refiere al órgano o entidad que la expide; la evolución, al curso que ha tenido cada fuente de derecho internacional en los temas relacionados con pueblos indígenas y consulta previa; y, finalmente, el alcance jurídico se refiere a si la fuente es vinculante jurídicamente o no, y para quiénes lo es. (Rodríguez, Morris, Orduz, & Buriticá, 2010, pág. 15)

Los estándares internacionales en materia indígena se encuentran en los diferentes instrumentos internacionales emitidos por órganos rectores como los tratados, las convenciones, los comentarios/observaciones generales de los comités de los tratados, los informes temáticos de relatores especiales y grupos de trabajo de consejos de Derechos Humanos, jurisprudencia internacional, etc.; es decir todo instrumento y/o mecanismo legal que desarrolla en su contenido los derechos de los pueblos indígenas y su respectivo tratamiento para garantizar el cumplimiento de sus derechos.

2.2.2.1.3. Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en materia indígena en el Ordenamiento interno

a) Con respecto a la jerarquía del Convenio 169 de la OIT:

[...] si bien la Constitución no lo dispone expresamente, el Tribunal Constitucional ha afirmado el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos y, en particular, ha reconocido el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT (Exp. N° 003343-2007-PA/TC.LIMA-Párrafo 31). Las disposiciones constitucionales relevantes al respecto se encuentran en el artículo 55° que establece que los tratados “forman parte del derecho nacional” y en el artículo 3° que dispone que los derechos enumerados en la Constitución no excluyen “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”. Asimismo, es relevante mencionar que de acuerdo a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, tratados y acuerdos en materia de derechos humanos de los cuales Perú es parte. (Fundación para el Debido Proceso - Due Process of law Foundation , 2015, pág. 9)

El Convenio 169 de la OIT es vigente y vinculante desde el mes de febrero del año 1995. Esto lo ha manifestado el TC reiteradas veces. No lo ha dicho en un solo pronunciamiento lo ha dicho en varios (f.j. 11 y 41 de la 00022-2009-PI/TC y f.j. 43 de la 05427- 2009-AC/TC). Más recientemente en el fundamento 23 de la sentencia 00025-2009-PI, el TC ha precisado que “La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento”. (Ruiz, La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, 2012, pág. 22)

b) Con respecto a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DUNDPI):

Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia 000022-2009-PI, señala:

El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como soft law, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de soft law, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano.

El Reglamento de la Ley de Consulta Previa en el art. 1.4°, reconoce a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como fuente para la desarrollar el contenido del reglamento, expresamente señala: “El Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular, coordinar la implementación

del derecho a la consulta por las diversas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas”

Sin embargo, será la sentencia 01126-2012-HC en el famoso caso Tres Islas, en donde el TC aplica directamente la DNUDPI como fuente de derecho, sin previa intermediación legislativa. Esto es clave toda vez que, tal como ya explicamos, el TC había dicho que esta declaración internacional no era en sentido estricto una fuente de derecho normativo vinculante. (Ruiz, La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú, 2012, pág. 26)

La declaración, si bien no es vinculante, sí establece un compromiso político importante para los Estados que hacen parte de ella, así como un instrumento de presión para los que no la han firmado. La declaración es el pronunciamiento más reciente e importante en materia de la consulta previa, pues involucra plenamente el principio del consentimiento libre, previo e informado para el traslado de grupos indígenas de sus tierras, así como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que los afecten, entre otras situaciones. Adicionalmente, ordena a los Estados reparar todos aquellos bienes de orden intelectual, cultural o espiritual que los grupos indígenas hayan perdido sin su consentimiento libre, previo e informado. (Rodríguez, Morris, Orduz, & Buriticá, 2010, pág. 21)

c) Con respecto a la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Al respecto, el art. 1.1° de la Declaración señala “La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas”.

La declaración, si bien no es vinculante, sí establece un compromiso político importante para los Estados que hacen parte de ella, así como un instrumento de presión para los que no la han firmado. La declaración es el pronunciamiento más reciente e importante en materia de la consulta previa, pues involucra plenamente el principio del consentimiento libre, previo e informado para el traslado de grupos indígenas de sus tierras, así como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que los afecten, entre otras situaciones. Adicionalmente, ordena a los Estados reparar todos aquellos bienes de orden intelectual, cultural o espiritual que los grupos indígenas

hayan perdido sin su consentimiento libre, previo e informado (Rodríguez, Morris, Orduz, & Buriticá, 2010, pág. 21).

2.2.2.1.4. ¿Cuáles son los estándares internacionales en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas?

En adelante, las siguientes tablas reflejan el avance normativo internacional en materia indígena, evidenciándose la importancia de los pueblos indígenas y la protección de sus derechos.

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL RELATIVO A LOS PUEBLOS INDÍGENAS		
Año	Título	Descripción
Convenios		
1957	Convenio 107 de la OIT	Primer convenio internacional sobre el tema. Este fue el primer intento para codificar obligaciones internacionales de los Estados con respecto a pueblos tribales e indígenas. El convenio define los pueblos indígenas como grupos humanos diferenciados y hace hincapié en la necesidad de mejorar las condiciones de vida y trabajo a las que están expuestas.
1989	Convenio 169 de la OIT	Sucesor del Convenio 107. Constituye un instrumento jurídico internacional actualizado y más exhaustivo que define los derechos de los pueblos indígenas y los principios a los que los Estados, organizaciones multilaterales y otros agentes deberían atenerse.
1992	El Programa 21 y la Declaración de Río (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo)	Estos instrumentos reconocen a los pueblos indígenas como “grupo principal” y declara que los esfuerzos para aplicar un desarrollo sostenible deberían reconocer, promover y fortalecer el papel de los pueblos indígenas y sus comunidades, y darle cabida.
1993	Convenio sobre la Diversidad Biológica [Artículos 8(j) y 10(c)] (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo)	El Artículo 8(j) del Convenio reconoce la importante contribución de los pueblos indígenas a la conservación del medio ambiente. El Convenio insta a las Partes Contratantes a respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales, y promueve el reparto equitativo de los beneficios derivados de su utilización. El Artículo 10(c) insta a las Partes a proteger y alentar la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible.

1994	Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación	En los Artículos 16 (g) y 17 (c), la Convención exige la protección de los conocimientos, técnica y práctica tradicionales indígenas.
Declaraciones		
1992	Declaración de Cancún – Conferencia Internacional sobre la Pesca Responsable	El Artículo 9 de la Declaración de Cancún declara que “los Estados deben tomar medidas que aseguren el respeto de los intereses de los pescadores artesanales e indígenas de pequeña “
1993	Declaración y Programa de Acción de Viena – Conferencia Mundial de Derechos Humanos	Esta Conferencia supuso un avance histórico en el fomento y la protección de los derechos de grupos frecuentemente marginados, incluyendo pueblos indígenas, mujeres y niños. Mediante la Declaración de Viena, la Conferencia reafirmó “la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible.” Asimismo la Conferencia exigió la creación de un Foro Permanente.
2002	Declaración de Atitlán	La Declaración hace hincapié en la importancia que tienen para los pueblos indígenas los derechos a la tierra, los recursos naturales y la libre determinación para la plena realización de la seguridad alimentaria y la soberanía alimentaria.
2007	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	Tras 20 años de negociación, la Declaración estableció una norma esencial para eliminar las violaciones de derechos humanos cometidas contra los pueblos indígenas en todo el mundo, para combatir la discriminación y la marginación, y para defender la protección de medios de subsistencia indígenas. La Declaración hace hincapié en los derechos de los pueblos indígenas a perseguir el desarrollo de acuerdo con sus propias necesidades y aspiraciones, incluyendo el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones, culturas y tradiciones.
2009	Declaración de Anchorage	En el Artículo 9 de la Declaración, se insta a los organismos de las Naciones Unidas a atender a los impactos del cambio climático en sus estrategias y planes de acción, en particular los impactos a los pueblos indígenas. En particular, la Declaración llama a la FAO así como a otras instituciones relevantes a establecer un grupo de trabajo de pueblos indígenas para hacer frente a los impactos del cambio climático sobre la seguridad y soberanía alimenticia de los pueblos indígenas.

Figura 04. Marco Jurídico Internacional relativo a los Pueblos Indígenas
Fuente: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
“Políticas de la FAO sobre pueblos indígenas y tribales, 2011.

**MECANISMOS INTERNACIONALES QUE ABORDAN DE FORMA
ESPECÍFICA LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS DERECHOS**

Año	Mecanismo	Descripción
1982	Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para la preparación de una Convención Internacional sobre Pueblos Indígenas	Creado como un órgano subsidiario de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (conocida actualmente como la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos). Su propósito fue facilitar el diálogo, estudiar los avances relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y seguir con atención la evolución de las normas internacionales en este ámbito.
1987	Informe Cobo: Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas	Conocido estudio encargado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, elaborado por el Relator Especial José Martínez Cobo. El informe abordó un conjunto amplio de cuestiones de derechos humanos que afectan a pueblos indígenas, y constituyó un importante catalizador de la actividad de las Naciones Unidas relativa a la protección de los derechos de los pueblos indígenas.
1995–2004	Primer Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo	Proclamado por la Asamblea General en diciembre de 1993, su principal objetivo es reforzar la cooperación internacional para resolver problemas afrontados por los pueblos indígenas en áreas como los derechos humanos, el medio ambiente, el desarrollo, la educación y la salud.
2000	Creación del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas	Integra formalmente a los pueblos indígenas y sus representantes en la estructura de las Naciones Unidas. El Foro colocó por vez primera en igualdad de condiciones a agentes gubernamentales y no gubernamentales en un órgano representativo permanente de las Naciones Unidas. Su mandato es debatir y ofrecer recomendaciones sobre problemas de los pueblos indígenas relacionados con el desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente la educación, salud y los derechos humanos.
2001	Designación del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas (Comisión de Derechos Humanos)	Como consecuencia de una decisión del Consejo de Derechos Humanos, en 2001 se nombró un Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas.
2002	Primera reunión anual del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas	La primera reunión anual tuvo lugar en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, del 13 al 14 de mayo de 2002. La primera reunión juntó a líderes indígenas con la sociedad civil de todas las partes del mundo.
2005–2010	Segundo Decenio Internacional de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas del Mundo	El Segundo Decenio pretende seguir reforzando la cooperación internacional para resolver problemas afrontados por pueblos indígenas.

2006	Creación del Grupo Interinstitucional de Apoyo sobre Cuestiones Indígenas	Creado para apoyar y promover el mandato del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, en el marco del sistema de las Naciones Unidas. Su mandato fue ampliado posteriormente para incluir el apoyo a mandatos relacionados con cuestiones sobre pueblos indígenas en todo el sistema intergubernamental.
2008	Primera sesión del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	Integrado por cinco expertos, el mecanismo ofrece conocimientos temáticos sobre los derechos de los pueblos indígenas al Consejo de Derechos Humanos.

Figura 05. Mecanismos Internacionales que abordan de forma específica los Pueblos Indígenas y sus derechos

Fuente: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación "Políticas de la FAO sobre pueblos indígenas y tribales, 2011.

DOCUMENTOS QUE ORIENTAN LAS PRÁCTICAS DE DESARROLLO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS		
Año	Documento	Descripción
2008	Directrices sobre cuestiones relativas a los pueblos indígenas del GNUD	Elaboradas por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUD), las directrices proporcionan información sobre el marco internacional de derechos humanos que orienta la labor de las Naciones Unidas relativo a las cuestiones de los pueblos indígenas. Además prestan asesoramiento práctico sobre el diseño de programas centrados especialmente en estas cuestiones.
2008	Kit de recursos sobre cuestiones de la población indígena	El Kit de recursos orienta a los Equipos de las Naciones Unidas de apoyo a los países sobre la forma de colaborar con pueblos indígenas.
2009	Directrices operativas para el programa REDD de las Naciones Unidas: Participación de los pueblos indígenas y otras comunidades dependientes de los bosques	Elaboradas para asegurar que la consideración y la participación de poblaciones locales e indígenas se integren en la labor del Programa Colaborativo de las Naciones Unidas sobre la reducción de emisiones debidas a la deforestación y la degradación de los bosques en los países en desarrollo (Naciones Unidas-REDD), las Directrices están ratificadas, aunque se considera que constituyen un documento vivo, en constante proceso de cambio.

Figura 06. Documentos que orientan las prácticas de desarrollo con los Pueblos Indígenas

Fuente: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación "Políticas de la FAO sobre pueblos indígenas y tribales, 2011.

**OTROS INSTRUMENTOS NORMATIVOS IMPORTANTES QUE RECONOCEN LOS
DERECHOS HUMANOS PARA TODAS LAS PERSONAS**

Año	Instrumento	Descripción
1948	Declaración Universal de Derechos Humanos	Representa la primera expresión mundial de derechos para todos los seres humanos.
1963	Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	Proclamación de derechos humanos a cargo de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Declaración constituye un importante precedente para la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, jurídicamente vinculante.
1965	Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	La Convención es un mecanismo jurídicamente vinculante que obliga a todos los miembros de las Naciones Unidas a eliminar la discriminación racial y promover el entendimiento entre todas las razas.
1966	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Este Pacto obliga a sus Estados Partes a esforzarse para asegurar a los individuos derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo derechos laborales y derechos a la salud, la educación y un nivel de vida adecuado.
1966	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Entre otras disposiciones, este Pacto defiende la protección contra la discriminación por razón de género, religión, raza u otra condición.
1995	Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO	Entre otras disposiciones, este Código voluntario proporciona el reconocimiento debido de las prácticas tradicionales, las necesidades y los intereses de los pueblos indígenas (Artículo 7.6.6).
2001	Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural	Esta Declaración de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) estableció derechos universales a la identidad, la diversidad y el pluralismo cultural.
2004	Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (FAO)	Estas directrices proporcionan orientación técnica a los países para la aplicación del derecho a la alimentación.
2004	Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TI/RFAA)	El Artículo 5 exige a las partes a promover un enfoque integrado de la prospección, conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. En concreto, insta a las Partes a promover o apoyar, “cuando proceda, los esfuerzos de los agricultores y de las comunidades locales encaminados a la ordenación y conservación en las fincas de sus recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura” [Artículo 5(c)] y a promover “la conservación in situ de plantas silvestres afines de las cultivadas y las plantas silvestres para la producción de alimentos, incluso en zonas protegidas, apoyando, entre otras cosas, los esfuerzos de las comunidades indígenas y locales” [Artículo 5(d)].

2007	Plan de acción mundial sobre los recursos zoogenéticos	La Prioridad estratégica 6 insta a la comunidad internacional a “apoyar los sistemas de producción indígenas y locales, y los sistemas de conocimiento conexos que sean de importancia para el mantenimiento y la utilización sostenible de los recursos zoogenéticos.”
------	--	---

Figura 07. Otros Instrumentos normativos importante que reconocen los Derechos Humanos para todas las personas.

Fuente: Organización de la Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación “Políticas de la FAO sobre pueblos indígenas y tribales, 2011.

Al respecto, se revisó comentarios de diversos autores y organizaciones, entorno a los instrumentos normativos internacionales en materia indígena:

El Convenio núm. 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (aprobado en 1957, en vigor desde 1959), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), fue un primer gran paso para intentar asegurar los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, debido a su carácter asimilacionista, conforme a las ideas dominantes de la época, fue revisado, reemplazado y superado por el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT (de 1989, en vigor desde 1991), donde se reconocen por primera vez en un tratado internacional los derechos de los pueblos indígenas, no solo como personas individuales. (CEPAL, 2014, pág. 28)

Las normas del derecho internacional sobre la consulta previa se multiplicaron en las últimas dos décadas. Entre estas se encuentran normas jurídicamente imperativas (*hard law*) como el Convenio 169 de la OIT, como también diversas normas catalogadas como *soft law* que no son jurídicamente imperativas. Entre estas últimas, se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, las recomendaciones del relator especial de las Naciones Unidas y, en sentido amplio, las directrices de las organizaciones internacionales (p. ej.: CFI, Banco Mundial, BID, organizaciones de la cooperación para el desarrollo) sobre consultas, ante medidas que puedan afectar a los pueblos indígenas. (Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, 2013, pág. 13)

A pesar de tener una gran importancia para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, los instrumentos internacionales de derechos humanos no bastan para garantizar su supervivencia, bienestar y dignidad. La mayoría de los instrumentos

internacionales de derechos humanos (con la excepción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas) protegen los derechos del individuo. Los pueblos indígenas necesitan el reconocimiento de derechos colectivos específicos para su supervivencia como grupos humanos. Estos derechos incluyen los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, a mantener sus culturas, al reconocimiento de sus identidades propias, al autogobierno y la autodeterminación, y a que se les pida su consentimiento libre, previo e informado en decisiones que les puedan afectar. Tales derechos son considerados las normas mínimas para la protección de su supervivencia como pueblos distintivos, y abordan los desafíos enfrentados por la mayoría de los pueblos indígenas alrededor del mundo. (Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo , 2009, pág. 10)

2.2.2.2. Mecanismo Legales de los Pueblos Indígenas en el marco internacional

Del análisis y revisión de normas internacionales en materia indígenas, se evidencia un crecimiento normativo, que en conjunto suman esfuerzos para otorgar el reconocimiento de sujetos de derechos a los pueblos indígenas, velando y protegiendo el cumplimiento de sus derechos. Sin embargo debido a la extensa cantidad de mecanismo legales a nivel internacional en materia indígena, la investigación se enfocó en los instrumentos que considero más relevantes: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas.

Estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas a estas alturas no faltan; incluso abundan, tal vez demasiado, pues su desarrollo no es homogéneo y en su abundancia llegan a producirse hasta contradicciones. Conviene entonces comenzar por despejar el panorama para identificar los estándares que aquí deben interesarnos, aquellos que vinculan al Perú y que deben por lo tanto presidir el actual proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y esta ley misma. (Clavero, Derechos Indígenas, 2012, pág. 1)

2.2.2.2.1. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), es el primer y principal instrumento internacional en materia indígena, adoptada en 1989 y ratificado por el Perú el 2 de febrero de 1994.

El Convenio N° 169 de la OIT y su predecesor, el Convenio N° 107 de la OIT relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes de 1957, son los únicos que se ocupan en particular de los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio N° 169 de la OIT se centra fundamentalmente en la no discriminación [...] los derechos de los pueblos indígenas al desarrollo, a su derecho consuetudinario, a sus tierras, territorios y recursos, al empleo, a la educación y a la salud. (Naciones Unidas, 2013, pág. 10)

El Convenio 169 de la OIT establece:

Los pueblos indígenas son descendientes de poblaciones que habitaban en "un país o una región geográfica durante la conquista o la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales" y "conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y las instituciones políticas". La OIT también reconoce "pueblos tribales" que han conservado los estilos tradicionales de vida, costumbres y leyes que son diferentes de otros sectores de la población nacional (Art. 1°). (Burger, 2014, pág. 215)

Los pueblos indígenas y tribales constituyen al menos 5000 pueblos con características distintivas y una población de más de 370 millones, en 70 países diferentes. Esta diversidad no puede capturarse fácilmente en una definición universal y se está gestando un consenso en el sentido de que no es necesario ni deseable contar con una definición formal del término "pueblos indígenas". (Organización Internacional de Trabajo , 2009, pág. 9)

La obligación de los Estados de ejecutar la consulta previa antes de la adopción de medidas legislativas y administrativas, antes de la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales y antes de la autorización de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas. (Art. 6°, 7° y

15° del Convenio). (Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, 2013, pág. 13)

“El convenio determina que la consulta debe hacerse de buena fe y que su finalidad debe ser intentar obtener el consentimiento de la comunidad o, por lo menos, llegar a un acuerdo”. (Art. 1.2°). (Rodríguez, Morris, Orduz, & Buriticá, 2010, pág. 19)

Tabla 2. Situación de las ratificaciones de los Convenios núm. 107 y núm. 169 de la OIT, 2014

Situación de las ratificaciones de los Convenios núm. 107 y núm. 169 de la OIT, 2014

Convenio núm.107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1957)		Convenio núm.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989)	
Bélgica	1958	Noruega	1990
Cuba	1958	México	1990
República Dominicana	1958	Colombia	1991
El Salvador	1958	Bolivia (Estado Plurinacional de)	1991
Ghana	1958	Costa Rica	1993
Haití	1958	Paraguay	1993
India	1958	Perú	1994
Egipto	1959	Honduras	1995
República Árabe Siria	1959	Dinamarca	1996
Pakistán	1960	Guatemala	1996
Túnez	1962	Países Bajos	1998
Malawi	1965	Fiji	1998
Panamá	1971	Ecuador	1998
Bangladesh	1972	Groenlandia	1999
Angola	1976	Argentina	2000
Guinea-Bissau	1977	Venezuela (República Bolivariana de)	2002
Iraq	1986	Dominica	2002
		Brasil	2002
		España	2007
		Chile	2008
		Nicaragua	2010
		República Centroafricana	2012

Fuente: Los pueblos indígenas en América Latina – Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos (CEPAL)

2.2.2.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas fue adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007 durante la sesión 61 de

la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta declaración tiene como predecesoras a la Convención 169 de la OIT y a la Convención 107. (Wikipedia, 2017)

La declaración, es el instrumento más amplio relativo a los derechos de los pueblos indígenas existente en el ámbito del derecho y las políticas internacionales, figuran normas mínimas en materia de reconocimiento, protección y promoción de estos derechos. Aunque no se aplica de forma uniforme o coherente, la Declaración orienta normalmente a los Estados y los pueblos indígenas en la elaboración de las leyes y políticas que repercuten en estos pueblos, en concreto en el establecimiento de medios para atender mejor las reclamaciones que presentan. (Naciones Unidas, 2013, pág. 4)

[...] después de más de 22 años de discusiones en el grupo de trabajo conformado por la Comisión de Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la histórica Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que tiene un valor político, ético y moral profundo, donde se reconoce el derecho a la libre determinación de estos, como se establece en el artículo 3°. En el artículo 42° de la Declaración, se determinan obligaciones para las instituciones internacionales y los gobiernos en la promoción del respeto y la plena aplicación de este instrumento. En el artículo 38° se estipula la necesidad de que los Estados adopten medidas concretas para alcanzar los fines de la Declaración, y en el artículo 39° se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a recibir asistencia financiera y técnica para el disfrute de sus derechos. Se establece así un estándar mínimo de derechos de los pueblos indígenas, obligatorio para los Estados, que se articula en cinco dimensiones: el derecho a la no discriminación; el derecho al desarrollo y bienestar social; el derecho a la integridad cultural; el derecho a la propiedad, acceso, uso y control de las tierras, territorios y recursos naturales, y el derecho a la participación política y al consentimiento libre, previo e informado. (CEPAL, 2014, pág. 28)

Este documento reconoce los derechos de los pueblos indígenas en una amplia gama de cuestiones y brinda un marco universal para la comunidad internacional y los estados. La declaración enuncia los derechos a cuyo reconocimiento, garantía e implementación deben aspirar los países. En este sentido, la Declaración crea un marco para discusión y diálogo entre los pueblos indígenas y los estados. (Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo , 2009, pág. 10)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en múltiples ocasiones el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Así, se estipula que los desplazamientos de sus tierras o territorios, y el almacenamiento de materiales peligrosos en los mismos no podrán realizarse sin dicho consentimiento (Art. 10° y 29° de la Declaración). Asimismo, antes de adoptar medidas legislativas o administrativas, como también proyectos que repercutan en la tierra, los territorios o los recursos, los Estados deben obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas interesadas (Art. 19° y 23° de la Declaración). Con respecto a los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, como también la tierra, los territorios y los recursos, de que hayan sido privados los pueblos indígenas sin el consentimiento previo, libre e informado, estos tienen el derecho a la restitución y/o indemnización (Art. 11° y 28° de la Declaración). (Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, 2013, pág. 14)

2.2.2.3. Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas.

Aprobado por la Organización de Estados Americanos (OEA) el 15 de junio del 2016.

En 1989 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) pidió a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, elaborar una propuesta de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y esta a su vez encargó a su vez a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, los cuales tras consultar con algunos representantes de los pueblos y organizaciones indígenas, entregaron en 1997 la propuesta para la discusión; y desde el 2000 se creó un Grupo de Trabajo para garantizar la participación y la representatividad indígena en el proceso. (Wikipedia, 2017)

Desde el establecimiento del Grupo de Trabajo se han realizado sesiones especiales que han contado con participación de representantes de pueblos indígenas. A partir de la Sesión Especial de abril de 2001, la participación de los representantes indígenas se consolidó como una necesidad para el buen desarrollo del proceso de discusión del proyecto de declaración. Esto se vio reflejado en la resolución de la Asamblea General N° 1780, del 5 junio 2001, donde resolvió recomendar al Consejo Permanente que

continuará “implementando modalidades para la acreditación y la adecuada forma de participación de representantes de pueblos indígenas en sus deliberaciones, con el propósito de que sus observaciones y sugerencias sean tomadas en consideración”.

La Declaración reconoce principios fundamentales para nuestro análisis:

- La organización colectiva y el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos originarios.
- La auto-identificación de las personas que se consideran indígenas
- Una protección especial a los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial, como algunos pueblos amazónicos, un elemento que lo distingue de otras iniciativas en la materia.
- Avance en la promoción y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas es una prioridad de la OEA (Organización de Estados Americanos , 2017)

2.2.2.3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en el marco de la cual también se adoptó la propia Carta de la OEA, que proclama los "derechos fundamentales de la persona humana" como uno de los principios en que se funda la Organización. (Organización de Estados Americanos , 2017)

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, creado en el seno de la Organización de los Estados Americanos, es el mecanismo más influyente en materia de promoción y protección de los derechos humanos en el continente. Constituye la última línea de defensa frente a violaciones de los derechos humanos cometidas en los países de la región, de manera que, agotados los recursos de la jurisdicción interna de un Estado, una persona o grupo de personas tiene la posibilidad de acudir a él cuando considere que no se le ha dado una respuesta conforme a la protección de sus derechos en el ámbito interno. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 15)

Varios de los Estados parte de la OEA han adoptado los instrumentos normativos regionales que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como la

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otras convenciones especializadas. Tales instrumentos son las fuentes principales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que cuenta con dos órganos centrales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Rodríguez, Morris, Orduz, & Buriticá, 2010, pág. 31)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un órgano autónomo e independiente de la OEA, creado en 1959 con la misión de promover y proteger los derechos humanos en el continente americano. La CIDH realiza su trabajo con base en tres pilares: el sistema de peticiones y casos individuales, el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros y la atención a líneas temáticas prioritarias. Entre estas últimas se encuentra la situación de los pueblos indígenas en el continente. (Naciones Unidas, 2013, pág. 15)

“Los informes redactados por la comisión han interpretado de manera amplia las situaciones en que debe realizarse una consulta, especialmente para proyectos de infraestructura o de explotación de recursos dentro de territorios indígenas”. (Rodríguez, Morris, Orduz, & Buriticá, 2010, pág. 33)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), órgano judicial internacional autónomo creado por la Convención Americana, cumple sus funciones principalmente a través de una competencia consultiva y una competencia contenciosa. En virtud de la primera le corresponde, a solicitud de un Estado miembro u órgano de la OEA, interpretar el alcance de las disposiciones de la CADH u otros tratados de derechos humanos, así como expresar opiniones acerca de la compatibilidad entre las leyes internas del Estado requirente y tales instrumentos internacionales. En el marco de su competencia contenciosa, la Corte IDH posee la potestad de declarar, con motivo de la violación de un derecho o libertad consagrados en la CADH, la responsabilidad internacional de un Estado Parte y de disponer que se reparen las consecuencias de la vulneración de los derechos, así como que se pague una justa indemnización a la víctima. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 16)

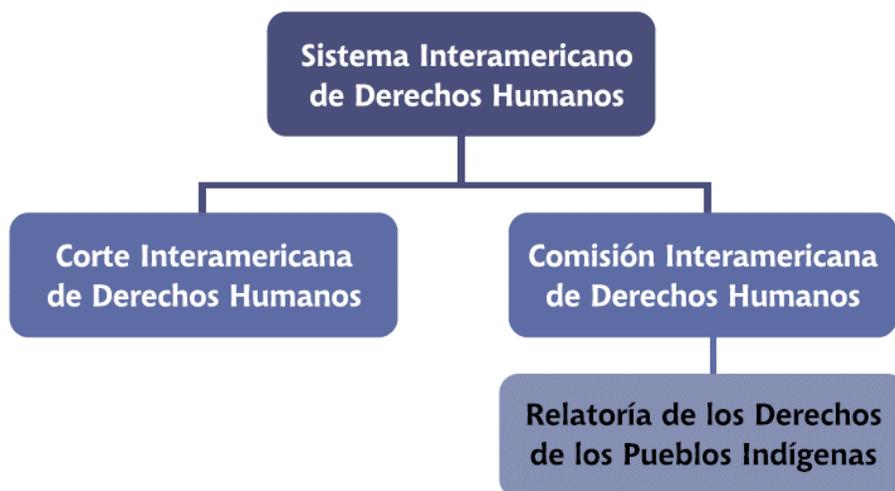


Figura 08. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Fuente: Estándares de aplicación del Derecho a la Consulta Previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos – Ministerio de Cultura

2.2.2.4. Jurisprudencia Internacional

A continuación, se presentan un conjunto de sentencias que han servido y contribuido en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco internacional, a raíz de estos se logró la reglamentación en diversos estados bajo la premisa de considerar a los pueblos indígenas, sujetos de derechos.

– Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua

Año: Sentencia del 31 de agosto de 2001

País: Nicaragua

Derechos: propiedad comunal y protección judicial

Sumilla: En el Estado de Paraguay se había avanzado poco en el reconocimiento, titulación y aval de los derechos de tierra comunal.

En marzo de 1996, el Estado otorgó una concesión por 30 años para el manejo y aprovechamiento forestal de aproximadamente 62 mil hectáreas a la empresa SOLCARSA, sin que la Comunidad Mayagna Awas Tigni hubiese sido consultada al respecto. Asimismo, a pesar de que la comunidad solicitó a diversos organismos estatales no avanzar con el otorgamiento de la concesión y se presentaron dos recursos de amparo para ello, ninguna de sus dos peticiones fue atendida. En razón de estos

hechos, la Corte IDH reconoció que el artículo 21 de la CADH contempla el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y declaró que el Estado paraguayo era responsable internacionalmente por la vulneración de los derechos de los miembros de la comunidad contemplados en el artículo 21 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, por la falta de delimitación y demarcación de la propiedad comunal de la Comunidad Awás Tigni. Por otro lado, también se declaró que el Estado era responsable por la vulneración de los derechos contemplados en el artículo 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, por la ineficacia de los recursos interpuestos para garantizar los derechos de la comunidad. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 63)

– **Caso Mary y Carrie Dann Vs. Estados Unidos**

Año: Informe de fondo del 27 de diciembre de 2002

País: Estados Unidos

Derechos: propiedad, igualdad y garantías judiciales

Sumilla: El caso se refiere a las violaciones de los derechos humanos de Mary y Carrie Dann, hermanas entre sí e indígenas estadounidenses, debido al confiscamiento de las tierras de la Nación Western Shoshone a través de la utilización de un procedimiento que extinguió el título indígena a la tierra a cambio del pago de un monto de dinero irrisorio. Asimismo, a pesar de que se iniciaron diversas acciones para reivindicar sus tierras, nunca lograron impedir esa apropiación. Con base en estos hechos, la CIDH determinó que el Estado no garantizó el derecho de las hermanas Dann a la propiedad, en condiciones de igualdad, en contravención de los artículos II, XVIII y XXIII de la Declaración Americana. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 64)

– **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua**

Año: Informe de fondo del 12 de octubre de 2004

País: Belice

Derechos: propiedad, igualdad y protección judicial

Sumilla: Los hechos del caso se refieren a los derechos del pueblo Maya Mopan y Ke'kchi del distrito de Toledo, en Belice septentrional, sobre sus tierras y recursos naturales. Durante varios años el Estado de Belice otorgó concesiones madereras y

petroleras en esas tierras; los miembros del pueblo cuestionaron esta situación, pero los recursos planteados al

Estado resultaron infructuosos. Por ello, la CIDH determinó que Belice había vulnerado los derechos del pueblo maya a la propiedad, igualdad y protección judicial consagrados en los artículos II, XVIII y XXIII de la DADH. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 64)

– **Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam**

Año: 2005

País: Surinam

Derechos: integridad, libertad de circulación, propiedad comunal, garantías judiciales y protección judicial

Sumilla: Los hechos del caso se refieren a la comunidad N'djuka, conformada por personas originarias del África que habitan en la zona oriental de Surinam desde el siglo XVII. Esta comunidad fundó a finales del siglo XIX la aldea de Moiwana. En 1986, el régimen militar de Desire Bouterse se enfrentó al grupo armado opositor conocido como Jungle Commando. Cientos de indígenas fallecieron producto de las hostilidades entre ambos grupos. El 29 de noviembre de 1986 se efectuó una operación militar en la aldea de Moiwana. Agentes militares y sus colaboradores mataron al menos a 39 miembros de la comunidad, entre los cuales había niños, mujeres y ancianos, e hirieron a otros. Asimismo, la operación quemó y destruyó la propiedad de la comunidad y forzó a los sobrevivientes a huir. Desde su huida de la aldea de Moiwana, los pobladores han sufrido condiciones de pobreza y no han podido practicar sus medios tradicionales de subsistencia. Además, a los miembros de la comunidad les ha sido imposible recuperar los restos de sus familiares que murieron durante el ataque. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionó a los responsables de los hechos. En razón de ello, la Corte IDH determinó que el Estado era responsable internacionalmente por la vulneración de los derechos de los miembros de la comunidad Moiwana contemplados en los artículos 5, 8, 21, 22 y 25 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 65)

– **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**

Año: Sentencia del 17 de junio de 2005

País: Paraguay

Derechos: vida digna, propiedad comunal, garantías judiciales y protección judicial

Sumilla: Los hechos del presente caso se relacionan con la Comunidad Indígena Yakye Axa, conformada por más de trescientas personas. A fines del siglo XIX, grandes extensiones de tierra de la zona del Chaco paraguayo fueron vendidas y se levantaron algunas estancias ganaderas de la zona. Las comunidades indígenas que habitaban históricamente estas tierras se vieron afectadas por esta situación y fueron empleadas en las referidas estancias. Por ello, a principios del año 1986 las comunidades se trasladaron a otra extensión de tierra debido a las graves condiciones de vida que sufrían en las estancias ganaderas. Así, desde el año 1996 parte de la Comunidad Yakye Axa se encontraba asentada al costado de una carretera, mientras que otros permanecieron en algunas aldeas de la zona. Esta situación produjo un deterioro de las condiciones de vida de los miembros de la comunidad. Fue por ello que decidieron iniciar los trámites e interponer una serie de recursos para reivindicar las tierras de su hábitat tradicional. Sin embargo, ninguna de estas acciones generó resultados positivos. A partir de estos hechos, la Corte IDH determinó que el Estado de Paraguay era responsable por la vulneración de los derechos de los miembros de la Comunidad Yakye Axa contemplados en los artículos 4.1 y 21 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, pues no se tomaron las medidas adecuadas para garantizar el uso y goce efectivo de sus tierras, lo que afectó su libre desarrollo, la transmisión de sus prácticas tradicionales y la posibilidad de contar con las condiciones para vivir de forma digna. Asimismo, la Corte IDH declaró que el Estado había violado los derechos de los miembros de la comunidad contemplados en los artículos 8 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, pues el procedimiento legal de reivindicación de tierras instaurado desconoció el principio del plazo razonable y se mostró abiertamente inefectivo. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 66)

– **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay**

Año: Sentencia del 29 de marzo de 2006

País: Paraguay

Derechos: reconocimiento de la personalidad jurídica, vida digna, derechos de la niñez, propiedad comunal, garantías judiciales y protección judicial

Sumilla: Los hechos del presente caso se enmarcan en la zona del Chaco paraguayo, donde tradicionalmente habitan los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa. Las tierras de esta zona fueron individualizadas como fincas y figuraban a nombre de dos compañías privadas. En 1991, los integrantes de la comunidad iniciaron un proceso de reivindicación de sus tierras y se interpusieron una serie de recursos judiciales, sin mayor éxito. Al enterarse de las reclamaciones de la Comunidad Sawhoyamaxa, los propietarios de las fincas comenzaron a tomar acciones en contra de ellos. Como resultado, los integrantes de la comunidad vivieron en situación de pobreza extrema, caracterizada por los bajos niveles de salud y atención médica, explotación laboral y restricciones impuestas a la posesión de cultivos y ganado propio y a la práctica libre de actividades tradicionales de subsistencia. La mayoría de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa decidió salir de esas estancias e instalarse al borde de una carretera nacional en condiciones deplorables, sin ningún tipo de servicios. En razón de ello, la Corte IDH determinó que el Estado de Paraguay era responsable internacionalmente por la violación de los derechos de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa contemplados en los artículos 3, 4, 19 y 21 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, por no haber tomado las acciones pertinentes para garantizar la recuperación de sus tierras perdidas, a pesar de las afectaciones que ello conllevaba para sus condiciones de vida y el reconocimiento de sus derechos en el sistema jurídico. Además, la Corte IDH determinó que el Estado había vulnerado los derechos de los miembros de la comunidad contemplados en los artículos 8 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, pues el procedimiento legal de reivindicación de tierras instaurado desconoció el principio del plazo razonable y se mostró completamente inefectivo. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 67)

– **Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam**

Año: Sentencia del 28 de noviembre de 2007

País: Surinam

Derechos: personalidad jurídica, propiedad comunal, garantías judiciales y protección judicial

Sumilla: Los hechos de este caso se relacionan con el Pueblo Saramaka, cuyos integrantes forman un pueblo tribal con características culturales específicas y una

identidad compuesta por una compleja red de relaciones con la tierra y sus estructuras familiares. A pesar de que el pueblo obtuvo cierto grado de autonomía para gobernar sus tierras, territorios y recursos, el Estado otorgó concesiones a terceros para actividades madereras y de minería en la zona del río Surinam Superior y en el territorio del pueblo Saramaka. El desarrollo de estas actividades dañó de forma diversa el medio ambiente de la zona y la integridad del territorio del pueblo.

En tal virtud, este solicitó que se le reconociera o estableciera un título de propiedad sobre su territorio, pero el Estado no realizó mayores acciones para cumplir con esta demanda. Con base en estos hechos, la Corte IDH determinó que el Estado de Surinam era responsable internacionalmente por la vulneración de los derechos de los miembros del pueblo Saramaka contemplados en los artículos 3, 21, 8 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, toda vez que las concesiones efectuadas por el Estado sobre su territorio no contemplaron las debidas garantías para asegurar los derechos de los integrantes del pueblo sobre su territorio y los recursos naturales. Asimismo, este contexto los expuso a una situación de vulnerabilidad, pues carecían de la capacidad jurídica para gozar del derecho a la propiedad y reclamar la violación de sus derechos ante los tribunales. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 68)

– **Caso Chitay Nech Vs. Guatemala**

Año: Sentencia del 25 de mayo de 2010

País: Guatemala

Derechos: personalidad jurídica, integridad, vida, circulación, residencia, libertad personal, participación política, derecho a la familia, derechos de la niñez, garantías judiciales y protección judicial

Sumilla: Los hechos del caso se refieren a Florencio Chitay Nech, quien era un indígena maya. En el año 1977, el señor Chitay Nech resultó elegido concejal de la Municipalidad de San Martín Jilotepeque, en representación del partido Democracia Cristiana. Tiempo después, como consecuencia de la desaparición forzada del entonces alcalde del municipio, el señor Chitay Nech asumió la responsabilidad de la alcaldía. A raíz de ello, desde junio de 1980 recibió diversas amenazas y hostigamientos. El 1 de abril de 1981 Florencio Chitay Nech salió de su vivienda en la ciudad de Guatemala, acompañado de su hijo Estermerio Chitay; frente a una tienda, un grupo de hombres armados se bajaron

de un vehículo, golpearon al señor Chitay Nech en la cabeza y lo introdujeron en el automóvil. Desde entonces Florencio Chitay Nech se encuentra desaparecido. A pesar de que se han interpuesto una serie de recursos, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionó a los responsables. Con base en estos hechos, la Corte IDH determinó que el Estado de Guatemala era responsable internacionalmente por la violación de los derechos de Florencio Chitay Nech contemplados en los artículos. 3, 4, 5, 7, 8, 23 y 25 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, por la desaparición forzada que padeció. Asimismo, la Corte determinó que el Estado vulneró los derechos de la familia de Chitay Nech contemplados en los artículos 5, 8, 17, 19, 22 y 25, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, por los efectos que sufrieron producto de la desaparición y la ineficacia de los recursos para remediar esta situación. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 69)

– **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**

Año: Sentencia del 24 de agosto de 2010

País: Paraguay

Derechos: personalidad jurídica, vida, integridad, propiedad comunal, derechos de la niñez, garantías judiciales y protección judicial

Sumilla: A finales del siglo XIX, el Estado vendió dos tercios de los territorios de la zona del Chaco sin el conocimiento de los indígenas que allí habitaban. Desde entonces las tierras del Chaco paraguayo fueron transferidas a propietarios privados y fraccionadas progresivamente en estancias, lo que obligó a muchas de las comunidades indígenas a concentrarse en los alrededores. Tal fue el caso de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, que tradicionalmente se encontraban en la zona donde posteriormente se fundó la “Estancia Salazar”. Así, la vida de los miembros de la comunidad se vio condicionada por restricciones al uso del territorio, derivadas del ejercicio de la propiedad privada sobre las tierras que ocupaban. La situación empeoró en enero de 2008, cuando la Presidencia de la República declaró 12 450 hectáreas de la “Estancia Salazar” como un Área Silvestre Protegida bajo dominio privado, sin consultar a los miembros de la comunidad ni tener en cuenta su reclamo territorial. Ante tal situación, el 25 de febrero de 2008 los miembros de la comunidad se trasladaron y se asentaron en 1500 hectáreas cedidas por un grupo de comunidades Angaité pero que no habían sido tituladas a favor

de la Comunidad Xákmok Kásek. Ese mismo año la comunidad promovió una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, en contra del decreto mencionado, pero hasta la fecha de emisión de la sentencia el procedimiento se mantenía suspendido. A partir de estos hechos, la Corte IDH determinó que el Estado de Paraguay era responsable internacionalmente por la vulneración de los derechos de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek contemplados en los artículos 3, 4, 5, 8, 19, 21 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, las condiciones de vida que han tenido que soportar, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera que han debido sufrir en el transcurso del ineficiente procedimiento administrativo. (Ministerio de Cultura, 2016)

– **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador**

Año: Sentencia del 27 de junio de 2012

País: Ecuador

Derechos: vida, integridad, propiedad comunal, garantías judiciales y protección judicial

Sumilla: En 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque número 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles (CGC) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200 000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku. En numerosas ocasiones la empresa petrolera CGC intentó gestionar la entrada al territorio del pueblo Sarayaku y conseguir su consentimiento para la exploración petrolera. No obstante, tales intentos resultaron infructuosos. En el año 2002, la Asociación de Sarayaku envió al Ministerio de Energía y Minas una comunicación en la que manifestó su oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral. A raíz de la reactivación de la fase de exploración sísmica en noviembre de 2002, y ante el ingreso de la CGC al territorio del pueblo, la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares. Con el propósito de resguardar los límites del territorio para impedir la entrada de la CGC, miembros del pueblo organizaron linderos en su territorio. En respuesta, la

empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para el consumo de agua por la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Asimismo, entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 se denunciaron una serie de hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku. Con base en esta situación, la Corte IDH determinó que el Estado de Ecuador era responsable internacionalmente por la vulneración de los derechos del pueblo de Sarayaku contemplados en los artículos 8, 21 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, por no realizar un proceso de consulta previa conforme a los estándares. Tampoco se garantizó un recurso jurídico que remediara lo sucedido. Asimismo, la Corte estableció que el Estado había violado los derechos de los miembros del pueblo contemplados en los artículos 4, 5 y 21 de la CADH, en relación con el artículo 1.1, al no garantizar el derecho a la propiedad comunal. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 71)

– **Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá**

Año: Sentencia del 14 de octubre de 2014

País: Panamá

Derechos: propiedad comunal, garantías judiciales y protección judicial

Sumilla: Los antecedentes de los hechos del caso se refieren a la construcción de una represa hidroeléctrica en la zona del Alto Bayano, provincia de Panamá, en el año 1972. Con este motivo, parte de la reserva indígena de la zona fue inundada por la obra de embalse y luego se dispuso su reubicación. Entre los afectados se encontraban los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano. Así, entre 1975 y 1980 las autoridades estatales firmaron cuatro acuerdos principales con los representantes indígenas, referidos a las indemnizaciones supuestamente adeudadas por el Estado como compensación por la inundación y la reubicación de sus habitantes. A comienzos de los años 1990 se incrementó la incursión de personas no indígenas a las tierras de las comunidades Kuna y Emberá, y se intensificó la conflictividad en la zona. Durante décadas, los pueblos indígenas realizaron gestiones de distinta índole para exigir el cumplimiento de los acuerdos y resoluciones antes mencionadas, el reconocimiento

legal de sus tierras y la protección de estas frente a las incursiones de personas no indígenas. No obstante, ninguna de tales acciones resultó fructuosa. A partir de estos hechos, la Corte IDH determinó que el Estado de Panamá vulneró los derechos del pueblo Kuna de Madungandí, Emberá de Bayano y sus miembros, contemplados en los artículos 8, 21 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, por la falta de delimitación, demarcación y titulación de sus territorios. Además, señaló la ausencia de normativa interna antes de 2008 para tutelar el derecho a la propiedad comunal y declaró el incumplimiento del principio del plazo razonable de un proceso. (Ministerio de Cultura, 2016, pág. 72)

2.3. Definición de términos básicos

2.3.1. Acta de consulta

Instrumento público, con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcance como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. Es suscrita por los funcionarios competentes de la entidad promotora y por los o las representantes del o de los pueblos indígenas. En caso de que los o las representantes no fueran capaces de firmar el acta, estamparán sus huellas digitales en señal de conformidad. Los documentos sustentatorios del acuerdo forman parte del acta de consulta. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”

2.3.2. Afectación directa

Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente a los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”

2.3.3. Ámbito geográfico

Área en donde habitan y ejercen sus derechos colectivos el o los pueblos indígenas, sea en propiedad, en razón de otros derechos reconocidos por el

Estado o que usan u ocupan tradicionalmente. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”

2.3.4. Aspectos generales

Conjunto de criterios, reglas, técnicas y metodológicas aplicables a los procesos, procedimientos, métodos, técnicas y leyes; para el diseño, recolección, tratamiento, análisis, actualización, organización, procesamiento, integración, compilación e implementación de fundamentos. (DANE Información Estratégica , s.f.)

2.3.5. Base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios

La Base de Datos es una herramienta que permite a las entidades de la administración pública y a la ciudadanía en general acceder a la información existente sobre los pueblos indígenas u originarios identificados por el Viceministerio de Interculturalidad.

2.3.6. Buena fe

Principio reconocido en el Derecho Internacional y punto de partida del Principio que prohíbe el abuso del Derecho; la buena fe es un modelo ideal de conducta social, que implica un actuar honesto, leal, probo, correcto y sin malicia. (Wikipedia, 2017)

2.3.7. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Es un órgano autónomo e independiente de la OEA, creado en 1959 con la misión de promover y proteger los derechos humanos en el continente americano. La CIDH realiza su trabajo con base en tres pilares: el sistema de peticiones y casos individuales, el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros y la atención a líneas temáticas prioritarias. Entre estas últimas se encuentra la situación de los pueblos indígenas en el continente.

2.3.8. Consulta Previa en el Perú

La Consulta Previa es un diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, cuya finalidad es llegar a acuerdos en torno a medidas administrativas o legislativas que pudieran afectar sus derechos colectivos. Los acuerdos alcanzados en el proceso de consulta previa son de cumplimiento obligatorio para ambas partes

2.3.9. Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo

El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), es el primer y principal instrumento internacional en materia indígena, adoptada en 1989 y ratificado por el Perú el 2 de febrero de 1994.

2.3.10. Corte Interamericano de Derechos Humanos

Órgano judicial internacional autónomo creado por la Convención Americana, cumple sus funciones principalmente a través de una competencia consultiva y una competencia contenciosa.

2.3.11. Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

La declaración es el primer instrumento en la historia de la OEA que promueve y protege los derechos de los pueblos indígenas de las Américas. Reconociendo, la autoidentificación de las personas que se consideran indígenas y brinda una protección especial a los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial como algunos pueblos amazónicos, un elemento que lo distingue de otras iniciativas en la materia. (Wikipedia, 2017)

2.3.12. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Esta declaración tiene como predecesoras a la Convención 169 de la OIT y a la Convención 107, precisa los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, especialmente sus derechos a sus tierras, bienes, recursos

vitales, territorios y recursos, a su cultura, identidad y lengua, al empleo, la salud, la educación y a determinar libremente su condición política y su desarrollo económico. (Wikipedia, 2017)

2.3.13. Derechos Colectivos

Derechos que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”

2.3.14. Enfoque Intercultural

Reconocimiento de la diversidad cultural y la existencia de diferentes perspectivas culturales, expresadas en distintas formas de organización, sistemas de relación y visiones del mundo. Implica reconocimiento y valoración del otro. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”.

2.3.15. Entidad Promotora

Entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”

2.3.16. Estándares Internacionales de Protección de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas

Son mecanismo legales de protección y defensa de derechos de los pueblos indígenas en el marco del derecho internacional, que son usados como pautas de comportamiento de los Estados Partes de una Convención, teniendo en cuenta, criterios de evaluación del mismo comportamiento y reglas jurídicas, cuyo contenido implica el establecimiento de obligaciones concretas a cargo de los Estados, cuya inobservancia acarrea consecuencias en materia de responsabilidad internacional.

2.3.17. Institución u organización representativa de los Pueblos Indígenas

Institución u organización que, conforme los usos, costumbres, normas propias y decisiones de los pueblos indígenas, constituye el mecanismo de expresión de su voluntad colectiva. Su reconocimiento se rige por la normativa especial de las autoridades competentes, dependiendo del tipo de organización y sus alcances. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”

2.3.18. Medidas administrativas

Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”.

2.3.19. Medidas legislativas

Normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”

2.3.20. Objeto de la Ley

Desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”.

2.3.21. Organización de Estados Americanos

Es una organización internacional panamericanista de ámbito regional y continental, con el objetivo de ser un foro político para la toma de decisiones, el

diálogo multilateral y la integración de América. La declaración de la organización trabaja para fortalecer la paz, seguridad y consolidar la democracia, promover los derechos humanos, apoyar el desarrollo social y económico favoreciendo el crecimiento sostenible en América o las Américas. (Wikipedia, 2017)

2.3.22. Organización de Naciones Unidas

Es la mayor organización internacional existente. Se define como una asociación de gobierno global que facilita la cooperación en asuntos como el Derecho internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos. (Wikipedia, 2017)

2.3.23. Plan de consulta

Instrumento escrito que contiene la información detallada sobre el proceso de consulta a realizarse, el que debe ser adecuado a las características de la medida administrativa o legislativa a consultarse y con un enfoque intercultural. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”

2.3.24. Pueblo Indígena u Originario

Pueblo que descende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. “Reglamento de la Ley 29785, 2012”

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1. Métodos y alcances de la investigación

3.1.1. Método de investigación

a) Método General

El estudio utilizó el método científico como método general.

El enfoque científico tiene una característica de la que carecen otros métodos de obtención del conocimiento. Hay puntos de verificación intrínsecos a lo largo del camino del conocimiento científico. Estos controles están concebidos y se utilizan de manera tal que dirigen y verifican las actividades científicas y las conclusiones con el fin de obtener conocimiento del que se pueda depender (Kerlinger & Lee, 2002, pág. 7).

b) Método Específico

Se empleó el método descriptivo, éste “consiste en describir, analizar e interpretar sistemáticamente un conjunto de hechos o fenómenos y sus variables que les caracterizan de manera tal como será en el presente” (Sánchez & Reyes, 2006, pág. 54). Con frecuencia, el propósito del investigador está en describir fenómenos, situaciones, contextos y sucesos; esto es, detallar cómo son y se manifiestan. Con los estudios descriptivos se busca especificar las

propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis.

3.1.2. Nivel

El nivel es descriptivo, “Con los estudios descriptivos se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis” (Hernandez, Fernandez, & Baptista, 2014, pág. 92).

3.1.3. Tipo

3.1.3.1. Por su Finalidad

Por su finalidad, el estudio investigación es sustantiva. “trata de responder a los problemas teóricos o sustantivos, está orientada a describir, explicar, predecir o retrodecir la realidad con la cual se va en búsqueda de principios y leyes generales que permita organizar una teoría científica” (Sánchez & Reyes, 2006, pág. 41)

3.1.3.2. Por su alcance temporal

Por su alcance temporal, el estudio es seccional porque se refiere a un momento o tiempo específico.

Según Sierra (2007), la investigación puede referirse a un momento específico o a un tiempo único o puede extender su análisis a una sucesión de momentos temporales.

3.2. Diseño de investigación

El Diseño que orientó el estudio es el descriptivo simple, puesto que tuvo como objetivo conocer de qué manera la ley de consulta previa en el Perú cumple con los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas, 2017 (Hernandez, Fernandez, & Baptista, 2014) por lo tanto, se analizó y describió si la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios “Ley 29785”, a partir de la adopción de Estándares Internacionales, ha tomado en cuenta criterios establecidos en dichos cuerpos normativos, con la única finalidad de otorgar a los pueblos, actores principales del proceso de consulta previa, la seguridad y garantía en el cumplimiento de sus derechos, así como respetar los acuerdo que se tomen al finalizar los procesos, contribuyendo en su

empoderamiento para el uso y disfrute pleno de sus derecho, mejorando su calidad de vida y sentir el respaldo del Estado.

En el esquema:



M = Muestra de investigación

O₁ = Observaciones de la variable

3.3. Población y muestra

a. Población:

La población está conformado por normatividad internacional y nacional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios.

Según Fernández, H (1996 pág. 29), “La población es el conjunto de individuos que comparten por lo menos una característica, sea una ciudadanía común, la calidad de ser miembros de una asociación voluntaria o de una raza, la matrícula en una misma universidad, o similares”. La población es el conjunto de entidades o cosas respecto de los cuales se formula la pregunta de la investigación, o lo que es lo mismo el conjunto de las entidades a las cuales se refieren las conclusiones de la investigación.

b. Muestra

La muestra está conformada por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas; debido a la extensa cantidad de mecanismos legales a nivel internacional en materia indígena.

El muestreo fue no probabilístico intencional, Las muestras no probabilísticas, también llamadas muestras dirigidas, suponen un procedimiento de selección orientado por las características de la investigación, más que por un criterio estadístico de generalización. (Hernandez, Fernadez, & Baptista, 2014, pág. 189)

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección y procesamiento de datos

3.4.1. Técnicas de recolección de datos

De acuerdo a las características de la investigación las técnicas que se empleó para la recolección de datos fue la siguiente:

3.4.1.1. Lista de Cotejo

Para la elaboración del instrumento, se tomó en cuenta los ítems de la matriz de operacionalización de las variables, que fueron elaborados a partir del contenido de Ley de Consulta Previa N° 29785, para saber si están alineados a las normas internacionales elegidas: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas.

La Lista de Cotejo, es un instrumento estructurado que registra la ausencia o presencia de un determinado rasgo, conducta o secuencia de acciones. La lista de cotejo se caracteriza por ser dicotómica, es decir, que acepta solo dos alternativas: sí, no; lo logra, o no lo logra, presente o ausente; entre otros. (Ministerio de Educación Chile, s.f.)

3.4.1.2. Técnicas de procesamiento de datos

De acuerdo a las características de la investigación las técnicas que se empleó para el procesamiento de datos fue la siguiente:

- Tablas Estadísticas (para variables cuantitativas)
- Análisis Jurídico (para variables cualitativas)

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSION

4.1. Resultados del tratamiento y análisis de la información

El propósito fundamental de esta investigación fue analizar la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos Indígenas u Originarios “Ley 29785”, a partir de la adopción de Estándares Internacionales, para saber si se han tomado en cuenta criterios establecidos en dichos cuerpos normativos, con la única finalidad de otorgar a los pueblos, actores principales del proceso de consulta previa, la seguridad y garantía en el cumplimiento de sus derechos, así como respetar los acuerdos que se tomen al finalizar los procesos, contribuyendo en su empoderamiento para el uso y disfrute pleno de sus derechos, mejorando su calidad de vida y que sientan el respaldo del Estado.

Además a través de esta investigación se propuso analizar en detalle la conducta del Estado peruano respecto a los estándares internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios establecidos en instrumentos jurídicos internacionales vinculantes.

Por último la investigación tiene la finalidad de abrir un camino a una revisión general de la normativa doméstica en materia de derechos de los pueblos indígenas u originarios para poder llegar a un pleno goce de sus derechos humanos.

4.1.1. Datos Generales

Tabla 3. Datos Generales de normas utilizadas

Nombres de las normas	Fecha de Aprobación/ Adopción	Organismo Emisor	Cantidad de artículos
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	27 de junio de 1989	Organización Internacional del Trabajo/Organismo especializado de las Naciones Unidas	44° artículos
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	13 de setiembre del 2007	Organización de las Naciones Unidas	46° artículos
Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas	14 de junio del 2016 (sesión de la Organización de Estados Americanos)	Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)	41° artículos
Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas “Ley N°29785”	07 de setiembre de 2011	Congreso de la República	20° artículos 4° disposiciones complementarias

Fuente: Elaboración propia

4.1.2. Relación de artículos de la Ley de Consulta Previa con normatividad internacional

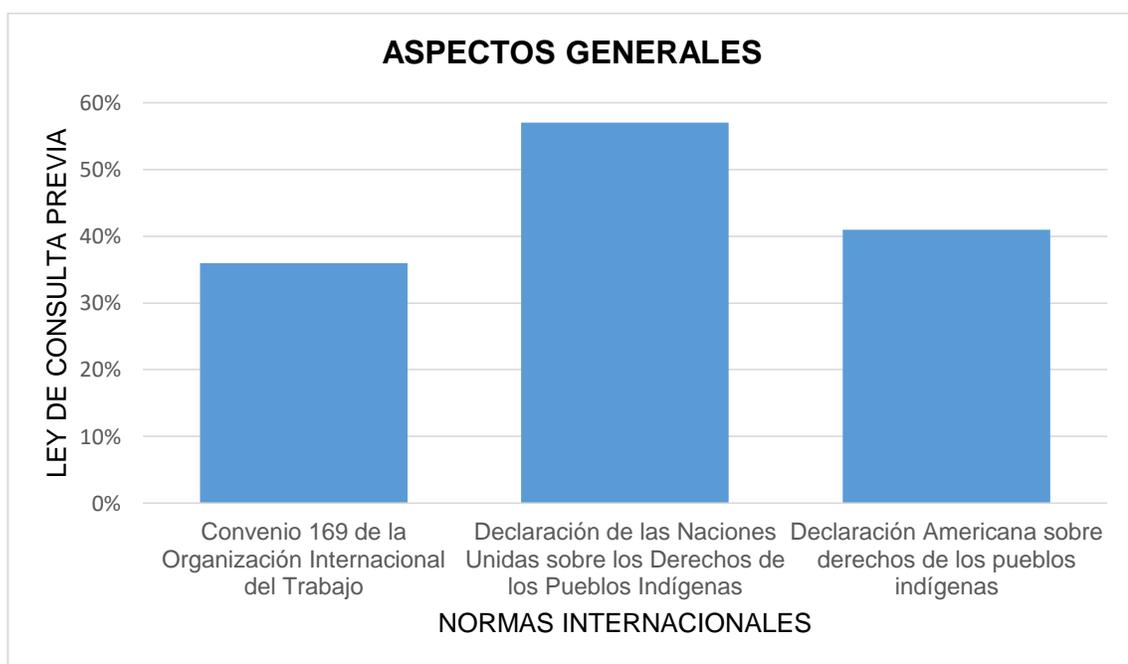
Para entender el desarrollo de la descripción y el análisis de la relación de la Ley de Consulta Previa con las normas internacionales, es necesario tomar como punto de inicio, el desarrollo de la lista de cotejo, el cual tiene como objetivo conocer y verificar si la ley de consulta previa en el Perú incluye en su contenido los lineamientos que derivan de los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas.

4.1.2.1. Título I - Aspectos Generales

Tabla 4. Artículos correspondientes al Título I - Aspectos Generales de la Ley de Consulta Previa, respecto a la adopción de los instrumentos internacionales.

Norma Internacional	fi	hi %
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	16	36%
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	26	57%
Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas	17	41%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

Descripción

El Título I (Aspectos Generales) de la Ley de Consulta Previa se relaciona con el Convenio 169 de la OIT en 16 artículos que equivalen al 36% del total de artículos de esta norma internacional.

El Título I (Aspectos Generales) de la Ley de Consulta Previa se relaciona con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 26 artículos que equivalen al 57% del total de artículos de esta norma internacional.

El Título I (Aspectos Generales) de la Ley de Consulta Previa se relaciona con la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas en 17 artículos que equivalen al 41% del total de artículos de esta norma internacional.

Análisis de la relación de la ley de consulta previa con las normas internacionales

Haciendo una revisión normativa de los cuatro artículos del Título I (Aspectos Generales) de la Ley de Consulta Previa, respecto a las normas internacionales, se asume:

– Objeto de la Ley

Considerando, lo establecidos en los art. 6°, 7.1° y 15.2° del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan que se debe consultar a los pueblos, mediante procedimientos apropiados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles a afectarles directamente; lo establecido en los art. 17.2°, 18°, 19°, 36° y 38° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales señalan que se debe adoptar medidas eficaces y apropiadas cuando medidas legislativas y administrativas afecten derechos colectivos de los pueblos, celebrando consultas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado y finalmente lo establecido en los art. 20.4°, 23.2°, 24° y 29.4° de la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas, los cuales señalan que se deben celebrar consultas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas.

Del análisis del art. 1° de la Ley de Consulta Previa, respecto a los tres instrumentos internacionales, se asume que la ley, desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas

legislativas o administrativas que les afecten directamente, por lo tanto se concluye que el objeto de la ley es desarrollar procedimientos, principios y contenidos que permitan a los pueblos indígenas, ejercer su derecho a la consulta previa, cuando medidas de carácter legislativo y administrativo les afecte directamente.

Por otro lado se debe tener en cuenta que el presente artículo, establece los parámetros y el escenario del desarrollo del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, sin embargo, no reconoce otra fuente de derecho más que el Convenio 169 de la OIT, considera además, que solo deben proceder procesos de consulta previa, cuando exista evidencia de afectaciones directas, debiendo incluir todo tipo de afectación de los derechos de los pueblos indígenas.

– **Derecho a la consulta**

Para el análisis de este art., a partir de la adopción de los instrumentos internacionales se debe tomar en cuenta la premisa anterior (objeto de la ley), la misma que concluye que el Derecho a la Consulta previa, permite a los pueblos indígenas ejercer su derecho a la consulta, cuando medidas de carácter legislativo y administrativo les afecte directamente; se puede inferir entonces, que se la ley domestica toma en cuenta los criterios establecidos en las normas internacionales, y que a la vez resaltar el contenido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pero que no incluye la totalidad de derechos colectivos señalados en las normas internacionales.

Por otro lado, la norma señala también que la consulta previa procede cuando se prevean efectuar planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, siempre y cuando afecte directamente sus derechos, al respecto se debe considerar los art. 7.3° y 19° del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan que los gobiernos, cuando efectúen estudios y programas deben garantizar a los pueblos condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, debiendo ser considerados además como criterios fundamentales para la ejecución de todo tipo de actividad, el art. 23° de la Declaración de las Naciones Unidas, el cual establece y reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar activamente en la elaboración y determinación de programas y administrarlos mediante sus propias instituciones y el art. 29.3° de la Declaración Americana, el cual establece derechos de los pueblos indígenas, a participar activamente en la elaboración y determinación de los

programas de desarrollo que les concierna, y en lo posible, administrar esos programas mediante sus propias instituciones. Se debe resaltar que el Derecho a la consulta previa que gozan los pueblos indígenas, no solo se materializa ante la adopción de medidas legislativas o administrativas, sino también cuando se prevean la ejecución de planes, programas, proyectos que puedan afectar directamente sus derechos.

El presente art., reconoce como titulares del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, sin embargo la Ley de Consulta Previa carece de contenido en el cual especifique que el ejercicio de este derecho no restringe o limita de disfrutar de los derechos humanos de los cuales gozamos todas las personas. Por otro lado, hace mención de solo proteger derechos colectivos, cuando debiera de proteger todos los derechos, de los cuales los pueblos indígenas son titulares.

– **Finalidad de la consulta**

Considerando, lo establecido en los art. 5.c°, 6°, 7.3° del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan, que deben adoptarse con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar dificultades que experimenten dichos pueblos y lo establecido en los art. 19° y 32° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales señalan el rol del Estado al celebrar consultas obteniendo su consentimiento, libre, previo e informado, adoptando medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de sus derechos.

La ley de Consulta Previa señala, en su art. 3° que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecte directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

Se puede concluir que la norma interna recoge algunos criterios de los artículos en mención, como por ejemplo el hecho de adoptar medidas que respeten sus derechos, a partir de la obtención de su consentimiento y sobre todo antes de la adopción de medidas legislativas y administrativas; por otro lado un punto a resaltar de la norma interna es que hace mención que para todo el procedimiento se debe realizar a través de un diálogo intercultural, entendido

como aquel que permita tomar en consideración las características de los pueblos, como por ejemplo su lengua, sus costumbres, tradiciones, etc.

– Principios

Principio de oportunidad: Considerando los arts. 6.a°, 14.2° y 15.2° del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan que los pueblos pueden ejercer el derecho a la consulta ante la adopción medidas legislativas y administrativas susceptibles a afectarles directamente y los arts. 13.2°, 14.3,15.2°,16.2°,17.2°,21.2°,22.2°, 24.2°, 29.2, y 31.2° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales señalan, el derecho de los pueblos a la realización de consultas antes de la adopción de medidas cuando se pongan en riesgo sus derechos.

La Ley de Consulta Previa, en su art. 4.a° señala, que el proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por entidades estatales. Entonces se puede evidenciar que la norma interna si recoge los criterios establecidos de las normas internacionales en este punto, logrando inferir la importancia de recoger la opinión de los pueblos para la adopción de medidas legislativas y administrativas.

Principio de Interculturalidad: Para el análisis de este principio se debe tener en cuenta los arts. 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 13°, 23° y 30° del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan que los pueblos tienen derecho a conservar y mantener peculiaridades que los caracterizan, como por ejemplo su cultura, sus usos y costumbres, la forma de utilizar la tierra, su religión etc., los arts. 9°, 11°, 12°, 13° y 16.2° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales establecen el derecho de los pueblos a conservar sus tradiciones, costumbres y los arts. 2°, 5°, 13°, 16.1°,18.2° y 22.1° de la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales establecen que los pueblos indígenas tienen el derecho al goce pleno de sus derechos colectivos y a respetar su derecho a la identidad cultural, a sus creencias, sus tradiciones, sus costumbres, etc.

Al realizar el análisis normativo del principio de interculturalidad de la Ley de Consulta Previa, respecto a los tres instrumentos internacionales, se deduce que el art. 4.b° de la Ley recoge estos criterios, estableciendo que el principio de interculturalidad en el proceso de consulta se debe desarrollar reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existente entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor a cada una de ellas. Se

concluye y entiende al principio de interculturalidad como todo aquello referido al respeto por la identidad cultural de un pueblo, esto comprende el respeto por las costumbres y tradiciones, por el uso de una lengua originaria, la forma del uso de la tierra, creencias, prioridades de desarrollo, etc., es decir aquellas características que los hacen distintos a la colectividad y que a partir de estos se les debe tomar en cuenta, para la adopción de toda medida legislativa o administrativa que les afecte directamente.

Principio de buena fe: para el análisis de este principio se debe tener en cuenta los arts. 2, 5.b° y 6.2° del Convenio 169 de la OIT, los cuales establecen que los pueblos indígenas pueden participar en la adopción de medidas que involucre sus derechos de forma libre, lo establecido en los arts. 19°, 32.2° y 46.3° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales señalan que los Estados al celebrar consultas, cooperaran de buena fe con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento antes de aprobar medida que afecten sus derechos y lo establecido en los arts. 23.2°, 24.1° y 29.4° de la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas, señalando que los Estados celebrarán consultas y cooperaran de buena fe con los pueblos indígenas.

Al realizar el análisis normativo del principio en mención contenido en la Ley de Consulta Previa, respecto a los tres instrumentos internacionales, se encontró una relación directa con los artículos, entendiéndose este principio como la verdadera voluntad del Estado de realizar un proceso de consulta libre de cualquier condicionamiento hacia los pueblos indígenas, resaltando la buena fe en todas las actuaciones, establecido el art. 4.c° de la Ley de Consulta Previa. Este artículo señala que las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.

Principio de flexibilidad: para el análisis de este principio se debe tener en cuenta los arts.4°, 5°, 6°, 8°, 13°, 23°, 30° y 34° del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan que se deberán adoptar medidas para salvaguardar los derechos de los pueblo indígenas, mediante procedimientos apropiados, teniendo en cuenta sus costumbres y tradiciones; lo establecido en los arts. 9°, 11°, 12°, 13° y 30.2° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales señalan que los Estados celebraran consultas

con procedimientos adecuados que les permitan ejercer su derecho a practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones y costumbres y finalmente lo establecido en los arts. 2°, 5°, 13°, 16.1°, 18.2, 22.1° y 34° de la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales señalan que los Estados ante casos de conflictos proveerán con la participación de los pueblos indígenas mecanismos y procedimientos justos, equitativos y eficaces para la resolución de estos mismos y reconociendo el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos, así como el derecho a la identidad, sus creencias, tradiciones, etc.

Al realizar el análisis normativo del principio en mención, contenido en la Ley de Consulta Previa, respecto a los tres instrumentos internacionales, se encontró una relación directa con los artículos mencionados; el art. 4.d° de la Ley de consulta previa señala que la consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.

Principio de plazo razonable: Al realizar el análisis normativo del principio en mención contenido en la Ley de Consulta Previa, respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró artículo alguno para poder realizar el análisis. En ningún artículo de las normas internacionales se hace mención de algún tipo de plazo para cualquier procedimiento que involucre a los pueblos indígenas en la Ley de Consulta previa.

Principio de ausencia de coacción o condicionamiento: Para el análisis de este principio se debe tener en cuenta los arts. 3.2°, 6.1.b° y 18° del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan que no se deberá usar u emplear forma de fuerza o coerción que violen los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas, por el contrario se debe establecer medios a través de los cuales los pueblos puedan participar libremente en decisiones que los involucre, así mismo el art. 81° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, el cual señala que los pueblos y personas indígenas tienen el derecho a no sufrir asimilación forzada o la destrucción de su cultura y finalmente se debe tener en cuenta el art. 16.2° de la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas, el cual señala que ningún pueblo o persona indígena deberá ser sujeto a presiones o imposiciones, o a cualquier otra medida coercitiva que afecte y limite sus derechos.

Al realizar el análisis normativo del principio en mención contenido en Ley de Consulta Previa, respecto a los tres instrumentos internacionales se encontró una relación directa en el

art. 4.º de la Ley de Consulta Previa, el cual señala que el principio de ausencia de coacción o condicionamiento es aquel en el cual, la participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno; entendiéndose este principio como aquel que evita que durante el proceso de consulta exista ningún tipo de condicionamiento o actitud parecida para con los pueblos y sobre todo que pongan en riesgo el disfrute pleno de sus derechos.

Principio de información oportuna: Al realizar el análisis normativo del principio en mención contenido en la Ley de Consulta Previa, respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró artículo alguno para poder realizar el análisis. Sin embargo, se trató de realizar un enlazamiento para el entendimiento del principio, asumiendo que el principio de información oportuna es aquel que busca empoderar a los pueblos indígenas a fin de que puedan tomar o adoptar decisiones adecuadas que no afecten sus derechos, es necesario que cuenten con la información adecuada y oportuna.

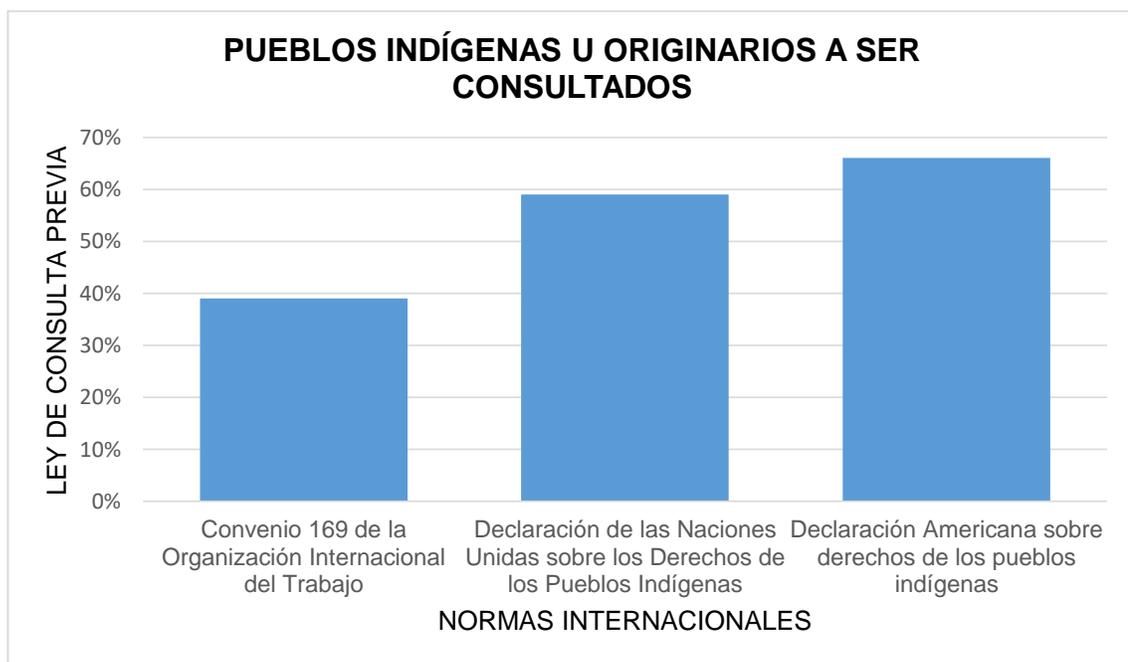
En el desarrollo de este artículo se observa un listado de siete principios reconocidos y considerados como mandatos de cumplimiento obligatorio y a partir de los cuales se desarrollan los procesos de consulta, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas; sin embargo al realizar la revisión bibliográfica, dimos con contenido que antes de la adopción de la Ley, específicamente a partir de los hechos ocurridos en Bagua (2009), se formaron grupos de trabajo, para plantear propuestas de política y propuestas legislativas que generaran un marco más adecuado para el tratamiento de los asuntos indígenas. Uno de los grupos de trabajo, específicamente el número tres, desarrollo posibles contenidos respecto a los principios de la consulta, incluyendo en el listado principios como: legalidad, libertad, oportunidad, representatividad, inclusividad, igualdad de oportunidades y recursos, interculturalidad, buena fe, transparencia, flexibilidad, accesibilidad, igualdad y no discriminación, protección efectiva, legitimidad, participación, imparcialidad y procedimiento apropiado. (Legislación Ambiental , s.f.), haciendo un total de dieciocho artículos, que bajo mi punto de vista daría más respaldo y sostenibilidad a la Ley de Consulta Previa, pero sobre todo se otorgaría mayor seguridad jurídica a los pueblos indígenas, de que realmente la Ley de Consulta Previa vela y protege sus derechos.

4.1.2.2. Título II – Pueblos Indígenas u Originarios a ser consultados

Tabla 5. Artículos correspondientes al Título II – Pueblos Indígenas u Originarios a ser consultados, respecto a la adopción de los instrumentos internacionales.

Norma Internacional	fi	hi %
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	17	39%
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	27	59%
Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas	27	66%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

Descripción

El Título II (Pueblos Indígenas u Originarios a ser consultados) de la Ley de Consulta Previa se relaciona con el Convenio 169 de la OIT en 17 artículos que equivalen al 39% del total de artículos de esta norma internacional.

El Título II (Pueblos Indígenas u Originarios a ser consultados) de la Ley de Consulta Previa se relaciona con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 27 artículos que equivalen al 59% del total de artículos de esta norma internacional.

El Título II (Pueblos Indígenas u Originarios a ser consultados) de la Ley de Consulta Previa se relaciona con la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas en 27 artículos que equivalen al 66% del total de artículos de esta norma internacional.

Análisis de la relación de la ley de consulta previa con las normas internacionales

Haciendo un análisis normativo de los tres artículos del Título II (Pueblos indígenas u originarios a ser consultados) de la Ley de Consulta Previa, respecto a las normas internacionales, se asume:

– Sujetos de Consulta

Considerando, lo establecidos en los art. 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 13°, 14°, 15°, 18°, 22°, 23°, 25°, 26° y 27° del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan en principio que los pueblos indígenas son los titulares del derecho a la consulta previa y que además se los reconoce como los titulares de los derechos colectivos, así mismo lo establecido en los art. 3°, 4°, 5°, 9°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 17.2°, 18°, 19°, 20°, 23°, 24°, 25°, 26°, 27°, 28°, 29°, 30°, 31°, 32°, 33°, 35°, 36° y 38° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales señalan y reconocen a los pueblos indígenas como titulares de los derechos colectivos y finalmente lo establecido por los arts. 1°, 2°, 3°, 6°, 9°, 10°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21°, 22°, 23°, 24°, 25°, 26°, 27°, 28°, 29°, 30° y 31°, 32° y 33° de la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales reconocen como titulares de los derechos colectivos a los pueblos indígenas.

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, contenido en la Ley de Consulta Previa, respecto a los tres instrumentos internacionales, se encontró una relación directa; el art. 5° de la Ley de Consulta Previa, señala que los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa, concluyendo efectivamente que para la adopción de este artículo si se tomó en cuenta criterios establecidos por las normas internacionales marco.

– **Participación de los pueblos indígenas u originarios**

Considerando, lo establecidos en los art. 6.1.a°, 15.2° y 27.3° del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan la participación de los pueblos indígenas en los procesos de consulta a través de sus instituciones representativas y que el Estado tiene que reconocerlos, lo establecido en los art. 18°, 19° y 30.2° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales señalan el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones que afecten sus derechos, a través de sus representante elegidos bajo sus propios mecanismos y procedimientos y finalmente considerando los art. 20° y 23° de la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales señalan que los pueblos al ser partícipes de los proceso de consulta pueden hacerlo a través de sus representantes que fueron elegidos por ellos mismos.

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, contenido en la Ley de Consulta Previa, respecto a los tres instrumentos internacionales; se encontró una relación directa, ya que el art. 6°, señala que los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales. Concluyendo que para la adopción de este artículo si se tomó en cuenta criterios de las normas internacionales marco.

– **Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios**

Considerando, lo establecidos en los art. 1° del Convenio 169 de la OIT, el cual señala y establece los criterios a considerar y tomar en cuenta para la identificación de los pueblos indígenas, criterios como sus condiciones socioculturales y económicas, estar regidos por propias costumbres y tradiciones, ser descendientes de poblaciones anteriores y que conserven sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de

ellas, así como la conciencia de su identidad indígena, lo establecido en el art. 1° de la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas, la cual señala la autoidentificación como criterio fundamental para la identificación de pueblos indígenas.

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, contenido en la Ley de Consulta Previa, respecto a los tres instrumentos internacionales, se encontró relación directa. El art. 7° de la Ley de Consulta Previa, recoge criterios establecidos específicamente en el Convenio 169 de la OIT, como la descendencia de poblaciones originarias, las instituciones y culturales propias, patrones culturales y modo de vida distinto y la conciencia de grupo de poseer una identidad indígena, para ser considerados como pueblos indígenas u originarios.

Por otro lado en el presente art., se evidencia, la posición de exigir más criterios de identificación a los pueblos indígenas para ser considerados como titulares del derecho a la consulta, respecto a los establecidos en los estándares internacionales, específicamente del Convenio 169 de la OIT, uno de los criterios es demostrar vínculos históricos con el territorio que tradicionalmente se ocupa, al respecto se debe tener en cuenta que durante muchos años empresas extractivas de caucho, sometían de forma cruel a los pueblos indígenas y en el afán de evitar dicho sometimiento, muchos pueblos decidieron dejar sus tierras que originalmente ocupaban, teniendo en cuenta este criterio ellos no podrían ser considerados titulares del derecho de consulta pese a demostrar que si cumplen con el resto de criterios (este criterio no está establecido en el Convenio 169 de la OIT). Se limita la denominación indígena solo a los descendientes “directos” y a quienes conserven “todos” sus elementos culturales, lo cual excluye a las rondas campesinas y a los pueblos costeros; se debería considerarse indígena a “todos” los descendientes, pero que si evidencias poseer los otro criterios.

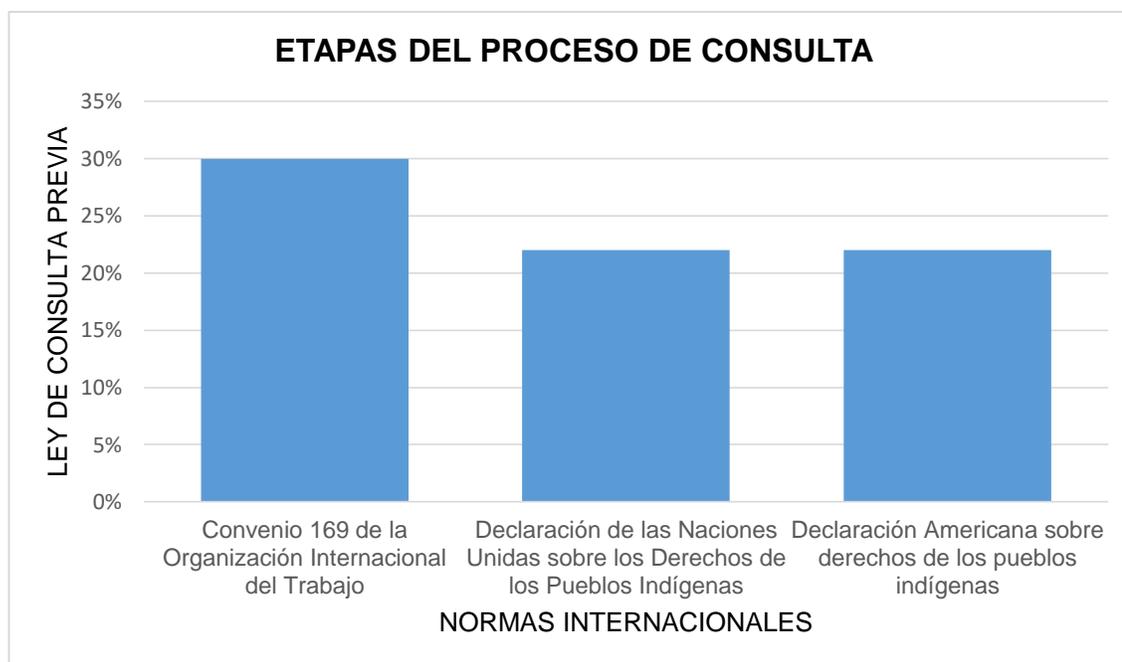
4.1.2.3. Título III – Etapas del proceso de consulta

Tabla 6. Artículos correspondientes al Título III – Etapas del proceso de consulta, respecto a la adopción de los instrumentos internacionales.

Norma Internacional	fi	hi %
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	13	30%
Declaración de las Naciones Unidas sobre los	10	22%

Derechos de los Pueblos Indígenas		
Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas	9	22%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

Descripción

El Título III (Etapas del proceso de consulta) de la Ley de Consulta Previa se relaciona con el Convenio 169 de la OIT en 13 artículos que equivalen al 30% del total de artículos de esta norma internacional.

El Título III (Etapas del proceso de consulta) de la Ley de Consulta Previa se relaciona con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 10 artículos que equivalen al 22% del total de artículos de esta norma internacional.

El Título III (Etapas del proceso de consulta) de la Ley de Consulta Previa se relaciona con la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas en 9 artículos que equivalen al 22% del total de artículos de esta norma internacional.

Análisis de la relación de la ley de consulta previa con las normas internacionales

Haciendo un análisis normativo de los ocho artículos del Título III (Etapas del proceso de consulta) de la Ley de Consulta Previa, respecto a las normas internacionales, se asume:

– Identificación de medidas objetos de consulta

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró artículo específico que se encuentre vinculado con la etapa de identificación de medidas objetos de la consulta, para poder realizar el análisis. Sin embargo se debe considerar lo establecido en los art. 2°, 5°, 7° y 15.2° del Convenio 169 de la OIT, los cuales señalan la responsabilidad del Estado de realizar consultas cuando medidas administrativas y legislativas afecten sus derechos colectivos, lo establecido en los art. 13.2° y 17°, los cuales señalan que los Estados adoptarán medidas para garantizar sus derechos y finalmente lo establecido en los art. 14.2°, 15.6° y 23.2°, los cuales señalan la responsabilidad de los Estados de adoptar medidas para proteger el ejercicio de sus derechos y celebrando consultas.

– Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró artículo específico que se encuentre vinculado con la etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios, para poder realizar el análisis. Sin embargo se debe considerar lo establecido en el art. 1° del Convenio 169 de la OIT, el cual señala y establece los criterios a considerar y tomar en cuenta para la identificación de los pueblos indígenas, criterios como sus condiciones socioculturales y económicas, estar regidos por propias costumbres y tradiciones, ser descendientes de poblaciones anteriores y que conserven sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas, así como la conciencia de su identidad indígena, lo establecido en el art. 1° de la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas, la cual señala la autoidentificación como criterio fundamental para la identificación de pueblos indígenas.

– **Publicidad de la medida legislativa o administrativa**

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró artículo específico que se encuentre vinculado con la etapa de publicidad de la medida legislativa o administrativa, para poder realizar el análisis. Sin embargo al analizar el art. 11° de la Ley de Consulta previa, señala que las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan toda medida legislativa o administrativa que les afecte directamente; entonces se puede deducir, la responsabilidad que tiene el Estado de poner en conocimiento de los pueblos indígenas el contenido de la medida legislativa o administrativa, recurriendo para ello a procedimientos adecuados como por ejemplo tener en cuenta la lengua originaria utilizando mecanismos electrónicos como spot radiales, audios para el mejor entendimiento del contenido de la medida y adicional a ello teniendo en cuenta el ambiente y geografía donde ellos habitan, va relacionado con el tema de adecuación a las circunstancias de los pueblos involucrado.

– **Información sobre la medida legislativa o administrativa**

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró artículo específico que se encuentre vinculado con la etapa de información sobre la medida legislativa o administrativa, para poder realizar el análisis. Sin embargo a partir del análisis del art. 12° de la Ley de Consulta Previa, la cual establece que corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa; se deduce que esta etapa obliga al Estado a ser el encargado de brindar la información, que no solo debe ser oportuna sino también adecuada para que los pueblos puedan tener conocimiento amplio de las medidas, permitiéndoles tomar decisiones adecuadas (calidad de información, más que de tiempo y cantidad), para ello se debe utilizar mecanismo que resulten más eficaces para el entendimiento del contenido de la medida como por ejemplo spot publicitarios en lengua originaria, cartillas, recurrir a intérpretes, utilizar un metodología intercultural, etc.

- **Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios**

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró artículo específico que se encuentre vinculado con la etapa de evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios, para poder realizar el análisis. Sin embargo a partir del análisis de art. 13° de la Ley de Consulta Previa, la cual establece que las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, deduciendo que es una etapa que solo le corresponde a los pueblos indígenas para evaluar los alcances e incidencias de la medida.

- **Proceso de diálogo intercultural**

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró artículo específico que se encuentre vinculado con la etapa de diálogo intercultural, para poder realizar el análisis. Sin embargo a partir del análisis de art. 14° de la Ley de Consulta Previa, se deduce que en esta etapa se debe desarrollar los alcances de la norma, de las afectaciones de los derechos de los pueblos indígenas y otras dudas que resulten del proceso de consulta, en el desarrollo de esta etapa los pueblos indígenas tienen claridad de lo que se va a acordar y a partir de ello discutir antes de la adopción de cualquier decisión; al hablar del dialogo intercultural, se debe tener en cuenta evitar el uso de tecnicismos para hacer más ameno el dialogo.

- **Decisión**

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró artículo específico que se encuentre vinculado con la etapa de decisión, para poder realizar el análisis. Sin embargo a partir del análisis de art. 15° de la Ley de Consulta Previa, se deduce que la responsabilidad de la adopción de la decisión final le corresponde exclusivamente al Estado y a la entidad competente que desarrolla el proceso de consulta, decisión que debe recoger las inquietudes y opiniones de los pueblos indígenas y que responda a velar por el cumplimiento de sus derechos colectivos.

– **Idioma**

Para la interpretación de este artículo se debe considerar, lo establecidos en los art. 4°, 5°, 6°, 8°, 12°, 13°, 23°, 28.3° y 30° del Convenio 169 de la OIT, el cual señala y establece el reconocimiento de la lengua originaria (idioma), lo establecido en los art. 13° y 16° de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales señalan el reconocimiento de su idioma y finalmente lo establecido por el art 14° de la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas.

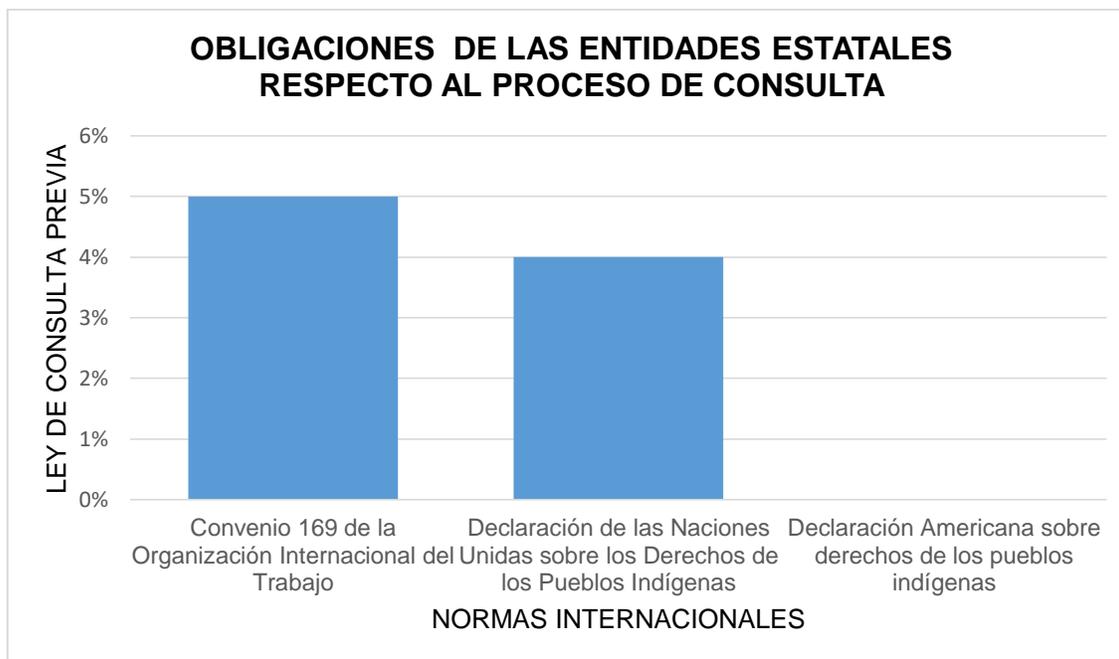
Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, contenido en la Ley de Consulta Previa, respecto a los tres instrumentos internacionales, se encontró relación directa; el art. 16° de la Ley de Consulta Previa hace mención de tomar en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas.

4.1.2.4. Título IV – Obligaciones de las Entidades Estatales respecto al Proceso de Consulta

Tabla 7. Artículos correspondientes al Título IV – Obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta, respecto a la adopción de los instrumentos internacionales.

Norma Internacional	fi	hi %
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	2	5%
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	2	4%
Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas	0	0%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

Descripción

El Título IV (Obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta) de la Ley de Consulta Previa se relaciona con el Convenio 169 de la OIT en 2 artículos que equivalen al 5% del total de artículos de esta norma internacional.

El Título IV (Obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta) de la Ley de Consulta Previa se relaciona con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2 artículos que equivalen al 4% del total de artículos de esta norma internacional.

El Título IV (Obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta) de la Ley de Consulta Previa no se relaciona con la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas en ningún artículo, por lo tanto el porcentaje equivalente es a 0% del total de artículos de esta norma internacional.

Análisis de la relación de la ley de consulta previa con las normas internacionales

Haciendo un análisis normativo de los cuatro artículos del Título IV (Obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta) de la Ley de Consulta Previa, respecto a las normas internacionales, se asume:

– Entidad competente

Se debe considerar, lo establecido en el art. 6.1.a° del Convenio 169 de la OIT, el cual señala la responsabilidad de los Estados en consultar a los pueblos, mediante procedimientos interesados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, respecto al instrumento internacional, el art. 17° de la Ley de Consulta Previa, señala que las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley. Se concluye que si existe una relación directa entre la norma interna con el mecanismo internacional, en el cual se reafirma que es responsabilidad de la entidad perteneciente al Estado, de llevar a cabo los procesos de consulta.

– Recursos para la consulta

Se debe considerar, lo establecidos en el art. 33.1° del Convenio 169 de la OIT, el cual señala que la autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, respecto al instrumento internacional, el art. 18° de la Ley de Consulta Previa, señala que las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios. Se concluye que si existe una relación directa de la norma interna con el mecanismo internacional, en el sentido de considerar los recursos, como punto importante para el desarrollo de la consulta, teniendo en

cuenta las siete etapas contempladas en la Ley de Consulta Previa y sobre todo para asegurar la participación de los pueblos indígenas en el momento oportuno y brindándoles sobre todo las facilidades para que puedan adoptar buenas decisiones, facilidades en temas de transporte cuando la etapa de diálogo sea en un lugar distinto a su territorio, recursos para cuestiones logísticas.

– **Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo**

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró artículo específico que se encuentre vinculado con las funciones del órgano técnico especializado en materia indígena para poder realizar el análisis. Sin embargo a partir del análisis de art. 19° de la Ley de Consulta Previa, se entiende que son las funciones que debe cumplir en este caso el Ministerio de Cultura por ser el ente rector en materia indígena y el encargado de velar por el cumplimiento de los derechos e intereses de los pueblos indígenas; es importante resaltar que debe adoptar un carácter transparente y neutral en el desarrollo de los procesos de consulta, de manera que los pueblos indígenas sientan el respaldo del Estado y que las entidades encargadas de realizar los procesos de consulta, los conduzca por un buen camino para alcanzar procesos de consulta exitosos, tomando en cuenta los pedidos, solicitudes e inquietudes de parte de los pueblos, para que no se ponga en riesgo el disfrute pleno de sus derechos colectivos.

Sin embargo en el presente art., no queda claro cuál es el rol del Viceministerio de Interculturalidad, por un lado está el inc. d° del art. 19° señalando como una de sus funciones el omitir opiniones de oficio o pedido cuando la entidad promotora de desentienda de la realización del proceso de consulta y el art. 9° de la misma ley, específicamente en el tercer párrafo, señalando que ante la negativa de la entidad promotora de realizar el proceso de consulta, los pueblos pueden impugnar tal acto ante el Viceministerio de Interculturalidad. No se puede ser parte y juez a la vez en los procesos de consulta, considero la urgencia de la creación de una unidad especializada en resolver impugnaciones.

– **Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios**

Al realizar el análisis normativo del artículo en mención, respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró artículo específico que se encuentre vinculado con la creación de la base de datos oficiales de pueblos indígenas u originarios para poder realizar el análisis.

Sin embargo a partir del análisis de art. 20° de la Ley de Consulta Previa, es necesario resaltar, que es un avance en materia de identificación de pueblos, en esta base de datos de incluye un listado de pueblos indígenas identificados a nivel nacional y a la vez un listado de comunidades campesinas; se dice que esta base no es constitutiva de derechos, si no meramente declarativos, pero que si ayudan en la etapa de identificación de pueblos indígenas sujetos a consulta previa.

El presente art., constituye un avance en reconocer cuántos y cuáles son los pueblos indígenas que habitan en el estado peruano, pero por otro lado restringe los alcances de la Ley de Consulta Previa, este mismo es reforzado por la Directiva 03-2012/MC, la cual regula todos los puntos referidos a la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios, recalcando que no es constitutiva de derechos, sin embargo en la práctica si llega a ser constitutiva de derechos.

Respecto al Proceso de Hidrovía Amazónica, el Ministerio de Cultura, desarrolló lineamientos y directivas para saber cómo se debe llevar esta etapa, en las que se supone se debe realizar trabajos de campo para identificar correctamente a los pueblos indígenas involucrados, sin embargo en este proceso se decidió hacer un trabajo exclusivamente de gabinete, a partir del trazo donde se llevaría a cabo el proyecto y debido a que era una zona muy extensa en Loreto y Ucayali; se lograron identificar a organizaciones locales y regionales de la zona y todo esta etapa se desarrolló a través de ellas contando con la presencia de más de 25 organizaciones, haciendo un total de 350 comunidades. (Livia, 2017)

Si se analiza la descripción anterior, se evidencia que efectivamente la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios, pone en riesgo que los pueblos y comunidades que no estén en esta base de datos no sean considerados como titulares de ejercer el derecho a la consulta previa.

Por otro respecto a la identificación de los pueblos indígenas u originarios, la directiva en mención añade criterios para dicho procedimiento más allá de los establecidos en el art. 1° del Convenio 169 de la OIT, específicamente en la disposición específica 7.1.5, nos referimos a criterios como la lengua (institución social y cultural de todo pueblo) y las tierras comunales (existencia de conexión territorial), debiendo evidenciar la presencia de ambos para establecer el criterio objetivo y para ser considerados como titulares del derecho a la consulta previa; de lo esbozado se puede sostener que no se está cumpliendo con lo establecido por las normas internacionales, restringiendo y/o limitando el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

4.1.2.5. Disposiciones complementarias finales

Tabla 8. Artículos correspondientes a disposiciones complementarias finales, respecto a la adopción de los instrumentos internacionales.

Norma Internacional	fi	hi %
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	0	0%
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	0	0%
Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas	0	0%

Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

Descripción

Las disposiciones complementarias finales de la Ley de Consulta Previa no se relaciona con el Convenio 169 de la OIT en ningún artículo, por lo tanto el porcentaje es equivalente a 0% del total de artículos de esta norma internacional.

Las disposiciones complementarias finales de la Ley de Consulta Previa no se relaciona con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en ningún artículo, por lo tanto el porcentaje equivalente es a 0% del total de artículos de esta norma internacional.

Las disposiciones complementarias finales de la Ley de Consulta Previa no se relacionan con la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas en ningún artículo, por lo tanto el porcentaje equivalente es a 0% del total de artículos de esta norma internacional.

Análisis de la relación de la ley de consulta previa con las normas internacionales

Al realizar el análisis normativo de las disposiciones complementarias contenidas en la Ley de Consulta Previa respecto a los tres instrumentos internacionales, no se encontró

artículos vinculados para poder realizar el análisis, debido a que estos artículos desarrollan contenidos exclusivos para el Estado Peruano tales como considerar al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígenas, la derogatoria o no de normas sobre derecho a la participación ciudadana y del Decreto Supremo 023-2011-EM el cual aprobada el reglamento del procedimiento para la aplicación del derecho a la consulta a los pueblos indígenas para las actividades minero energéticas y finalmente la entrada en vigencia de la ley. Sin embargo, es necesario hacer un breve análisis de la Segunda Disposición Complementaria, la cual señala:

La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia. “Ley N° 29785, 2011”

Se infiere del presente art., que toda medida de índole legislativo o administrativo anterior a la vigencia de la presente Ley, que no hayan sido sujetos a un proceso de consulta deben seguir desarrollando y efectuando sus actividades de forma normal, violando lo establecido en el Convenio 169 de la OIT que está vigente en el Perú desde 1995.

Al respecto, en el Lote 192 en la Región Loreto, cerca de la frontera de Perú y Ecuador, este mismo fue objeto de explotación durante casi 40 años primero por la Occidental Petroleum Corporation y desde el año 2000 por la empresa argentina Pluspetrol y sus socios, superponiéndose al territorio de los pueblos indígenas de cuatro importantes cuencas hidrográficas (Pastaza, Corrientes, Tigre y Marañón), que pertenecen a cuatro grupos étnicos (Kichwa, Quechua, Achuar y Urarina). La concesión a Pluspetrol terminó el 29 de agosto de 2015, y en virtud de la Ley de Consulta Previa el Gobierno tuvo que realizar un nuevo proceso de consulta antes de volver a otorgar la licencia del lote a un nuevo postor. Sin embargo, antes de acceder a una consulta sobre la nueva concesión, las organizaciones exigieron prestar atención a otras cuestiones fundamentales, entre ellas su falta de títulos de propiedad y las largamente prometidas remediaciones al grave daño ambiental causado por todos los años de explotación petrolera en la zona. (Sanborn & Husrtado, 2016, pág. 42)

Si analizamos la premisa anterior, se entiende que se dio un proceso de consulta de una actividad que ya venía desarrollando hace años, por tanto si pudiera existir la posibilidad de desarrollar procesos de consulta en situaciones similares; el desarrollar procesos de consulta

previa, en lugares donde ya se desarrolla actividades de medidas adoptadas atenta contra el objetivo y la finalidad de la Ley de Consulta Previa

4.2. Discusión de resultados

Al existir una amplia gama de instrumentos internacionales en materia indígenas, la presente investigación solo recogió el contenido de tres normas internacionales para el análisis: Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas; se consideró pertinente elegir estos instrumentos jurídicos internacionales como referencia ya que desarrollan a profundidad los derechos de los pueblos indígenas; sin embargo al solo recoger una pequeña muestra de instrumentos internacionales en materia indígenas, cabe la posibilidad de no recoger aportes importantes de otras normas tanto internacionales como regionales que se han ido desarrollando en estos años para lograr una efectiva protección de los pueblos indígenas u originarios.

Por otro lado muy contrario a lo señalado, al existir diversa cantidad de normas en materia de protección de los derechos de los pueblos indígena en el derecho internacional, se puede crear confusión, pues no existe un desarrollo parejo de estas normas en el ordenamiento internacional, y se debe prestar especial atención a aquellos instrumentos jurídicos en el cual Perú es parte y que por ende deberían estar incluidos en la normativa doméstica.

Estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas a estas alturas no faltan; incluso abundan, tal vez demasiado, pues su desarrollo no es homogéneo y en su abundancia llegan a producirse hasta contradicciones. Conviene entonces comenzar por despejar el panorama para identificar los estándares que aquí deben interesarnos, aquellos que vinculan al Perú y que deben por lo tanto presidir el actual proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y esta ley misma. (Clavero, Derechos Indigenas, 2012, pág. 1)

En la investigación, se hace mención a la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, como uno de los instrumentos esenciales para saber si la norma domestica recogió criterios establecidos en su contenido; pero si analizamos el contenido de la Ley de Consulta Previa y de su respectivo reglamento, no se encontrara y señalara a esta

Declaración en ningún acápite, como fuente principal para la elaboración de estos mecanismos legales en materia indígena pertenecientes al Estado Peruano; uno de los principales motivos es porque en principio la Ley de Consulta Previa en el Perú, sólo reconoce como fuente de derecho internacional en materia indígenas al Convenio 169 de la OIT y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, dejando de lado el resto de instrumentos internacionales, el segundo motivo es porque la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas es una norma muy reciente, para ser exacta fue aprobada por la Organización de Estados Americanos (OEA) el 15 de junio del 2016, todo lo contrario con la Ley de Consulta Previa en el Perú que fue aprobada el 7 de setiembre del 2011; es decir al ser la Ley de Consulta Previa en el Perú aprobada con fecha anterior es ilógico asumir que se tomó en cuenta criterios establecidos en favor de los pueblos indígenas por parte de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas en el contenido y desarrollo de ley doméstica. Conforme a lo señalado, la principal razón de considerar a la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas como muestra en la investigación, responde a que pretendió ir más allá de lo establecido en nuestros mecanismos legales internos en materia indígena, ya que solo se señala como fuentes a solo dos instrumentos internacionales; evidenciando después del análisis realizado, que el contenido de la Ley de Consulta Previa en el Perú presenta criterios establecidos en esta norma en una cantidad muy reducida; además el tomar como muestra un instrumento jurídico internacional tan reciente nos permite llegar a recomendaciones aún más concretas e individualizar acciones que el Estado peruano debería implementar para que su normativa interna logre estar al paso con los últimos desarrollos en materia.

Por otro lado, la consulta Previa es un mecanismo que debe generar absoluta confianza en toda la población indígena y sentir que el Estado realmente los respalda; en la investigación no se realiza la aclaración de que el proceso de consulta previa no tiene los mismos fines que un procedimiento de referéndum, pues mediante la consulta no se pretende pedir permiso ni licencia sobre la puesta en marcha de un determinado proyecto, porque este de todas formas se dará, si no que mediante la consulta previa se busca recoger sus inquietudes, dudas; es decir recoger toda incertidumbre respecto a la medida legislativa o administrativa que afecte directamente sus derechos y qué medidas se tomara al respecto.

Al inicio de la investigación, se tomaron en cuenta antecedentes de investigaciones similares para el desarrollo de la presente tesis, una de ellas es planteada por Chuquiruna

(2014) la misma que señala que la Ley de Consulta Previa N° 29785 desconoce abiertamente el propio contenido del Convenio 169 de la OIT cuando impide la adecuación de las medidas administrativas y legislativas que no fueron consultadas desde que se encontraba vigente dicho tratado, o sea desde el 02 de febrero de 1995. Asimismo, la Ley de Consulta Previa N° 29785, recorta gravemente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, por lo tanto esta Ley no garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa; durante el desarrollo de la presente investigación podemos confirmar dicho planteamiento, ya que si bien es cierto la puesta en marcha de la Ley de Consulta Previa en el Perú significa un avance para proteger los derechos de los pueblos indígenas puede también resultar un retroceso pues no se recoge todos los criterios establecidos en los instrumentos internacionales marco en cuanto a protección de derechos de los pueblos indígenas, inclusive mucho de los contenidos expresos son cambiados de sentido y aumentando contenido que podría resultar perjudicial para los pueblo indígenas.

Por otro lado, Quispe (2016) concluye que teniendo el porcentaje de pueblos indígenas, solo se consultaron y/o están en proceso de consulta los casos relacionados en hidrocarburos, sin embargo en sector de minería no se realizó ninguna consulta, quedando demostrado que no hay un cabal cumplimiento de toda la normatividad sea internacional y nacional en nuestro país. Más aún no existe un real compromiso del Estado y de los poderes públicos como el Poder Judicial y Ejecutivo que realmente por un lado tengan conciencia de cumplir la Ley de consulta previa y su Reglamento a pesar de que saben que tiene rango constitucional y es de aplicación prioritaria; al respecto con el desarrollo de la investigación podemos sostener que esta posición a la fecha es errónea pues sin ponernos de lado del Ministerio de Cultura, se han desarrollado treinta y tres procesos de consulta en el Perú desde mayo del 2013 a la fecha , los cuales incluyen casos relacionados con hidrocarburos, casos relacionados con el sector minero, casos relacionados con áreas de conservación, casos relacionados con salud intercultural y finalmente casos relacionados con educación intercultural. Por otro lado confirmamos la premisa anterior en señalar que aún no existe un compromiso real de todos los sectores del Estado a pesar de estar sujetos al mandato imperativo del Convenio 169 de la OIT desde 1995 y desde la puesta en marcha de la Ley de consulta previa del año 2012, muchos sectores desconocen del significado real del derecho a la consulta que beneficia a poblaciones indígenas, o por el contrario conociendo de sus significado real, lo ven como un simple procedimiento que obstaculiza decisiones estatales como en el caso del Ministerio de

Energía y Minas; los gobiernos regionales han hecho caso omiso a las recomendaciones emitidas por el Ministerio de Cultura en directivas y textos como la Agenda Regional, la cual señala en forma clara la forma de implementar la Ley de Consulta Previa en su respectiva jurisdicción.

CONCLUSIONES

- 1) A partir del análisis de la Ley de Consulta Previa en el Perú y de la adopción de estándares internacionales, se verifica que no se recogieron todos los criterios que se consideran esenciales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, como por ejemplo no reconocer otra fuente de derecho más que el Convenio 169 de la OIT, considerar que solo deben proceder procesos de consulta previa cuando exista evidencia de afectaciones directas, debiendo incluir todo tipo de afectación de los derechos de los pueblos indígenas, carecer de contenido en el cual especifique que el ejercicio del derecho a la consulta previa del cual los pueblos indígenas son titulares no restringe o limita de disfrutar de los derechos humanos de los cuales gozamos todas las personas, no proteger todos los derechos de los cuales los pueblos indígenas son titulares, exigir más criterios de identificación a los pueblos indígenas para ser considerados como titulares del derecho a la consulta como demostrar vínculos históricos con el territorio que tradicionalmente se ocupa, limitar la denominación indígena solo a los descendientes “directos” y a quienes conserven “todos” sus elementos culturales, no dejar claro cuál es el rol del Viceministerio de Interculturalidad pues por un lado omiten opiniones de oficio o pedido cuando la entidad promotora de desentienda de la realización del proceso de consulta y por el otro que ante la negativa de la entidad promotora de realizar el proceso de consulta los pueblos pueden impugnar tal acto ante el Viceministerio de Interculturalidad, finalmente la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios en la práctica resulta ser constitutiva de derechos; por lo tanto no se otorga a los pueblos, actores principales del proceso de consulta previa, la seguridad y garantía en el cumplimiento de sus derechos.
- 2) Respecto a los criterios que si fueron recogidos en la Ley de Consulta Previa, algunos si reflejan el verdadero espíritu de protección de parte de los mecanismos internacionales en favor de los pueblos indígenas, otros por el contrario cambiaron de sentido y fueron incluidos criterios que contravienen estándares internacionales, así tenemos, considerar la lengua (institución social y cultural de todo pueblo) y las tierras comunales (existencia de conexión territorial) como criterios fundamentales para identificar a un pueblo indígena para ser reconocidos como titulares del derecho a la Consulta Previa.

- 3) El desarrollo de la Ley de Consulta Previa, se encuentra fundamentalmente en instrumentos normativos en el ámbito internacional, los cuales protegen derechos colectivos que a la vez son derechos humanos de tercera categoría, en forma especial se puede mencionar al Convenio 169 de la OIT y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena, como en los casos: Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, entre otros
- 4) El Estado Peruano, al haber ratificado tratados internacionales de protección de derechos humanos de pueblos indígenas, tiene la obligación de garantizar la protección de todos sus derechos, de no hacerlo incurriría en responsabilidad por la violación de derechos humanos ante toda la comunidad internacional; responsabilidad que no configura una sanción de tipo penal, pues al tratarse de Derechos Humanos, no cabe dicha posibilidad. Sin embargo, se comprometería la imagen del estado peruano, se evidenciaría un rol negligente, una acción defectuosa, inexistente u omisa por parte del estado cuando se originen determinados hechos que comprometan derechos de los pueblos indígenas y finalmente se contravendría uno de los principios fundamentales de esta materia, el "Principio Pro Homine". Es menester señalar que cada cuatro años el estado peruano pasa por una evaluación periódica universal del Consejo de Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas y por el control de los órganos de la OIT que se encargan de la implementación de los convenios: Comisión de Expertos en Aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de normas (CAN) de la Conferencia Internacional de Trabajo.
- 5) El Convenio 169 de la OIT en el Perú, se encuentra vigente desde 1995, por lo tanto es exigible en vía judicial mediante un proceso de amparo, el cual debe ser interpuesto por la persona afectada a través de un representante procesal u en su defecto puede presentar la demanda la Defensoría del Pueblo en el ejercicio de sus funciones ante un Juzgado Civil o Mixto, dependiendo de la sentencia de primera instancia declarando fundada o infundada la acción, se interpone recurso de apelación ante una instancia superior para finalmente poder llegar al Tribunal Constitucional; de manera que se anulen todas aquellas medidas que fueran adoptadas antes de la dación de la Ley de Consulta Previa en el Perú.
- 6) El Derecho a la Consulta Previa, es uno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos en el marco internacional y en la norma doméstica, el cual se

fundamenta en la participación activa de los pueblos indígenas antes de la aprobación de medidas legislativas y administrativas que afecten sus derechos como el derecho a la libre determinación o autonomía, derecho a la identidad cultural, derecho a la participación, derecho a decidir y/o elegir sus prioridades de desarrollo, derecho a conservar sus costumbres, derecho a la jurisdicción especial, derecho a la tierra y al territorio, derecho a los recursos naturales, derecho a la salud intercultural, derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma.

RECOMENDACIONES

1. A partir de la investigación realizada, se analizó si la Ley de consulta previa en el Perú recogió criterios establecidos en tres mecanismos internacionales (Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas) por lo que queda pendiente realizar un análisis con otras normas internacionales, se sugiere este punto como tema de tesis para investigaciones futuras; así mismo, estudiar a detalle cada proceso de consulta desarrollado por el Estado Peruano.
2. Modificación de la Ley de Consulta Previa y su respectivo reglamento, con la participación de los representantes de los pueblos indígenas, adecuándola a los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas u otros instrumentos normativos internacionales en materia indígena que desarrollen a detalle derechos de los pueblos indígenas y les brinde una protección efectiva. Modificación de temas como no reconocer otra fuente de derecho más que el Convenio 169 de la OIT, considerar que solo deben proceder procesos de consulta previa cuando exista evidencia de afectaciones directas, carecer de contenido en el cual especifique que el ejercicio del derecho a la consulta previa del cual los pueblos indígenas son titulares no restringe o limita de disfrutar de los derechos humanos de los cuales gozamos todas las personas, no proteger todos los derechos de los cuales los pueblos indígenas son titulares, exigir más criterios de identificación a los pueblos indígenas para ser considerados como titulares del derecho a la consulta, no dejar claro cuál es el rol del Viceministerio de Interculturalidad pues por un lado omiten opiniones de oficio o pedido cuando la entidad promotora de desentienda de la realización del proceso de consulta y por el otro que ante la negativa de la entidad promotora de realizar el proceso de consulta los pueblos pueden impugnar tal acto ante el Viceministerio de Interculturalidad y finalmente que la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios no se constitutiva de derechos en sentido estricto.
3. Ejecutar acciones o incluir en el contenido de la Ley de Consulta Previa, la atención de pedidos de parte de los pueblos indígenas y no los que estén relacionados

directamente con la medida legislativa o administrativas, como por ejemplo aquellos que respondan al accesos de servicios básicos.

4. Comprometer a todos los niveles de gobiernos (Central, Regional y Local), para la protección y defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Cuanto más informados y comprometidos estén, se lograra tener proceso de consulta, muy exitosos.
5. Crear una institución independiente o en su defecto crear una dirección dentro del Viceministerio de Interculturalidad, encargada de realizar un seguimiento y monitoreo del cumplimiento de los resultados del proceso de consulta, es decir realizar una fiscalización; pues no basta con llegar a la última etapa del proceso de consulta para concluir que se tuvo un proceso de consulta exitoso, este será así siempre y cuando se cumplan con todo los acuerdos de los resultados del proceso de consulta.
6. Capacitar constantemente a los pueblos indígenas, sobre temas de derechos colectivos y procesos de consulta previa, se encuentren o no en el marco de un proceso de consulta con la finalidad de empoderarlos.
7. Utilizar un dialogo intercultural con los representantes de los pueblos indígenas, a fin de poder arribar a acuerdos que recojan las demandas y propuestas que ellos manifiestan.
8. Implementar un mecanismo que busque desterrar una mala praxis que viene realizando el Ministerio de Energía y Minas, el cual es aplicar el artículo 19.4° del reglamento de la Ley de Consulta Previa, el cual señala que si los pueblos indígenas y sus representantes señalan que se encuentran de acuerdo con la medida concluye el proceso de consulta, vulnerando el fin de la Ley de Consulta Previa.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Banco Mundial con colaboración del Ministerio de Cultura del Perú y contribuciones externas. (2016). *La Consulta Previa en el Perú - Aprendizajes y desafíos* . Washington D.C. : Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO.
- Blanco, C. (2013). *El Proyecto Conga desde los Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* . Lima : Tesis Pucp .
- Bregaglio, R., Olivera, J., Ocampo, D., & Salmón, E. (2012). *La Consulta previa, libre e informada en el Perú: hacia la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos* . Lima: IDEHPUCP/ Fundación Konrad Adenauer.
- Burger, J. (2014). La Protección de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional . En R. D. dhes, *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual* (pág. 478).
- CEPAL. (2014). *Los Pueblos indígenas en América Latina* . Santiago de Chile : NACIONES UNIDAS .
- Chuquiruna, L. (2014). *La Ley de Consulta Previa N° 29785 y el Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Vinculado con la Protección del Derecho a Gozar de un Ambiente Equilibrado y Adecuado para el Desarrollo de su Vida* . Trujillo: Tesis .
- Clavero, B. (6 de Agosto de 2012). *CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO LIBRE E INFORMADO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*. Obtenido de SERVINDI : <https://www.servindi.org/actualidad/69682>
- Clavero, B. (20 de enero de 2012). *Derechos Indigenas*. Obtenido de <http://clavero.derechosindigenas.org>
- COMISEDH. (2013). *Manual de Preguntas y Respuestas sobre Consulta Previa*. Lima: Lettera Gráfica .
- Comisión de Derechos Humanos - COMISEDH. (2013). *CONSULTA PREVIA nuestra voz, nuestro derecho... - Manual de preguntas y respuestas sobre Consulta Previa*. Lima: Lettera Gráfica .
- Congreso de la República . (29 de Diciembre de 1993). *La Constitución Política del Perú*. Obtenido de <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>
- Cultura, M. d. (17 de Diciembre de 2014). *Consulta Previa* . Obtenido de Consulta Previa para el Lote 175: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/consulta-previa-para-el-lote-175/>
- Cultura, M. d. (2016). *Base de Datos de Pueblos Indigenas u Originarios* . Obtenido de <http://bdpi.cultura.gob.pe/busqueda-de-comunidades-nativas>
- DANE Información Estrategica . (s.f.). *Normas y Estándares: Aspectos Generales* . Obtenido de <http://www.dane.gov.co/index.php/sistema-estadistico-nacional-sen/normas-y-estandares/aspectos-generales>

- Defensoría del Pueblo. (13 de Setiembre de 2017). *Pueblos Indígenas* . Obtenido de <http://www.defensoria.gob.pe/grupos-eatencion.php?des=20>
- Demanda de Inconstitucionalidad , EXP. N.º 0022-2009-PI/TC (Tribunal Contitucional Peruano 9 de Junio de 2010).
- Demanda de Inconstitucionalidad , EXP. N.º 0023-2009-PI/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 21 de Setiembre de 2010).
- Demanda de inconstitucionalidad, EXP. N.º 00027-2009-PI/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 5 de Enero de 2010).
- Demanda de Inconstitucionalidad, EXP. N.º 0022-2009-PI/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 9 de Junio de 2010).
- Derechos Fundamentales de Comunidad Indígena - Titularidad (Caso Uwa), Sentencia SU-039/97 (Corte Constitucional Colombiana 3 de Febrero de 1997).
- Elizabeth, S., Bregaglio, R., Olivera, J., & Ocampo, D. (2012). *La Consulta Previa, libre e informada en el Perú: hacia la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos* (Primera ed.). Lima: Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.o 2012-08193.
- Estado Peruano . (2011). La Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originados “Ley N° 29785”. En Mincu, *Derecho a la Consulta Previa* (pág. 82). Lima: IBEDCOM E.I.R.L.
- Fundación para el Debido Proceso - Due Process of law Foundation . (2015). *Derecho a la Consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina - Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú* . Washington D.C. : DPLF.
- Giménes, R. C. (np de np de np). *Aplicación de la Teoría Fundamentada* . Obtenido de [file:///C:/Users/PROPIETARIO/Downloads/Dialnet-AplicacionDeLaTeoriaFundamentadaGroundedTheoryAIEs-2499458%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/PROPIETARIO/Downloads/Dialnet-AplicacionDeLaTeoriaFundamentadaGroundedTheoryAIEs-2499458%20(3).pdf)
- Grueso, L. (s.f.). *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa Libre e Informada: Una guía de información para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Bogotá .
- Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo . (2009). *Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas* . Ginebra: Naciones Unidas .
- Hernandez, R., Fernadez, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigacion*. Mexico D.F.: Mc Graw Hill.
- Herrera, N. (2014). *La ley de Consulta Previa en el Perú y su reglamento* . Buenos Aires : Tesis UNSAM .
- Informática, I. N. (2007). Obtenido de <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0902/cap08.pdf>

- Kerlinger, F., & Lee, H. (2002). *Investigación del Comportamiento, Métodos de Investigación en Ciencias Sociales*. Mexico: Mc Graw Hill.
- Legislación Ambiental . (s.f.). *Legislación Ambiental. pe* . Obtenido de http://www.legislacionambientalspda.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=39&Itemid=3937
- Livia, O. (10 de Agosto de 2017). Experiencias en los Procesos de Consulta Previa . (L. Castillo, Entrevistador)
- López, M. B. (s.f.). *ALERTANET EN DERECHO Y SOCIEDAD/ LAW & SOCIETY*. Obtenido de <http://www.alertanet.org/F2b-MBerraondo.htm>
- Lucio, R. H. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mexico : McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Martín, V. C. (2009). Los conflictos sociales y socio – ambientales en el sector rural y su relación con el desarrollo rural. En V. C. Martín, *Los conflictos sociales y socio – ambientales en el sector rural y su relación con el desarrollo rural. Notas para un balance de investigaciones* (pág. 53). Cuzco : Sepia .
- Mayén, G., Erazo, D., & Lanegra, I. (2014). *El Derecho a la consulta previa, libre e informada: Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú*. Lima: NEGRAPATA S.A.C. .
- Ministerio de Cultura . (2014). *Guía metodologica - Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios* . Lima: Ministerio de Cultura .
- Ministerio de Cultura . (4 de Setiembre de 2017). *Consulta Previa* . Obtenido de <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/>
- Ministerio de Cultura - Interculturalidad . (4 de Setiembre de 2017). *Interculturalidad*. Obtenido de <http://cultura.gob.pe/interculturalidad>
- Ministerio de Cultura. (2014). *Agenda Regional para la Implementación de la Consulta Previa* . Lima: Ministerio de Cultura .
- Ministerio de Cultura. (2014). *Guía Metodológica para la Identificación de Pueblos Indígenas* . Lima: MINCU.
- Ministerio de Cultura. (2015). *Consulta Previa: orientaciones para la participación de los pueblos indígenas u originarios*. Lima: MINCU.
- Ministerio de Cultura. (2015). *Derecho a la Consulta Previa - Guía Metodológica para la Facilitación de Porcesos de Consulta Previa* . Lima: Ministerio de Cultura .
- Ministerio de Cultura. (2016). *Estándares de aplicación del Derecho a la Consulta Previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: MINCU.
- Ministerio de Cultura. (2017). *Guía de Identificación de Medidas* (Preliminar ed.). Lima: MINCU.

- Ministerio de Cultura. (23 de Agosto de 2017). *Portal Web Ministerio de Cultura*. Obtenido de <http://cultura.gob.pe/interculturalidad>
- Ministerio de Cultura del Perú. (2016). *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios*. Lima: MINCU.
- Ministerio de Educación Chile. (s.f.). *Sence* . Obtenido de http://www.sence.cl/601/articles-4777_recurso_10.pdf
- Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo. (2013). *El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, práctica y conflictos en América Latina/ Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina, PROINDIGENA*. Alemania: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit.
- Molleda, J. C. (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú* . Lima : Depósito Legal en la Biblioteca Nacional de Perú N° 2012-16776.
- Naciones Unidas. (2013). *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas* . Nueva York y Ginebra : Naciones Unidas .
- Ocampo, D. (2016). “Desafíos y aprendizajes para la participación de las comunidades campesinas originarias en la implementación de la consulta previa”. En K. Vargas, *La implementación del Derecho a la Consulta Previa en Perú - Aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas* (pág. 233). Lima: Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-17740.
- ONAMIAP, O. N. (2016). *Manual de Capacitación para Mujeres Indígenas - Consulta Previa en Minería* . Lima: Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-17512.
- Organización de Estados Americanos . (21 de Setiembre de 2017). OEA. Obtenido de http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16
- Organización Internacional de Trabajo . (2009). *Los Derechos de los pueblos indígenas y Tribales en la práctica - Una guía sobre el Convenio 160 de la OIT*. Perú: OIT.
- Perdomo, C. J. (2011). *La Consulta Previa Para La Explotacion De Recursos Naturales En Territorio De Los Pueblos Indígenas En El Marco Del Convenio 169 OIT Y Su Eficaciaen Los Resguardos Del Gran Pueblos De Los Pastos Que Habitan En El Departamento De Nariño*. Bogotá: Tesis .
- PERÚ, E. D. (s.f.). DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ. En A. A. Arévalo. España : Universidad de Salamanca .
- PNUD. (1997). *Gobernabilidad y Desarrollo Sostenible - Política del PNUD*. New York.
- Proceso de Inconstitucionalidad , EXP. N.º 00025-2009-PI/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 17 de Marzo de 2011).

- Pueblo, D. d. (1 de Agosto de 2016). *Monitoreo de Conflictos Sociales* . Obtenido de Reporte de Conflictos sociales : <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/objetos/paginas/6/48reporte-mensual-conflictos-sociales-150-agosto-201.pdf>
- Quinche Ramírez, M. (2009). *Los estándares de la Corte Internamericana y la Ley de Justicia y Paz* . Bogotá : Editorial Universidad del Rosario.
- Quispe, R. (2016). *Marco Normativo Nacional e Internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y Originarios*. Puno : Tesis .
- Quispe, R. D. (2016). *Marco Normativo e Internacional sobre el Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y Originarios y su Aplicabilidad* . Puno: Tesis .
- Real Academia de la Lengua Española. (2010). *Real Academia Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=GltBvT9>
- Recurso de Agravio Constitucional , EXP. N.º 03343-2007-PA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 19 de Febrero de 2009).
- Recurso de Agravio Contitucional , EXP. N.º 06316-2008-PA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 11 de Noviembre de 2009).
- Recurso de Agravio Contitucional , EXP.N.º05427-2009-PC/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 30 de Junio de 2010).
- Rodríguez, C., Morris, M., Orduz, N., & Buriticá, P. (2010). *La Consulta Previa a Pueblos Indígenas - Los Estándares del Derecho Internacional*. Bogotá - Colombia: Ediciones Uniandes.
- Ruiz, J. (2011). *Guía de Interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley N°29785): Análisis, comentarios y concordancias de cada uno de los artículos* (Segunda ed.). Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Ruiz, J. (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú* (Primera ed.). Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Sampieri, R. H. (2014). *Metodología de la Inestigación - 6ta Edición*. México : McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Sanborn, C., & Husrtado, V. R. (2016). *La Consulta Previa en el Perú - Avances y Retos* . Lima: Universidad del Pacífico .
- Sánchez, H., & Reyes, C. (2006). *Metodología y diseños en el investigación científica*. Llima: Universitaria.
- SERVINDI. (2 de Setiembre de 2011). *Perú: Balance de las sentencias emitidas por el Tc sobre el derecho a la consulta previa* . Obtenido de Servindi: <https://www.servindi.org/actualidad/50501>
- Sevillano, M. d. (2010). *El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en el Perú - Ultimos avances* . Lima: DAR.

- Tómas, A. (s.f.). *La pagina del profe* . Obtenido de <http://www.lapaginadelprofe.cl/metodo/guiatesis/311categorizar.htm>
- Torres, Á. (2002). *Investigar en Educación y pedagogía* . Colombia: Universidad de Mariño .
Universidad del Rosario . (5 de setiembre de 2017). *Linea de Investigación en Derecho Ambiental* . Obtenido de <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>
- Vargas, k. (2016). *La implementación de Consulta Previa en el Perú*. Lima: Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-17740.
- Vega, A. (2012). *Consulta Previa a pueblos indígenas y tribales: Análisis y propuestas de legislación* . Colombia: Tesis .
- Vega, Y. (2015). *Encuentro y desencuentros de discursos sobre la consulta previa a pueblos indígenas: experiencias a partir de su implementación en el Perú*. Lima: Tesis PUCP .
- Vega, Y. (2016). Discursos sobre los pueblos indígenas u originarios a partir de la puesta en práctica de la consulta previa en el Perú . En K. Vargas, *La Implementación del Derecho a la Consulta Previa en Perú - Aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas* (pág. 233). Lima: Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-17740.
- Wikipedia. (7 de Octubre de 2016). *Wikipedia.org* . Obtenido de https://es.wikipedia.org/wiki/Departamento_de_Jun%C3%ADn
- Wikipedia. (23 de Agosto de 2017). *Wikipedia*.

ANEXOS

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

TÍTULO DE LA TESIS: LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ RESPECTO A LOS ESTANDARES INTERNACIONALES DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

VARIABLE	DIMENSIONES	SUBDIMENSIONES	INDICADORES	ITEM
LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ	ASPECTOS GENERALES	Objeto de la Ley	La Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente	¿En el desarrollo de la ley, se presenta el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente, tal como lo establecen los mecanismos internacionales?
		Derecho a la consulta	La Consulta Previa es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.	¿La ley de consulta previa reconoce el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, contemplados en mecanismos internacionales? ¿La ley de consulta previa efectúa la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente los derechos de los pueblos indígenas? ¿La ley de consulta previa hace referencia a la obligatoriedad de su implementación por el Estado?
		Finalidad de la consulta	La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente	¿Con la Consulta Previa se logra alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la

			A través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.	medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, tal como lo establece las normas internacionales? ¿El diálogo intercultural que hace mención la ley, garantiza la inclusión de los pueblos indígenas u originarios en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos?
		Principios	Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.	¿El proceso de consulta es realizado de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales?
			Interculturalidad. El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.	¿El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas?
			Buena fe. Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.	¿Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, garantizando un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo? ¿El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios actúan de buena fe, evitando todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas?
			Flexibilidad. La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.	¿La consulta previa se desarrolla mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar? ¿Se toma en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados?

			Plazo razonable. El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.		¿El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables? ¿El plazo razonable permite a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta?
			Ausencia de coacción o condicionamiento: La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.		¿La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta se realiza sin coacción o condicionamiento alguno?
			Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación.		¿Los pueblos indígenas u originarios reciben por parte de las entidades estatales toda la información necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada? ¿El Estado brinda toda la información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación?
	PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A SER CONSULTADOS	Sujetos del derecho a la consulta	Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.		¿Se reconoce a los pueblos indígenas u originarios como titulares del derecho cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa?
		Formas de participación de los pueblos indígenas u originarios	Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.		¿Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales?
		Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios	Criterios objetivos	Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional. Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el	Para la identificación de los pueblos indígenas u originarios en el marco del proceso de consulta, se toma en cuenta:

				<p>territorio que tradicionalmente usan u ocupan. Instituciones sociales y costumbres propias. Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.</p>	<p>¿La descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional? ¿Los estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan? ¿Las instituciones sociales y costumbres propias? ¿Los patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional?</p>
			Criterios Subjetivos	Relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.	¿Para la identificación de pueblos indígenas u originarios, se toma en cuenta la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria?
	ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA	Etapas del proceso de consulta	Identificación de medidas objeto de la consulta	<p>Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecte directamente. En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.</p>	<p>¿Las entidades estatales identifican, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios? ¿Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios solicitan la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente? ¿En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo? (Derecho de impugnación)</p>

			<p>Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados</p>	<p>La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.</p>	<p>¿La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados se efectúa por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa? ¿La identificación de los pueblos indígenas u originarios, se realiza sobre base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance?</p>
			<p>Publicidad de la medida legislativa o administrativa</p>	<p>Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan.</p>	<p>¿Las entidades estatales promotoras ponen en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, las medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios? ¿Las entidades estatales promotoras utilizan métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan los pueblos indígenas u originarios, para la etapa de publicidad?</p>
			<p>Información sobre la medida legislativa o administrativa</p>	<p>Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa.</p>	<p>¿Las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación? ¿Las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originario sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa?</p>
			<p>Evaluación interna de las instituciones y organizaciones</p>	<p>Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un</p>	<p>¿Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios cuentan con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances</p>

			de los pueblos indígenas u originarios	análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.	e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos?
			Proceso de diálogo intercultural	El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta. Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo.	¿El diálogo intercultural se realiza sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa y sus posibles consecuencias al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios? ¿Se toma en cuenta las sugerencias y recomendaciones de los pueblos indígenas u originarios? ¿Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo quedan contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo?
			Decisión	La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.	¿La entidad estatal promotora toma la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa? ¿La decisión es debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo? ¿La decisión, toma en cuenta el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano? ¿El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es

			El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.	de carácter obligatorio para ambas partes? ¿En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo? ¿Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial?
		Idioma	Para la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena. Para ello, los procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.	¿Se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios para la realización de la consulta? ¿Los procesos de consulta cuentan con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta?
	OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES RESPECTO AL PROCESO DE CONSULTA	Entidad competente	Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley.	¿Las entidades del Estado que emiten medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa?
		Recursos para la consulta	Las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios.	¿Las entidades estatales garantizan los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios?

		<p>Funciones del órgano técnico especializado en materia</p>	<p>Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular. Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta. Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas. Registrar los resultados de las consultas realizadas. Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.</p>	<p>¿El órgano técnico especializado concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta? ¿El órgano técnico especializado brinda asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atienden las dudas que surjan en cada proceso en particular? ¿El órgano técnico especializado mantiene un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identifican a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa? ¿El órgano técnico especializado emite opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados? ¿El órgano técnico especializado asesora a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta? ¿El órgano técnico especializado elabora, consolida y actualiza la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas?</p>
--	--	--	---	---

				<p>¿El órgano técnico especializado registra los resultados de las consultas realizadas?</p> <p>¿El órgano técnico especializado mantiene y actualiza el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias?</p>
		<p>Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios</p>	<p>Créase la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La base de datos contiene la siguiente información:</p> <p>a) Denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.</p> <p>b) Referencias geográficas y de acceso.</p> <p>c) Información cultural y étnica relevante.</p> <p>d) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.</p> <p>e) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.</p> <p>f) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.</p>	<p>¿La entidad técnico especializada, creó la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas?</p> <p>¿La base de datos oficial, contiene la denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican?</p> <p>¿La base de datos oficial contiene, referencias geográficas y de acceso a los pueblos indígenas u originarios?</p> <p>¿La base de datos oficial contiene, mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera?</p> <p>¿La base de datos oficial contiene, sistema, normas de organización y</p>

				<p>estatuto aprobado de los pueblos indígenas u originarios?</p> <p>¿La base de datos oficial contiene, las Instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación?</p>
		<p>Disposiciones Complementarias Finales</p>	<p>PRIMERA. Para efectos de la presente Ley, se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.</p> <p>SEGUNDA. La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.</p> <p>TERCERA. Derógase el Decreto Supremo 023-2011-EM, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas.</p> <p>CUARTA. La presente Ley entra en vigencia a los noventa días de su publicación en el diario oficial El Peruano a fin de que las entidades estatales responsables de llevar a cabo procesos de consulta cuenten con el presupuesto y la organización requerida para ello.</p>	<p>¿Se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo?</p>

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ RESPECTO A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	METODOLOGÍA	INSTRUMENTOS
<p>Problema general:</p> <p>¿De qué manera la ley de consulta previa en el Perú cumple con los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas, 2017?</p> <p>Problemas específicos:</p> <p>¿Qué se entiende por consulta previa en el Perú?</p> <p>¿Qué se entiende por estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas?</p> <p>¿Cuáles son los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas?</p>	<p>Objetivo general:</p> <p>Conocer de qué manera la ley de consulta previa en el Perú cumple con los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas, 2017.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <p>Analizar las definiciones de consulta previa en el Perú.</p> <p>Identificar los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas.</p> <p>Analizar los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas.</p> <p>Analizar el proceso de implementación de consulta previa en el Perú.</p>	<p>Método de investigación</p> <p>Método Descriptivo : La meta del investigador consiste en describir fenómenos, situaciones, contextos y sucesos</p> <p>Diseño de investigación</p> <p>Estudio Descriptivo Simple</p> <p>Población</p> <p>La población está conformado por normatividad internacional y nacional sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y originarios.</p> <p>Muestra</p> <p>Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo</p>	<p>Técnica:</p> <p>Observación directa</p> <p>Instrumento:</p> <p>Lista de Cotejo</p>

<p>¿Cómo se desarrolla el proceso de implementación de consulta previa en el Perú?</p> <p>¿Cuál es la relación entre la ley de consulta previa y los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas?</p>	<p>Identificar la relación entre la ley de consulta previa y los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas.</p>	<p>Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas</p> <p>Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas.</p> <p>Unidad de análisis</p> <p>La ley de Consulta Previa en el Perú</p> <p>Estrategia de análisis</p> <p>Descripción del fenómeno</p>	
---	---	---	--

LISTA DE COTEJO PARA RELACIONAR LA LEY DE CONSULTA PREVIA CON NORMAS INTERNACIONALES

I. Datos Generales:

Nombres de las normas	Fecha de Aprobación/ Adopción	Organismo Emisor	Cantidad de artículos
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	27 de junio de 1989	Organización Internacional del Trabajo/Organismo especializado de Naciones Unidas	44° artículos
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	13 de setiembre del 2007	Organización de las Naciones Unidas	46° artículos
Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas	14 de junio del 2016 (sesión de la Organización de Estados Americanos)	Comisión Interamericana de Derechos Humanos	41° artículos
Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas “Ley N°29785”	07 de setiembre de 2011	Congreso de la República	20 artículos / 04 disposiciones complementarias finales

II. Objetivo del instrumento

El presente instrumento tiene la finalidad de conocer y verificar si la ley de consulta previa en el Perú incluye en su contenido los lineamientos que derivan de los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas.

III. Indicaciones

Revisar los ítems y marcar en los apartados “SI” cuando la pregunta cumpla con los lineamientos de la norma internacional; en caso contrario marcar “NO”. En la columna de observaciones colocar el artículo de referencia.

ITEM	Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo			Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas			Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas		
	SI	NO	Observaciones	SI	NO	Observaciones	SI	NO	Observaciones
¿En el desarrollo de la ley, se han tomado en cuenta el contenido, los principios y el procedimiento de la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios así como lo establecen los estándares internacionales establecidos en los instrumentos jurídicos marco, respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecte directamente?	X		6 7.1 15.2	x		17.2 18 19 36 38	x		20.4 23.2 24 29.4
¿La ley de consulta previa reconoce el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, contemplados en mecanismos internacionales?	X		5 6 15.2 17.2	x		15.2 17.2 18 19 32.2 36 38	x		20.4 23.2 24 29.4
¿La ley de consulta previa efectúa la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente los derechos de los pueblos indígenas?	x		7.3 19	x		23	x		29.3
¿La ley de consulta previa hace referencia a la obligatoriedad de su implementación por el Estado?	X		38	x		27	x		41
¿Con la Consulta Previa se logra alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, tal como lo establece las normas internacionales?	X		5.c 6 7.3	x		19 32		x	
¿El diálogo intercultural al que hace mención la ley, garantiza la inclusión de los pueblos indígenas u originarios en los	x		2 3 4	x		10 11.2 14.3	x		14.2 15.4 15.6

procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos?			5 6 7 13 14.2 30 32			18 19 23 27 30.2 31.2 32.2 40 46.2			18.3 29.5 38
¿El proceso de consulta es realizado de forma previa a la adopción de medidas legislativas o administrativas por parte de las entidades estatales?	x		6.a 14.2 15.2	x		13.2 14.3 15.2 16.2 17.2 21.2 22.2 24.2 29.2 31.2		x	
¿El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas?	x		4 5 6 27 8 13 23 30	x		9 11 12 13 16.2	x		2 5 13 16.1 18.2 22.1
¿Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, garantizando un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo?	x		2 5.b 6.2	x		19 32.2 46.3	x		16.4 20.4 30.2 31
¿El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios actúan de buena fe, evitando todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas?	x		6.2	x		19 32.2 46.3	x		23.2 24.1 29.4
¿La consulta previa se desarrolla mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar?	x		6.2 34	x		30.2	x		34

¿Se toma en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados en el proceso de consulta previa?	x		4 5 6 8 13 23 30	x		9 11 12 13	x		2 5 13 16.1 18.2 22.1
¿El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables?		x			x			x	
¿El plazo razonable permite a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta?		x			x			x	
¿La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta se realiza sin coacción o condicionamiento alguno?	x		3.2 6.1.b 18	x		8.1	x		16.2
¿Los pueblos indígenas u originarios reciben por parte de las entidades estatales toda la información necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada?	x		2	x		15.2 16		x	
¿El Estado brinda toda la información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación a los pueblos indígenas u originarios?		x			x			x	
¿Se reconoce a los pueblos indígenas u originarios como titulares del derecho cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa?	x		1 2 4 5 6 7 8 9 13 14 15 18 22	x		3 4 5 9 11 12 13 14 15 17.2 18 19 20	x		1 2 3 6 9 10 13 14 15 16 17 18 19

			23 25 26 27			23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 35 36 38			20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33
¿Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales?	x		6.1.a 15.2 27.3	x		18 19 30.2	x		20 23
¿Para la identificación de los pueblos indígenas u originarios en el marco del proceso de consulta, se toman en cuenta los siguientes factores?: La descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional Los estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan Las instituciones sociales y costumbres propias Los patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional La conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria	x		1	x		17	x		1
¿Las entidades estatales identifican, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los	x		2 6.1.a 15.2	x		15.2 19 21.2 30.2 32.2	x		14.2 15.4 15.6 18.3 29.5

derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios?									38
¿Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios solicitan la aplicación del proceso de consulta previa respecto a determinada medida que considere que pueda afectarles directamente?	x		2 5 7		x		13.2 17	x	14.2 15.6 23.2
¿En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo? (Derecho de impugnación)		x			x			x	
¿La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados se efectúa por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa?	x		1		x			x	1
¿La identificación de los pueblos indígenas u originarios, se realiza sobre base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance?	x		1		x			x	
¿Las entidades estatales promotoras ponen en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, las medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios?		x			x			x	
¿Las entidades estatales promotoras utilizan métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan los pueblos indígenas u originarios, para la etapa de publicidad?		x			x			x	

¿Las entidades estatales brindan información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación?		x			x			x	
¿Las entidades estatales brindan información a los pueblos indígenas u originarios sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa?		x			x			x	
¿Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios cuentan con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos?		x			x			x	
¿El diálogo intercultural se realiza teniendo en cuenta los fundamentos de la medida legislativa o administrativa y sus posibles consecuencias para el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios?		x			x			x	
¿Se toma en cuenta las sugerencias y recomendaciones de los pueblos indígenas u originarios?	x		4.2		x			x	
¿Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo quedan contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo?		x			x			x	
¿La entidad estatal promotora toma la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa?		x			x			x	
¿La decisión es debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo?		x			x			x	
¿La decisión toma en cuenta el análisis de las consecuencias que la adopción de		x			x			x	

una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano?								
¿El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes?	x		7.3		x			x
¿En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo?	x		2	x		37	x	31
¿Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial?		x			x			x
¿Se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios para la realización de la consulta?	x		4 5 6 8 12 13 23 28.3 30	x		13 16	x	14
¿Los procesos de consulta cuentan con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta?	x		30.2		x			x 14.4 22.3
¿Las entidades del Estado que emiten medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa?	x		6.1.a		x			x
¿Las entidades estatales garantizan los recursos económicos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios?		x	33.1		x			x

¿El órgano técnico especializado Concerta, articula y coordina la política estatal de implementación del derecho a la consulta?		x			x			x	
¿El órgano técnico especializado brinda asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atienden las dudas que surjan en cada proceso en particular?		x			x			x	
¿El órgano técnico especializado mantiene un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identifican a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa?		x			x			x	
¿El órgano técnico especializado emite opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados?		x			x			x	
¿El órgano técnico especializado asesora a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta?		x			x			x	
¿El órgano técnico especializado elabora, consolida y actualiza la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas?		x			x			x	
¿El órgano técnico especializado registra los resultados de las consultas realizadas?		x			x			x	
¿El órgano técnico especializado mantiene y actualiza el registro de		x			x			x	

facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias?								
¿La entidad técnico especializada, creó la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas?		x			x			x
¿En caso el órgano técnico especializado haya creado, la base de datos oficial; esta contiene la denominación oficial y las auto denominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican?		x			x			x
¿En caso el órgano técnico especializado haya creado, la base de datos oficial; esta contiene referencias geográficas y de acceso a los pueblos indígenas u originarios?		x			x			x
¿En caso el órgano técnico especializado haya creado, la base de datos oficial; esta contiene un mapa etnolingüístico, con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios que ocupan o utilizan de alguna manera?		x			x			x
¿En caso el órgano técnico especializado haya creado, la base de datos oficial; esta contiene sistema, normas de organización y estatuto aprobado de los pueblos indígenas u originarios?		x			x			x
¿En caso el órgano técnico especializado haya creado, la base de datos oficial; esta contiene las Instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación?		x			x			x
¿Se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo?		x			x			x